

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

Arbitrato - Arbitri - Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche Soggetto appartenente alla categoria prevista dall'art. 45 del d.P.R. n. 1063 del 1962 - Nomina - Necessità - Nomina di soggetto diverso - Conseguenze - Integrazione del n. 2 e non del n. 3 dell'art. 829 cod. proc. Civ. - Conseguenze. - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

Arbitrato - Arbitri - Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche

Soggetto appartenente alla categoria prevista dall'art. 45 del d.P.R. n. 1063 del 1962 - Nomina - Necessità - Nomina di soggetto diverso - Conseguenze - Integrazione del n. 2 e non del n. 3 dell'art. 829 cod. proc. civ. - Conseguenze. - Negli arbitrati per l'esecuzione di lavori pubblici, cui sia applicabile il d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, la nomina come arbitro da parte del committente di un avvocato del libero foro, invece che di un soggetto appartenente alle categorie individuate dall'art. 45 del d.P.R. citato, non configura l'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 829 cod. proc. civ., la quale riguarda l'incapacità ad essere arbitro di cui all'art. 812 cod. proc. civ., ma quella prevista dal n. 2 della stessa disposizione, per essere la nomina avvenuta in modo difforme da quanto disposto dalla norma al caso applicabile; ne deriva che tale violazione deve essere dedotta nel giudizio arbitrale e non può essere dedotta per la prima volta nel giudizio di impugnazione del lodo. Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 27 luglio 2004 la corte d'appello di Roma ha respinto l'impugnazione di nullità del lodo pronunciato il 26 novembre 1998 nella controversia tra il Consorzio Bonifica del Lago di Lentini, in liquidazione e il Consorzio Bonifica 10 di Siracusa, da un lato, e la s.p.a. Cogei (già Mario Rendo s.p.a.), in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento Temporaneo d'Imprese (R.T.I.) con la F.lli Costanzo s.p.a., Ira Costruzioni s.p.a. (già CILP s.p.a.) e Società Italiana per Condotte d'Acqua, quali imprese appaltatrici di lavori pubblici. L'impugnazione è stata proposta dal Consorzio Bonifica del Lago di Lentini e dal Consorzio Bonifica 10 di Siracusa. Il Fallimento della società consortile Invaso Lentini, costituita fra le quattro società riunite in R.T.I. ha proposto opposizione di terzo nei confronti dello stesso lodo che, affermata la giurisdizione e la competenza degli arbitri, ha dichiarato la nullità della clausola di revisione prezzi prevista dall'art. 30 del capitolato speciale d'appalto, che prevedeva una tabella di liquidazione difforme dai criteri legali, sostituendo tale tabella con altra che avrebbe dovuto essere applicata nella liquidazione dei compensi revisionali e ha escluso il diritto alla revisione prezzi per il ritardato pagamento dell'anticipazione del prezzo. La corte territoriale ha rigettato l'opposizione di terzo, l'impugnazione principale proposta dal Consorzio Bonifica del Lago di Lentini e dal Consorzio Bonifica 10 di Siracusa e le impugnazioni incidentali proposte, separatamente, dalla società appaltatrici, affermando che:

l'opposizione di terzo proposta dalla società consortile è inammissibile in quanto la stessa, ai sensi della L. n. 584 del 1977, art. 23 bis introdotto con la L. n. 687 del 1984, è legittimata soltanto ad eseguire le prestazioni contrattuali, ma rimane estranea al rapporto giuridico d'appalto e non è quindi legittimata né a rappresentare né a far valere le pretese delle società

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

riunite in RTI;

essendo nella specie intervenuto il riconoscimento del diritto alla revisione prezzi, il cui importo, calcolato secondo la clausola inserita in contratto, era già stato corrisposto, la giurisdizione sulla domanda di nullità di tale clausola appartiene al giudice ordinario;

la transazione relativa alla controversia, oggetto di altra pronuncia arbitrale, riguardava le maggiori spese derivanti dalla natura del terreno e dalla qualità e quantità degli elementi costruttivi, difforni da quanto contrattualmente previsto, e pertanto, secondo l'accertamento degli arbitri, motivato in modo corretto, aveva un oggetto diverso da quello del giudizio arbitrale de quo;

gli arbitri hanno correttamente dichiarato la nullità della clausola di revisione prezzi contenuta nel contratto d'appalto perché difforme da quanto previsto dalla disciplina pubblicistica e inderogabile contenuta nella L. n. 463 del 1964, art. 1 come modificato con la L. n. 93 del 1968; costituisce oggetto di apprezzamento di fatto degli arbitri, logicamente motivato, l'individuazione dei nuovi parametri da utilizzare per la revisione prezzi al posto di quelli previsti nella clausola dichiarata nulla;

la declinatoria della competenza degli arbitri da parte del Consorzio è stata effettuata tardivamente e pertanto gli arbitri erano competenti a conoscere delle domande proposte;

l'irrituale nomina degli arbitri da parte del Consorzio, inquadrabile non nelle ipotesi previste dall'art. 829, n. 3, e n. 1, ma in quella di cui al n. 2 della stessa disposizione, non poteva essere dedotta per la prima volta nel giudizio d'impugnazione del lodo ma doveva essere fatta valere nel giudizio arbitrale;

gli arbitri hanno correttamente escluso la revisione prezzi rispetto alla parte del prezzo effettivamente pagato a titolo di anticipazione, motivando il rigetto della domanda, proposta con l'impugnazione incidentale, con il richiamo a una conforme decisione del Consiglio di Stato e sulla base di quanto previsto dalla L. n. 741 del 1981, art. 3, comma 3 che esclude la revisione prezzi sulla predetta anticipazione quando, trascorsi sei mesi dall'offerta, non vi sia stata rinuncia; rimane quindi assorbita la domanda di corresponsione degli interessi moratori sulla revisione prezzi richiesta;

la mancata liquidazione del credito revisionale era dipesa dalla mancata documentazione dei costi dei trasporti e dei noli e quindi non costituiva causa di nullità del lodo.

Ricorre per cassazione il Fallimento della società consortile Invaso Lentini sulla base di sei motivi. Resistono con controricorso la Società Italiana Condotte d'Acqua, il Fallimento della CO.GEI, il Consorzio di bonifica del lago di Lentini e il Consorzio di bonifica 10 di Siracusa, che hanno anche proposto ricorso incidentale affidato a cinque motivi. La Società Italiana Condotte d'Acqua e il Fallimento della CO.GEI, resistono con controricorso al ricorso incidentale del Consorzio di bonifica del lago di Lentini e del Consorzio di bonifica n. 10 di Siracusa e propongono a loro volta ricorso incidentale affidato a quattro motivi. Il Fallimento della Invaso Lentini, il Fallimento della COGEI e la Società italiana condotte d'acque hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso principale del Fallimento della società consortile Invaso Lentini.

1.1. Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione della L. n. 584 del 1977, art. 23 bis aggiunto con la L. n. 687 del 1984, art. 12 (riprodotto nel D.Lgs. n. 406 del

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

1991, art. 26) e, criticando l'opposta tesi seguita da cass. n. 77 del 2001, sostiene che la società consortile costituita tra le società riunite in RTI subentra nei rapporti contrattuali con la stazione appaltante.

Con il secondo motivo si denuncia l'omessa motivazione sul rilievo che nel precedente giudizio arbitrale tra le stesse parti la società consortile aveva promosso tale giudizio senza opposizione delle altre parti.

Con il terzo motivo, denunciando un profilo di contraddittorietà della motivazione con il dispositivo, il ricorrente lamenta che la corte territoriale abbia rigettato l'opposizione di terzo invece di dichiararla inammissibile per difetto di legittimazione. 1.2. I motivi non sono fondati.

Questa corte (sentenza n. 77 del 2001 e 28220/2008) ha affermato che la L. n. 584 del 1977, art. 23 bis (introdotto dalla L. n. 687 del 1984) ha la esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nella esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'associazione temporanea d'impresa, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento ad un subentro nella esecuzione totale o parziale del contratto e non ad una successione nel rapporto giuridico sorto con la convenzione con l'ente appaltante, sia perché la norma esclude in modo assoluto che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni, sia, infine, perché permane la responsabilità delle imprese riunite, come regolata dalla L. n. 584 del 1977, art. 21.

A tale orientamento, non essendo stati addotti decisivi argomenti contrari deve essere data continuità.

Quanto all'omessa motivazione del mancato accoglimento dell'argomento che il ricorrente intende trarre dalla vicenda relativa al precedente giudizio arbitrale, in realtà, si tratta di motivazione implicita nel rigetto della tesi sostenuta dal Fallimento ricorrente. Non costituisce poi contraddizione giuridicamente rilevante tra motivazione e dispositivo la circostanza che la corte territoriale dopo avere negato la legittimazione attiva del ricorrente, in conformità con l'orientamento sopra indicato, abbia rigettato l'opposizione di terzo invece di dichiararla inammissibile. 1.2. Restano assorbiti gli ulteriori motivi con i quali si censurano il mancato riconoscimento della revisione prezzi sull'anticipazione contrattuale (quarto motivo) e degli interessi moratori su tali somme (quinto motivo), nonché la compensazione delle spese. 2. I controricorsi incidentali della Società Condotte d'acqua e del Fallimento della COGEI relativi al ricorso principale del Fallimento Invaso Lentini.

2.1. Con il primo motivo si censura la sentenza impugnata per non aver accolto l'eccezione d'inammissibilità dell'opposizione di terzo per non essere stata proposta con autonomo atto di citazione da notificare alle parti personalmente.

Con il secondo motivo, deducendo la violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1978, art. 14 e della L. n. 741 del 1981, art. 3 i ricorrenti incidentali sostengono che la revisione prezzi sul pagamento anticipato di parte del prezzo dell'appalto non è dovuta solo quando tale anticipazione è corrisposta tempestivamente, mentre nel caso di specie è stata versata con ritardo.

Con il terzo motivo i ricorrenti incidentali lamentano la violazione e falsa applicazione della L. n. 741 del 1981, art. 3 omessa pronuncia e omessa motivazione per avere la corte d'appello ritenuto assorbita la domanda di pagamento degli interessi moratori D.P.R. n. 1063 del 1962, ex

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

art. 35 e 36 considerata come accessorio della domanda di pagamento della revisione prezzi li sull'anticipazione, mentre tale domanda era stata proposta in via autonoma in relazione al ritardato pagamento dell'anticipazione.

Con il quarto motivo si deduce la violazione dell'art. 112 c.p.c. e della L. n. 463 del 1964, art. 1 e omessa motivazione, censurando la sentenza impugnata per non avere censurato il lodo nella parte in cui si è limitato a dichiarare il diritto alla revisione prezzi senza procedere alla relativa liquidazione sulla base del rilievo che non era stato possibile ottenere dalla commissione revisione prezzi presso il provveditorato regionale alle opere pubbliche, non ostante la richiesta ex art. 213 c.p.c., omettendo di considerare che l'attività della predetta commissione non è giuridicamente rilevante quando le variazioni riguardano, come nella specie, prezzi non compresi nelle tabelle parametriche di cui al D.M. 1 dicembre 1978.

2.2. Il primo motivo è inammissibile per mancanza di interesse alla correttezza giuridica della pronuncia, posto che dalla dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione di terzo (invece che dal rigetto) non sarebbe derivata alcuna concreta utilità giuridicamente rilevante per i ricorrenti incidentali.

Il secondo motivo è infondato. Ai sensi della L. 28 febbraio 1986, n. 41, art. 33, comma 3, la facoltà di procedere alla revisione prezzi è ammessa, a decorrere dal secondo anno successivo alla aggiudicazione e con esclusione dei lavori già eseguiti nel primo anno e dell'intera anticipazione ricevuta. Ai fini del computo revisionale vanno quindi esclusi i lavori eseguiti nel primo anno e l'intera anticipazione ricevuta - della quale il legislatore ha coerentemente disposto nel comma 1 la irrinunciabilità - e i relativi importi non vanno sommati, ma sovrapposti, così che l'anticipazione resta assorbita se l'importo dei lavori eseguiti in detto arco temporale è superiore al suo ammontare, mentre se è inferiore resta assorbita per la quantità concorrente e per il residuo va aggiunta all'importo dei lavori eseguiti, così restando sottratta alla revisione.

Il terzo motivo è inammissibile perché diretto a censurare l'interpretazione della domanda di interessi D.P.R. n. 1063 del 1962, ex artt. 35 e 36 effettuata dagli arbitri e, successivamente dalla corte d'appello che ha puntualmente motivato con riferimento agli atti di parte del giudizio arbitrale.

Anche il quarto motivo non è ammissibile perché diretto a censurare la valutazione di insufficienza della documentazione relativa ai costi dei trasporti e dei noli acquisita dagli arbitri, rientrando nei poteri discrezionali degli stessi, ritenuti dalla corte territoriale correttamente esercitati.

3. Il ricorso incidentale del Consorzio di bonifica del lago di Lentini e del Consorzio n. 10 Siracusa.

3.1. Con il primo motivo i ricorrenti incidentali, deducendo la violazione e falsa applicazione del D.L. C.P.S. n. 1501 del 1947, art. 4 e della L. n. 17 del 1981, art. 17 nonché insufficienza della motivazione, ripropongono la questione di giurisdizione affermando che la scelta della tabella da applicare per la revisione prezzi non è oggetto di una scelta meramente tecnica ma esercizio di potere discrezionale che non viene meno per il fatto che siano stati corrisposti degli acconti, come imposto dalla legge. Con il secondo motivo, deducendo la violazione dell'art. 829 c.p.c. dell'art. 1362 c.c. e segg. e vizio di motivazione, si censura l'interpretazione della transazione conseguente alla pronuncia del primo lodo, sostenendo che la stessa avrebbe avuto un contenuto comprensivo anche delle questioni successivamente dedotte nel presente giudizio.

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

Con il terzo motivo si deduce la violazione della L. n. 434 del 1964, art. 1 della L. n. 27 del 1973, art. 2 degli artt. 1339, 1419, 1321, 1372 e 1665 c.c., nonché vizio di motivazione, censurando la dichiarazione di nullità della clausola del capitolato speciale che conteneva una tabella revisionale redatta in modo difforme da quanto previsto dalla L. n. 463 del 1964, art. 1 come modificato con la L. n. 93 del 1968, art. 1. La clausola contrattuale non sarebbe stata nulla e comunque la nullità doveva essere fatta valere impugnando davanti al a.g.a. il bando di gara. Divenuta inoppugnabile la determinazione contenuta nel bando la materia sarebbe esclusivamente di natura contrattuale.

Con il quarto motivo i ricorrenti incidentali, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 213 e 115 c.p.c., omesso esame di un punto decisivo e violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, contestano la compilazione della nuova tabella revisionale, sostenendo che, a parte l'illegittimità della richiesta di informazioni ex art. 213 c.p.c. relativamente a un'attività della pubblica amministrazione ancora da compiere, in mancanza di elementi idonei a consentire la liquidazione della revisione prezzi la relativa domanda doveva essere respinta. Nel merito viene anche censurata la nuova tabella che sarebbe difforme dagli elementi già acquisiti agli atti.

Con il quinto motivo si deducono la violazione del D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 45 della L. n. 1950 n. 646, art. 8 e vizio di motivazione;

i ricorrenti incidentali sostengono che la nomina di un avvocato del libero foro invece che di un soggetto appartenente a una delle categorie previste dall'art. 45 cit., è inquadrabile non nell'art. 829 c.p.c., n. 2 (nomina dell'arbitro con forme e modi diversi da quelli previsti dalla legge), ma in quella del n. 3 (lodo pronunciato da soggetto che ai sensi dell'art. 812 c.p.c. non poteva essere nominato arbitro).

3.2. Il primo motivo è infondato. È stato ripetutamente affermato che quando sia intervenuto il riconoscimento del diritto dell'appaltatore alla revisione prezzi e residui solo un contrasto sul quantum del credito, dipendente dall'individuazione della più corretta tabella revisionale applicabile, tale contesa rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché non incide su poteri e valutazioni discrezionali dell'amministrazione (Cass. n. 2080/1995, 13606/1991, 12175/1990).

Il secondo motivo non è ammissibile perché si risolve in una contestazione dell'interpretazione del documento contrattuale, come tale incensurabile in questa sede, in quanto correttamente e adeguatamente motivata.

Il terzo motivo è infondato. Fermo, infatti, che l'amministrazione ha il potere discrezionale di riconoscere o non la revisione, i criteri di quantificazione del diritto dell'appaltatore sono puntualmente disciplinati dalla legge applicabile alla fattispecie *ratione temporis*. Inoltre la L. n. 37 del 1973, art. 2 la cui applicabilità è pacifica, dispone che la facoltà di procedere alla revisione dei prezzi è ammessa, secondo le norme che la regolano, con esclusione di qualsiasi patto in contrario o in deroga. Seguendo la tesi dei ricorrenti incidentali, secondo cui la materia era interamente rimessa al potere contrattuale delle parti, ne deriva che tale potere è stato dalla legge limitato, per entrambe le parti, con l'espressa esclusione di ogni potere derogatorio dei criteri legali. Correttamente, quindi, la corte d'appello ha rilevato la nullità della pattuizione in quanto contrastante con norme imperative e ha proceduto all'individuazione della tabella applicabile ai sensi dell'art. 1339 c.c..

Nomina - Giudizio arbitrale opere pubbliche - Corte di Cassazione, Sez. 1, Sentenza n. 21222 del 14/10/2011

Non è, inoltre, ammissibile la censura (quarto motivo) alla pronuncia della corte d'appello che ha ritenuto immune da vizi logici l'apprezzamento di fatto degli arbitri secondo i quali pur dovendosi ritenere certo il diritto alla revisione secondo i criteri desumibili dalla nuova tabella individuata, mancavano elementi concreti per procedere al calcolo del compenso revisionale, rimesso ad altra sede. È infondato il quinto motivo. La nomina come arbitro da parte del committente di un avvocato del libero foro invece che di un soggetto appartenente alle categorie previste dal D.P.R. n. 1063 del 1962, art. 45 non configura l'ipotesi di cui all'art. 829 c.p.c., n. 3 che fa riferimento alla incapacità ad essere arbitro previste dall'art. 812 c.p.c. (derivante da minore età, interdizione, inabilitazione, fallimento e interdizione dai pubblici uffici), ma in quella prevista dal n. 2 della stessa disposizione, per essere avvenuta in modo difforme da quanto previsto dal citato art. 45, richiamato nel capitolato speciale. Pertanto esattamente la corte territoriale ha ritenuto la questione preclusa dalla mancata deduzione nel giudizio arbitrale. 4. I ricorsi incidentali di CQGEI e Società Condotte d'acqua relativi ai ricorsi incidentali del Consorzio Bonifica Lago di Lentini e del Consorzio n. 10 di Siracusa.

I motivi, primo, secondo e terzo sono identici a quelli dedotti con i ricorsi incidentali relativi al ricorso principale del fallimento Invaso Lentini e, pertanto non è necessario esaminarli. Il quarto motivo, con il quale si censura la compensazione delle spese in relazione alla "quasi totale" soccombenza dei Consorzi, è inammissibile perché diretta contro un capo del provvedimento impugnato correttamente e sufficientemente motivato con il riferimento alla reciproca soccombenza.

In conclusioni i ricorsi riuniti debbono essere rigettati, con compensazione delle spese di questo giudizio.

P.Q.M.

La corte, riuniti i ricorsi li rigetta e compensa le spese. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, il 7 marzo 2011.

Depositato in Cancelleria il 14 ottobre 2011