

IL COLLEGIO ARBITRALE

composto dai Signori

Prof. Claudio Varrone	Presidente
Prof. Avv. Angelo Clarizia	Arbitro
Avv. Salvatore Napolitano	Arbitro

costituitosi in Roma il 14 ottobre 2013 per la risoluzione della controversia

TRA

l'Impresa **Castalia Servizi Idrici S.r.l.**, in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante p.t. Ing. Vincenzo Lanzotti, rappresentata e difesa dall'Avv. Alberico Marracino giusta mandato a margine dell'istanza di arbitrato

E

il **Comune di Nocera Superiore**, in persona del Sindaco legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Marcello Fortunato, giusta delibera di G.C. n. 128 del 24/09/2013 in dipendenza della Convenzione di Concessione approvata con deliberazione consiliare n. 329 del 20.12.1988 relativa all'affidamento in concessione dei servizi di promozione finanziaria, realizzazione ed esercizio del sistema integrato dei sottoservizi e dell'utilizzo a ciclo completo delle acque per la riqualificazione ambientale del Comune di Nocera Superiore.

* * * * *

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Castalia Servizi Idrici s.r.l (già Italgenco Spa) stipulò con il Comune di Nocera Superiore la convenzione, approvata con deliberazione consiliare n. 329 del 20.12.1988, di progettazione, costruzione e gestione integrato dei

sottoservizi e del ciclo integrato delle acque per la riqualificazione ambientale dell'area urbana.

Le prestazioni affidate alla Concessionaria dalla Convenzione, meglio dettagliate negli articoli 2 e seguenti della medesima convenzione, possono riassumersi succintamente come segue:

- progettazione per successivi lotti delle opere oggetto di concessione (reti fognarie, idriche ed annessi manufatti, opere accessorie e complementari, cunicoli dei sottoservizi);
- attività di promozione finanziaria per l'acquisizione di finanziamenti, nazionali, regionali e comunitari in conto capitale;
- acquisizione dei pareri, autorizzazioni e nulla osta obbligatori per l'approvazione dei progetti;
- attività propedeutiche all'emanazione dei decreti di esproprio;
- realizzazione delle opere nonché direzione e collaudo dei lavori;
- gestione delle opere con avvio subordinato al raggiungimento di un avanzamento tale da consentire di delimitare una prima parte idonea ad essere abilitata all'esercizio.

In relazione alla predetta concessione, in data 20.03.1994 veniva pronunciato un lodo arbitrale rituale tra il Comune e la Concessionaria IDROTECNA S.p.A., reso esecutivo in data 09.04.1994 e non impugnato da alcuna delle parti.

In sintesi, e con riferimento alle questioni di maggiore interesse per la presente controversia, il suddetto lodo arbitrale, ha statuito quanto segue:

- la natura meramente esecutiva dei contratti attuativi della convenzione quadro e la loro insensibilità, quanto agli elementi essenziali del rapporto,

alle normative sopravvenute alla data della sua costituzione;

- l'obbligo del Comune di stipulare, secondo i canoni di correttezza e buona fede, gli atti attuativi della convenzione al ricorrere della condizione di ammissione a finanziamento delle opere anche per lotti funzionali ed anche laddove il finanziamento conseguito non sia frutto, in tutto o in parte, dell'attività di promozione finanziaria del concessionario.

- l'impossibilità di sottrarre, neppure parzialmente, l'opera progettata e sue eventuali integrazioni e modificazioni, quale oggetto dell'affidamento in concessione, all'attività realizzativa della Concessionaria, fatta eccezione per le ipotesi di decadenza o di revoca.

A seguito della costituzione dell'Ente d'Ambito Sarnese Vesuviano (ATO 3), veniva convocata la conferenza di servizi tra il Comune, la Concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l. (nel frattempo subentrata in esito a cessione di ramo d'azienda) ed il gestore unico d'ambito GORI S.p.A., al fine di verificare la legittimità e la vigenza del rapporto concessorio, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 10 comma 3 della legge n. 36/94 (c.d. legge Galli). Con il verbale conclusivo in data 28.11.02, relativo alla fase decisoria della Conferenza di Servizi, di cui l'Amministrazione ha preso atto con la delibera di G.C. n. 20 del 11.03.2003, veniva, tra l'altro, deciso:

- di salvaguardare il rapporto concessorio, limitatamente alle fasi della progettazione e costruzione delle reti idriche e fognarie interne, con esclusione della gestione poiché non ancora avviata alla data della Conferenza;

- di fissare al 31.12.2007 la scadenza del rapporto concessorio, stabilendo il

diritto della concessionaria di ultimare le opere in corso di realizzazione alla predetta data, al contempo precisando che le opere oggetto di concessione non devono comportare alcun onere economico per il Comune, nè per l'Ente d'Ambito o la Gori Spa.

Con successiva Conferenza di servizi, indetta tra i medesimi soggetti e conclusa il giorno 14.12.2007, il cui verbale veniva recepito all'Amministrazione Comunale con la delibera di Giunta n. 3 del 30.01.2008), veniva altresì deciso di differire il termine di scadenza della concessione alla data del 31.03.2010.

Con la delibera G.C. n. 81 del 27.05.2010, l'Amministrazione comunale prendeva atto del verbale della quarta riunione della Conferenza di Servizi, tenutasi in data 19.05.2010, tra l'Ente d'Ambito Sarnese Vesuviano, il Comune di Nocera Superiore, il gestore unico G.O.R.I. S.p.A. e la concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l., che stabiliva, tra l'altro, *“il diritto della concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l. a realizzare, anche per lotti funzionali, le opere ed infrastrutture afferenti alla rete fognaria interna del comune di Nocera Superiore, relativamente ai progetti programmati in attuazione della concessione ed approvati ed ammessi a finanziamento entro il 31.03.2012”*.

Con la delibera di n. 49 del 29 marzo 2012, l'Amministrazione Comunale prendeva atto del differimento del termine di scadenza della Concessione alla data del 6 gennaio 2013 per sopravvenute cause di forza maggiore.

Come si evince nella narrativa a pagina 2 della delibera di G.C. n. 128 del 24 settembre 2013, l'Amministrazione Comunale, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 47 del 12 luglio 2011, aveva approvato il Piano

Triennale delle Opere Pubbliche 2011-2013, in cui erano stati inseriti i seguenti interventi progettati dalla concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l.:

- 1) *Realizzazione di parcheggio e verde attrezzato via Risorgimento con sistemazione rete fognaria e pubblica illuminazione dell'intero tratto viario*
- 2) *Lavori di realizzazione di nuova rete fognaria e sistemazione idraulica del tronco di torrente Bagnara in località San Gregorio"*
- 3) *Realizzazione rete fognaria e regimentazione delle acque pluviali a servizio del bacino confluyente su Cupa Mileto*
- 4) *Lavori di regimentazione e raccolta delle acque defluenti dal monte Citola. Vasca di laminazione*
- 5) *Riqualificazione funzionale ed ambientale del torrente Cavaiola. Rete fognaria area archeologica di Pizzone ed adeguamento della connessa viabilità*
- 6) *Opere di completamento della rete fognaria interna 2° lotto 1° stralcio. Collettore pluviale di via S. Maria delle Grazie, tutti da finanziare con mutui da contrarre con la Cassa Depositi e Prestiti ad eccezione del progetto sub 6) da finanziare con fondi comunitari.*

Il progetto di cui al punto 1) ("*Realizzazione di parcheggio e verde attrezzato via Risorgimento con sistemazione rete fognaria e pubblica illuminazione dell'intero tratto viario*"), finanziato mediante la contrazione di mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. posizione 4553128/00 dell'importo di € 1.250.000,00, è in corso di esecuzione giusta contratto attuativo di concessione stipulato in data 4 ottobre 2012 rep. n. 154 (registrato a Pagani al n. 255 in data 15.10.2012).

Gli altri progetti sono stati di nuovo inseriti nel piano triennale dei Lavori Pubblici 2012-2014, adottato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 50 del 29.10.2012, con cui è stato stabilito il finanziamento mediante mutui da contrarre con la Cassa Depositi e Prestiti dei seguenti interventi:

- 1) *Lavori di realizzazione di nuova rete fognaria e sistemazione idraulica del tronco di torrente Bagnara in località San Gregorio*”;
- 2) *Realizzazione rete fognaria e regimentazione delle acque pluviali a servizio del bacino confluyente su Cupa Mileto*;
- 3) *Lavori di regimentazione e raccolta delle acque defluenti dal monte Citola. Vasca di laminazione*;
- 4) *Riqualificazione funzionale ed ambientale del torrente Cavaiola. Rete fognaria area archeologica di Pizzone ed adeguamento della connessa viabilità*;
- 5) *Opere di completamento della rete fognaria interna 2° lotto 1° stralcio. Collettore pluviale di via S. Maria delle Grazie*;

Successivamente la concessionaria ha trasmesso al Comune gli elaborati, a livello definitivo, delle opere sub 1), sub 2) e sub 4) e, a livello esecutivo, dell'intervento sub 5), previo adeguamento dei progetti ai pareri e nulla osta conseguiti ed ha, successivamente, sollecitato il Dirigente dell'Area Tecnica a porre in essere gli adempimenti necessari per il perfezionamento dei mutui con la CDP entro il termine di scadenza della concessione (06.01.2013).

Il Dirigente dell'Area Tecnica, nel riscontrare le note di sollecito della concessionaria, con nota in data 17.12.2012 prot. 25671 ha eccepito che i precitati progetti, in quanto comportanti oneri finanziari a carico dell'ente,

sarebbero sottratti all'esecuzione della concessione, in forza di quanto disposto dalla convenzione quadro (artt. 4 e 5) e dai verbali delle conferenze di servizio tenutesi tra il Comune, il concessionario e l'Ente D'Ambito Sarnese Vesuviano ed ha, al contempo, sollecitato la concessionaria ad indicare le eventuali fonti di finanziamento regionali, statali o comunitarie individuate per la realizzazione dei precitati progetti;

La concessionaria, con nota in data 20.12.2012 prot. 26096, contestata la fondatezza dell'interpretazione degli artt. 4 e 5 della convenzione quadro prospettata dal Dirigente Comunale, ha notificato una diffida ad adempiere ex art. 1454 cod. civ. sotto comminatoria della risoluzione della convenzione quadro di concessione per grave inadempimento dell'Amministrazione, nonché per violazione dell'obbligo di cooperazione e dei canoni di correttezza e buona e fede con conseguente richiesta di risarcimento del danno a carico dell'Ente concedente;

Il Dirigente comunale con nota prot. 119 del 04.01.2013 ha riscontrato detta diffida, contestandone il fondamento giuridico e l'asserita incongruità dei tempi assegnati per gli adempimenti di competenza del Concedente.

La concessionaria con nota del 16.01.2013 ha dichiarato di sospendere l'azione di risoluzione per inadempimento e di obbligarsi a revocare la diffida ad adempiere, a condizione che l'amministrazione comunale le notificasse entro 30 giorni deliberazione di giunta, esecutiva a termini di legge, avente ad oggetto le seguenti decisioni:

- 1) *di deferire al Collegio Arbitrale, di cui all'art. 24 della convenzione di concessione, la soluzione della controversia insorta tra il Comune di Nocera Superiore e la concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l. in ordine*

all'interpretazione dell'ambito oggettivo della convenzione medesima;

- 2) di nominare l'arbitro di competenza del Comune;*
- 3) di rinunciare a proporre ricorso in appello avverso il lodo arbitrale in caso di soccombenza;*
- 4) di dare atto che, nelle more della definizione della controversia, è sospeso alla data del 7 dicembre 2012 il decorrere del tempo utile per gli adempimenti di competenza del concedente e della concessionaria ai fini dell'ammissione a finanziamento dei progetti redatti da Castalia Servizi Idrici s.r.l., approvati con le deliberazioni di Giunta Comunale n. 131, n. 132, n. 133 e n. 134 del 10.07.2012 ed inseriti nel Programma triennale delle opere pubbliche 2012-2014, approvato con deliberazione consiliare n. 50 del 29.10.2012, con finanziamento a carico dell'ente mediante contrazione di mutuo con la cassa Depositi e Prestiti;*
- 5) di dare atto che, qualora l'esito del lodo arbitrale sia favorevole alla concessionaria, il termine di scadenza della concessione s'intende automaticamente prorogato, senza ulteriori formalità, per tutto il tempo necessario per la stipulazione degli atti attuativi di costruzione delle opere, di cui ai progetti approvati con le deliberazioni n. 131, n. 132, n. 133 e n. 134 del 10.07.2012, richiamate al precedente punto 4).*

La concessionaria, condizionatamente alla ricezione del predetto atto di Giunta in copia conforme all'originale, si è contestualmente obbligata:

- a) a nominare l'arbitro di propria competenza entro dieci giorni dalla data di notifica dell'atto;*
- b) a rinunciare a proporre ricorso in appello al lodo arbitrale in caso di soccombenza;*

c) *a limitare la domanda arbitrale esclusivamente ai fini della manutenzione della convenzione di concessione in essere, con esclusione di ogni richiesta risarcitoria.*

La delibera in parola dà atto che la concessionaria, sempre nella medesima nota, ha precisato che, *“qualora entro il termine assegnato l'amministrazione comunale non avesse provveduto a quanto richiesto, avrebbe proceduto senz'altro ad attivare l'arbitrato di cui all'art. 24 della convenzione di concessione per sentir dichiarare dal Collegio Arbitrale, una volta costituitosi, previo accertamento della risoluzione della convenzione per esclusiva colpa dell'Ente concedente, la condanna di quest'ultimo:*

- a) *al pagamento di tutti i lavori eseguiti a prezzi correnti di mercato;*
- b) *al pagamento del mancato utile pari al 10% del valore delle opere arbitrariamente ed illegittimamente sottratte all'esecuzione da parte del concessionario;*
- c) *al pagamento, al prezzo di mercato, della progettazione eseguita;*
- d) *al pagamento del c.d. danno curriculare in una percentuale pari al 3% del valore complessivo delle opere da realizzare”.*

Nelle more delle decisioni dell'amministrazione, la concessionaria ha notificato secondo le formalità di legge domanda di arbitrato ai sensi dell'art. 24 della convenzione quadro, con cui ha chiesto al costituendo Collegio la risoluzione di diritto ex art. 1454 c.c. della convenzione di concessione approvata con deliberazione consiliare n. 329 del 20.12.1988, stante l'esito infruttuoso della diffida ad adempiere inoltrata in data 19.12.2012, ovvero, in via subordinata, la risoluzione della convenzione di

concessione ai sensi dell'art. 1453 c.c. per grave inadempimento del concedente Comune di Nocera Superiore e per violazione dei canoni di buona fede e correttezza di cui all'art. 1375 c.c. con condanna del Comune di Nocera Superiore:

- *al pagamento dei lavori eseguiti dalla Concessionaria Castalia Servizi Idrici Srl, valutati secondo i prezzi correnti di mercato, oltre all'IVA oltre interessi e rivalutazione monetaria;*
- *al pagamento della progettazione eseguita dalla Concessionaria Castalia Servizi Idrici Srl, oltre IVA, valutata secondo la Tariffa Ingegneri ed Architetti vigente, calcolata sull'importo dei lavori eseguiti e dei lavori illegittimamente sottratti all'esecuzione della concessionaria, tutti valutati ai prezzi di mercato oltre interessi;*
- *al pagamento del 10% del corrispettivo previsto per i lavori non eseguiti, a titolo di risarcimento del mancato utile;*
- *al pagamento del 10% del corrispettivo relativo alle fasi di progettazione sottratte all'esecuzione, a titolo di risarcimento del mancato utile,;*
- *al pagamento del 10% del corrispettivo previsto per l'attività di Direzione lavori non eseguita, a titolo di risarcimento del mancato utile;*
- *al risarcimento del danno curriculare, da quantificarsi nella misura del 5% dell'importo complessivo delle opere arbitrariamente ed illegittimamente sottratte all'esecuzione;*
- *al pagamento delle spese, delle competenze e degli onorari di giudizio, compresi quelli per il funzionamento del Collegio Arbitrale secondo il principio della soccombenza.*

Nella medesima domanda d'arbitrato, la Concessionaria procedeva alla nomina dell'Arbitro di propria competenza nella persona dell'Avv. Salvatore Napolitano, con studio in Roma alla Via Zara n. 16.

Sempre la delibera C.G. n.° 128 del 24/09/2013 dà atto che le opere che la concessionaria reputa arbitrariamente ed illegittimamente sottratte all'esecuzione sono quelle di cui ai seguenti progetti, inseriti nel Piano Triennale delle Opere Pubbliche 2012-2014 adottato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 50 del 29.10.2012:

1. *Lavori di realizzazione di nuova rete fognaria e sistemazione idraulica del tronco di torrente Bagnara in località San Gregorio;*
2. *Realizzazione rete fognaria e regimentazione delle acque pluviali a servizio del bacino confluyente su Cupa Mileto;*
3. *Riqualificazione funzionale ed ambientale del torrente Cavaiola. Rete fognaria area archeologica di Pizzone ed adeguamento della connessa viabilità;*
4. *Opere di completamento della rete fognaria interna 2° lotto 1° stralcio. Opere prioritarie Collettore pluviale di S. Maria delle Grazie;*
5. *Lavori di regimentazione e raccolta delle acque defluenti dal Monte Citola. Vasca di laminazione di Fiumarello;*
6. *Lavori di regimentazione e raccolta delle acque defluenti dal Monte Citola.*

L'Amministrazione comunale ha adottato a sua volta la delibera di Giunta n.128 in data 24 settembre 2013, esecutiva a termini di legge, con la quale ha deciso in adempimento della clausola compromissoria di cui all'art. 24 della convenzione di concessione che recita testualmente: "Qualsiasi

controversia di natura tecnica, amministrativa o giuridica che dovesse insorgere in ordine alla interpretazione, esecuzione c/o risoluzione della presente convenzione, sia in corso d'opera che al termine dei lavori sarà deferita ad un Collegio di tre arbitri rituali, di cui il primo nominato dalla parte attrice, il secondo dalla parte convenuta ed il terzo, con funzione di Presidente, dai due arbitri come sopra nominati o, in difetto di accordo, dal Presidente del consiglio di Stato", di deferire al Collegio Arbitrale ivi previsto, la controversia insorta tra il Comune e la concessionaria Castalia Servizi Idrici s.r.l., in ordine alla sussistenza del diritto della medesima di realizzare opere finanziate con oneri a carico del bilancio comunale (mutui Cassa Depositi e Prestiti). Con il medesimo atto, l'Amministrazione comunale procedeva alla nomina dell'arbitro di propria designazione nella persona del prof. avv. Angelo Clarizia con studio in Roma – via Principessa Clotilde n. 2, In conformità della citata clausola compromissoria, i due Arbitri designati dalle parti hanno congiuntamente nominato, quale terzo Arbitro con funzione di Presidente del Collegio Arbitrale, il Prof. Claudio Varrone. I suddetti Arbitri si sono costituiti in Collegio con verbale del 14 ottobre 2013, a mezzo del quale è stato, fra l'altro, assegnato termine alle parti fino al 25 ottobre 2013 per la formulazione dei quesiti, nonché termine fino al 15 novembre 2013 per la produzione di memoria difensiva e deposito documenti ed eventuali richieste istruttorie nonché ulteriore termine fino al 29 novembre 2013 per il deposito di memorie di repliche. Il Collegio fissava, infine, l'udienza per il tentativo di pacifico componimento della vertenza e, in caso infruttuoso, per discussione al 6/12/2013.

La Società Castalia Servizi Idrici ha depositato nel termine apposito atto di

Handwritten signatures and initials in the bottom right corner of the page. There are three distinct marks: a stylized signature at the top, a large, bold signature below it, and a set of initials to the right of the large signature.

formulazione di quesiti del seguente tenore:

Quesito I

Dica l'Ecc.mo Collegio Arbitrale se, alla luce degli artt. 4 e 5 della Convenzione di Concessione approvata con Deliberazione consiliare n. 329 del 20.12.1988, e degli atti successivi disciplinanti il rapporto di concessione, sussista il diritto della Castalia Servizi Idrici S.r.l., in qualità di concessionaria, a realizzare opere finanziate con oneri a carico del bilancio comunale.

Quesito II

Dica l'Ecc.mo Collegio Arbitrale se le spese, competenze e gli onorari di giudizio debbano essere posti a carico dell'Amministrazione concedente.».

A sua volta il Comune ha depositato, nel medesimo termine, memoria contenente la precisazione dei seguenti quesiti:

1 – Dica il Collegio: “Se l'oggetto della convenzione ricomprende – o meno – le opere pubbliche inserite nel Piano Triennale da realizzare con **fondi a carico del bilancio comunale** (mutuo Cassa dd.pp.) ove si consideri che l'art. 4 della convenzione approvata con delibera di C.C. n. 329 del 20.12.1998, da un lato, precisa che i finanziamenti sono solo quelli regionali, statali o comunitari e, dall'altro, coerentemente, esclude espressamente e categoricamente dalla concessione i progetti e le opere con oneri a carico dell'Ente (“**il concessionario non potrà ricorrere a forme di finanziamento o mutuo che comportino oneri finanziari per il Comune**”;

2 – Dica il Collegio: “se è possibile affidare alla “Castalia Servizi Idrici S.r.l.” direttamente, in assenza di procedure ad evidenza pubblica,

l'esecuzione di opere pubbliche inserite nel Piano Triennale ove si consideri che gli artt. 4 e 5 della succitata convenzione escludono dalla stessa gli interventi privi di finanziamenti regionali, statali e comunitari ed, in particolare, l'art. 5 della convenzione ha previsto che la Società Italgenco (oggi Castalia Servizi Idrici S.r.l.) non avrà nulla a pretendere per le prestazioni rese ai sensi dei precedenti artt. 3 e 4in seguito al mancato finanziamento dell'intervento”;

3 – Dica il Collegio: “*se nell’ambito di un rapporto di concessione è possibile affidare al concessionario opere con oneri a carico dell’Ente in modo da escludere qualsiasi alea nel rapporto concessorio, anche alla luce degli artt. 4 e 5 della convenzione*”;

4 – Dica il Collegio: “*se è possibile invocare l’affidamento diretto di opere a fronte del mero inserimento delle stesse nel Piano Triennale Opere Pubbliche oppure se è necessario che la P.A. indichi, preventivamente, le opere da eseguire e, comunque, manifesti, con atto espresso, la scelta delle opere da realizzare, in assenza di finanziamento pubblico, tanto più se l’esecuzione delle opere dovrebbe avvenire con fondi a carico del bilancio comunale*”.

Ai successivi incombenti difensivi provvedevano entrambe le parti nei termini all’uopo assegnati, mediante il deposito di memorie difensive e memorie di replica, oltre che di documenti.

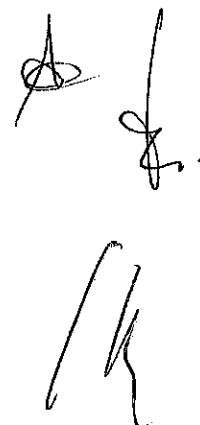
In particolare la concessionaria, a sostegno dell’interpretazione proposta degli artt. 4 e 5 della convenzione di concessione, vale a dire il diritto della medesima concessionaria di progettare ed eseguire parti dell’opera da finanziare, anche laddove ciò avvenga con oneri a carico del bilancio

comunale, ha fatto riferimento tanto ad un 'analisi complessiva e sistematica della convenzione e degli atti ad essa presupposti, segnatamente art. 4 e combinato disposto degli artt. 6 e 2 della convenzione, nonché alla pretesa unitarietà dell'obbligazione ed al giudicato formatosi in ordine al lodo 20/03/1994, nella parte in cui ha statuito l'obbligo della stipula degli attuativi della concessione anche quando il conseguimento del finanziamento non dipenda dalla diretta, documentata attività di promozione finanziaria da parte del concessionario; quanto, infine, alla rilevanza giuridica del comportamento successivo, tenuto dalla concedente, la quale avrebbe stipulato con la concessionaria diversi contratti attuativi di costruzione pur essendo tali contratti afferenti a progetti finanziati con mutuo erogato dalla Cassa Depositi e Prestiti ovvero con finanziamento a carico dei fondi comunali, nonché facendo riferimento ai principi dell'affidamento negoziale, della correttezza e buona fede, avendo la concessionaria fatto comunque luogo, per i progetti in questione, all'avvio delle attività propedeutiche al relativo finanziamento, quali redazione del progetto, con conseguente approvazione, ed inserimento dei medesimi progetti nel Piano Triennale delle opere pubbliche, senza che il Conducente avvisasse per tempo il contraente in ordine alla nuova interpretazione della convenzione, significata – sempre ad avviso della concessionaria – a poche settimane dalla sua scadenza.

A sua volta il concedente contrastava, nei propri scritti difensivi, tutti gli argomenti posti, in fatto ed in diritto, a fondamento dell'interpretazione proposta dalla Concessionaria, in particolare evidenziando che, al contrario di quanto sostenuto da controparte, proprio l'esame complessivo della

convenzione e, soprattutto, delle premesse della delibera di approvazione della stessa, confortavano la diversa interpretazione proposta dalla Concedente, vale a dire l'esclusione dall'oggetto della convenzione degli interventi finanziati con oneri a carico del bilancio comunale. Inoltre rilevava la contraddittorietà dell'assunto della Concessionaria, facente leva sulla pretesa unitarietà dell'obbligazione, sia perché ormai da anni, il gestore della rete idrica non è la Castalia bensì la Gori S.p.A., sia, ancora, perché la Castalia non invocherebbe la realizzazione del progetto a base della convenzione ma progetti diversi, inseriti nel piano triennale. Ribadiva, altresì, la limitazione del diritto della Castalia a realizzare solo progetti finanziati non con oneri a carico del Comune, e ciò in virtù delle espresse previsioni della convenzione nonché della relativa delibera di approvazione, in particolare punti 3 e 6, rilevando, altresì, come anche il lodo arbitrale, sul punto, avesse fatto riferimento al presupposto del conseguimento di apposito finanziamento con oneri non a carico dell'Ente.

Inoltre quanto all'invocato comportamento concludente, il Concedente, premessa l'inammissibilità della relativa domanda in quanto l'oggetto dell'arbitrato atterrebbe all'interpretazione della convenzione e non già alla valutazione dei comportamenti successivi, deduce l'erroneità del richiamo all'art. 1362, 2° comma c.c., giacché l'intenzione dei contraenti sarebbe stata chiaramente espressa dal Consiglio Comunale, con la delibera di approvazione, a nulla rilevando comportamenti difformi assunti da Uffici che avrebbero affidato alla concessionaria anche opere non riconducibili all'oggetto della concessione ovvero con oneri a carico dell'Ente. Una diversa intenzione delle parti, ad avviso del Concedente, sarebbe *contra*

The block contains three handwritten marks. At the top right, there are two distinct signatures. Below them, towards the bottom right, are large, stylized initials that appear to be 'A' and 'K' written together.

legem e comunque non desumibile da comportamenti tenuti da organi diversi dal Consiglio Comunale, che al riguardo risulterebbero incompetenti.

Infine, deduceva che, in ogni caso, il primo criterio interpretativo è dato dal tenore letterale delle previsioni e, solo in caso di equivocità, può farsi ricorso a criteri suppletivi, rilevando come il tenore dell'art. 4 della convenzione non si prestasse ad alcun equivoco e concludeva rilevando l'inaammissibilità di qualsiasi valutazione sui principi di affidamento e buona fede, esulando questi ultimi dai quesiti formulati dalle parti.

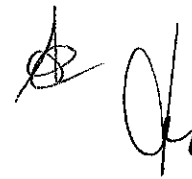
A sua volta la Concessionaria contestava l'inaammissibilità del secondo, terzo e quarto quesito formulati dal Concedente, giacché gli stessi esulerebbero dalla questione su cui le parti hanno concordemente deciso di adire gli Arbitri, oltre ad essere infondati nel merito.

All'udienza di discussione il Presidente comunicava di aver ricevuto la notifica di un ricorso presso il Tar Campania – Sezione Salerno avverso la delibera di deferimento ad arbitri della controversia, tra l'altro contenente una censura di nullità della clausola compromissoria.

A tal riguardo l'Avv. Fortunato difensore del concedente rappresentava che, vertendosi in tema di diritti soggettivi e risultando la norma processuale di cui all'art. 12 del C.P.A. applicabile ai procedimenti in corso, la controversia è senz'altro deferibile ad arbitri.

L'Avv. Marracino, a sua volta, chiedeva che il Collegio non tenesse conto dell'atto notificato, in quanto proveniente da soggetti estranei al giudizio, e nel merito si associava alle deduzioni dell'Avv. Fortunato.

Il Collegio prendeva atto e quindi esperiva il tentativo di conciliazione.



Le parti dichiaravano che, allo stato, non sussistevano i presupposti per la eventuale conciliazione della controversia.

A quel punto, su invito del Collegio, i difensori, illustravano ampiamente le proprie rispettive tesi, riportandosi anche agli scritti difensivi e concludendo come in atti.

Il Collegio introitava la controversia in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Come risulta dall'esame della clausola compromissoria sottoscritta dalle parti, esse hanno deferito alla competenza del Collegio arbitrale la soluzione delle controversie che sarebbero potute nascere dall'interpretazione delle clausole della convenzione a suo tempo stipulata.

Poiché, nella specie, la controversia insorta tra di esse concerne diritti soggettivi, essa può essere, quindi, risolta mediante arbitrato anche nella denegata ipotesi che la giurisdizione sui relativi diritti spetti al giudice amministrativo e non al giudice ordinario (art.12 c. p. a.).

La stessa difesa del Comune ha, del resto, rinunciato a sollevare eccezioni di sorta al riguardo, avendo preso atto che, nella specie, si controverte tra le parti sulla sussistenza o meno del diritto soggettivo fatto valere in questa sede dalla società attrice.

Nessuna rilevanza può essere, invece, attribuita alla notifica agli arbitri del ricorso giurisdizionale proposto da terzi contro la delibera della Giunta comunale con la quale si è inteso deferire alla competenza degli arbitri la definizione della controversia in oggetto.

2. Nel merito, va preliminarmente evidenziato che l'amministrazione comunale convenuta ha formulato autonomi quesiti, che hanno arricchito

l'originario *thema decidendum* sul quale il Collegio arbitrale era stato chiamato a pronunciarsi.

Per quanto riguarda il primo quesito della convenuta, la cui formulazione risulta dall'esposizione in fatto, va anzitutto dato atto che sulla sua ammissibilità concorda anche la società attrice.

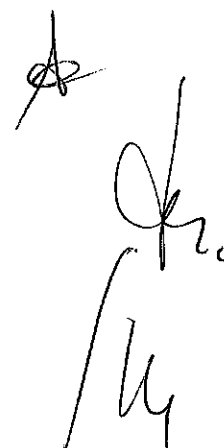
Il suo esame risulta pregiudiziale per la soluzione della controversia, in quanto esso ha ad oggetto la corretta qualificazione del contratto di cui si controverte e la conseguente individuazione dei reciproci diritti ed obblighi che da esso sono scaturiti.

Mediante l'esame della regolamentazione di interessi a suo tempo posta in essere è possibile pervenire ad una sua puntuale qualificazione giuridica.

Entrambe le parti danno atto che all'origine fu stipulata, come dettagliatamente esposto in fatto, una convenzione avente ad oggetto "*la concessione di costruzione e gestione ciclo completo per riqualificazione del sistema razionalizzato dei sottoservizi e dell'utilizzo a ciclo completo delle acque per la riqualificazione ambientale*" a favore della società ITALGENGO s.p.a., oggi CASTALIA Servizi Idrici srl.

A seguito della costituzione dell'Ente d'Ambito Sarnese Vesuviano (ATO 3) e della convocazione della conferenza di servizi tra il Comune, la concessionaria, e il gestore unico GORI s.p.a. fu deciso di salvaguardare la concessione limitatamente alle fasi della progettazione e della costruzione delle reti idriche e fognarie, con esclusione della relativa gestione.

Come si desume dalla stessa configurazione che il contratto ha successivamente assunto, la progettazione delle opere e la loro successiva realizzazione, da parte della concessionaria. Pertanto sono esse che, da quel

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'D. R.' and the initials below it are 'LH'.

momento, hanno concorso ad individuarne il suo precipuo contenuto.

Considerate sotto la diversa angolazione degli effetti giuridici scaturiti dalla suddetta autoregolamentazione di interessi, esse rappresentano, perciò, le prestazioni essenziali cui è tenuto il concessionario a fronte del corrispettivo cui è tenuto il concedente.

In altri termini, a seguito dello stralcio, dalla originaria pattuizione, della gestione del servizio idrico, a causa del *factum principis* dianzi richiamato, la restante autoregolamentazione ha assunto la configurazione di un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale la controprestazione non è più rappresentata dall'autofinanziamento che la concessionaria era in grado di realizzare mediante la riscossione dei proventi derivanti dalla gestione del servizio, ma da una controprestazione a carico della concedente da pattuire in relazione alla realizzazione dei lotti funzionali che la concessionaria sarebbe stata chiamata via via a realizzare.

Ciò dimostra che la ricostruzione del contratto, operata dalla difesa del Comune, fondata sulla pretesa *alea* insita in quello di concessione e gestione, non è più configurabile, a seguito della sua trasformazione in contratto di progettazione ed esecuzione dei lavori, vale adire in un tipico contratto di natura commutativa.

Dalla diversa configurazione assunta dal contratto, di cui si controverte, consegue che, le prestazioni cui è tenuta la società concessionaria sono avvinte da un nesso funzionale, di natura sinallagmatica, con quelle a carico del concedente, in virtù del quale obbligo della concessionaria di effettuare la progettazione dei lavori genera a suo favore il succedaneo diritto di esclusiva di porli in esecuzione, una volta che la progettazione sia stata

approvata dal concedente.

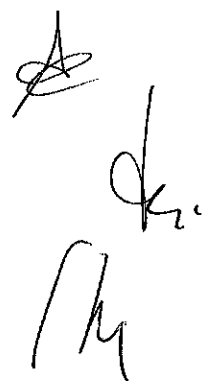
La giustificazione causale della nascita di tale vincolo giuridico si desume dallo stesso contratto nel quale è espressamente detto che la scelta della concessionaria, quale *partner* esclusiva per la progettazione ed esecuzione dell'opera pubblica, scaturiva dalla sua peculiare, elevatissima competenza professionale. L'affidamento dei compiti di progettazione e realizzazione dell'opera si è, perciò, tradotto nel corrispondente diritto di esclusiva riconosciuto a suo favore dal concedente.

Il contratto di concessione di progettazione ed esecuzione dei lavori ha dato così luogo alla nascita di un **diritto esclusivo** della concessionaria di porre in essere, sia la progettazione delle opere oggetto del contratto, sia di quello ad esso succedaneo di realizzarle, una volta che il relativo progetto sia stato approvato dal concedente.

I due momenti, quello della progettazione e quello della successiva sua realizzazione, risultano tra loro intimamente connessi, nel senso che, con l'approvazione, da parte del concedente, della progettazione predisposta dalla concessionaria, si **attualizza** il diritto di quest'ultima di realizzare l'opera, si produce cioè l'ulteriore effetto giuridico collegato a tale manifestazione di volontà del concedente.

Va, peraltro, approfondita la rilevanza che le parti hanno attribuito alle prestazioni aggiuntive a carico della concessionaria, e la conseguente loro incidenza nella logica complessiva dell'assetto di interessi perseguito dai contraenti.

In base agli artt. 4 e 5 del contratto, la concessionaria si impegnava, infatti, a svolgere anche l'attività di promotore finanziario, al fine di procurare

Handwritten signatures and initials in the bottom right corner of the page. There are three distinct marks: a stylized 'A' or 'S' at the top, a 'K' in the middle, and a large 'M' at the bottom.

"finanziamenti regionali, statali o comunitari senza oneri a carico del Comune".

È, altresì, previsto che il concedente non avrebbe avuto diritto ad alcun corrispettivo per lo svolgimento di tale attività. È agevole constatare, infatti, che tale attività, era funzionale alle prestazioni a carico di entrambe le parti, vale a dire era finalizzata al perseguimento di un interesse comune e non dell'interesse esclusivo di una di essa. Infatti, nel caso contrario, sarebbe stato negoziato un corrispettivo *ad hoc* per l'attività di intermediazione prestata, come si dimostra mediante l'approfondimento dell'assetto di interessi programmato dai contraenti.

Al riguardo giova, infatti, premettere che il finanziamento dell'opera pubblica, com'è noto, presuppone a sua volta che la relativa progettazione sia stata approvata dall'amministrazione a cui favore esso viene erogato. Pertanto, nel momento in cui il finanziamento è ottenuto o soltanto cercato, il diritto di esclusiva della concessionaria è già sorto, anche se il suo esercizio resta, come subito diremo, subordinato al reperimento delle risorse finanziarie necessarie allo scopo.

Nel caso di specie ciò, quindi, comporta che la nascita del diritto di esclusiva di effettuare i lavori necessari per la realizzazione dell'opera pubblica resta subordinato, in tali casi, all'approvazione della progettazione da parte del concedente, mentre la sua possibilità di esercizio resta condizionato all'individuazione delle risorse finanziarie necessarie per realizzarli.

Si è cioè in presenza di una fattispecie a formazione progressiva, nella quale la possibilità di esercitare il relativo diritto è subordinato al verificarsi

A
h.
/m

di una duplice condizione, di cui la prima è rappresentata dall'approvazione da parte del concedente della progettazione, la seconda dall'individuazione delle relative risorse finanziarie. La prima di essa attiene alla nascita del diritto, la seconda si collega al suo esercizio, subordinato al reperimento del finanziamento o di altri strumenti finanziari mediante i quali pervenire all'effettivo soddisfacimento del diritto riconosciuto alla concessionaria. Il che si traduce nel corrispondente obbligo del concedente di porre in essere quanto necessario per consentire alla controparte di poter esercitare la situazione soggettiva tutelata conseguente all'approvazione del progetto.

L'ulteriore particolarità di tale pattuizione accessoria è costituita dal fatto che l'attività di promotore finanziario che la concessionaria si impegnava a porre in essere doveva avere ad oggetto unicamente finanziamenti regionali, statali o comunitari senza oneri a carico del Comune.

In questo modo è stato resa ancora più evidente la segnalata finalità che le parti intendevano perseguire mediante l'assunzione, da parte della concessionaria, dell'attività promozionale volta al conseguimento del finanziamento.

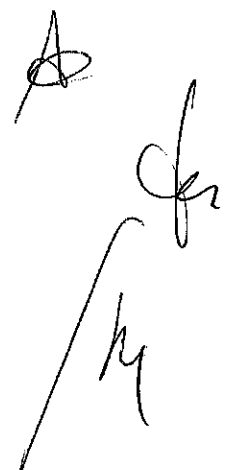
Tale attività di *lobby* doveva cioè risultare di reciproco interesse, nel senso che non poteva risolversi a vantaggio esclusivo della concessionaria, come sarebbe accaduto nel caso in cui, da parte sua, essa avesse autonomamente negoziato mutui con oneri a carico della controparte. L'attualizzazione del diritto di esclusiva di realizzare l'opera si sarebbe in questo modo verificata con modalità diverse da quelle pattuite, nel senso che sarebbe mancata una delle sue peculiarità rappresentata dall'assenza di onerosità per il concedente.

L'attività svolta, in altri termini, non si sarebbe più risolta in un vantaggio per entrambe le parti, ma a vantaggio della sola concessionaria, che avrebbe visto attualizzarsi il suo diritto esclusivo di realizzare l'opera con oneri a carico del solo concedente, in difformità di quanto tra di esse pattuito.

3. Una volta circoscritto l'ambito della prestazione accessoria rilevante nel presente contratto, di cui doveva farsi carico la concessionaria, a salvaguardia dei legittimi interessi del concedente, risulta ingiustificata la conclusione cui intende pervenire il Comune, secondo cui la presenza della suddetta clausola accessoria sarebbe in grado di spezzare il nesso inscindibile che, come si è dianzi precisato, sussiste tra progettazione ed esecuzione dei lavori, in virtù del quale, nell'ipotesi di mancata reperimento delle necessarie risorse finanziarie, da parte della concessionaria, nonostante la relativa progettazione sia stata da essa predisposta, non si renderebbe più attuale il suo diritto di eseguire i relativi lavori.

Tale conclusione non può essere condivisa, per l'assorbente considerazione che l'attività promozionale svolta dalla concessionaria è per sua natura una mera attività di intermediazione, che non preclude al concedente di ricorrere ad altre forme di finanziamento, una volta riconosciuta l'utilità sul piano sociale di realizzare le opere progettate dalla concessionaria.

Ciò dimostra che l'attività promozionale della concessionaria si svolge su un piano del tutto distinto da quello, relativo alla realizzazione dei lavori, nel senso che è volta a realizzare il comune interesse delle parti, concedente e concessionaria, di ottenere il primo, i mezzi finanziari necessari per il soddisfacimento del pubblico interesse, senza doverne sopportare il relativo onere, la seconda, di poter in questo modo soddisfare la sua legittima

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'A. Fr.' and the initials below it are 'h'.

pretesa imprenditoriale di trarre un giusto profitto dalla relativa esecuzione. In questo modo si ha che il mancato conseguimento del finanziamento regionale, statale, comunitario o di altra natura, senza oneri per l'ente territoriale, non si risolve nella perdita del diritto di esclusiva per la concessionaria di realizzare i lavori necessari per il completamento dell'opera pubblica, una volta che la progettazione da essa predisposta sia stata approvata dal concedente. La mancata realizzazione di tale risultato finale, auspicato da entrambe le parti, preclude il soddisfacimento del comune interesse dianzi evidenziato, ma non fa venir meno, il diritto, del tutto autonomo, della concessionaria, di realizzare i lavori una volta che quelli da essa progettati siano stati approvati dal concedente, in quanto ritenuti rispondenti all'interesse pubblico e, come tali, in grado di trasformarsi, sotto il profilo pubblicistico, in una attività non più discrezionale, ma vincolata per autonoma scelta della stessa amministrazione.

La progettazione e l'esecuzione dei lavori, entrambi facenti capo alla concessionaria, sono due momenti tra loro complementari, di cui il secondo si attualizza su iniziativa dell'amministrazione concedente, nell'ipotesi in cui, anche in carenza di finanziamenti procurati dalla concessionaria, i lavori da essa progettati sono da essa approvati, in quanto ritenuti rispondenti al pubblico interesse che l'ente territoriale è tenuto per legge a perseguire.

Se questa diversa soluzione si verifica, è del tutto conseguenziale, in attuazione dei parametri di correttezza e buona fede nell'interpretazione delle clausole contrattuali, che la produzione dell'effetto giuridico,

rappresentato dall'obbligo assunto nei confronti della concessionaria di consentirle la realizzazione dei lavori, oggetto dei progetti da esso approvati, dia luogo al conseguenziale obbligo di reperire le risorse necessarie per la realizzazione dell'interesse pubblico.

Come si è già precisato, ciò risponde alla duplice esigenza, da un lato di adempiere, nei confronti della concessionaria, all'obbligo scaturito a carico del concedente dall' approvazione dei progetti e, dall'altro, di porre in essere la conseguenziale attività vincolata, in grado consentire l'effettiva realizzazione di tale interesse, coincidente con quello pubblico che esso è tenuto a perseguire.

La previsione, contenuta nel contratto, che l'attività di progettazione non dà diritto ad un autonomo compenso, nel caso di mancato conseguimento del finanziamento, è un'ulteriore riprova del fatto che è questa l'unica alea che la concessionaria si è assunta, non anche quella, che risulterebbe del tutto distonica rispetto alla natura stessa della convenzione, della perdita del diritto di eseguire i lavori, nel caso in cui, per la loro realizzazione, il concedente non può fare affidamento sui finanziamenti procurati dalla concessionaria.

Una soluzione differente, in base alla convenzione quadro a suo tempo delineata, risulterebbe infatti pregiudizievole per lo stesso concedente, posto che la scelta del partner risulta giustificata sulla base delle sue peculiari capacità imprenditoriali nella progettazione e realizzazione di tale particolare opera pubblica, di cui in questo modo, essa si priverebbe senza alcuna valida giustificazione.

La convenzione assumerebbe, inoltre, la diversa configurazione di un

contratto aleatorio, connotazione questa incompatibile con la natura del contratto di progettazione e costruzione dell'opera pubblica, la cui giustificazione causale si fonda, come nella specie, per comune volontà delle parti, sulle elevate capacità imprenditoriali della concessionaria, come si è dianzi precisato e non su quelle del tutto accessorie ed eventuali della sua capacità di procurare finanziamenti per la realizzazione di lavori pubblici.

La prospettata interpretazione assume, inoltre, portata vincolante per il fatto che, sul punto, si è già formato il giudicato, per quanto riguarda il diritto della concessionaria di eseguire i lavori da essa progettati, anche nel caso che il finanziamento non sia stato da essa procurato al Comune.

Il principio di diritto affermato nel lodo pronunciato nel 1994 tra le stesse parti fa stato anche nella controversia in esame, la cui particolarità è costituita dal fatto che non si è in presenza di un finanziamento, ma dell'accensione di un mutuo con la Cassa Depositi e Prestiti.

Trattasi di differenze formali che non intaccano la validità del suddetto principio di diritto, fondato sulla natura sinallagmatica delle prestazioni a carico di entrambe le parti, rispetto alle quali quella di natura accessoria, a carico della concessionaria, ha l'unica finalità, nei limiti consentiti, di agevolare lo scopo comune da entrambe perseguito, quello cioè di soddisfare l'interesse della collettività di poter godere di un pubblico servizio efficiente, attraverso la realizzazione, da parte della concessionaria, dei lavori all'uopo necessari.

Va, inoltre, tenuto conto, in sede di corretta interpretazione del contratto, della disciplina di cui all'art.1362 cod. civ., in base al quale, come

opportunamente fatto presente dalla difesa della concessionaria, assume rilievo il comportamento delle parti anche successivo alla sua conclusione.

Non risulta in proposito condivisibile l'assunto della difesa del Comune, secondo cui tale riferimento darebbe luogo ad una domanda inammissibile della concessionaria, in quanto *"l'oggetto dell'arbitrato – ed i relativi quesiti – attengono all'interpretazione della convenzione, non alla valutazione dei comportamenti successivi"*.

L'assunto non può essere condiviso per l'assorbente rilievo che il riferimento ai comportamenti successivi dei contraenti è esso stesso un parametro ermeneutico attraverso il quale, secondo il legislatore, va ricostruita la comune volontà delle parti. La citata disposizione non a caso è inserita nel Capitolo del codice civile dal titolo *"Dell'interpretazione del contratto"*.

Pertanto, a riprova del fatto che la comune volontà delle parti è stata quella ora evidenziata, in piena assonanza con il lodo già pronunciato nei loro confronti, va ricordato che, come è stato provato dalla concessionaria nel corso del presente giudizio, già in precedenza, il concedente ha, in più occasioni, affidato alla controparte contratti attuativi aventi ad oggetto lavori finanziati con mutui della CDP (anno 2007 e anno 2009) e due con fondi comunali (anno 2007 e anno 2011).

Inoltre, del pari inconferente è il richiamo alla giurisprudenza del giudice amministrativo in materia di interpretazione dei provvedimenti autoritativi dell'amministrazione, in quanto il contratto di concessione di costruzione e gestione ha natura autoritativa solo per quanto riguarda la scelta del concessionario, cui accede, com'è noto, una successiva convenzione che ha

portata paritetica, in quanto fonte di diritti soggettivi pieni e perfetti da parte di entrambi i contraenti, come del resto lealmente evidenziato dalla stessa difesa del Comune.

La stessa clausola compromissoria per la risoluzione delle eventuali controversie insorte tra di essi, come è stato già evidenziato, fa parte dell'autoregolamentazione di interessi posta in essere, con conseguente attribuzione alla cognizione del solo giudice ordinario di ogni decisione sulla sua validità ed efficacia.

Da ciò consegue, che l'approvazione da parte della Giunta Comunale, con le delibere nn.131, 132, 133 e 134 del 10.7.2012 dei progetti predisposti dalla Castalia Servizi idrici va correttamente interpretato nel senso che l'organo deliberante, nell'esercizio della sua capacità d'agire di diritto privato, avendo già ritenuto tuttora valida ed efficace la convenzione a suo tempo stipulata, ha proceduto all'approvazione dei progetti predisposti dalla concessionaria.

Non può dubitarsi, pertanto, sulla base di quanto sinora evidenziato, che la concessionaria, a seguito della redazione dei progetti inseriti dalla Giunta Comunale nella programmazione triennale ha acquisito il diritto di eseguire i relativi lavori.

4. Ai fini di una completa disamina delle caratteristiche peculiari del contratto in esame, è necessario altresì evidenziare quanto già oggetto del precedente giudicato che fa stato tra le parti.

In ragione, sia della complessità dell'intera opera pubblica programmata, sia della difficoltà di reperire le risorse necessarie per realizzarla, fu necessario a suo tempo procedere alla stipula, come ampiamente

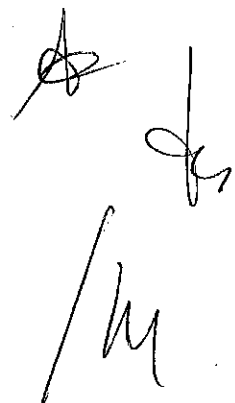
argomentato nel precedente lodo, di una convenzione quadro, con la quale si demandava a successivi atti integrativi la disciplina di dettaglio della realizzazione dei singoli stralci funzionali dell'opera.

La conclusione cui pervenne il Collegio arbitrale in relazione agli atti attuativi è che trattasi di *“meri strumenti convenzionali volti a specificare aspetti non essenziali del rapporto, che, invece, si deve ritenere compiutamente formato fin dal momento in cui fu affidata la concessione (dicembre 1988). Così ricostruita la fattispecie ne discende che i predetti atti attuativi costituiscono l'adempimento della convenzione e sono soggetti al regime giuridico della stessa”*. Il Collegio afferma ancora (pag. 177 e s.): *“Attesa la natura di atto vincolato nell'an e considerato, altresì, l'oggetto della, concessione assentita, che riguarda la realizzazione e la gestione dell'intera opera programmata, ne consegue che il concedente è obbligato a negoziare con il concessionario secondo i principi di correttezza e buona fede, gli atti attuativi e, allorché si verificano le condizioni (finanziamento ed approvazione del progetto esecutivo, cui è sottoposta l'operatività del rapporto), a stipulare i medesimi in relazione ai successivi lotti funzionali”*. Nel merito specifico della questione che qui interessa, il Collegio ha così deciso: *“Il Collegio ritiene, infine, che, ove il finanziamento conseguito non sia frutto, in tutto o in parte, dell'attività di promozione finanziaria del concessionario, sussista pur sempre l'obbligo condizionato di stipulare salva la necessità di tener conto del valore dell'attività di promozione finanziaria ai fini dell'eventuali ridimensionamento (da concordare, tenendo peraltro conto che la voce in esame rientra negli oneri di concessione) del corrispettivo del concessionario. D'altra parte, avendo*

ritenuto che l'oggetto dell'affidamento in concessione attiene all'intera opera, tranne l'ipotesi sopra indicata di specifica revoca o decadenza della concessione, allo stato nessuna parte dell'opera medesima può essere sottratta all'attività realizzativa del concessionario ove ricorrono le note condizioni, a nulla rilevando in merito se il finanziamento ottenuto sia pervenuto o meno a seguito dell'attività posta in essere dal medesimo concessionario. Questi è obbligato a tenere un comportamento improntato alla diligenza ex art. 1176 comma 2, trattandosi di un'obbligazione di mezzi; di converso il comune deve cooperare secondo i principi di correttezza e buona fede, di cui rispettivamente agli artt. 1175 e 1375 c.c. con il concessionario, ogni qual volta sia necessario un adempimento della P.A. per conseguire i finanziamenti (richieste di finanziamenti ad enti pubblici da inoltrare su segnalazione del concessionario, esame degli aggiornamenti del progetto generale e dei progetti esecutivi e quant'altro".

Secondo il parere espresso in una fattispecie analoga dalla Commissione Europea, in data 4.2.2002., in questi casi, allorché trattasi di affidamenti in concessioni a suo tempo facenti parte, come nella specie, dei c.d. settori esclusi, non solo il relativo affidamento è legittimo, ma gli atti integrativi posti successivamente in essere non costituiscono autonomi appalti, ma atti meramente esecutivi di un unico originario appalto: essi sono, perciò, retti dalla disciplina vigente al momento della convenzione quadro.

Un ulteriore riscontro della fondatezza delle esposte conclusioni si desume dall'esame della conferenza dei servizi del 28 novembre 2002, con la quale si dava atto che il Comune era legittimato a realizzare per mezzo della concessione di cui alla deliberazione consiliare n.329/88 ai sensi delle leggi


Handwritten signatures and initials in the bottom right corner of the page. There are three distinct marks: a stylized signature at the top, a signature below it, and a large, bold initial 'M' at the bottom.

n. 584/77 e 1137/79 *“anche per lotti funzionali, le opere di completamento della rete fognaria interna”*, nonché della conferenza dei servizi del 10.5.2010, con la quale si riconosceva *“il diritto della concessionaria CASTALIA Servizi idrici a realizzare anche per lotti funzionali, le opere ed infrastrutture afferenti alla rete fognaria interna del Comune di Nocera Superiore, relativamente ai progetti programmati in attuazione della concessione ed approvati ed ammessi a finanziamento entro il 31.3.20012”*.

Le ulteriori proroghe deliberate dal Comune della suddetta convenzione ha comportato lo slittamento del termine indicato nella richiamata delibera, con la conseguenza che i progetti predisposti dalla concessionaria sono stati inseriti nella programmazione triennale approvata con la deliberazione consiliare del 12 luglio 2011.

A tale data deve, pertanto, farsi risalire il comportamento, improntato a correttezza e buona fede, del concedente di consentire la realizzazione dell'evento posto in condizione per l'esercizio, da parte della concessionaria, del diritto di realizzare i lavori relativi ai progetti inseriti nella suddetta programmazione triennale. Nella specie, trattasi, infatti, di una condizione potestativa, nel senso che il suo avveramento è collegato all'attività strumentale che la concessionaria era tenuta a porre in essere per il verificarsi dell'evento, vale a dire per ottenere la concessione del mutuo, *conditio sine qua* per l'esercizio del suo diritto di esclusiva. In tal caso, come è noto, l'evento si ha per avverato, allorché la sua mancata produzione è dipesa dal comportamento della controparte (art.1359 cod.civ.).

Nella specie, avendo la concessionaria rinunciato al riguardo a qualsiasi

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'AB' followed by a vertical line, and the initials below it are 'H'.

pretesa di natura risarcitoria derivante dal mancato avveramento dell'evento posto in condizione, essendosi entrambe la parti obbligate a dare esecuzione al lodo che sarà pronunciato nei loro confronti, va, di conseguenza, riconosciuto il diritto della concessionaria di pretendere che il Comune ponga in essere la necessaria attività procedimentale per l'accensione del mutuo da parte della Cassa Depositi e prestiti.

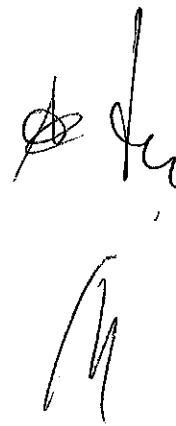
5. Per quanto riguarda, invece, il primo quesito della società attrice, relativo alla sola interpretazione degli art. 4 e 5 del contratto, il suo esame deve ritenersi assorbito a seguito della soluzione data dal Collegio al primo quesito della controparte, la cui più vasta portata ha consentito di dare risposta affermativa a quanto con esso richiesto dalla concessionaria.

6. In ordine logico va, quindi, dato risposta al secondo quesito del Comune riportato nella esposizione in fatto.

Esso è inammissibile, in quanto la prima parte è ripetitiva del primo quesito, mentre la seconda parte contraddice l'impegno già assunto dal concedente di affidare alla concessionaria l'esecuzione dei lavori nel caso di risposta positiva al primo quesito.

Va, peraltro, sottolineato che sotto il profilo sostanziale all'interrogativo sollevato dal concedente si è data adeguata risposta in sede di chiarificazione delle caratteristiche precipue della convenzione quadro, considerata anche alla luce della sopravvenuta normativa comunitaria, così come precisata nel richiamato parere della Commissione Europea.

7. Per quanto riguarda il terzo quesito del Comune, la cui formulazione è anch'essa riportata nel fatto, si è già avuto modo di chiarire, nel corso dell'esame del primo quesito, che l'alea che contraddistingue il contratto di

Handwritten signature and initials in the right margin. The signature appears to be 'P. L.' and the initials below it are 'M'.

concessione e gestione non si riscontra in quello di sola progettazione ed esecuzione dei lavori che, in base alla normativa comunitaria, è equiparato all'appalto.

8. Infine per quanto riguarda il quarto quesito del Comune come riportato in fatto, secondo il quale l'affidamento della concessione sarebbe venuta meno per effetto dell'entrata in vigore del sistema idrico integrato delle acque di competenza degli Enti d'Ambito ed affidato alla Gori s.p.a. esso è infondato, in quanto si è già avuto modo di richiamare le delibere adottate in sede di conferenza di servizi, nelle quali si dà una diversa interpretazione dell'assetto di interessi convenuto a seguito della stralcio della gestione. Esso ha assunto valore vincolante per tutte le amministrazioni aventi titolo a partecipare alla suddetta conferenza dei servizi, tra cui il Comune di Nocera Superiore.

D'altronde, tale affermazione è smentita dall'operato successivo dello stesso Comune, che ha ripetutamente dato prova di ritenere valida ed efficace la convenzione sino alla data del 31.3.2013, come è dimostrato dall'inserimento nel piano triennale 2011-2013 dei progetti redatti dalla concessionaria. Trattandosi di progetti per un importo superiore al milione di euro, in ossequio all'art.128 D.lgs. n.163/2006, e a quanto desumibile dalla convenzione, il suddetto inserimento è stato proceduto dalla preventiva approvazione del progetto preliminare.

9. La complessità e la delicatezza delle questioni trattate, unite al leale comportamento del Comune, inducono il Collegio a compensare interamente tra le parti le spese del giudizio arbitrale e a porre a carico di ciascuna parte nella misura del 50% gli onorari degli arbitri, il compenso

del segretario e le spese del Collegio arbitrale come liquidati con separata ordinanza, fermo restando il vincolo di solidarietà.

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale definitivamente pronunciando all'unanimità, disattesa ogni diversa domanda e istanza, così dispone:

1. Dichiara la validità della clausola compromissoria e del compromesso e la competenza del collegio arbitrale.
2. In relazione al primo quesito del Comune dichiara che la concessionaria, a seguito della redazione dei progetti inseriti dalla Giunta Comunale nella programmazione triennale ha acquisito il diritto di eseguire i relativi lavori.
3. In relazione al primo quesito della società attrice, relativo alla sola interpretazione degli art. 4 e 5 del contratto, il suo esame deve ritenersi assorbito a seguito della soluzione data dal Collegio al primo quesito la cui più vasta portata ha consentito di dare risposta affermativa a quanto con esso richiesto dalla concessionaria.
4. In relazione al secondo quesito del Comune il Collegio dichiara che lo stesso è inammissibile.
5. In relazione al terzo quesito del Comune il Collegio dichiara che lo stesso è assorbito dalla risposta in ordine al primo quesito che precede.
6. In relazione al quarto quesito del Comune il Collegio lo dichiara infondato.

Compensa le spese di giudizio, e pone a carico di ciascuna delle parti nella misura del 50% gli onorari degli arbitri il compenso del segretario e del collegio arbitrale come liquidate con separata ordinanza, fermo il vincolo di solidarietà.

Così deciso, all'unanimità, in Roma in conferenza personale degli arbitri
in data 6 e 16 dicembre 2013 e sottoscritto in tre originali dagli arbitri nelle
date come sotto riportate.

Letto, confermato e sottoscritto.

Roma, 16 dicembre 2013

Prof. Claudio Varrone *Roma 16 dicembre 2013 Claudio Varrone*

Prof. Avv. Angelo Clarizia *Roma 16.12.2013 A. Clarizia*

Avv. Salvatore Napolitano *Roma 16 dicembre 2013 S. Napolitano*



12114/14

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

Ufficio di Presidenza

VERBALE DI DEPOSITO DI LODO ARBITRALE

L'anno 2014 il giorno 4 del mese di settembre nell'Ufficio di Presidenza, avanti a me Cancelliere è personalmente comparso il sig. Vincenzo Lanzotti in qualità di Amministratore Unico della Impresa Castalia Servizi Idrici S.r.l. il quale deposita il lodo arbitrale tra **IMPRESA CASTALIA SERVIZI IDRICI S.R.L.** e **COMUNE DI NOCERA SUPERIORE** composto di 36 facciate, deliberato in Roma il 16 dicembre 2013 e sottoscritto dagli arbitri in pari data..

Deposita altresì:

- 1). copia conforme della Deliberazione del Consiglio Comunale di Nocera Superiore n. 329 del 20.12.1988 con allegata Convenzione di Concessione alla Italgenco (ora Castalia Servizi Idrici Srl) contenente la clausola compromissoria all'art. 24;

Il sig. Vincenzo Lanzotti chiede che il Sig. Presidente del Tribunale Ordinario di Roma voglia emettere decreto di esecutorietà del Lodo Arbitrale oggi depositato, ai sensi dell'art. 825 c.p.c.

L.C.S.

IL CANCELLIERE C2
D.ssa Cecilia Tancredi



12114/14

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
Ufficio di Presidenza

VERBALE DI DEPOSITO DI LODO ARBITRALE

L'anno 2014 il giorno 4 del mese di settembre nell'Ufficio di Presidenza, avanti a me Cancelliere è personalmente comparso il sig. Vincenzo Lanzotti in qualità di Amministratore Unico della Impresa Castalia Servizi Idrici S.r.l. il quale deposita il lodo arbitrale tra **IMPRESA CASTALIA SERVIZI IDRICI S.R.L. e COMUNE DI NOCERA SUPERIORE** composto di 36 facciate, deliberato in Roma il 16 dicembre 2013 e sottoscritto dagli arbitri in pari data..

Deposita altresì:

- 1) copia conforme della Deliberazione del Consiglio Comunale di Nocera Superiore n. 329 del 20.12.1988 con allegata Convenzione di Concessione alla Italgenco (ora Castalia Servizi Idrici Srl) contenente la clausola compromissoria all'art. 24;

Il sig. Vincenzo Lanzotti chiede che il Sig. Presidente del Tribunale Ordinario di Roma voglia emettere decreto di esecutorietà del Lodo Arbitrale oggi depositato, ai sensi dell'art. 825 c.p.c.

L.C.S.

IL CANCELLIERE C2
Dr.ssa Cecilia Tancredi

Lodo n. **12114/2014**

Cron. 1117/16

Rep 1611/16



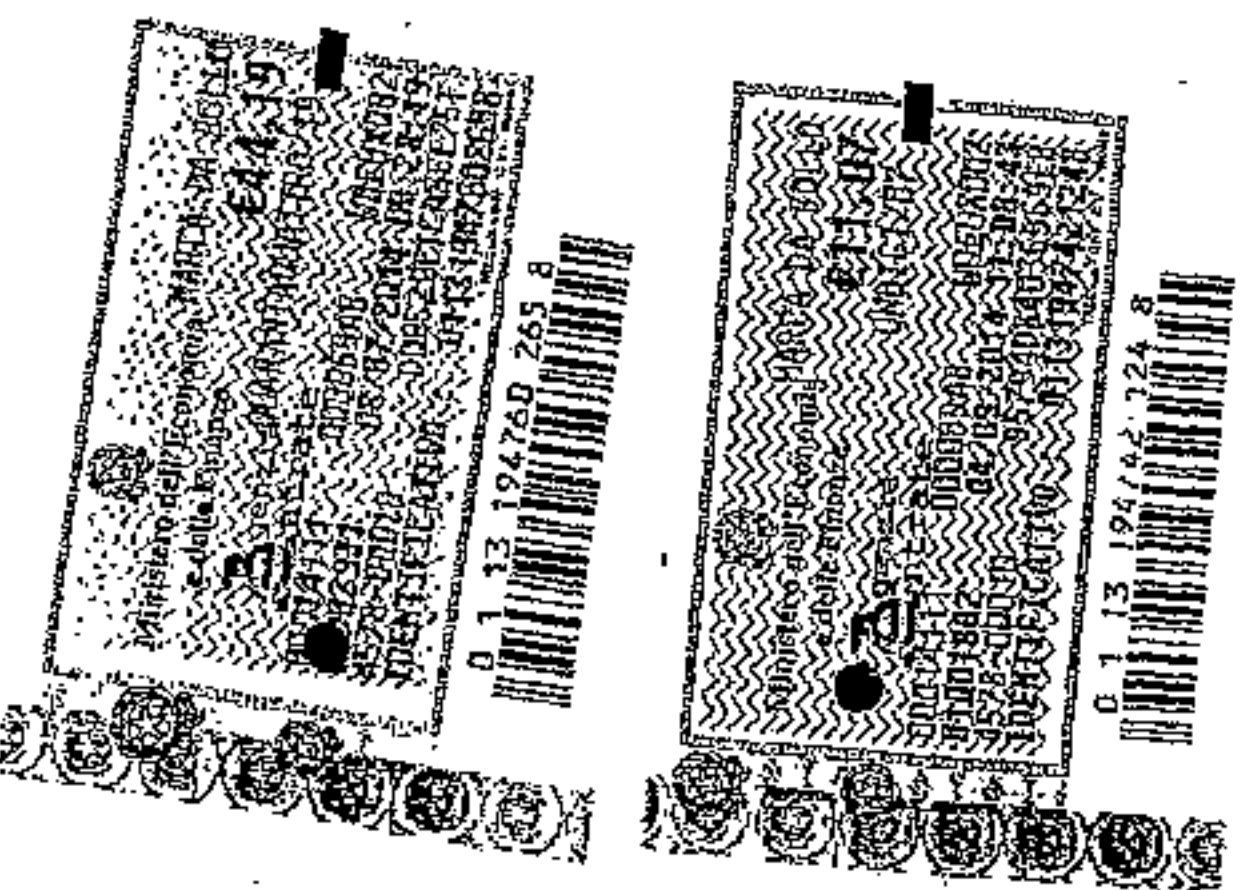
Il Presidente del Tribunale Ordinario di Roma
visti gli atti e constatata la regolarità formale,
letto l'art. 825 c.p.c., dichiara esecutivo il lodo arbitrale
di cui al verbale di deposito che precede.

Si comunichi.

Roma, 17 SET. 2014

~~Poliziano Giudiziario~~
dott.ssa Rosa Maria

il Presidente
Mario Bresciano



TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
UFFICIO DI PRESIDENZA
DISTINTA RICHIESTA COPIE

ESECUTIVE

nell'interesse di CASTANA
richiedente SIG. LANZOTTI

URGENTI - NON URGENTI

n. copie x diritti

ESECUTIVE 1X 55,26
Roma, 17/9/2014