

LODO ARBITRALE

Il Collegio Arbitrale, costituitosi in data 17 aprile 2020, presso la Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici composto da Signori:

Prof. Avv. Sebastiano Licciardello con funzioni di Presidente

Prof. Avv. Tommaso Edoardo Frosini, Arbitro

Avv. Pierluigi Balducci, Arbitro

Riunitosi nella camera di consiglio del 4 dicembre 2020 ha emesso il presente lodo per la decisione della controversia insorta tra:

Inedil S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Stefano Intini, con sede in Noci, (BA) alla via Di Vittorio 1/C p.i. 05425930723, rappresentata e difesa in virtù di procura in calce alla domanda di arbitrato - congiuntamente e disgiuntamente - dagli Avvocati Giuseppe Durano (DRNGPP88M22B180A) e Sante Daniele Carucci (CRCSTD80R07H096I) con domicilio digitale eletto ai seguenti indirizzi PEC durano.giuseppe@coabrindisi.legalmail.it e avv.danielecarucci@pecstudio.it.

e

Comune di Polignano a Mare, in persona del Sindaco *pro tempore*, domiciliato per la carica in Polignano a Mare, viale Rimembranza, 13 (BA) (p.i. 02526210725 e c.f. 80022290722), rappresentato e difeso, per mandato in calce all'atto di resistenza, dal Prof. Avv. Vincenzo Caputi Iambrenghi (CPTVCN41T01H645G) elettivamente domiciliato in Roma alla via Vincenzo Picardi 4/B (00197) e domicilio digitale all'indirizzo PEC caputiambrenghi.vincenzo@avvocatibari.legalmail.it

in relazione

alla controversia insorta relativamente all'atto di convenzione del Comune di Polignano a Mare con concessione dei lavori relativi alla costruzione: Comando dei Vigili Urbani in via Martiri di Dogali in sostituzione della sede attuale, costruzione di centro commerciale - direzionale Commerciale e costruzione e gestione di parcheggio e verde attrezzato alle vie Papa Giulio III e A. Calò, sottoscritto il 22/04/2004 repertorio n. 118489 raccolta 34989 e dell'atto di integrazione alla convenzione sottoscritto il 21/11/2008 repertorio n. 128390 raccolta 41236.

ed in dipendenza

della clausola arbitrale contenuta nell'art. 16 della convenzione sottoscritta il 22/04/2004 e confermata nell'atto integrativo del 21/11/2008 per cui *qualsiasi controversia di natura tecnica, amministrativa e giuridica che dovesse insorgere anche in corso d'opera, in ordine all'interpretazione, esecuzione e/o risoluzione della presente convenzione e dell'eventuale atto integrativo, che non si sia potuto definire in sede amministrativa, è definita da un collegio arbitrale nelle norme e nella composizione consentite dal codice di procedura civile.*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato al Comune di Polignano a Mare in data 18 aprile 2019, la società Inedil S.r.l. ha proposto domanda di arbitrato nei confronti del Comune di Polignano a Mare, avvalendosi della clausola arbitrale di cui all'art. 16 dell'Atto di convenzione - sottoscritto il 22/04/2004 repertorio n. 118489 raccolta 34989 - ad oggetto la concessione dei lavori relativi alla

costruzione del Comando dei Vigili Urbani in via Martiri di Dogali in sostituzione della sede attuale, alla costruzione di Centro commerciale - Direzionale commerciale e alla costruzione e gestione di parcheggio e verde attrezzato alle vie Papa Giulio III e A. Calò in Polignano a Mare.

Nella “Domanda di arbitrato” Inedil S.r.l. chiede che il costituendo Collegio arbitrale voglia, decidendo in via rituale e secondo diritto, rispondere ai seguenti quesiti:

*“**Quesito 1:** Voglia l'onorevole collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare l'avvenuta risoluzione della convenzione per effetto della nota di Inedil S.r.l. del 29/3//2019 per l'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni dedotte in contratto e per l'effetto dichiarare il diritto della Inedil S.r.l. ai sensi dell'articolo 7 della convenzione al “pagamento delle somme maturate a seguito dell'esecuzione dei lavori il cui importo non è coperto almeno in parte dal corrispettivo derivante dalla vendita delle unità immobiliari del centro commerciale direzionale” in misura pari a euro 7.553.546,05 o in subordine alla diversa somma che sarà ritenuta dovuta secondo equità dal costituendo collegio arbitrale.*

***Quesito 2:** Voglia l'onorevole collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezioni, accertare e dichiarare la responsabilità per inadempimento dell'amministrazione concedente (i) all'obbligo di revisionare a richiesta del privato le condizioni contrattuali al fine di procedere a riequilibrio del piano economico finanziario ai sensi dell'art. 7 della convenzione, (ii) all'obbligo di far conseguire il corrispettivo alla concessionaria ai sensi dell'art. 5 della convenzione (o in subordine agli obblighi di buona fede e correttezza) e, conseguentemente, condannare il Comune di Polignano a are al pagamento di tutto quanto previsto dall'articolo 37-septies l.n. 109/1994 (ivi compreso l'indennizzo previsto) e in ogni caso il pagamento di tutti i danni subiti dalla Inedil ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 c.c. ovvero in via ulteriormente gradata a titolo di*

arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., il tutto oltre agli interessi, anche anatocistici, legali e moratori e alla rivalutazione monetaria come per legge, oltre iva, se dovuta; e condannare in ogni caso il convenuto alla rifusione delle spese di lite e per il costituendo Collegio arbitrale”.

Con atto di resistenza del 16 aprile 2020 il Comune di Polignano a Mare chiede *“accertarsi l’avvenuta scadenza del termine e degli effetti del contratto sin dal 22 aprile 2019, dunque la sua risoluzione, ed il conseguente obbligo per la concessionaria di restituzione dei suoli destinati a parcheggio e verde attrezzato, con esplicita pronuncia arbitrale di condanna alla restituzione immediata dei predetti immobili al Comune concludente; - nonché accertarsi il grave danno da inadempimento della concessionaria medesima con conseguente sua condanna al risarcimento, a liquidarsi in favore del concludente, dei danni ingiustamente inferti al contraente Comune di Polignano a Mare, come ci si riserva di meglio dedurre e quantificare nel prosieguo del giudizio”* e conclude chiedendo al Collegio arbitrale:

“1) rigetti tutte le domande avversarie, perché inammissibili e comunque improcedibili in rito e nel merito; in subordine perché manifestamente infondate;

2) ove ne sussistano i presupposti in rito (e senza che ciò possa essere considerato accettazione del contraddittorio o sanatoria rispetto ai dedotti vizi di legittimazione e di costituzione del collegio) accerti l’intervenuta scadenza del termine di cui all’art. 6 senza che controparte, per suo fatto e colpa, abbia completato le opere convenzionate con il Comune nell’ambito del contratto di project financing, pertanto dichiari l’intervenuta risoluzione ipso jure degli effetti del contratto alla data del 22.4.2019, condannando l’impresa istante alla restituzione dei suoli destinati a parcheggio e verde attrezzato, nonché al risarcimento dovuto in favore del Comune in dipendenza delle gravi inadempienze della concessionaria;

3) condanni la parte ricorrente al pagamento integrale delle spese di lite e per il Collegio arbitrale”.

Alla prima udienza del 24 aprile 2020, esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione, il Collegio concede alle parti termine sino al 25 maggio 2020 per il deposito della prima memoria, ove proporre precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte, la richiesta di mezzi istruttori ed il deposito di ogni documento utile a conoscere della controversia e termine sino al 24 giugno 2020, per il deposito della seconda memoria, per replicare alla prima memoria depositata da controparte anche attraverso documenti e richiesta di mezzi istruttori.

La Inedil S.r.l. in data 25 maggio 2020 deposita la prima memoria ove articola le seguenti domande:

“1) Accertare e dichiarare la avvenuta alterazione dell’equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione per cui è causa ed il conseguente diritto del concessionario di richiedere la revisione delle condizioni per il riequilibrio e per l’effetto il conseguente diritto di recedere dal contratto di concessione per mancata revisione.

2) Conseguentemente accertare e dichiarare la legittimità, validità ed efficacia del recesso unilaterale ex art. 7 Convenzione ma, ancor prima, ex art. 19 comma 2 bis e art. 37 septies L. 109/94 comunicato dal concessionario con nota 29.3.2019 e per l’effetto considerare prive di residua efficacia tra le parti le convenzioni 22.4.2004 rep. n. 118489 e 21.11.2008 rep. n. 128390 e condannare il Comune di Polignano a Mare a restituire e/o corrispondere alla Inedil S.r.l. la somma di €. 7.077.807,75, pari ai costi sopportati per la realizzazione delle opere (€. 7.651.889,25) al netto di quanto incassato dalla concessionaria dalla locazione di parte dei locali (€. 574.081,50 al 28.2.2019) o la diversa maggiore o minore somma che il Collegio riterrà dovuta anche all’esito di eventuale C.T.U., oltre ad un indennizzo per il mancato guadagno, così come previsto dall’art. 37septies L. 109/94 o nella misura che il Collegio vorrà determinare anche in via equitativa.

In subordine

3) *Accertare e dichiarare per i fatti e le motivazioni tutte riportate in atti e nella presente memoria il grave inadempimento del Comune di Polignano a Mare rispetto agli obblighi assunti con i contratti stipulati e per lo effetto pronunciare la risoluzione per grave inadempimento del concedente della Convenzione rep. n. 118489 del 22.04.2004 e della Convenzione integrativa rep. n. 128390 del 21.11.2008, con conseguente condanna del Comune di Polignano a Mare al risarcimento dei danni subiti dal Concessionario e, quindi, al pagamento a titolo di danno emergente della somma di €. 7.077.807,75 (pari ai costi sopportati per la realizzazione delle opere al netto delle somme incassate dalla locazione), oltre rivalutazione monetaria ed interessi dal momento degli esborsi all'effettivo soddisfo e, a titolo di lucro cessante, della somma di €. 1.309,225,25, oltre rivalutazione monetaria e interessi, quale mancato guadagno che la Concessionaria avrebbe potuto ricavare dall'operazione di project financing. Il tutto con salvezza delle diverse, maggiori o minori, somme che il Collegio dovesse ritenere dovute, anche con valutazione equitativa ex art 1226 c.c.*

4) *In caso di pronunzia di accertato legittimo recesso o, in subordine, di pronunzia di risoluzione dei rapporti di Convenzione stipulati tra le parti, accertare e dichiarare la risoluzione e/o sopravvenuta inefficacia del contratto- convenzione rep. n. 128389 del 21.11.2008 (doc. 9) con cui è stata costituita a favore della concessionaria il diritto di superficie sulle aree in catasto terreni del Comune di Polignano al Fol. n. 23 p.lle 1003, 1656, 1657, 3239, 3231, 3232, 3234, 3235, 3237, 3242 e 3243 ed è stata ceduta allo stesso concessionario la proprietà delle aree in catasto terreni del Comune di Polignano al Fol. n. 23 p.lla 3233 di mq. 4.116 con retrocessione e restituzione di dette aree al Comune di Polignano a Mare e per l'effetto condannare il medesimo Comune al pagamento delle somme così come quantificate ai punti 2) o 3) e/o nella somma maggiore o minore che il Collegio riterrà di giustizia.*

In via ancor più subordinata

5) *Nel caso in cui il Collegio non ritenga sussistere i presupposti per il recesso o per la risoluzione per grave inadempimento, accertati i ritardi e le inesattezze con cui il Comune concedente ha comunque adempiuto agli obblighi nascenti dai contratti e che sono causa dei danni subiti dal concessionario, condannare lo stesso Comune di Polignano a Mare al pagamento di una somma pari alla differenza tra il valore del Centro commerciale quale indicato nella Convenzione integrativa (€ 8.961.114,50) ed il ridotto valore che ha assunto a causa delle crisi di mercato ed ancora attuale (€ 5.000.000,00). Il tutto, quindi, nella misura di € 3.961.114,50 o nella maggiore o minore misura che il Collegio riterrà dovuta anche all'esito di una eventuale C.T.U. e, occorrendo, in via equitativa.*

6) *Accertare e dichiarare che la Concessione ha durata di 15 anni con decorrenza dal quarto anno successivo all'inizio lavori (2012) e ordinare al Comune di Polignano a Mare di adottare comportamenti e/o provvedimenti necessari per consentire al Concessionario lo sfruttamento del Centro Commerciale secondo le previsioni di cui alla Convenzione e, quindi, anche quale media struttura di vendita, ferma restando la condanna del Comune di Polignano a Mare al pagamento di una somma pari alla differenza tra il valore del Centro commerciale quale indicato nella Convenzione integrativa (€ 8.961.114,50) ed il ridotto valore che ha assunto a causa delle crisi di mercato ed ancora attuale (€ 5.000.000,00). Il tutto, quindi, nella misura di € 3.961.114,50 o nella maggiore o minore misura che il Collegio riterrà dovuta anche all'esito di una eventuale C.T.U. e, occorrendo, in via equitativa.*

In estremo subordine

7) *Condannare il Comune di Polignano a Mare a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. al pagamento a favore della Inedil della somma di € 2.651.889,25 pari al costo delle opere eseguite dal Concessionario (che il Comune ha risparmiato) al netto del valore del centro commerciale rimasto in proprietà al concessionario (€ 5.000.000,00), salvo diversa maggiore o*

minor somma che il Collegio dovesse ritenere dovuta, occorrendo con valutazione equitativa.

8) In ogni caso con vittoria di spese e onorari del giudizio arbitrale”.

In pari data il Comune di Polignano a Mare deposita la prima Memoria chiedendo che il Collegio:

“1) dichiarare l'inammissibilità della domanda arbitrale per difetto di legittimazione attiva del ricorrente o, in via graduata, per nullità della clausola compromissoria, o in ulteriore subordine, per assenza delle condizioni di procedibilità per l'accesso all'arbitrato;

2) ove ne sussistano i presupposti in rito (e senza che ciò possa essere considerato accettazione del contraddittorio o sanatoria rispetto ai dedotti vizi di legittimazione, della clausola arbitrale e della costituzione del collegio) accetti l'intervenuta scadenza del termine di cui all'art. 6 senza che controparte, per suo fatto e colpa, abbia completato le opere convenzionate con il Comune nell'ambito del contratto di project financing, pertanto dichiarare l'intervenuta risoluzione ipso jure degli effetti del contratto alla data del 22.4.2019, condannando l'impresa istante alla restituzione immediata dei suoli destinati a parcheggio e verde attrezzato, nonché al risarcimento dovuto in favore del Comune in dipendenza delle gravi inadempienze della concessionaria per l'importo di € 600.000,00, oltre rivalutazione ed interessi dalla domanda sino al soddisfo, o il diverso importo che sarà ritenuto di giustizia;

3) in ogni caso rigetti, tutte le domande avversarie, perché inammissibili e comunque improcedibili in rito e nel merito; in subordine perché manifestamente infondate;

4) condanni la parte ricorrente al pagamento integrale delle spese di lite e per il Collegio arbitrale”.

In data 24 giugno 2020 la Ricorrente Inedil S.r.l. ed il resistente Comune di Polignano a Mare depositano la seconda memoria. Quest'ultimo, con essa rinuncia alla eccezione concernente il difetto di legittimazione attiva della

Inedil S.r.l., mentre la prima fa istanza di accertamento della eccessiva onerosità sopravvenuta con conseguenze risolutorie e risarcitorie, domanda contenuta nell'atto di accesso arbitrale ma non anche nella prima memoria.

All'Udienza del 27 luglio 2020 - discussa la causa tra le parti - il Collegio decide di assegnare alle parti termine sino al 10 settembre 2020 per il deposito di una memoria conclusionale.

La memoria conclusionale è stata depositata in data 10 settembre 2020 da Inedil S.r.l. e dal Comune di Polignano.

In fatto

In data 28 giugno 2002 la ditta Intini Angelo s.r.l. ha presentato al Comune di Polignano a Mare una proposta di *project financing* ai sensi dell'art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che prevedeva la realizzazione di un nuovo fabbricato per il Comando dei Vigili urbani alla via Martiri Dogali, di un centro commerciale/direzionale, con parcheggio e deposito al piano interrato, nonché l'approntamento e la gestione per il periodo di efficacia del *project financing* di un parcheggio pubblico per 59 posti auto con annesso verde attrezzato in via Calò.

Con delibera consiliare del 29 gennaio 2003, n. 4 è stata approvata la suddetta proposta, complessivamente ritenuta di pubblico interesse, nonché approvato il progetto preliminare presentato dalla Intini s.r.l. per un importo di euro 4.473.320,72.

Con determina dirigenziale del 12 agosto 2003, n. 159 è stata autorizzata la modifica soggettiva del promotore, trasformatosi in A.T.I. INEDIL s.r.l. mandataria capogruppo – Intini Angelo s.r.l. mandante.

Con determina dirigenziale n. 212/LL.PP. del 29 ottobre 2003, i lavori di cui trattasi sono stati aggiudicati alla suddetta ATI.

Pertanto la Società Inedil S.r.l. è risultata aggiudicataria di una procedura di evidenza pubblica in regime di progetto di finanza ed ha assunto l'onere di

realizzare i lavori relativi alla costruzione del Comando dei Vigili Urbani in via Martiri di Dogali in sostituzione della sede attuale nonché alla costruzione di parcheggio e verde attrezzato a fronte della possibilità di edificare e poi commercializzare un centro commerciale – direzionale su aree che le sarebbero state cedute in proprietà esclusiva dal Comune di Polignano a Mare ed alla gestione parcheggio per la durata del *project financing*.

Il corrispettivo determinato in euro 4.473.320,72 sarebbe quindi stato acquisito dal concessionario mediante la gestione del parcheggio nonché dalla vendita o locazione delle unità costituenti il centro commerciale – direzionale.

In data 22 aprile 2004, la Società Inedil S.r.l. ed il Comune di Polignano a Mare stipulano la convenzione n. di Rep. 118489.

A seguito della sottoscrizione della Convenzione del 22.4.2004, la Inedil S.r.l. con propria nota del 27.4.2004, acquisita al protocollo del Comune di Polignano a Mare in data 28.4.2004, chiedeva l'autorizzazione, previa consegna delle aree interessate, a dar corso alla esecuzione dei lavori preliminari consistenti nella realizzazione dell'impianto cantiere ed inizio scavi.

Nelle more dell'approvazione del progetto esecutivo la Inedil S.r.l. con nota del 13.5.2004, acquisita al protocollo del Comune di Polignano a Mare in data 14.5.2004, chiedeva l'autorizzazione a poter effettuare il giorno 19 maggio sopralluogo presso la Caserma dei VV.UU, per prendere visione dello stato dei luoghi.

Successivamente, la Inedil con comunicazione del 21.6.2004, trasmetteva progetto esecutivo dell'opera al fine di ottenere le autorizzazioni per l'avvio dei lavori.

A dire dell'amministrazione resistente il progetto presentava delle insufficienze.

A dire della Società Inedil S.r.l. sarebbe invece il Comune inadempiente rispetto alla approvazione del progetto.

Sta di fatto che per un verso quanto asserito dal Comune non appare provato (lo stesso comune nella seconda memoria del 24 giugno 2020 scrive che per “*il trasferimento dell’Ufficio competente avvenuto da alcuni anni, il lungo lasso di tempo trascorso dall’avvio della procedura di P.F. e l’avvenuto avvicendamento dei funzionari che a vario titolo si sono occupati del caso, è accaduto che alcuni documenti, pur sussistenti non siano stati reperiti dal Comune di Polignano*”) per altro verso con nota del 29 maggio 2006 ,acquisita al protocollo del Comune il 30 maggio 2006 n. 8111, la Società Inedil “*nel richiamare la pregressa corrispondenza e successive intese intercorse, trasmette allegato alla presente, in duplice copia, progetto esecutivo completo in ogni sua parte*”.

Pertanto, in data 2 giugno 2006 veniva sottoscritto il verbale di validazione del progetto esecutivo il quale verrà approvato con delibera di GM del 16 giugno 2006.

La consegna dei lavori avverrà in data 29 agosto 2007 (con ultimazione in 36 mesi al 29 agosto 2010).

Con nota protocollo n. 470/UT/LL.PP del 20 marzo 2008 l’amministrazione comunale prospettava modifiche al progetto resesi necessarie per migliorare la funzionalità e la fruibilità delle opere oggetto di *project financing*.

Le parti, quindi, convengono sulla necessità di una variante la quale viene ad alterare l’equilibrio economico e finanziario dell’intera operazione.

La variante è approvata con delibera consiliare n. 53 del 6 Ottobre 2008. Con essa si approva anche il nuovo piano economico finanziario dovendosi trovare una copertura ai nuovi costi dei lavori in variante pari ad euro 528.567,44.

Si è reso necessario, di conseguenza, un nuovo piano economico – finanziario che tende al riequilibrio attraverso una definizione (in aumento) del prezzo di cessione delle unità immobiliari costituenti il Centro commerciale – direzionale.

Il piano viene asseverato in data 24 settembre 2008 dalla Società di Revisione e organizzazione contabile PKF Italia SPA. Quest'ultima sottolinea come vada tenuto presente *“che a causa dell'aleatorietà connessa alla realizzazione di qualsiasi evento futuro, sia per quanto concerne il concretizzarsi dell'accadimento sia per quanto riguarda la misura della sua manifestazione, gli scostamenti fra valori consuntivi e valori preventivi potrebbero essere significativi”*.

Seguirà la stipula in data 21 novembre 2008, Rep. 128390, dell'atto di integrazione alla convenzione per la concessione dei lavori relativi alla costruzione del Comando dei Vigili Urbani in via Martiri di Dogali in sostituzione della sede attuale, costruzione di centro commerciale – direzionale e costruzione e gestione di parcheggio e verde attrezzato alle vie Papa Giulio III e A. Calò. Il progetto esecutivo di variante verrà validato in data 22 gennaio 2009.

Già in data 4 settembre 2009 si provvede al collaudo della Caserma dei Vigili urbani.

Il parcheggio e annesso verde pubblico (già realizzato nel 2010 per come risulta dalla delibera n. 7 del 24 settembre 2010) viene collaudato il 9 ottobre 2011.

Il centro commerciale, ancorché a rustico, viene collaudato il 26 giugno 2009.

La Società Inedil S.r.l. da ciò che si desume agli atti sembrerebbe essersi riservata di ultimare le finiture di tale ultimo complesso immobiliare sulla base di eventuali richieste specifiche del mercato immobiliare e commerciale di Polignano a Mare. E ciò anche grazie alla proroga al 29 agosto 2011 concessa dal Comune di Polignano a Mare.

In data 9 maggio 2011 la Società Inedil S.r.l. presentava una richiesta di permesso di costruire per destinare una parte del piano terra ad una attività economica *“food e no food”*.

Il permesso di costruire viene rilasciato il 15.2.2012 (P.d.C. n. 27/2012). Sicché la concessionaria riesce ad ultimare una porzione del pian terreno del locale commerciale da destinare a media struttura di vendita.

Ultimati i lavori autorizzati con il permesso di costruire n. 27/2012 l'Amministrazione ha rilasciato autorizzazione all'apertura di una media struttura di vendita "food e no food" alla ditta Lillo S.p.a. locataria (poi MD).

Restava comunque da commercializzare l'ulteriore parte della struttura; ed a tal proposito scrive la Inedil nella prima memoria del 25 maggio 2020 che la società *"ha sondato il mercato immobiliare commerciale del Comune di Polignano nel vano tentativo di perseguire le condizioni minime per il riequilibrio finanziario del rapporto convenzionale (come indicate in Convenzione). In ordine a tale ultimo aspetto, appare essenziale far rilevare che le attività di commercializzazione delle unità commerciali in argomento sono state avviate a partire dall'anno 2011 proprio in ragione delle previsioni contenute nella Deliberazione di C.C. n. 53/2008 e nel relativo piano economico e finanziario. Nel nuovo PEF approvato con la suddetta deliberazione, infatti, si dà atto dei nuovi valori di vendita €/mq del fabbricato e soprattutto si precisa che il ritorno economico dell'investimento sostenuto dalla Inedil sarebbe stato conseguito mediante ricavi derivanti da locali commerciali per una quota di € 1.344.000,17 annui (fatta eccezione per l'anno 2015 ove si prevede un ricavo di € 896.000,11) per un arco temporale di complessivi 7 anni. Da ciò discende che la commercializzazione dei locali commerciali avrebbe dovuto concretizzarsi dall'anno 2011 all'anno 2017, per poi azzerarsi negli ultimi anni del rapporto convenzionale ove gli unici ricavi previsti sarebbero dovuti discendere dalla gestione del parcheggio, che sarebbe poi rientrato nella piena disponibilità dell'Amministrazione alla scadenza del rapporto concessorio in essere". Tuttavia continua Inedil "i ricavi attesi e contenuti nel PEF sono venuti a mancare del tutto per motivazioni e circostanze del tutto estranee alla società attrice, ma evidentemente riconducibili ad eventi di natura economica e*

finanziaria, di carattere esogeno in virtù di acute crisi del mercato immobiliare peraltro espressamente riconosciute anche da controparte, del tutto imprevedibili e che hanno determinato un crollo verticale – se non proprio la completa assenza di domanda – della domanda di mercato in cui avrebbero dovuto essere collocate le unità immobiliari costituenti il centro commerciale – direzionale”.

Sottolinea invece l'amministrazione comunale nella seconda memoria del 24 giugno 2020 che *“nonostante il termine della proroga per la conclusione delle opere del centro commerciale spirava in data 29 agosto 2011, senza che la concessionaria avesse completato i lavori di realizzazione dell'edificio, lasciato nella quasi totalità a rustico... per ben sei anni successivi la situazione restava immutata risultando violata anche la previsione del nuovo piano finanziario... per la quale l'opera avrebbe dovuto essere completata nel 2011 e commercializzata tra lo stesso anno e il 2017”.*

La circostanza che parte del Centro commerciale – direzionale non sia stata collocata nel mercato nel periodo in cui il PEF ne prevedeva la commercializzazione costituisce un fatto oggettivo che determinerà la Società Inedil S.r.l. a presentare all'amministrazione una istanza di riequilibrio in data 8 marzo 2018, con cui chiede all'Amministrazione concedente l'avvio della procedura di adeguamento/revisione del PEF motivata alla luce della situazione di grave scompenso venutasi a creare per le ben note circostanze riguardanti il mercato immobiliare nazionale e, più in particolare, di Polignano a Mare ove la richiesta per tale genere di immobili è tutt'ora pressoché nulla.

L'amministrazione, tuttavia, non dà riscontro alla domanda di riequilibrio.

Intanto Inedil ha continuato a sondare il mercato al fine di implementare i ricavi derivanti dalla utilizzazione/commercializzazione del centro commerciale trovando una azienda interessata alla residua porzione di piano terra del locale commerciale (avente una superficie di 792.50 m) da destinare all'attività di vendita di articoli per la casa.

Pertanto, la Inedil S.r.l., con istanza del 21.06.2018 ha attivato, dinanzi al SUAP del Comune di Polignano a Mare, la procedura volta all'ottenimento dell'autorizzazione per l'esercizio di una media struttura di vendita di tipo non alimentare ai sensi dell'art. 16, comma 5, lettere b) n.2) della L.R. 24/2015. Successivamente, dalla documentazione prodotta emerge che, in data 26.06.2018, ha depositato presso il SUAP del Comune di Polignano a Mare la CILA, ai sensi dell'art. 6 bis del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, avente ad oggetto lavori di manutenzione straordinaria del locale.

Nelle more della definizione delle pratiche, in data 12.3.2018 la Società sottoscriveva, con una ditta interessata ad avviare attività commerciale nel Comune di Polignano a Mare, un contratto di locazione del locale commerciale, condizionato all'ottenimento di tutti i titoli edilizi necessari per la nuova distribuzione degli spazi interni dell'immobile e per l'ottenimento di tutte le autorizzazioni amministrative necessarie allo svolgimento dell'attività commerciale.

Conseguito da Inedil il parere di compatibilità urbanistica da parte dell'Amministrazione comunale, quest'ultima continuava a restare inerte in ordine al rilascio del titolo commerciale, per poi provvedere in senso negativo. Tale decisione dell'amministrazione ha determinato un contenzioso ancora pendente davanti al Tar Puglia Bari (RG N. 306/2020).

Restando pertanto insoluta la questione del riequilibrio economico finanziario la Società Inedil con nota del 29 marzo 2019 a firma dei propri legali significa quanto segue all'amministrazione comunale: *“dopo vari incontri interlocutori tenuti presso gli uffici dell'ente, la nostra assistita formulava apposita istanza di revisione delle condizioni contrattuali al fine di procedere al riequilibrio del piano economico finanziario di copertura dell'investimento allegato al progetto preliminare. Orbene, come già rappresentato dalla nostra assistita con nota dell'8 Marzo 2018 rimasta priva di riscontro alcuno, la Inedil subisce ingenti perdite sin dall'anno 2011 atteso che - come più volte rappresentato - la variazione delle condizioni di mercato*

e l'assenza di domanda ha impedito alla concessionaria di completare integralmente il centro direzionale commerciale e quindi di ottenere profittevolmente il rientro dell'investimento... ne discende quindi, l'incontrastato diritto della nostra patrocinata a richiedere conseguentemente ottenere una revisione delle condizioni contrattuali tali da consentire le effettivo riequilibrio dei costi e dei ricavi. Pur tuttavia, nonostante la richiamata nota, il Comune di Polignano a mare è rimasto totalmente inerte alla richiesta innanzi citata con l'effetto che alla data odierna si contesta formalmente alla totale violazione dei doveri di buona fede correttezza commerciale”.

A detta nota darà riscontro il Segretario Comunale l'8 aprile 2019 segnalando tuttavia che *“lo scrivente dott. Vittorio Francesco Ercole Nunziante, Segretario Generale dell'ente, non abbia competenza rispetto alla questione tecnico amministrativa, né abbia in alcun modo partecipato all'iter procedimentale ivi richiamato... tanto al solo fine di chiarire che non si dispone, secondo l'organizzazione interna dell'amministrazione, di potestà necessarie all'espressione (favorevole o meno) del provvedimento finale relativo alla richiesta di modifica dell'originario contenuto negoziale (rilevatosi, secondo quanto è dato apprendere dalla ridetta diffida, non conveniente per l'operatore)”* E tuttavia segnalando che *“in assenza della doverosa specificazione [di eventi imprevisi ed imprevedibili che hanno reso inattuabile il contratto di finanza di progetto] la variazione delle originarie previsioni non può prescindere dal mutuo consenso delle parti”* e sottolineando che *“la finanza di progetto rappresenti strumento negoziale del tutto peculiare, attraverso cui il privato... accetta il rischio economico dell'iniziativa”*.

A seguito della nota del Comune di Polignano a Mare da ultimo richiamata la Società Inedil S.r.l. in data 19 aprile 2019 avvia la procedura arbitrale in oggetto.

IN DIRITTO

Occorre anzitutto affrontare le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Polignano a Mare.

Sull'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva

L'eccezione di inammissibilità della domanda *“in ragione del difetto di legittimazione attiva della Inedil s.r.l.”*, sollevata dal Comune di Polignano a Mare, risulta essere stata poi rinunciata dalla difesa dell'Amministrazione comunale, atteso che la stessa ha riscontrato la produzione documentale di controparte, che ha depositato il provvedimento con cui il Comune di Polignano a Mare ha acconsentito al subingresso nel ruolo di concessionario da parte della società istante Inedil s.r.l.

Sul punto, osserva il Collegio che la concessionaria ha dapprima esercitato la facoltà a essa attribuita di avvalersi della costituzione di una società di scopo, la quale è divenuta concessionaria e titolare del rapporto in essere in seguito al subentro verificatosi per effetto dell'intervenuta costituzione della società di progetto concretizzatasi in data 27.12.2011. Successivamente, con la determinazione DSG n. 904 del 7.10.2017, il Comune di Polignano a Mare ha preso atto del subentro della INEDIL s.r.l. in tutti i rapporti ed obblighi previsti dal rapporto concessorio in essere per la *“Realizzazione del Comando dei Vigili Urbani in via Martiri di Dogali in sostituzione della sede esistente, Costruzione di Centro Commerciale direzionale e Costruzione di un parcheggio e verde attrezzato alle va papa Giuli III° e Agostino Calò”*.

La società deve ritenersi pertanto pienamente legittimata alla proposizione del procedimento arbitrale in esame.

Sull'eccezione di inammissibilità della procedura per nullità della clausola compromissoria

L'eccezione di nullità della clausola arbitrale derivante dall'art. 1 co.19, L. n. 190/2012 è stata formulata con la prima memoria del 25.5.2020, non essendo contenuta nell'atto di resistenza del 16.4.2020.

Secondo la ricostruzione elaborata dalla difesa comunale, la clausola arbitrale di cui si è avvalsa la società concessionaria sarebbe da ritenersi nulla (e pertanto priva di efficacia) in mancanza della preventiva autorizzazione motivata dell'Amministrazione comunale. Secondo quanto sostenuto dall'Amministrazione comunale, infatti, la mancanza di un'espressa previsione nel bando di gara inficerebbe la validità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 16 della Convenzione del 22.4.2004, che dovrebbe pertanto ritenersi nulla e priva di effetti in applicazione del disposto normativo introdotto nell'ordinamento dall'art. 1, comma 19, della L. n. 190/2012.

Trattasi di questione ampiamente affrontata dalla giurisprudenza, anche arbitrale, ragion per cui il Collegio ritenendo di non discostarsi dal consolidato orientamento formatosi sul punto ritiene l'eccezione priva di fondamento.

In primis, il Collegio pone in evidenza come la norma invocata risulti espressamente abrogata dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016 (lett. ii), in secondo luogo occorre qui evidenziare che ancor prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (e quindi della espressa abrogazione della norma) il problema della incidenza delle norme della Legge anticorruzione sulla disciplina dell'arbitrato aveva trovato soluzione (in senso contrario alla tesi sostenuta dalla difesa del Comune) in sede giurisprudenziale con decisione del TAR Lazio n. 2423/2015 e successivamente in seno alla stessa Autorità ANAC che, con la determinazione n. 13 del 10.12.2015 ha circoscritto il perimetro di validità della disposizione introdotta con l'art. 1, comma 19 L. n. 190/2012 specificando come la disposizione comporti la nullità delle clausole arbitrali sottoscritte dopo l'entrata in vigore della norma, mentre

determini una mera inefficacia della clausola per tutte quelle ante L. n. 190/2012, con l'inevitabile e logica conseguenza che le stesse possono riacquisire efficacia e validità qualora l'Ente intenda avvalersene mediante adozione espressa degli organi di governo.

A ogni modo, sul punto si esprime chiaramente la menzionata determinazione ANAC, che al terzo punto dell'atto affronta i *“profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19 sull'autorizzazione preventiva”* precisando che in assenza di norme transitorie dettate dall'art. 1 della L. 190/2012, la nuova normativa determina la sopravvenuta inefficacia (e non già nullità) delle clausole arbitrali contenute nei bandi di gara antecedenti all'entrata in vigore della norma che non risultino autorizzate dall'Amministrazione.

Di qui l'integrale rigetto dell'eccezione di nullità formulata relativamente al caso di specie.

Sulla questione, il Collegio ritiene di dover fare ulteriormente chiarezza richiamando espressamente anche le *“Indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”* di cui alla determinazione ANAC n. 6 del 18 dicembre 2013 che ha, fra le varie questioni, affrontato il tema appena dopo l'entrata in vigore della disposizione normativa introdotta con legge anticorruzione.

Nella determinazione l'Autorità, ancor prima delle pronunce giurisprudenziali registratesi sul punto e della successiva determinazione n. 13/2015, aveva delineato un percorso interpretativo netto e inequivocabile, qui appresso riportato: *“Sull'applicazione dell'obbligo di previa autorizzazione motivata dell'organo di governo ai fini del valido inserimento della clausola compromissoria nel bando, in via preliminare, si rammenta che, con il comma 19 del più volte citato art. 1, viene sostituito il comma 1 dell'art. 241 del Codice, prevedendo la facoltà di ricorrere all'arbitrato*

“previa autorizzazione motivata da parte dell’organo di governo dell’amministrazione. L’inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell’avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell’invito o il ricorso all’arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli”. Nell’interpretare detta disposizione, si rileva come il comma 25 escluda dall’applicazione del comma 19 gli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge; pertanto, l’illustrato comma 19 si applica agli altri casi, con la rilevante conseguenza che dovranno ritenersi inefficaci quelle clausole compromissorie, ancorché contrattualmente assunte dalle parti, non previamente autorizzate dall’organo di governo. La disposizione del comma 19 deve essere interpretata come diretta a porre, rispetto all’originario contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l’autonomia contrattuale delle parti, essendo assente una norma transitoria che preveda l’ultrattività della previgente disciplina normativa, sicché la clausola compromissoria contrattualmente prevista risulta sostanzialmente privata della relativa operatività. Ciò che determina, in assenza di previa autorizzazione dell’organo di governo (non prevista dalla normativa previgente), la sopravvenuta nullità delle clausole compromissorie contenute nei bandi di gara antecedenti all’entrata in vigore della norma, con salvezza dei soli arbitrati già conferiti o autorizzati prima di detta data (art. 1, comma 25), laddove per arbitrato conferito deve intendersi quello in cui l’ente abbia operato la designazione (con conseguente accettazione) dell’arbitro; per arbitrato autorizzato deve, invece, intendersi l’arbitrato per il quale, prima dell’entrata in vigore della legge n. 190/2012, sia intervenuto il consenso dell’ente di appartenenza dell’arbitro, se del caso da parte dell’organo di autogoverno. Rimane irrisolta, tuttavia, una questione di non poco rilievo, vale a dire quella dell’inclusione nel potere di previa autorizzazione, riconosciuto all’organo di governo, anche del potere di convalidare, motivando espressamente, le

clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25. Nel silenzio della norma, tale aspetto appare particolarmente critico, anche in relazione all'incidenza sull'autonomia negoziale delle parti: se da un lato l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie può ritenersi conforme alla ratio della novella, intesa a limitare il ricorso all'arbitrato, dall'altro, l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie da parte dell'organo di governo si porrebbe in contrasto con il potere espressamente riconosciuto a quest'ultimo di contemplarle pro futuro. Onde evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri, per i quali è sempre possibile rendere l'autorizzazione, in conformità al comma 19, dell'art.1 della legge n. 190/2012, ed i contratti in corso, in ordine ai quali i relativi bandi di gara recino clausole arbitrali (pur in assenza dell'autorizzazione alla data di entrata in vigore della legge sopra richiamata), si ritiene ammissibile, anche per quest'ultimi il rilascio di un'autorizzazione a posteriori.".

In buona sostanza, al fine di valutare l'efficacia della clausola compromissoria contenuta nei contratti stipulati antecedentemente all'introduzione della novella legislativa di cui alla L. n. 190/2012, occorre quindi valutare la volontà manifestata dall'Amministrazione e, più in particolare, se la stessa ritenga di volersi avvalere di detta clausola procedendo (mediante l'adozione di atti espressi e comportamenti concludenti) alla devoluzione della controversia al Collegio arbitrale.

Pertanto, l'eccezione formulata dalla difesa comunale si pone in evidente dissonanza con la contraria volontà espressa dall'Amministrazione comunale di Polignano a Mare, che ha inteso avvalersi della clausola compromissoria pattuita in convenzione mediante l'adozione di atti deliberativi univoci, inequivocabili e che rendono pienamente valida ed efficace la presente procedura arbitrale.

Non solo. Il Comune di Polignano a Mare, ricevutasi la nomina dell'arbitro

di parte, ha adottato atti chiaramente interpretabili come manifestazione della volontà di avvalersi della clausola arbitrale, dapprima procedendo senza indugio alla designazione del proprio arbitro di parte per effetto della deliberazione di G.C. n. 91 del 14.5.2019 e, successivamente, comunicando di voler aderire alla richiesta di iscrizione dell'arbitrato presso codesta Camera arbitrale dell'ANAC, ratificando la nomina dell'arbitro di parte mediante apposita deliberazione di G.C. n. 153 del 12.9.2019.

Gli atti e i comportamenti tenuti dall'Amministrazione comunale integrano quindi tutti i presupposti necessari per l'efficacia della clausola compromissoria in linea con il quadro giurisprudenziale e interpretativo sopra riportato.

Nel caso di specie, inoltre, non pare assumere rilievo la sentenza del Consiglio di Stato n. 1495/2019 invocata dalla difesa comunale in quanto la stessa avrebbe riformato i principi sanciti dalla sentenza del TAR Lazio n. 2423/2015.

A ben vedere, la pronuncia del Consiglio di Stato (lungi dal voler sovvertire l'orientamento affermatosi in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 1, comma 19, l.n. 190/2012) si innesta in un contesto differente, atteso che nel caso posto al vaglio del Giudice Amministrativo, la volontà dell'Amministrazione di volersi avvalere della clausola compromissoria era stata desunta, in via esclusiva, dai comportamenti tenuti dalla Pubblica Amministrazione.

È evidente che ciò non si è invece verificato nella fattispecie in esame, considerato che il Comune ha inteso avvalersi della clausola anche mediante atti espressi adottati dall'organo di governo, che da ultimo con la richiamata deliberazione di G.C. n. 153 del 12.9.2019 ha autorizzato espressamente la devoluzione dell'arbitrato all'Autorità competente, determinandosi conseguentemente in ordine alla espressa volontà di deferire la procedura alla Camera arbitrale dell'ANAC, che ha quindi provveduto a designare il Presidente del Collegio decidente e ad amministrare lo svolgimento della

presente procedura.

Peraltro, sul punto si segnalano anche le decisioni assunte con lodi depositati presso la Camera Arbitrale, fra cui il lodo non definitivo del 25.8.2020 reso nel giudizio RGA 2/2020, ove il Collegio si è espresso in aderenza ai principi sin qui riportati, da cui non si intravedono motivi per discostarsi.

L'eccezione è quindi priva di pregio e il Collegio può dunque passare all'esame delle ulteriori questioni.

Sull'eccezione di omessa attivazione delle procedure per la risoluzione in via amministrativa della controversia

In via subordinata, la difesa dell'Ente formula poi un'ulteriore eccezione di inammissibilità della procedura arbitrale, in considerazione di una presunta omessa attivazione del procedimento di definizione in via amministrativa della controversia.

Al fine di vagliare la fondatezza di detta eccezione, si ritiene preliminarmente necessario valutare se l'operatore economico abbia esperito tutti i rimedi accordati dal regolamento contrattuale prima di addivenire alla domanda di arbitrato, verificando pertanto se la procedura arbitrale sia effettivamente risultata l'unico rimedio esperibile quale *extrema ratio* per la definizione delle problematiche connesse con il rapporto concessorio in essere.

Come già evidenziato nella ricostruzione in fatto, la crisi del mercato immobiliare ha costretto Inedil, a causa della impossibilità di procedere con il recupero degli investimenti effettuati, ad attivarsi per conseguire un riequilibrio economico – finanziario del piano.

Dalla documentazione prodotta agli atti, risulta che la concessionaria ha esperito tutte le azioni nella sua disponibilità prima di intraprendere il presente procedimento arbitrale, attivando in particolare il procedimento di

riequilibrio, mediante la presentazione dell'istanza di riequilibrio del 8 marzo 2018 *“con cui chiede all'Amministrazione concedente l'avvio della procedura di adeguamento/revisione del PEF motivata alla luce della situazione di grave scompenso venutasi a creare per le ben note circostanze riguardanti il mercato immobiliare nazionale e, più in particolare, di Polignano a Mare ove la richiesta per tale genere di immobili è tutt'ora pressoché nulla”*.

Ebbene, se da un lato Inedil sembra aver correttamente intrapreso la procedura di riequilibrio, di cui parla l'art. 7 del contratto del 22.4.2004, dall'altro, l'Amministrazione non ha dato riscontro alla istanza di avvio del procedimento.

Come già rappresentato nella ricostruzione in fatto, Inedil, a fronte di fatti che hanno inciso sull'equilibrio economico-finanziari, richiede la leale collaborazione dell'Ente, ma quest'ultimo ha mancato di attivare qualsiasi procedura omettendo di fornire qualsiasi riscontro.

Dalle considerazioni che precedono discende l'infondatezza dell'eccezione in rito formulata, atteso che la formulazione della stessa appare incompatibile con l'atteggiamento assunto dal Comune di Polignano a Mare.

Va aggiunto che prima di notificare l'atto introduttivo della presente procedura la concessionaria, per tramite dei suoi legali, con nota del 29 marzo 2019 ha provveduto ad effettuare un ulteriore ma vano tentativo di definizione in via amministrativa della controversia, significando all'amministrazione comunale: *“dopo vari incontri interlocutori tenuti presso gli uffici dell'ente, la nostra assistita formulava apposita istanza di revisione delle condizioni contrattuali al fine di procedere al riequilibrio del piano economico finanziario di copertura dell'investimento allegato al progetto preliminare. Orbene, come già rappresentato dalla nostra assistita con nota dell'8 Marzo 2018 rimasta priva di riscontro alcuno, la Inedil subisce ingenti perdite sin dall'anno 2011 atteso che - come più volte rappresentato - la variazione delle condizioni di mercato e l'assenza di domanda ha impedito alla*

concessionaria di completare integralmente il centro direzionale commerciale e quindi di ottenere profittevolmente il rientro dell'investimento... ne discende quindi, l'incontrastato diritto della nostra patrocinata a richiedere conseguentemente ottenere una revisione delle condizioni contrattuali tali da consentire le effettivo riequilibrio dei costi e dei ricavi. Pur tuttavia, nonostante la richiamata nota, il Comune di Polignano a mare è rimasto totalmente inerte alla richiesta innanzi citata con l'effetto che alla data odierna si contesta formalmente alla totale violazione dei doveri di buona fede correttezza commerciale...”.

Significativa appare poi la singolare circostanza che l'unico riscontro sia stato fornito dal Segretario Comunale dell'Amministrazione, soggetto privo di competenza per sua stessa ammissione e che pertanto nulla può disporre in ordine alla domanda di riequilibrio avanzata con nota del 8.3.2018.

Conclusivamente, l'eccezione merita dunque di essere rigettata avendo Inedil intrapreso tutte le procedure nella sua disponibilità per pervenire a una definizione bonaria della controversia insorta fra le parti.

Sull'eccezione di incompetenza del Collegio.

Medesima sorte merita poi l'eccezione formulata in ordine alla irritalità della domanda di arbitrato da cui scaturisce il presente procedimento atteso che, secondo la ricostruzione elaborata dalla difesa comunale, la procedura sarebbe stata avviata in modo irrituale senza fare espresso riferimento alla devoluzione della controversia alla gestione della Camera arbitrale presso l'Autorità.

Il Collegio prescinde dal valutare la tempestività della eccezione introdotta con la memoria del 24.6.2020 ritenendola nel merito priva di pregio.

La funzione della Camera arbitrale presso cui risulta insediato questo Collegio si sostanzia, infatti, nella gestione – amministrazione della procedura arbitrale sulla base di un regolamento-convenzione che detta le

regole organizzative di funzionamento del procedimento con indicazione preventiva delle regole per la gestione del giudizio.

In tali ipotesi, si verte nella fattispecie del c.d. arbitrato amministrato, ove il compito della Camera arbitrale è, innanzitutto, quello di predisporre un regolamento del procedimento al quale, in genere, sono allegati i modelli di convenzione e le tariffe che verranno applicate per determinare le spese amministrative e gli onorari degli arbitri (elementi presenti anche nella gestione arbitrale della Camera arbitrale ANAC cui afferisce il presente procedimento).

Il regolamento per lo svolgimento della procedura non potrà, comunque, derogare ai principi del giusto processo che unificano l'esercizio della giurisdizione anche nelle forme alternative. I principi del giusto processo devono quindi essere rispettati sia in caso di arbitrato libero che in presenza di procedura arbitrale amministrata. Ed invero l'eventuale ricorso alla procedura amministrata non muta la natura processuale e giuridica del procedimento attenendo a un aspetto meramente gestorio e organizzativo, che non può di certo assurgere a parametro per l'individuazione di una questione di competenza.

Pertanto, nella procedura in esame, l'eccezione non potrebbe in ogni caso trovare buon esito se si analizza la condotta assunta dall'Ente comunale.

Il Comune di Polignano a Mare, infatti, ha adottato un espresso atto deliberativo dell'organo di governo dell'Amministrazione esprimendo chiaramente la volontà di volersi avvalere della procedura amministrata presso la Camera arbitrale ANAC, aderendo quindi alla volontà espressa dalla Inedit di volersi avvalere della gestione regolata dai regolamenti dell'Autorità.

Ciò tuttavia non ha rappresentato una questione di competenza, quanto un aspetto negoziale riguardante la gestione della procedura, considerato che le parti (per esigenze di celerità e trasparenza della procedura alla luce della rilevanza della questione dedotta in giudizio) hanno di comune accordo

stabilito che il giudizio seguisse il regolamento gestorio della Camera arbitrale dell'ANAC, che ha peraltro richiesto alle parti (in applicazione di detto regolamento) il versamento di un acconto per consentire il regolare insediamento del Collegio.

Avendo le parti aderito a tale richiesta (entrambe hanno corrisposto in pari quota il 50% dell'acconto stabilito dalla Camera arbitrale) le stesse hanno quindi abilitato il Collegio competente a condurre il presente procedimento arbitrale -amministrato- nel rispetto dei principi cardine di ritualità della domanda, garanzia del contraddittorio, uguaglianza delle parti, imparzialità, ragionevole durata, come noto declinazione del giusto processo.

Sull'eccezione di inammissibilità per tardività della domanda, scaduta la convenzione il 22 aprile 2019

L'eccezione è infondata in quanto il concessionario ha presentato all'amministrazione l'8 marzo 2018 – pertanto a convenzione sicuramente vigente - istanza *“con cui chiede all'Amministrazione concedente l'avvio della procedura di adeguamento/revisione del PEF motivata alla luce della situazione di grave scoppio venutasi a creare per le ben note circostanze riguardanti il mercato immobiliare nazionale e, più in particolare, di Polignano a Mare ove la richiesta per tale genere di immobili è tutt'ora pressoché nulla”*.

L'amministrazione è rimasta inerte, per cui legittimamente, dopo ulteriore diffida, è stata proposta istanza arbitrale.

Va aggiunto che a fronte della disposizione contrattuale (convenzione del 22 aprile 2004) per cui *“la presente convenzione avrà la durata di anni 15 a far data dalla presente stipulazione con termine, pertanto, al 22 aprile 2019”*, la deliberazione della G.M. n. 171 del 24 settembre 2010 in sede di concessione di proroga ha disposto che *“il parcheggio in concessione è stato realizzato e verrà gestito, dalla citata ditta proponente, per il periodo di 15*

anni". Pertanto, letteralmente interpretato l'atto, con decorrenza dalla data di ultimazione dell'opera "*verrà gestito*" (tempo futuro, azione che deve ancora venire) il parcheggio per 15 anni.

A questo punto il collegio decide di trattare l'eccezione di grave inadempimento contrattuale della Inedil dedotta in via riconvenzionale dal Comune di Polignano a Mare e la richiesta di accertamento dell'inadempimento del Comune dedotta in via subordinata dalla Inedil S.r.l.

Sull'eccezione di grave inadempimento della Inedil e conseguente domanda di risarcimento dedotta dal Comune di Polignano a Mare

In ordine logico deve valutarsi l'eccezione di inadempimento e risarcimento dedotta dal Comune di Polignano a Mare.

Al fine di sostenere l'eccezione di inadempimento del concessionario, la difesa del Comune prospetta come obbligo del concessionario (nei confronti del Comune) la realizzazione del Centro Commerciale Direzionale, da considerarsi edificio di interesse collettivo fruibile dalla cittadinanza, che sarebbe stata quindi privata della possibilità di utilizzo della struttura, con conseguente richiesta di danni che vengono oggi equitativamente stabiliti in € 600.000,00.

Invero nell'atto di collaudo 19.10.2011 l'Amministrazione dopo avere dato atto dell'avvenuta consegna in data 25.9.2009 (con notevole anticipo rispetto alla data convenuta del 28 agosto 2010) dell'immobile del Comando dei Vigili Urbani, ha altresì provveduto a collaudare i lavori eseguiti dalla concessionaria inerenti la realizzazione del parcheggio e del verde attrezzato di cui alle Convenzioni ritenendoli idonei alla funzione per cui sono stati progettati e destinati, dopo avere affermato testualmente "*Considerato e dato atto che l'A.T.I. concessionaria, con il completamento delle opere relative all'Area di parcheggio e Verde Attrezzato ha adempiuto, nei termini previsti,*

agli impegni assunti in convenzione nei confronti dell'Amministrazione". Il centro commerciale, ancorché a rustico, viene collaudato il 26 giugno 2009. Ultimati i lavori autorizzati con il permesso di costruire n. 27/2012 l'Amministrazione ha rilasciato autorizzazione all'apertura di una media struttura di vendita nel detto centro commerciale da allora operativa "food e no food" alla ditta Lillo S.p.a. locataria (poi MD). Si è detto in punto di fatto in ordine al contenzioso tra la concessionaria ed il Comune sulla destinazione di una ulteriore parte del centro ad altra struttura di vendita.

Orbene l'eccezione sembra muoversi dalla deduzione che il centro commerciale direzionale sia da intendersi quale opera di urbanizzazione secondaria, ossia attrezzatura di interesse comunale (deduzione prospettata dall'amministrazione ma non coltivata nella memoria conclusionale).

Diversamente, l'interpretazione fornita dalla difesa della società concessionaria è quella di ritiene che la funzione urbanistica assolta dal centro commerciale non sia di interesse collettivo, in quanto l'immobile ha una destinazione commerciale ad uso privato ed è – nei limiti del piano economico finanziario e della convenzione - nella piena disponibilità della concessionaria.

Da un lato, la difesa comunale pone in evidenza la destinazione urbanistica dei suoli, dall'altro la concessionaria evidenzia che la destinazione d'uso commerciale – direzionale sia desumibile dal tenore letterale e dalla presenza di alcuni elementi cardine, considerata la corresponsione degli oneri di urbanizzazione e il riferimento espresso alla normativa regionale di riferimento dettata in tema di reperimento di standards a parcheggio per strutture commerciali aventi funzione privata.

Richiamate le contrapposte tesi il Collegio, anche in applicazione dei principi civilistici in tema di interpretazione del contratto, propende per la tesi secondo cui la destinazione urbanistica del centro commerciale – direzionale sia privata ed è pertanto opera nella piena ed esclusiva disponibilità del concessionario che può dunque goderne al fine di conseguire l'adeguata

remunerazione dell'investimento effettuato nei limiti sopra detti.

Per l'art. 1363 c.c., *“Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto”* ed è di tutta evidenza che l'Amministrazione ha inteso concedere all'operatore economico lo sfruttamento di beni aventi destinazione privata da commercializzare nel mercato immobiliare di riferimento atteso che all'art. 7 della Convenzione si prevede che *“il corrispettivo del concessionario sarà conseguito a mezzo di introiti derivanti dalla gestione del parcheggio, nonché dalla vendita e/o esecuzione delle singole unità costituenti il Centro Commerciale Direzionale che i privati acquirenti o locatari dovranno corrispondere alla “A.T.I.” all'atto della stipula dei singoli atti di vendita o dei contratti di locazione”*.

Ed ancora, a riprova della funzione assolta, si stabilisce che *“il corrispettivo dei singoli atti di vendita o contratti di locazione verrà liberamente determinato dalla concessionaria.....”* a dimostrazione che si tratta di beni liberamente collocabili sul mercato (e non già riconducibili a un'opera di urbanizzazione), fermo il rispetto dei valori indicati nel Piano Economico Finanziario asseverato da assurgere quale limite massimo a garanzia dell'equilibrio che deve essere sempre tenuto a mente in fattispecie in cui si ricorra a istituti quale la finanza di progetto.

Detta chiave di lettura, peraltro, emerge anche nel certificato di destinazione urbanistica del 17.11.2008 con cui si attesta che l'area in catasto al Fol. 23 P.LLA 3233 (quella oggetto della cessione in proprietà per consentire la realizzazione del centro commerciale – direzionale) *“è classificata secondo lo strumento urbanistico generale vigente [...] Aree per urbanizzazioni secondarie – S2 ed è soggetta alle prescrizioni urbanistiche approvate con deliberazione del Consiglio Comunale n. 4 del 29.1.2003, esecutiva, giusto atto di Convenzione a rogito Notaio dottor Paolo Di Marcantonio in data 22 aprile 2004 rep. 118489 racc. 34989”*.

Dagli atti del procedimento, emerge quindi la comune e condivisa volontà

delle parti che le aree da cedere in proprietà al Concessionario avessero una destinazione urbanistica compatibile con la realizzazione di strutture commerciali, atteso che l'Amministrazione comunale (a prescindere dal valore dichiarativo del certificato di destinazione urbanistica) ha espressamente adottato atti dispositivi e di indirizzo con cui ha inteso fornire una chiara interpretazione delle prescrizioni urbanistiche di riferimento, approvando la deliberazione di Consiglio Comunale n. 4 del 29.1.2003, con cui ha attribuito all'area ceduta in proprietà alla concessionaria una destinazione d'uso in grado di poter riconoscere alla stessa un'effettiva utilità economica nell'ottica di equilibrio economico – finanziario tipica dei rapporti concessori di *project financing*.

È difatti evidente che, nella comune volontà espressa dalle parti, il progetto di finanza avrebbe dovuto garantire l'equilibrio economico-finanziario tra gli investimenti che il soggetto promotore assume a suo carico (e che ha compiutamente eseguito) e il ritorno economico che riceve dalla gestione delle opere e/o dalla cessione in proprietà di beni immobili da commercializzare liberamente sul mercato di riferimento nel rispetto dei valori contenuti nel PEF.

Una volta garantita al concessionario la libera determinazione dei prezzi di cessione e/o locazione, i prezzi indicati in Convenzione costituiscono il parametro di riferimento per un PEF asseverato considerato che lo stesso, posto alla base del rapporto di concessione, deve provare la sostenibilità finanziaria dell'intervento verificando l'esistenza dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione, anche in considerazione degli oneri che il concessionario deve sostenere per conto dell'Amministrazione.

Di talché sia la corresponsione degli oneri di urbanizzazione primaria che il costo di costruzione per il Centro Commerciale – direzionale, oltre al pagamento di tutte le spese, quali gli oneri connessi all'esproprio dei terreni, essendo posti a esclusivo carico del Concessionario costituiscono la prova che era intendimento delle parti consentire la realizzazione sulle aree cedute in

proprietà al concessionario (con costi a suo carico) di un immobile ad uso commerciale-direzionale

Ciò premesso, il Collegio ritiene che debba essere rigettata l'eccezione di grave inadempimento poiché la struttura non è riconducibile alla categoria delle opere di urbanizzazione secondaria per tutte le ragioni sin qui esposte.

Vuoi perché il Comune ha ritenuto urbanisticamente compatibile la struttura commerciale con la destinazione d'uso di zona (all'uopo integrando le previsioni come risulta dal certificato di destinazione urbanistica prodotto agli atti del giudizio), vuoi perché per effetto della Deliberazione di C.C. n. 4/2003 è stata in ogni caso disposta la variazione dello strumento urbanistico in ragione dell'interesse pubblico rivestito dalla proposta progettuale.

In definitiva, deve quindi concludersi che anche sotto l'aspetto urbanistico la struttura commerciale è oggi compatibile con la strumentazione urbanistica comunale.

In conclusione, la eccezione di inadempimento dedotta da Comune di Polignano a Mare va rigettata.

Sulla richiesta di accertamento del grave inadempimento del Comune e conseguente domanda di risarcimento dedotta dalla Inedil S.r.l.

Parimenti non può trovare accoglimento la richiesta avanzata in via subordinata di accertamento di grave inadempimento e conseguente risarcimento per responsabilità avanzata dalla Inedil SRL.

Ritiene il Collegio che la mancata commercializzazione del centro commerciale/direzionale e il conseguente mancato utile non possono ritenersi ascrivibili al comportamento dell'amministrazione.

Invero, in ordine alla risoluzione per inadempimento, si deve rilevare che non ogni tipo di inadempienza può ritenersi idonea a comportare la risoluzione di un rapporto contrattuale, ma solo quella che compromette l'equilibrio contrattuale.

Sul punto in una recente pronuncia il Consiglio di Stato ha ribadito che: *“la risoluzione come una reazione alla sopravvenuta alterazione del nesso di corrispettività tra le prestazioni durante l'esecuzione del contratto non si innesca automaticamente al verificarsi del vulnus contrattuale, ma è condizionata dal giudizio ex art. 1455 c.c. che, assoggettando la risoluzione alla verifica della non scarsa importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse di controparte, mira a preservare la sopravvivenza dell'assetto di interessi predisposto dalle parti: l'art. 1455 introduce, in altri termini, un elemento strutturale in più che rende necessaria ma non sufficiente la mera rottura del sinallagma, che deve incidere in modo non scarsamente importante sul piano di interessi confluito nel regolamento contrattuale. Tutto ciò si può rappresentare con l'immagine di un doppio livello di vincolatività del contratto con prestazioni corrispettive: l'uno correlato al nesso di interdipendenza e l'altro costituito dalla pianificazione economica. La violazione del contratto determina, quindi, una discrasia tra il piano di corrispettività e il piano degli interessi contrattuali e lo scarto deve essere non di scarsa importanza rispetto all'interesse della parte, che pertanto non risulta realizzato; se ne trae una conferma nella disciplina del termine essenziale (art. 1457 c.c.), che riconosce alla parte non inadempiente la possibilità di "ritrattare" l'essenzialità del termine previamente stabilita.*

Il legislatore ha, quindi, di mira l'assetto di interessi dei contraenti sempre modificabile in executivis, mentre l'esclusiva specificità del sinallagma costringe la risoluzione nella secca alternativa tra il perfezionamento o meno del sinallagma medesimo (Consiglio di Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2061).

Nel caso di specie, non può non rilevarsi che, anche ove volesse ritenersi un grave inadempimento il presunto ritardo dell'amministrazione nel porre in essere le attività necessarie per la realizzazione del progetto esecutivo, lo stesso è stato superato con il precitato atto di integrazione della convenzione.

Al riguardo, deve rilevarsi che successivamente alla sottoscrizione dell'atto di integrazione, non sono emerse contestazioni della concessionaria circa

possibili inadempimenti da parte dell'amministrazione, anzi si è concordemente proceduto ai collaudi della caserma dei vigili prima, dell'area a verde e del parcheggio poi, e infine al collaudo statico del centro commerciale/direzionale.

Del pari non può configurarsi un grave inadempimento nell'asserito silenzio serbato dall'amministrazione sulla seconda istanza di revisione presentata il 18.03.2018.

Ferma l'inammissibilità della domanda in quanto la questione, come esposto da entrambe le parti negli atti di causa, è già stata sottoposta al vaglio del Giudice Amministrativo, non può non rilevarsi che una recente giurisprudenza ha precisato che *“Il rifiuto di procedere alla revisione mediante l'erogazione di un maggiore contributo - individuato quale unico strumento per procedere al riequilibrio economico -finanziario - non costituisce inadempimento grave dell'ente convenuto agli obblighi previsti dalla convenzione. Ne consegue che non può farsi applicazione del disposto dell'art. 37-septies della l. 109/94 che si occupa delle ipotesi di risoluzione per inadempimento e di revoca della concessione”* (Tribunale Bari, 29/09/2016, n.4863).

Per tali ragioni la domanda deve essere respinta.

L'obbligo di riequilibrio contrattuale

Escluso un grave inadempimento delle parti è a questo punto opportuno ricostruire il quadro regolatorio -normativo e contrattuale- entro il quale si colloca la Controversia azionata dalla Inedit S.r.l. ed in particolare la richiesta avanzata in via principale dalla Inedit: *“accertare e dichiarare la avvenuta alterazione dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto di concessione per cui è causa ed il conseguente diritto del concessionario di richiedere la revisione delle condizioni per il riequilibrio”*.

Convengono le parti che l'intervento edilizio per cui è causa sia da

qualificare “finanza di progetto” ai sensi della legge 11 febbraio 1994, n. 109 che, unitamente alla legge regionale n. 13/2001, sono richiamate nella premessa della convenzione stipulata il 22 aprile 2004.

Della l.r. n. 13/2001 assume rilievo l’art. 26 per cui “*la Regione Puglia favorisce il più ampio coinvolgimento nella realizzazione e nella gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità di soggetti pubblici o privati*”; opere individuate “*in relazione alla funzionalità delle stesse al perseguimento degli obiettivi inseriti negli strumenti di programmazione*”. Pertanto, appare chiara la finalizzazione del coinvolgimento dei privati “*al perseguimento degli obiettivi inseriti negli strumenti di programmazione*”, pertanto alla cura di pubblici interessi.

La disciplina del *project financing* o finanza di progetto è contenuta nella legge n. 109/1994 agli artt. 37-bis segg. Ma anzitutto occorre richiamare il l’art. 19 della legge n. 109/1994 sulle concessioni nel testo *ratione temporis* vigente: “*le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora necessario il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara. A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico*” (comma prima sostituito dall'art. 3, L. 18 novembre 1998,

n. 415 e poi così modificato dall'art. 7, comma 1, L. 1° agosto 2002, n. 166).

In questa disposizione, pertanto, si prevede che *“il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti”*.

Passando alle norme che disciplinano il *project financing* anzitutto l'art. 37-bis disciplina l'avvio del procedimento di finanza di progetto, il quale, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, prevede che *“i «promotori», possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi [...] Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi [...] o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice”*.

Per l'art. 37-ter *“le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano*

l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse”.

L'art. 37-*quater* disciplina la gara, gli artt. 37-*quinquies* e 37-*sexies* la società di progetto che può essere costituita dall'aggiudicatario.

Quindi l'art. 37-*septies* disciplina la risoluzione del rapporto prevedendo che *“qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario”.*

Nel contesto normativo appena delineato si muove la convenzione stipulata tra la ditta Inedil ed il Comune di Polignano a Mare il 12 aprile 2004.

Rilevano al fine della controversia:

- l'art. 2 nella parte in cui prevede *“la ATI Inedil e Intini Angel S.r.l., anche successivamente alla approvazione del progetto esecutivo in questione si obbliga ad eseguire le varianti o modifiche di progetto nel rispetto dell'articolo 19, comma 2-bis, della l. n. 109/94 e successive modificazioni, fermo restando che per eventuali ed ulteriori lavori aggiunti richiesti dal comune di Polignano a Mare si procederà a successiva quantificazione del relativo maggior onere a carico del predetto richiedente”.*

- l'art. 3 per il quale *le modifiche in aumento a carico della concessionaria per il recepimento delle condizioni e/o prescrizioni riportate nella delibera del C. C. n. 4 del 29 gennaio 2003 (richieste dall'amministrazione comunale) non costituiscono [...] modifiche sostanziali delle condizioni diequilibrio.*

- l'art. 5 che individua i prezzi di cessione delle unità immobiliari costituenti il centro commerciale direzionale presi a base del piano economico finanziario nonché, per la gestione del parcheggio, la tariffa oraria.

- l'art. 7 che individua in euro 4.473.320,72 il corrispettivo dell'affidamento in concessione prevedendo che il corrispettivo sarà conseguito *a mezzo di introiti derivante dalla gestione del parcheggio nonché dalla vendita e/o esecuzione delle singole unità costituenti il centro commerciale direzionale che i privati acquirenti o locatari dovranno corrispondere alla "ATI" all'atto della stipula dei singoli atti di vendita o dei contratti di locazione*". E prevedendo altresì che *"Il corrispettivo dei singoli atti di vendita o contratti di locazione verrà liberamente determinato dalla concessionaria nel rispetto del piano economico finanziario allegato al progetto preliminare e dei prezzi di cessione presi a base del piano finanziario di cui al precedente articolo 5 [...] La modificazione in aumento dell'importo dei lavori affidati in concessione per un importo superiore al 10% di quello dei lavori descritti e computati nel progetto preliminare adeguato alle prescrizioni della delibera del Consiglio comunale n. 4/2003 allegato alla presente convenzione, per ogni singola categoria di lavoro rispetto a quello attualmente previsto dalla presente convenzione, costituisce variazione dei presupposti/condizioni di base con modifica sostanziale delle condizioni di equilibrio della presente convenzione. In siffatta ipotesi "ATI" potrà richiedere all'amministrazione comunale di Polignano a Mare una revisione sulle condizioni contrattuali a tal fine di procedere al riequilibrio del piano economico finanziario di copertura dell'investimento allegato al progetto preliminare. In caso di mancato riscontro a tale istanza di revisione/ adeguamento del corrispettivo contrattuale è data la facoltà alla "ATI" di procedere alla risoluzione unilaterale del rapporto per eccessiva onerosità sopravvenuta con conseguente diritto al pagamento delle somme maturate a seguito dell'esecuzione dei lavori il cui importo non è coperto, almeno in parte, dal corrispettivo derivante dalle vendite delle unità immobiliari del*

centro commerciale direzionale". Concludendo che "per quanto non in contrasto con le precedenti disposizioni valgono le norme dell'art. 19 comma 2-bis della legge n. 415/1998".

Per quest'ultima disposizione *ratione temporis* vigente "l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione" (comma aggiunto dall'art. 3, L. 18 novembre 1998, n. 415 e poi così modificato dall'art. 7, comma 1, L. 1° agosto 2002, n. 166).

La disposizione tiene conto delle esigenze di contenimento del rischio imprenditoriale assunto dal concessionario prevedendo all'uopo meccanismi correttivi del piano economico-finanziario, da attuare mediante determinazione di nuove condizioni di equilibrio, anche eventualmente con la proroga del termine di scadenza della concessione, onde ripristinare la convenienza del piano degli investimenti per l'impresa attraverso economie di scala.

Pertanto, la normativa si fa carico delle sopravvenienze con soluzione ragionevole, se si tiene mente alla non breve durata dei vincoli di concessione. E che per tal ragione il concessionario ben può trovarsi esposto ad impreviste alterazioni degli equilibri contrattuali in un contesto in cui è già parte di un contratto in corso di esecuzione e, come tale, è vincolato a portarlo a termine.

Per il Consiglio di Stato la norma consentirebbe la modifica dei termini del rapporto per “*circostanze di particolare rilevanza che sopravvenendo alla stipula del contratto ne modificano nella sostanza l'attuazione*” (Cons. Stato Sez. V, Sent., 13/06/2012, n. 3474). Sottolineando il carattere manutentivo della disposizione, la quale “*prevede la revisione e non l'annullamento dell'intero provvedimento di concessione*” (Cons. Stato Sez. V, Sent., 05/07/2011, n. 4028). Pertanto, individuando la *ratio* della disposizione richiamata, nel garantire “*l'ammortamento degli investimenti iniziali effettuati dalle imprese concessionarie*” (Cons. Stato Sez. IV, Sent., 22/02/2016, n. 723).

La giurisprudenza amministrativa ritiene tuttavia il carattere eccezionale della regola manutentiva, sottolineando tuttavia che nei casi individuati dalla disposizione (sopravvenienze normative, oppure variazioni unilateralmente apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e alle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione) il concessionario ha un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere la revisione dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto concessorio (T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent., 8/4/2014, n. 3817).

Orbene, il Collegio ritiene che la disposizione sia espressione di un principio generale della esecuzione dei contratti pubblici, valorizzato dall'art. 9 della l.n. 109/1994 e dallo stesso rapporto contrattuale del 22 aprile 2004 (artt. 3 e 7).

In sostanza occorre individuare un principio di conservazione dei contratti pubblici che nella fase di esecuzione vengono a subire alterazioni, non

tuttavia in misura tale da rendere inutile la conservazione, e che pertanto richiedono un'azione di riequilibrio.

A tal fine occorre anzitutto individuare il rilievo dell'interesse pubblico nella fase di esecuzione del contratto.

Orbene, per l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10/2020) il superamento del paradigma bifasico dei contratti pubblici *“schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto”*.

Nella fase esecutiva, infatti, viene a concretizzarsi il risultato programmato dall'amministrazione, che per l'impresa costituisce un obbligo contrattuale, incombando su quest'ultima la effettiva realizzazione (*cura cum effectu*) del programma pubblico.

Il che non vuol dire che tra amministrazione ed impresa vi sia una "condivisione" nella cura dell'interesse pubblico, che i diritti dell'impresa "scemino" a situazioni di interesse legittimo, come conseguenza di una (inammissibile) subordinazione del diritto di impresa all'interesse pubblico: la circostanza che il programma da realizzare – nel caso in specie la costruzione della caserma, la realizzazione parcheggio e la realizzazione di un centro commerciale – si identifichi con l'obiettivo strategico da raggiungere e che l'obiettivo coincide con il risultato che vincola nel fine l'impresa, se impedisce all'interesse pubblico di rappresentare "unilateralmente" il profilo causale del contratto stipulato non esclude di dare rilievo pubblicistico - nel complesso – al rapporto negoziale.

Ci si chiede a questo punto se il risultato del programma, oggetto dell'obbligazione assunta dall'impresa nella finanza di progetto, determini in capo a quest'ultima l'assunzione di rischi che potrebbero alterare l'equilibrio

contrattuale, compromettendo tuttavia il risultato (per l'amministrazione) in assenza di rimedi manutentivi.

Per le S.U. della Cassazione (ord. 16 luglio 2014, n. 16240) il concessionario, per le funzioni attribuitegli nell'iter che conduce alla realizzazione di un'opera pubblica, “*venga sotto certi riguardi ad assumere la veste di soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, così da rendersi compartecipe dell'operato di quest'ultimo*”. Questa "compartecipazione" di cui parla la Cassazione valorizza l'obbligazione di risultato e la responsabilità in senso di *accountability* - più che di rischio - verso il risultato finale a cui tende la finanza di progetto.

In sostanza il vincolo del risultato per l'impresa non può tradursi nell'assunzione di ogni "rischio" che possa intaccare l'equilibrio contrattuale. L'*accountability*, al contrario, valorizza l'equilibrio del rapporto sinallagmatico tra amministrazione ed impresa nella prospettiva del risultato, ossia la concretizzazione del programma dei lavori.

La "compartecipazione" di cui parla la Cassazione (cosa diversa dalla condivisione) non consegue ad una funzionalizzazione della impresa, ma si pone in linea con la costruzione del rapporto contrattuale meno “*adversarial*” e più “*partenarial*” verso il risultato.

Occorre pertanto guardare al riequilibrio non solo in termini di diritto dell'impresa ma anche di doverosità e pertanto di “funzione” con il conseguente obbligo per l'amministrazione di istruire e decidere su ogni richiesta di riequilibrio economico finanziario avanzata dall'impresa che, se fondata, può mantenere in vita il contratto e condurre ad una manutenzione equitativa di esso. E ciò sulla base di un principio conservativo del rapporto contrattuale in linea con la lettura per così dire “pubblicistica” della fase esecutiva (Cons. St., Ad. Plen., n.10/2020).

D'altra parte, escludere il carattere “aleatorio” delle convenzioni di finanza di progetto, all'evidenza nel caso in specie alla luce delle clausole convenzionali che prevedono espressamente un riequilibrio in certe

circostanze, comporta applicare il generale criterio di ripartizione dei rischi tra le parti, espressione dei principi di uguaglianza e di solidarietà, quantomeno per quanto riguarda le sopravvenienze di carattere straordinario ed imprevedibile. Si aggiunga che una poco avvertita distribuzione delle conseguenze pregiudizievoli che possono aversi durante la esecuzione di un contratto pubblico viene a contraddire non soltanto i richiamati principi, ma anche lo stesso statuto dell'amministrazione pubblica, per non dire la libertà di iniziativa economica, la quale, oltremodo, per il sol fatto di contribuire all'aumento della produzione, corrisponde essa stessa alla utilità sociale. Con la conseguenza che impone esclusivamente sulla impresa i rischi anche straordinari ed imprevedibili dell'opera, la esporrebbero a crisi o, addirittura, ad insolvenza, anche quando lo squilibrio non dipenda da comportamenti imputabili all'impresa, con grave nocumento degli interessi sopra evidenziati.

Se obbligazione dell'impresa è di un *facere* attraverso una esecuzione prolungata che realizza il programma pubblico, questa peculiarità non può non valorizzare le esigenze di conservazione del rapporto contrattuale allorquando le alterazioni non sono tali da renderne inutile la conservazione.

Alla costruzione di un tal principio di conservazione conduce anzitutto la lettura delle norme civilistiche.

A tal proposito occorre richiamare l'art. 1372 c.c. da cui discendono due principi: anzitutto la durezza del vincolo contrattuale e la sua capacità di produzione degli effetti che ne conseguono per tutto il tempo stabilito nel relativo regolamento e poi la impossibilità della modificazione o della cessazione degli effetti previsti ad opera di una sola delle parti.

Per i contratti a esecuzione continuata o periodica l'art. 1467 dispone che se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto e tuttavia la

parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Pertanto alla “immutabilità” del contenuto del contratto si può derogare per una esigenza di conservazione del contratto e dell'equilibrio contrattuale, consentendo, mediante la gestione delle sopravvenienze, una gestione efficiente dei rischi connessi alla dinamica contrattuale, e ciò al fine di garantire l'effettività del risultato che rappresenterebbe così il punto di incontro di due soggetti, l'amministrazione e l'impresa: per la prima rappresenta una attività doverosa (funzione) per la seconda il contenuto di una obbligazione (civilistica).

Sul piano del sistema civilistico l'effetto conservativo è rimesso alla volontà delle parti, comunque obbligate al rispetto degli indirizzi conservativi, in seno al rapporto negoziale, che vanno letti alla luce dell'art. 1367 cc (cfr. Cass. civ. Sez. II, Sent., 28-07-2020, n. 16079).

Nel caso in specie depone la clausola dell'art. 3, ultimo paragrafo e la clausola dell'art. 7, paragrafo 4, del contratto del 2004.

Si tratta di declinazioni dei principi di buona fede e collaborazione, applicabili in quanto clausole generali ai rapporti contrattuali pubblici, oggi comunque codificati e riferibili alla pubblica amministrazione in forza dell'art. 1, comma 2 *bis*, della l. n. 241/1990, introdotto con la legge di conversione del d.l. n. 76/2020, dalla legge n. 120/2020, per cui *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*.

La buona fede e la collaborazione indirizzano verso quei rimedi c.d. manutentivi, che rispondono ad una logica conservativa del programma negoziale e sono diretti a realizzare un adattamento dello stesso alle esigenze sopravvenute.

Invero il sistema civilistico come si è appena detto non prevede un rimedio generale di questo tipo, tuttavia rispondono a tale logica alcuni rimedi specificamente previsti dalla disciplina generale in materia di contratto e dalla

disciplina di alcuni tipi contrattuali (es. la riduzione ad equità del contratto rescindibile, la riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziale, la disciplina delle variazioni nella esecuzione del progetto dettata in tema di appalto e la modificazione dell'incarico del mandatario in presenza di sopravvenienze). Rimedi tutti accomunati dalla esigenza di mantenere in vita l'operazione programmata che necessita una revisione.

Il che sollecita una progressiva penetrazione della logica della manutenzione del contratto quale soluzione preferibile rispetto alla vanificazione del vincolo.

Il mutamento delle condizioni contingenti non è necessariamente incompatibile con l'interesse al mantenimento del rapporto contrattuale dovendosi primariamente perseguire in buona fede l'adeguamento del regolamento contrattuale e ricorrere allo scioglimento del contratto solo in considerazione della difficoltà ad attuare le modificazioni opportune.

La prospettiva pubblicistica rafforza questa conclusione.

In questa prospettiva rivela l'interesse pubblico alla completa attuazione del programma ed all'accaparramento dei risultati e la tutela dell'equilibrio contrattuale costituisce una garanzia di effettività del risultato. Realizzando quella che è stata definita la giustizia contrattuale in un rapporto alterato dalle sopravvenienze. In sostanza l'obbligazione assunta dall'impresa di realizzare il programma pubblico comporta di guardare ai rimedi "demolitori" solo in via sussidiaria rispetto ai rimedi "manutentivi" attraverso l'avvio del procedimento di riequilibrio. Sotto questo profilo nella prospettiva del sistema amministrativo c'è una convergenza di interessi anche pubblici alla conservazione del rapporto contrattuale avendo le soluzioni caducatorie (risoluzione del contratto) un evidente effetto oltremodo negativo sull'interesse pubblico che è quello della realizzazione del programma di lavori.

Resta da vedere se la soluzione prospettata sia compatibile col diritto europeo che identifica nel "rischio" l'elemento qualificante delle concessioni

rispetto all'appalto.

Per i giudici europei elemento essenziale della concessione risiede nel fatto che il concessionario sopporta esso stesso il rischio economico principale o, in ogni caso, sostanziale, collegato alla gestione (Corte giust., 25 marzo 2010, causa C-451/08). Ed il mancato trasferimento dei rischi indica che l'operazione costituisce un appalto pubblico e non una concessione (Corte giust. 27 ottobre 2005, C-234/03).

Il Consiglio di Stato (sez. V., 4/05/2020, n. 2810) ci ha di recente ricordato che *“secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi, nel senso che un appalto pubblico di servizi comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07); in particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio (v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori dalla sfera di controllo delle parti (v. il Considerando 20 e l'art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione)”*.

Eurostat, nella decisione 11 febbraio 2004, ha definito tre principali forme

di rischio nei rapporti di partenariato: il rischio di costruzione che riguarda in costi addizionali o le deficienze tecniche, il rischio di disponibilità relativo alla qualità e alla quantità dei servizi che l'impresa deve rendere, il rischio di domanda che riguarda i volumi di domanda del servizio che l'impresa viene a soddisfare.

Secondo Eurostat per escludere che un lavoro o un servizio incida sui bilanci pubblici occorre che l'impresa sostenga il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (di disponibilità o di domanda).

La Corte di giustizia europea ha ritenuto che i rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (10 marzo 2011, causa C-274/09). In sostanza il vero rischio qualificante la concessione è il rischio di gestione economica ossia il rischio di esposizione all'alea del mercato (es. rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta).

E' pacifico pertanto che il concessionario non può essere garantito da ogni perdita potenziale così come non possono configurarsi come concessione quei contratti in cui il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti, e neppure quei contratti nei quali la regolamentazione settoriale elimini il rischio mediante la previsione di garanzie a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto.

Si tratta di una alea "normale" che assume l'impresa, in condizioni operative "normali". E per intendere "normalità" possiamo in prima battuta e salvo tornarci in seguito riferirci al d.lg. 19 aprile 2017, n. 56, contenente disposizioni integrative e correttive al d.lg. n. 50/2016, per cui la formula in questione deve intendersi come *insussistenza di eventi non prevedibili*, salvo

tuttavia, a specificare che il rischio derivi da fattori al di fuori del controllo dell'impresa.

Nella esecuzione del contratto possono pertanto sopravvenire circostanze esterne al contratto che incidono sull'andamento dell'attività nella fase esecutiva sino a determinare una lesione dell'equilibrio negoziale tale da pregiudicare l'esecuzione stessa e pertanto la realizzazione del programma pubblico.

L'equilibrio contrattuale è un equilibrio economico-finanziario prodotto dall'utile ricavato dall'operatore privato dalla gestione dell'opera o del servizio su cui incidono vari fattori che nel caso in cui non siano prevedibili e sfuggano al controllo dell'impresa obbligano l'amministrazione ad avviare un procedimento manutentivo che garantisca allo stesso tempo l'equilibrio contrattuale ed il programma pubblico, che richiede anzitutto effettività.

D'altra parte, appare evidente che la conservazione in vita del contratto è interesse comune ad entrambi i contraenti -come abbiamo sopra ben visto- stante che all'impresa interessa l'utile ed all'amministrazione la realizzazione del programma pubblico.

Il concessionario comunque assume su di sé il rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato, cioè un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Si tratta in questi casi dell'alea "normale".

Mentre la direttiva n. 2004/18/UE non conteneva alcuna specifica previsione al riguardo, la direttiva n. 2014/23/UE al considerando n. 18 delimita l'assunzione del rischio operativo da parte del concessionario al permanere pur sempre di condizioni operative normali. La possibilità di modificare il regime contrattuale a seguito di circostanza imprevedibili è contemplata espressamente dalla medesima direttiva nella disposizione di cui all'art. 43, comma 1, lett. c) in materia di modifica contrattuale.

Ne consegue, a giudizio del Collegio che la revisione del piano di equilibrio economico-finanziario non consegua al mero mutamento delle

condizioni del mercato, ma soltanto all'alterazione imprevedibile del mercato per fatti straordinari che sfuggono alla disponibilità dell'impresa. Il che deve condurre ad un obbligatorio riequilibrio per la doverosità della funzione pubblica e della tutela di interessi pubblici immanenti nella fase di esecuzione del contratto.

In una pronuncia del Consiglio di Stato (sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653) si sottolinea che *“nella concessione di lavori pubblici [...] l'amministrazione non definisce, con il consenso del privato, la propria prestazione patrimonialmente valutabile, ma solo il modo di conseguirla. Ne discende che il tipo di obbligazione e di (contro)prestazione assunta dall'amministrazione ed accettata dal privato influisce inevitabilmente sulla ricostruzione della cd. “alea normale”, e dunque sul rischio, accettato dal privato, in quanto naturalmente connesso al rapporto contrattuale.*

Mentre nei casi normalmente considerati dall'art. 1467 cod. civ. l'avvenimento esterno al rapporto contrattuale incide sulla corrispettività delle prestazioni così come originariamente pattuite, determinando o meno la possibilità di risoluzione a seconda che esso sia o meno “straordinario e imprevedibile”, nel caso della concessione di lavori pubblici, l'avvenimento esterno incide non già direttamente sulla corrispettività della prestazione della Pubblica Amministrazione, bensì sull'andamento dell'attività dalla quale il privato stesso ha stimato di trarre il corrispettivo di quanto da lui già realizzato.

Se, dunque, l'avvenimento esterno al rapporto contrattuale influisce sul mezzo per conseguire l'equilibrio tra le prestazioni e non già direttamente sulla prestazione, ciò comporta che non sfugge al concetto di “alea normale” tutto ciò che, essendo collegato a fluttuazioni, anche accentuate ma non per questo “straordinarie” del mercato e alle sue dinamiche, incide sull'utile di gestione del privato e, pertanto, non può comportare una sopravvenuta sproporzione tra le prestazioni.

Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo

contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento “straordinario ed imprevedibile”, essere divenuto strutturalmente inidoneo a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l’alea normale del contratto”, vale a dire “il rischio (collegato all’andamento della gestione) accettato dal privato e tanto più immanente (come ipotesi “normale” e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto”.

Nel caso in specie nel piano economico-finanziario che viene asseverato in data 24 settembre 2008 dalla Società di Revisione e organizzazione contabile PKF Italia SPA si sottolinea *“che a causa dell’aleatorietà connessa alla realizzazione di qualsiasi evento futuro, sia per quanto concerne il concretizzarsi dell’accadimento sia per quanto riguarda la misura della sua manifestazione, gli scostamenti fra valori consuntivi e valori preventivi potrebbero essere significativi”.*

Si tratta dell’alea normale che fa assumere il rischio sull’impresa.

Per il Consiglio di Stato *“la proiezione temporale della attività di gestione dalla quale conseguire l’utile remunerativo della propria prestazione rende plausibile (se non inevitabile) una modifica delle condizioni (di fatto e di diritto) presenti al momento di stipula del contratto, di modo che ciò che deve caratterizzare tali modifiche, perché esse possano fuoriuscire dal concetto di alea normale, deve porsi in termini di oggettiva straordinarietà per dimensioni, intensità e durata, e non rientrare nelle normali fluttuazioni di mercato. D’altra parte, l’evento che incide sulla proporzione delle prestazioni deve essere, oltre che oggettivamente straordinario, anche soggettivamente imprevedibile (Cass. civ., n. 22396/2006 cit.), e, dunque, deve sfuggire alla possibilità di conoscenza del soggetto”* (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).

Ci si chiede se tale può ragionevolmente definirsi la crisi del mercato immobiliare prospettata dalla Società ricorrente.

Parte ricorrente deduce un evento che ritiene il Collegio non può ascrivere nella normale alea. Si tratta della crisi del mercato immobiliare, che come è risaputo, per essere fatto notorio, consegue allo scoppio di una bolla immobiliare, che produce una grave crisi finanziaria nell'economia americana a partire dal 2007, di cui il fallimento della *Lehman Brothers* è stato uno degli eventi di maggiore impatto, crisi che negli anni successivi si estenderà globalmente ed in particolare nell'eurozona.

Le prove offerte da Inedil sugli effetti in Italia della "grande recessione" sul mercato immobiliare e la mancanza di contestazione specifica da parte del Comune di Polignano a Mare, tendono a qualificare oggettivamente straordinari i fatti che determinando la crisi del mercato immobiliare sono ricaduti sull'equilibrio contrattuale oltre l'alea del rischio normale.

A questo proposito parte ricorrente nella memoria conclusionale rammenta anzitutto il parere ANAC sulla normativa del 6 marzo 2013 (AG 39/12) con cui si definiscono le condizioni al ricorrere delle quali può procedersi con una revisione del PEF: *"secondo gli ordinari canoni ermeneutici mutuati dal diritto civile, l'evento straordinario deve essere imprevedibile al momento della conclusione del contratto e non dovuto a colpa della parte che lo invoca; deve essere oggettivo, cioè deve impedire oggettivamente la normale prosecuzione del progetto secondo il piano stabilito, senza che vi rientrino le vicende soggettive del debitore; l'evento, infine, deve essere imprevedibile con tutta l'ordinaria diligenza, intesa qui non come quella del buon padre di famiglia, ma come quella professionale e più qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. In effetti, la categoria civilistica che più si attaglia al caso in esame, secondo quanto prospettato dall'istante, appare quella della "eccessiva onerosità sopravvenuta" (rif. art. 1467 cod. civ.), per la quale valgono, peraltro, le medesime considerazioni appena esposte circa il carattere sopravvenuto, oggettivamente straordinario e soggettivamente imprevedibile dell'evento (ex multis, Cass. Civ. n. 2661/2001); sono questi i termini in cui la giurisprudenza civile riconduce, ad esempio, l'incidenza*

della stessa svalutazione monetaria (ex multis, Cass. Civ., 3464/1982 e 7145/1995)”.

Pertanto la Società Inedil S.r.l. si propone di “*verificare (in concreto e in relazione alla fattispecie in esame) l’effettiva “sussistenza degli elementi esogeni e oggettivi posti a base della richiesta di revisione da parte del concessionario”, valutando se e in quale misura la crisi economica – finanziaria globale (nota a tutti gli operatori economici del settore e verificatisi dopo la predisposizione del PEF in contestazione) abbia influito sulla tenuta economico – finanziaria del rapporto concessorio in esame”.*

Si sottolinea in particolare che la crisi di mercato ha attanagliato il mercato immobiliare nazionale nell’arco temporale durante il quale la società concessionaria avrebbe dovuto percepire i flussi di cassa necessari a garantire il recupero dell’investimento effettuato per la realizzazione delle opere pubbliche in favore dell’Amministrazione comunale di Polignano a Mare. Ed attraverso comprovate argomentazioni condivise dal Collegio la ricorrente deduce che il piano economico – finanziario posto alla base del rapporto concessorio in argomento ha subito una sensibile alterazione imputabile a fattori di mercato imprevedibili ed esogeni che rendevano indispensabile una revisione – adeguamento del PEF ai fini della prosecuzione del rapporto, divenuto medio tempore eccessivamente oneroso ai sensi e per gli effetti dell’art. 1467 c.c.: “*Tali sopravvenienze, peraltro, assolutamente non imputabili ad alcun titolo alla Concessionaria, hanno carattere straordinario ed imprevedibile e non possono in alcun modo essere fatte rientrare nell’alea di rischio assunta dal Concessionario con la propria offerta e con la successiva Convenzione, atteso e considerato che come ampiamente dimostrato in atti la società concessionaria, a causa della gravissima crisi economica sin qui descritta, è stata sostanzialmente posta nell’impossibilità di commercializzare le unità immobiliari commerciali - direzionali autorizzate dal Comune di Polignano a Mare e che avrebbero dovuto*

costituire adeguato corrispettivo rispetto ai costi sostenuti dalla Inedit per la costruzione delle opere pubbliche dedotte in Convenzione”.

In tale contesto fattuale deve ritenersi che l'amministrazione comunale aveva l'obbligo di avviare il procedimento di riequilibrio del piano economico finanziario per come richiesto dalla Società Inedit S.r.l., con istanza dell'8 marzo 2018, anzi ancor prima avrebbe dovuto “dialogare” con l'impresa in ordine alla esecuzione del programma negoziale, sia per il principio di buona fede sia per la doverosità della funzione di cui si è detto ampiamente prima. Dagli atti e dalla documentazione prodotta dalle parti non risulta che l'amministrazione comunale abbia avviato il procedimento, per cui è da accogliere parzialmente la domanda formulata dalla Società ricorrente in via principale nei limiti in cui gli eventi imprevedibili, straordinari e non dipendenti dall'impresa che hanno determinato una alterazione dell'equilibrio economico finanziario del contratto nella fase di esecuzione obbligano l'amministrazione di avviare il procedimento di revisione e concluderlo nei termini di legge.

Le ragioni per cui va privilegiata la tutela manutentiva e ritenuta sussidiaria quella caducatoria conseguono alla oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite dei contratti pubblici e della loro esecuzione.

Anche se non si può ritenerla del tutto estranea ai rapporti contrattuali tra privati, valorizzata attraverso il richiamo al principio di solidarietà. E ciò in coerenza con il diritto privato europeo, per cui l'equilibrio contrattuale va tendenzialmente mantenuto a fronte delle sopravvenienze fattuali (*change of circumstances*) che tendano a stravolgerlo, o comunque ad alterarlo.

Il perseguimento dell'interesse pubblico nella fase di esecuzione dei contratti pubblici valorizza ogni scelta che tende alla conservazione del rapporto, adeguandone la regolazione, alle sopravvenienze imprevedibili. Il che conduce - accolta nei limiti sopra definiti la domanda principale - a rigettare ogni altra domanda della Società Inedit S.r.l..

Resta da vedere se, per effetto dell'accoglimento della domanda, il Collegio possa direttamente revisionare il rapporto tra la Inedil e il Comune di Polignano. Anche se si è sostenuto -sulla scorta di ciò che accade in altri ordinamenti- che occorrerebbe riconoscere direttamente ai giudici, o agli arbitri, un potere autoritativo di revisione del contratto dietro istanza di parte, il Collegio ritiene che trattandosi nel caso in specie di un contratto pubblico ed essendo l'equilibrio economico – finanziario a tutela di interessi pubblicistici oltre che di tipo privato imprenditoriale, non è possibile una sostituzione del Collegio, stante il vincolo di cui all'art. 4 dell'All. E della l. n. 2248/1865. Il Collegio può invece, anche ai sensi dell'art. 1183 c.c. (per la cui applicazione all'amministrazione vedi Corte Cost. sent. n. 138 del 1977), stabilire un termine per l'adempimento dell'obbligo di revisionare il rapporto contrattuale al fine di garantirne l'equilibrio. Sicché, il Collegio fissa in complessivi 120 giorni dalla comunicazione alle parti del lodo, il termine per la manutenzione del rapporto contrattuale. E ciò anche per garantire effettività alla situazione giuridica azionata dalla INEDIL S.r.l..

Fermo restando che in caso in cui la tutela specifica riconosciuta dal Collegio all'impresa non dovesse trovare riscontro nell'attività del Comune nel termine suddetto, l'impresa può agire per equivalente.

Accolta nei limiti sopra definiti la domanda di riequilibrio contrattuale vanno rigettate le ulteriori domande di Inedil:

(i) Il recesso unilaterale comunicato dal concessionario con nota del 29/3/2019 ex art. 7 della Convenzione e art. 37 septies L. n. 109/1994 è del tutto inefficace a fronte della conservazione del rapporto contrattuale. Peraltro, la stessa Inedil ha tenuto un comportamento poco compatibile con il recesso intendendo conseguire il richiesto riequilibrio anche con altri mezzi, ovvero attraverso la presentazione di una SCIA e poi della CILA, oggetto attualmente di apposito giudizio davanti al TAR Puglia di Bari. Ne consegue

che va rigettata la connessa richiesta di condanna del Comune di Polignano alla corresponsione dei costi sopportati per la realizzazione delle opere (al netto di quanto incassato) e dell'indennizzo per il mancato guadagno.

(ii) L'accoglimento della domanda volta al riequilibrio del rapporto comporta il rigetto della domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, prescindendo dalla valutazione di tempestività della stessa, e per l'effetto il rigetto delle conseguenziali domande risolutorie e risarcitorie.

(iii) Il rigetto delle domande di accertamento della legittimità del recesso e di risoluzione del contratto per grave inadempimento e per eccessiva onerosità comportano il conseguente rigetto della richiesta di retrocessione delle aree oggetto di causa al Comune di Polignano a Mare.

(iv) Con riguardo alla richiesta risarcitoria formulata in via subordinata l'impresa lamenta la sussistenza di ritardi nell'adempimento da parte dell'amministrazione i quali avrebbero a suo dire determinato un danno risarcibile quantificato nella differenza tra il valore del centro commerciale quale indicato nella convenzione integrativa e il ridotto valore che avrebbe assunto a causa della crisi di mercato e quindi nella misura di € 3.961.114,50 o nella maggiore o minor somma ritenuta in via equitativa.

Al riguardo l'impresa lamenta anzitutto il ritardo da parte dell'amministrazione nell'approvazione del progetto esecutivo che avrebbe determinato un danno per il procrastinarsi della commercializzazione del centro commerciale/direzionale, nonché il ritardo dell'amministrazione nel riscontro della istanza di revisione del piano economico finanziario proposta con istanza del 21.06.2018.

Di contro l'amministrazione ribadisce il proprio adempimento approntato ai principi di buona fede e leale collaborazione nell'esecuzione contrattuale, rappresentando che la stessa avrebbe puntualmente approvato il progetto

esecutivo proposto dall'impresa effettivamente trasmesso dall'impresa con nota del 29 maggio 2006, poi approvato dall'amministrazione in data 12.06.2006.

Peraltro, l'asserito ritardo dell'amministrazione, comunque sia, non può ritenersi idoneo a fondare la pretesa risarcitoria posto che la reciproca impasse sarebbe stata superata con l'integrazione della convenzione successivamente intervenuta. Infatti, in tale occasione l'impresa con nota del 05.08.2008 ha trasmesso "*all'Amministrazione comunale una ipotesi di riequilibrio economico finanziario della concessione completa di bozza di atto integrativo alla Convenzione stipulata*", approvato con deliberazione n.53 del 06.10.2008; sicchè anche ove si ritenesse sussistente un ritardo nell'adempimento da parte dell'amministrazione lo stesso è stato superato con la rinegoziazione delle condizioni attraverso tale atto di integrazione.

Del pari non si rileva la sussistenza di un danno da ritardo risarcibile in relazione al riscontro da parte dell'amministrazione alla istanza di revisione presentata l'8 marzo 2018.

Invero, l'ingiustizia e la sussistenza del danno da ritardo nell'adozione di un provvedimento amministrativo non possono presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, ai sensi dell'art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, essendo chiamato questo collegio a verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo (l'illegittimità del mancato esercizio della funzione amministrativa, il danno ingiusto meritevole di ristoro ed il nesso causale tra condotta omissiva e pregiudizio), sia di quello di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), sicché in sostanza, il mero "superamento" del termine fissato ex lege o in sede regolamentare per la conclusione del procedimento non integra "piena prova del danno", rappresentandone solo un mero indice oggettivo.

Pertanto, riconducendo la pretesa risarcitoria relativa al danno da ritardo allo schema generale dell'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, spetta, al danneggiato dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda.

Nel caso in specie non è provata la sussistenza del nesso di causalità tra l'inadempimento (e/o il ritardato adempimento) e il danno. Non v'è prova che l'asserito danno patito sia conseguenza dei comportamenti dell'amministrazione. Manca poi una seria dimostrazione della colpa dell'amministrazione che non può ritenersi *in re ipsa* dimostrata dal mero ritardo.

(v) La richiesta di ordinare al Comune di Polignano a Mare di adottare i provvedimenti necessari per consentire al concessionario lo sfruttamento del centro commerciale/direzionale appare inammissibile non potendo il collegio sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di poteri riservati ad essa.

(vi) Anche la domanda subordinata di indennizzo per ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. non può trovare accoglimento.

Come noto, l'art. 2041 c.c. prevede che *“chi, senza giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale”*.

I presupposti dell'azione vanno quindi ravvisati: a) nell'arricchimento senza causa di un soggetto; b) nell'ingiustificato depauperamento di un altro; c) nel rapporto di causalità diretta ed immediata tra le due situazioni, determinato da un unico fatto costitutivo.

Tuttavia, non può trascurarsi che accanto a tali presupposti, l'art. 2042 c.c. dispone che *“L'azione di arricchimento non è proponibile quando il*

danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito”.

Appare chiaro, quindi, che la norma vada interpretata nel senso di precludere l'esercizio della azione in parola laddove sia astrattamente possibile l'esperimento di altro rimedio tipico. Questa azione ha cioè natura complementare e sussidiaria, potendo essere esercitata solo quando manchi del tutto altra azione nei confronti dell'arricchito (o di altre persone), che trovi titolo in un contratto o nella legge.

L'azione di indebito arricchimento deve essere quindi proposta in modo specifico e non può essere invocata allorquando l'arricchimento sia conseguenza di un contratto o di un altro rapporto compiutamente regolato. L'indennizzo ex art. 2041 c.c. è cioè estraneo all'area dell'inadempimento contrattuale; circostanza presente nella fattispecie in esame.

Sul punto la Suprema Corte ha, a più riprese, non solo ribadito che *“l'azione di ingiustificato arricchimento, che per definizione è sussidiaria (art. 2042 c.c.), (è) inammissibile nel caso in cui il danneggiato, per farsi indennizzare il pregiudizio subito, possa esercitare un'altra azione contro l'arricchito (o anche persona diversa), "secondo una valutazione in astratto e prescindendo quindi dal suo esito" (Cass. n. 29988/2018).*

Peraltro, poi, una decisione della Suprema Corte ha ulteriormente puntualizzato che: *“È, bensì, vero, poi, che il danneggiato può proporla, in via subordinata, quando l'azione tipica, avanzata in via principale, abbia avuto esito negativo per carenza del titolo posto a suo fondamento (Cass. n. 4492 del 2010; n. 6295 del 2013); ma tale principio, invocato dal ricorrente, non opera né quando la domanda ordinaria, fondata su un titolo contrattuale, è stata rigettata per l'assenza di prove sufficienti all'accoglimento, né quando tale domanda, dopo essere stata proposta, non è stata più coltivata dall'interessato (Cass. n. 8020 del 2009; n. 6295 del 2013)” (Cass. n. 20871/2015).*

Ne deriva quindi che, quand'anche l'azione possa essere proposta in via

subordinata rispetto ad una domanda principale, la domanda risulterà ammissibile soltanto allorché l'azione tipica dia esito negativo nella sola ipotesi in cui si ravvisi una carenza *ab origine* dell'azione stessa derivante da un difetto del titolo posto a suo fondamento, nel senso che l'azione tipica non poteva essere proposta non sussistendone i presupposti per proponibilità.

Nel caso di specie, di contro, non può non rilevarsi che l'impresa, asserito soggetto ingiustamente impoverito, è parte di un rapporto negoziale, caratterizzato dalla presenza di un contratto, già di per sé sufficiente a determinare la sussistenza di azioni tipiche per il ristoro del presente depauperamento subito e che, peraltro, prevede espressamente un rimedio in caso di inadempimento contrattuale quale la risoluzione come indicato nell'art. 7 della Convenzione, più volte richiamato da parte dell'impresa stessa e posto a fondamento delle domande avanzate.

Peraltro non può non rilevarsi che il rimedio specifico in caso di irreparabile squilibrio economico- finanziario in danno del concessionario è previsto da norma specifica, applicabile *ratione temporis*, quale l'art. 19 c.2 *bis* in combinato con l'art. 37 *septies* della L. n.109/1994.

Per tali ragioni, quindi, non può trovare accoglimento la domanda in esame.

Per Questi Motivi

il Collegio:

- rigetta l'eccezione dell'amministrazione resistente di inammissibilità della domanda arbitrale per nullità della clausola compromissoria
- rigetta l'eccezione dell'amministrazione resistente di inammissibilità della domanda arbitrale per omessa attivazione delle procedure per la risoluzione in via amministrativa della controversia
- rigetta l'eccezione dell'amministrazione resistente di incompetenza del

Collegio

- rigetta l'eccezione dell'amministrazione resistente di inammissibilità della domanda arbitrale per tardività della domanda, scaduta la convenzione il 22 aprile 2019

- rigetta la richiesta di risoluzione del contratto per grave inadempimento e conseguente risarcimento della Inedil S.r.l. e del Comune di Polignano a Mare

- accoglie la domanda dell'impresa per l'accertamento del diritto del concessionario di richiedere la revisione delle condizioni per il riequilibrio economico finanziario e per l'effetto nei termini e nei limiti di cui in motivazione dichiara l'obbligo dell'amministrazione a provvedere sulla domanda di riequilibrio economico finanziario

- rigetta nel resto la domanda arbitrale dell'impresa Inedil S.r.l.

- compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio

- pone in capo alle parti, in solido tra loro, gli onorari degli arbitri come liquidati dalla Camera Arbitrale.

Così deliberato all'unanimità e con la partecipazione di tutti gli arbitri riuniti in via telematica in camera di consiglio il 4 dicembre 2020.

Catania, Roma, Bari 4 dicembre 2020.

Prof. Avv. Sebastiano Licciardello con funzioni di Presidente

Prof. Avv. Tommaso Edoardo Frosini, Arbitro

Avv. Pierluigi Balducci, Arbitro