

IL COLLEGIO ARBITRALE

composto da

prof. avv. Marcello Maggiolo	Presidente,
prof. avv. Luca Nanni	Componente
avv. Angela Francesca Canta	Componente

nella procedura della Camera Arbitrale presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione RGA n. 10/2020, con sede presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione in Via Minghetti n. 10 – 00187 Roma, promossa da

2i Rete Gas s.p.a., con sede in Milano, Via Alberico Albricci 10 (c.f. e p.iva 06724610966), in persona del suo procuratore speciale dott. L. A. Allievi, giusta procura per atto del Notaio dott.ssa E. Mariconda di Monza registrato il 24 novembre 2016, Rep. 26831 e Racc. 12025, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Giuseppe de Vergottini, dall'avv. Cesare Caturani e dall'avv. Maria Laura Tripodi, suoi domiciliatari in Milano, via San Damiano 2

attrice

nei confronti di

Comune di Lonate Pozzolo, con sede in Lonate Pozzolo (Va), Via Cavour n. 30 (c.f. 00392890125), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Grimoldi, suo domiciliatario in Milano, via Podgora n. 11;

convenuto

in dipendenza

della controversia insorta in ragione dei costi applicati dal Comune di Lonate Pozzolo al rapporto di concessione per la distribuzione del gas originariamente generato dal contratto rep. n. 31/92, stipulato in data 13 aprile 1992

e in forza

della clausola compromissoria radicata nell'art. 17, contratto rep. n. 31/92, stipulato in data 13 aprile 1992, ai sensi della quale *“qualsiasi controversia nascente dalla presente convenzione sarà deferita a un collegio di tre arbitri, uno dei quali nominato dalla Concessionaria, l'altro dal Comune e il terzo, che fungerà da Presidente, dal Presidente del Tribunale di Busto Arsizio, al quale spetterà altresì la nomina del secondo arbitro, qualora entro il termine di trenta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, la parte convenuta non vi abbia provveduto”*;

pronuncia il seguente

LODO

*

FATTO E PROCESSO

1. Con 'atto introduttivo di arbitrato' 30 luglio 2020, 2i Rete Gas S.p.A. (d'ora innanzi '**2i**' o '**la concessionaria**') esponeva che 2i gestisce il servizio di distribuzione gas nel Comune di Lonate Pozzolo (d'ora innanzi il '**Comune**'); che 2i e il Comune erano parti di un originario contratto di concessione del servizio di distribuzione (e a suo tempo anche vendita) del gas, rep. n. 31/92, stipulato in data 13 aprile 1992 (d'ora innanzi anche '**la concessione**'); che l'art. 2 prevedeva che il rapporto avesse durata dal 1° gennaio 1993 e sino al 31 dicembre 2012 (p. 3); che l'art. 13 prevedeva che, in ragione dell'affidamento in esclusiva del servizio di distribuzione e vendita del gas, 2i dovesse versare al Comune *"un importo corrispondente al 20% (venti per cento) sulla differenza tra il costo del solo gas acquistato (fattura del fornitore) comprensivo della quota relativa alla portata impegnata e il prezzo ricavato dalla vendita del solo gas (bollette della concessionaria stilate per gli utenti)"*; che, in corso di concessione, entrava in vigore il d.lgs. n. 164/2000 (c.d. decreto Letta) il quale imponeva agli enti locali di avviare *"la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento"*, e prevedeva altresì, in caso di inerzia del Comune, l'intervento sostitutivo della Regione, nonché l'obbligo del gestore uscente di *"proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento"*; che l'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000 introduceva un regime transitorio quinquennale, durante il quale le concessioni in essere potevano proseguire sino alla scadenza contrattualmente prevista se fissata entro il quinquennio, altrimenti, al massimo, fino al completamento del quinquennio; che la scadenza veniva più volte prorogata, da ultimo con l. n. 51/2006, sino al 31 dicembre 2009 ove presente una delle condizioni di cui all'art. 15, comma 7, d.lgs. n. 164/2000, nonché la possibilità di disporre di una ulteriore proroga di un anno, e dunque sino al 31 dicembre 2010, in presenza di motivate ragioni di pubblico interesse; che l'art. 46 bis del successivo d.l. n. 159/2007 subordinava l'indizione di nuove gare per l'affidamento del servizio alla previa individuazione ad opera del MISE di criteri standard di gara e di valutazione dell'offerta, nonché all'individuazione di bacini ottimali di utenza (ATEM), sulla base dei quali poter svolgere la c.d. gara d'ambito; che, il

comma 3 dell'art. 46 bis, del d.l. 159/2007 prevedeva che gli ATEM dovessero essere definiti entro 1° dicembre 2008, e imponeva che l'avvio della gara unica si realizzasse entro due anni dall'individuazione dell'ambito; che ai sensi dell'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 93/2011 a far data dal 29 giugno 2011 la gara d'ambito è l'unica procedura esperibile; che, nella descritta situazione normativa, il Comune, dichiaratosi interessato ad attendere l'individuazione degli ATEM, disciplinava i rapporti con la concessionaria (ora) 2i mediante un 'Atto integrativo della concessione del pubblico servizio di distribuzione del gas metano' 8 giugno 2010, rep. n. 03/2010, (d'ora innanzi, per brevità, anche '**atto integrativo**'), in base al quale il precedente accordo di concessione 13 aprile 1993 era modificato nelle clausole sulla durata del rapporto e sul corrispettivo; che l'art. 6 dell'Atto integrativo prevede che esso *"integra la convenzione – contratto in essere tra le parti la quale conserva integralmente, pertanto, la propria efficacia ad eccezione delle prescrizioni sostituite"*; che al tempo dell'instaurazione del giudizio arbitrale, ancorché si fosse già provveduto all'individuazione degli ATEM (con D.M. 19 gennaio 2011 e 18 ottobre 2011), alla determinazione dei criteri di gara (con D.M. n. 226/2011) e alla approvazione dello schema di contratto tipo per la distribuzione del gas (con D.M. 5 febbraio 2013), i termini per la pubblicazione dei bandi di gara erano stati più volte prorogati e la procedura di gara per l'affidamento non era ancora avviata; che, pubblicato il bando di gara in Gazzetta Ufficiale in data 17 luglio 2017, l'originario termine per la presentazione delle domande di partecipazione (30 marzo 2018) subiva continui rinvii; che la prosecuzione del servizio nei limiti dell'ordinaria amministrazione da parte del gestore uscente è prassi costante; che alla prosecuzione del servizio da parte di 2i seguiva la pretesa del Comune al pagamento del canone di cui alle concessioni scadute; che 2i, per evitare un contenzioso con il Comune, versava il canone maggiorato previsto per gli ultimi anni di durata dell'Atto integrativo sino a tutto il 2015; che il Comune sottoponeva una proposta 'Definizione quota canone annuale per la concessione di pubblico servizio di distribuzione del gas metano' 30 novembre 2017 e che, con nota 6 marzo 2018, 2i comunicava la propria disponibilità a condividere la proposta e ad impegnarsi a corrispondere un canone pari al 50% del VRD.loc sino al 31 dicembre 2017 e al 20% del VRD.loc a decorrere dal 1° gennaio 2018 sino all'effettivo subentro del nuovo concessionario; che con nota 15 ottobre 2018 2i trasmetteva al Comune bozza di 'Atto per la definizione del rapporto di gestione degli impianti afferenti il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale ai sensi dell'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000', dichiarandosi disponibile a

corrispondere un canone di concessione annuo a decorrere dal 2016; che entrambe le comunicazioni non ricevevano risposta, ma che in data 3 giugno 2019 il Comune notificava un decreto ingiuntivo per il pagamento di € 460.000,00, oltre iva e interessi, asseritamente dovuti in base all'Atto integrativo a titolo di minimo garantito quale canone di concessione per gli anni 2016 – 2017 secondo la previsione dell'art. 1, comma 453, legge n. 232/2016; che 2i si opponeva e che il contenzioso era ancora pendente; che le somme erano state quantificate in attuazione della maggiorazione di cui all'Atto integrativo, il quale però è atto meramente modificativo della originaria concessione, sicché, in ordine alle condizioni non espressamente modificate dal secondo accordo, sarebbe vigente il primo accordo di concessione, nel quale le parti, all'art. 17, avevano inserito una espressa clausola compromissoria; che la disposizione di cui all'art. 1, comma 453, legge n. 232/2016 risulta affetta da numerosi profili di illegittimità; che, quanto all'illegittimità eurounitaria, l'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016, contrasta con le regole comunitarie in materia di concorrenza, giacché pregiudica l'uniformità e l'uguaglianza nel trattamento degli operatori, violando gli artt. 101 e 102 TFUE; che l'imprevedibile alterazione dell'originario sinallagma negoziale, dovuta alla sopravvenuta e non prevista maggiore onerosità della prestazione e discendente dalla disposizione di cui all'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016 si pone altresì in contrasto con i principi dell'UE di certezza del diritto e del legittimo affidamento, dato che il meccanismo dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016 appariva *ex ante* del tutto imprevedibile persino per un operatore accorto; che, in ragione delle occorse violazioni dei principi del diritto dell'Unione Europea, 2i ha diritto alla disapplicazione delle norme nazionali contrastanti; che ulteriore ragione che impone la disapplicazione della disposizione di cui all'1, comma 453, della legge n. 232/2016 è la lesione della libertà d'impresa e del diritto di proprietà garantiti dagli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; che, nella denegata ipotesi di non disapplicazione, era sollevata questione pregiudiziale da rimettere alla Corte di Giustizia; che la disposizione di cui all'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 sarebbe altresì costituzionalmente illegittima in rapporto agli artt. 3, 41, 42, 97 3, e 117, comma 1, Cost., con relativa eccezione sollevata in arbitrato; che l'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016 comporterebbe invero violazione dei principi in tema di irretroattività della legge così come sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale; che la norma sarebbe altresì in contrasto con l'art. 3 della Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza per violazione del principio di proporzionalità, di certezza del diritto, del legittimo

affidamento del privato e della disparità di trattamento; nonché con l'art. 97 Cost. per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione; che i denunciati profili di illegittimità sarebbero sintomo di violazione dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento così come riconosciuti dalla giurisprudenza costituzionale; che tutti i rilevati profili di illegittimità costituzionale, in ragione anche del carattere retroattivo della disposizione di cui al comma 453, denoterebbero l'ulteriore violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.; che l'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 comporta una limitazione alla libertà di iniziativa economica privata e alla proprietà privata, violando gli artt. 41 e 42 Cost., nonché l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; che, se le questioni di illegittimità costituzionale fossero disattese, il Collegio dovrà considerare che l'onere a carico di 2i non può essere quello di cui all'atto integrativo e deve essere oggetto di rinegoziazione; che unico possibile riferimento per determinare il canone dovrebbe essere 'la concessione' n. 31/92, tenendo conto inoltre che a far data dal 2003 venivano meno le attività di vendita del concessionario nonché la possibilità di effettuare investimenti sulla rete, e che a 2i dovrebbe spettare restituzione delle somme versate e da versare in eccesso a far data dal 2013. Su queste basi, in virtù della clausola compromissoria di cui all'art. 17 della concessione n. 31/92, nominava quale arbitro di propria designazione l'avv. prof. Luca Nanni, invitava il Comune nominare il proprio arbitro di parte; e chiedeva l'accoglimento delle proprie domande preliminari, pregiudiziali e di merito.

2. Con 'comparsa di costituzione e risposta e nomina di arbitro di propria designazione' 4 settembre 2020, il Comune si costituiva, ripercorrendo i termini della vicenda storica e processuale, e aggiungendo che la clausola compromissoria di cui all'art. 17 della concessione n. 31/92 era già stata correttamente e motivatamente dichiarata nulla dall'ordinanza decisoria provvisoriamente esecutiva pronunciata dal Tribunale di Busto Arsizio e che il giudizio arbitrale non poteva quindi ritenersi validamente promosso, quanto meno per le ragioni recate dalla suddetta pronuncia di nullità consistenti nella mancanza della preventiva motivata autorizzazione per la inserzione prescritta dall'art. 209, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016, nonché nel contrasto della stessa con i precetti aventi carattere imperativo; che, essendo la prosecuzione della gestione ordinaria fondata sull'art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000, la clausola compromissoria non sarebbe in

ogni caso applicabile, essendo la anzidetta previsione normativa la fonte che disciplina il rapporto; che, contrariamente a quanto dedotto da 2i, le eccezioni pregiudiziali di illegittimità eurounitaria sarebbero infondate per le ragioni già accolte in sede di giurisdizione ordinaria; che le eccezioni di incostituzionalità dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 per violazione degli artt. 3, 41, 42, 97 e 117, comma 1, Cost. sarebbero manifestamente infondate; che oggetto del giudizio arbitrale sono pretese attinenti al lasso temporale cui si riferisce il giudizio pendente in sede di giurisdizione ordinaria, con conseguente inammissibilità della domanda; che le domande di 2i sono comunque infondate perché la legge di interpretazione autentica stabilisce che *"il gestore uscente resta obbligato al pagamento del canone di concessione previsto dal contratto"*, dovendosi intendere con *"contratto"* la concessione originaria, come integrata dall'*"accordo integrativo"* n. 03/2010; che, nella denegata ipotesi in cui la clausola arbitrale fosse ritenuta valida, 2i dovrebbe essere condannata a pagare tutti gli importi dovuti in forza della concessione come integrata dall'*"accordo integrativo"* n. 03/2010, maggiorati degli interessi; che la domanda di 2i sarebbe per di più infondata alla luce del fatto che 2i dopo il 2012 continuava a corrispondere il canone nella misura di cui alla concessione originaria come integrata dall'*"accordo integrativo"* pari al 50% del VDR.loc, e che 2i sarebbe quindi consapevole della misura della prestazione dovuta. Ciò detto, il Comune nominava arbitro di parte l'avv. Angela Canta, e chiedeva l'accoglimento delle proprie conclusioni pregiudiziali e di merito

3. In data 19 ottobre 2020, 2i presentava alla Camera Arbitrale presso l'ANAC la richiesta di nomina del Presidente del Collegio Arbitrale. La conseguente nomina del prof. avv. Marcello Maggiolo era comunicata agli interessati in data 17 febbraio 2021 n. 0014126. Completati gli adempimenti preliminari, con comunicazione 12 aprile 2021 n. 0030047, la Camera Arbitrale dava atto dell'avvenuto deposito dell'acconto, e invitava a procedere alla costituzione del Collegio.

4. In data 17 maggio 2021 si riunivano nella Virtual Room ANAC l'avv. prof. Luca Nanni, l'avv. Francesca Canta e l'avv. prof. Marcello Maggiolo, i quali accettavano l'incarico arbitrale dichiarando di costituirsi in Collegio. Successivamente, in collegamento con i procuratori delle parti, il Collegio disponeva di eleggere la sede dell'arbitrato presso la Camera Arbitrale dell'ANAC in via Marco Minghetti 10 – 00187 Roma e di assegnare alle parti termini perentori per memorie ex art. 209, comma 11, d.lgs. n. 50/2016. Il Collegio fissava l'udienza del 13 settembre 2021 per eventuale comparizione delle parti e interrogatorio libero delle stesse funzionale a un tentativo di conciliazione.

5. Con 'prima memoria nell'interesse di 2i Rete Gas S.p.A.' 30 giugno 2021, 2i prendeva posizione sulla eccezione di nullità della clausola compromissoria, osservando che la declaratoria resa dal Tribunale di Busto Arsizio (ordinanza n. 251/2020) non fa stato tra le parti per essere oggetto di gravame, e non ha pregio per essere fondata sulla previsione di cui all'art. 209, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, come tale non applicabile retroattivamente al caso di specie; ribadiva ed approfondiva le già sollevate questioni relative alla illegittimità eurounitaria e costituzionale dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016, e contestando all'uopo le relative deduzioni del Comune; ribadiva altresì che il canone in ogni caso non potrebbe essere quello previsto dall'accordo integrativo del 2010, che prevedeva un limite di durata "*sino al 31.12.2010 e comunque sino alla data del nuovo affidamento (se successiva), per un periodo massimo di tempo comunque non superiore al 31.12.2012*", con la conseguenza che il canone maggiorato non sarebbe comunque dovuto oltre tale ultima scadenza; che il ritardo nell'avvio della gara per l'ATEM non dovrebbe recare pregiudizio al solo uscente gestore 2i in ragione della pretesa efficacia ultrattiva all'accordo integrativo del 2010, pena l'inosservanza dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità e il contrasto con il principio di libertà negoziale, atteso che 2i mai avrebbe offerto quelle somme se avesse saputo di doverle corrispondere *sine die*; che non ci sarebbe alcuna acquiescenza di 2i in ragione dell'intervenuto pagamento spontaneo del canone nella misura del 50% del VRD. loc anche per gli anni dal 2013 al 2015, essendo quei pagamenti avvenuti per puro spirito collaborativo; che, quand'anche fosse vero che il canone di concessione dovesse essere corrisposto nella misura pretesa, alla data limite (31 dicembre 2012) di efficacia dell'atto integrativo del 2010 l'unico possibile riferimento per parametrare ulteriori canoni sarebbe la concessione originaria n. 31/92, con la conseguenza che l'onere al tempo pattuito dovrebbe oggi commisurarsi al solo 20% del VRD di località; che quindi 2i avrebbe diritto alla restituzione di quanto versato in eccesso dal 2013 sino al 2019 rispetto alla misura della concessione del 1992 per complessivi € 1.086.175,00, oltre interessi ex art. 1284, comma 4, c.c..

6. Con 'memoria difensiva nell'interesse del Comune di Lonate Pozzolo' 30 giugno 2021, il Comune aggiornava lo storico del contenzioso pendente innanzi all'AGO; ribadiva la eccezione di nullità della clausola arbitrale e gli argomenti sottesi, osservando in particolare che la stessa 2i ha agito come se non ritenesse valida la clausola compromissoria, avendo chiesto la nomina del terzo arbitro non al Presidente del Tribunale, ma all'ANAC; ribadiva quanto già illustrato in comparsa in relazione alla sintesi dei fatti rilevanti occorsi tra le parti, ribadendo poi le proprie argomentazioni sulla

infondatezza delle eccezioni di illegittimità eurounitaria e di incostituzionalità dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016; ribadiva le proprie considerazioni sull'obbligo di 2i al rispetto delle condizioni contrattuali di cui all'atto integrativo;

7. Con 'seconda memoria nell'interesse di 2i Rete Gas S.p.A.' 30 luglio 2021, 2i indicava le ragioni di ammissibilità della domanda per essere il giudizio arbitrale di ambito più esteso rispetto al giudizio pendente innanzi all'AGO, e di infondatezza della eccezione di nullità della clausola compromissoria, specificando in ordine alla lamentata violazione dell'art. 209, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 che la nullità comminata dalla disposizione si applica ai soli contratti stipulati dopo il 2016; aggiungeva che la materia sarebbe deferibile ad arbitri; che sarebbe erronea l'affermazione del Comune secondo cui al rapporto sarebbe applicabile il solo accordo integrativo del 2010 che non contiene clausola compromissoria, dato che l'accordo ha portata meramente modificativa del precedente contratto soltanto per ciò che ineriva la sua durata e la misura del canone; che la nomina del presidente del Collegio era stata chiesta all'ANAC in ragione di una sua competenza inderogabile; in merito all'illegittimità eurounitaria e costituzionale dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 ribadiva quant'altro già dedotto e allegato.

8. Con 'seconda memoria difensiva nell'interesse del Comune di Lonate Pozzolo' 30 luglio 2021, il Comune, sulla nullità della clausola compromissoria, esponeva che essa può essere comminata anche in forza di una norma sopravvenuta, così come accaduto per le clausole contenute negli statuti societari dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, d.lgs. n. 5/2003, con conseguente richiesta di declaratoria di nullità (anche per gli ulteriori argomenti già esposti); sull'illegittimità eurounitaria e costituzionale dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 e all'eccezione pregiudiziale europea ex art. 267 del TFUE (già 234 del TCE), nonché sull'obbligo di 2i al rispetto delle condizioni di cui all'accordo integrativo rep. n. 03/2010, ribadiva quanto già illustrato nei precedenti atti.

9. In data 13 settembre 2021, il Collegio Arbitrale riunito in collegamento telematico nella Virtual Room ANAC alla presenza dei difensori delle parti, preso atto dei contenuti dell'istanza congiunta 6 settembre 2021 in punto di impossibilità di addivenire a una conciliazione della controversia, e in considerazione della quantità di questioni preliminari e pregiudiziali, talune astrattamente idonee a determinare una definizione della controversia, tratteneva la

causa in decisione su di esse e assegnava alle parti termini successivi per il deposito di un foglio di conclusioni e di una comparsa conclusionale, fissando per la discussione l'udienza di giovedì 4 novembre 2021.

7. Con 'foglio di conclusioni per 2i Rete Gas S.p.A.' 30 settembre 2021, 2i dimetteva le conclusioni di seguito trascritte:

“vaglia il designato Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria domanda, istanza ed eccezione, deduzione e conclusione, sia di merito sia istruttoria e previe le pronunce tutte di rito:

*- **in via preliminare e pregiudiziale**, accertare e dichiarare la non conformità dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016, alla normativa eurounitaria, e procedere quindi alla disapplicazione del medesimo nel caso di specie per tutti i motivi di cui alla narrativa di tutti gli scritti difensivi depositati; qualora invece non si intendesse accogliere l'interpretazione fornita, procedendo alla disapplicazione della disposizione sopra citata, vista la rilevanza della questione ai fini della decisione del presente giudizio, voglia, previa sospensione del presente giudizio, rimettere in via pregiudiziale in sede comunitaria, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione de qua alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nei termini di seguito di nuovo indicati*

“Dica la Corte di Giustizia se gli articoli 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea e l'art. 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - che impongono agli Stati Membri di garantire, nell'attuazione del diritto europeo e nell'implementazione dei diritti nazionali, la leale collaborazione e la parità di trattamento, nonché le disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutelano, rispettivamente, la libertà di impresa, il diritto di proprietà e il diritto ad una buona amministrazione, debbano essere interpretati nel senso che non consentono la normativa di uno Stato membro, quale l'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016, che, con riferimento alle concessioni di distribuzione del gas giunte a scadenza (naturale o anticipata ex lege), dalla misura garantistica di cui all'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, consistente nell'obbligo di prosecuzione nella gestione del servizio (di ordinaria amministrazione) da parte del gestore uscente nel tempo intercorrente tra la scadenza dell'affidamento e il subentro del nuovo soggetto affidatario, fa discendere il diverso obbligo al perdurante pagamento del canone di cui al previgente contratto, in tal modo disponendo una proroga di alcune soltanto delle condizioni contrattuali sfavorevoli per l'operatore.

Inoltre dica la Corte di Giustizia se l'articolo 3, primo comma della Direttiva 98/30/CE del Parlamento Europeo

e del Consiglio del 22 giugno 1998 che impone allo Stato membro l'obbligo di instaurare un mercato concorrenziale nel settore del gas naturale debba o meno interpretarsi come ostativo alla disposizione dell'art. 1, comma 453 della legge n. 232/2016”;

- **ancora in via pregiudiziale**, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge n. 232/2016 in riferimento agli articoli 3, 41, 42, 97 e 117, comma 1, della Costituzione, in considerazione degli elementi di fondatezza indicati e vista la rilevanza della questione ai fini della decisione del presente giudizio;

- **in via principale**, accertare e dichiarare l'inesistenza e l'infondatezza del preteso diritto dell'ente locale a percepire nel periodo di prosecuzione obbligata nella gestione ordinaria del servizio ai sensi dell'art. 14, comma 7, d.lgs. n. 164/2000 e sino al nuovo affidamento il canone concessorio pattuito nel previgente contratto di affidamento del servizio di distribuzione del gas, giunto a scadenza;

- **in via subordinata** e nella ipotesi in cui si ritenesse fondata la pretesa alla percezione del vecchio canone di concessione anche nella fase di prosecuzione obbligata nella gestione del servizio, accertare e dichiarare in ogni caso l'inapplicabilità agli anni di prosecuzione obbligata del servizio successivi al 2012 delle condizioni economiche di cui all'atto integrativo rep. 03/2010 dovendosi a tal fine fare unicamente riferimento alla misura del canone di cui all'originaria concessione del 1992 da parametrare oggi nel 20% del VRD_{loc}:

- ancora e per gli effetti, accertata la spettanza del solo canone di concessione di cui alla concessione del 1992 **condannare conseguentemente** il Comune alla restituzione di tutte le somme già versate in eccesso rispetto al 20% del VRD_{loc} a far data dal 2013 per complessivi € 1.086.175,00, oltre a quelle che nelle more la Società dovesse essere costretta a versare al medesimo titolo e interessi ex art. 1284, comma 4 c.c. dovuti sull'intero.

Con vittoria di spese e onorari del procedimento”.

8. Con 'foglio di conclusioni nell'interesse del Comune di Lonate Pozzolo' 30 settembre 2021, il Comune dimetteva le conclusioni di seguito trascritte

“Voglia il Collegio Arbitrale, disattesa ogni contraria domanda, istanza, eccezione, deduzione e conclusione, sia di merito sia istruttoria e previe le pronunce tutte di rito, accogliere le conclusioni già rassegnate in atti e di seguito riportate:

I. in via pregiudiziale: *dichiarare la nullità della clausola compromissoria, con ogni conseguente pronuncia e statuizione;*

II. in via preliminare *ma subordinata rispetto alla eccezione pregiudiziale di cui sub I: nella denegata ipotesi in cui dovesse essere ritenuta valida la clausola compromissoria de qua, dichiarare manifestamente infondate ovvero inammissibili ovvero comunque rigettare le eccezioni dedotte in via preliminare e pregiudiziale da controparte;*

III. in via principale *ma sempre in via subordinata rispetto alla eccezione pregiudiziale di cui sub I: dichiarare nulle ovvero inammissibili ovvero infondate tutte le domande ex adverso dedotte e quindi rigettarle;*

IV. in ogni caso, *rigettare tutte le domande ed eccezioni avversarie e, quindi, condannare la società 2I Rete Gas S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del Comune di Lonate Pozzolo, in persona del Sindaco pro tempore, della somma di euro 460.000,00, ovvero della diversa somma che risulterà in corso di giudizio, ovvero che sarà liquidata anche in via equitativa, oltre agli interessi al tasso maggiorato ex d.lgs. 231/2002 dal dovuto al saldo effettivo;*

in ogni caso e comunque condannare la società 2I Rete Gas S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del Comune di Lonate Pozzolo, in persona del Sindaco pro tempore, della somma di euro 460.000,00, ovvero della diversa somma che risulterà in corso di causa, ovvero che sarà liquidata anche in via equitativa, oltre agli interessi al tasso maggiorato ex d. lgs. 231/2002 dal dovuto al saldo effettivo;

V. in via subordinata, *accertato e dichiarato l'arricchimento senza causa della società 2I Rete Gas S.p.A., a danno del Comune di Lonate Pozzolo, condannare la società istante, in persona del legale rappresentante pro tempore, a indennizzare il Comune convenuto, in persona del Sindaco pro tempore, della correlativa diminuzione patrimoniale per quanto esposto in atti e quindi condannare l'istante a corrispondere al Comune*

convenuto l'indennizzo dovuto, ovvero la somma di euro 460.000,00, ovvero la diversa somma che risulterà in corso di causa, ovvero che sarà liquidata anche in via equitativa, comprensiva anche di una somma parametrata agli interessi al tasso maggiorato ex d. lgs. 231/2002, calcolati dal dovuto al saldo effettivo;

VI. in via istruttoria, ammettersi c.t.u. al fine di determinare il canone ovvero il corrispettivo dovuto dalla società 2i Rete Gas S.p.A. al Comune di Lonate Pozzolo per gli anni 2016 e 2017 secondo i parametri di cui alla convenzione inter partes come integrata dall'atto rep. 03/2010, ovvero secondo i parametri di legge, nonché, in via subordinata, al fine di determinare l'ammontare dell'indennizzo dovuto ex art. 2041 c.c. Per il caso di mancata spontanea produzione avversaria, ordinare alla società 2i Rete Gas S.p.A. l'esibizione della documentazione recante i dati necessari per il calcolo della concessione per gli anni 2016 e 2017 e quindi dei dati relativi al VRDLOC per gli anni 2016 e 2017.

VII. Con condanna dell'istante 2i Rete Gas S.p.A. alla rifusione integrale delle spese legali e delle spese dell'arbitrato.

Con la più ampia riserva di ulteriormente dedurre, eccepire, produrre e instare, anche a prova contraria e con ogni e più ampia riserva di azione nei confronti della società 2i Rete Gas S.p.A. anche per la corresponsione di ulteriori somme dovute al Comune di Lonate Pozzolo e non oggetto del presente arbitrato”.

9. Con 'comparsa conclusionale nell'interesse di 2i Rete Gas S.p.A.' 13 ottobre 2021, l'attrice ribadiva quanto già dedotto in ordine alla nullità della clausola compromissoria eccepita dal Comune e parimenti, in ordine all'illegittimità eurounitaria e costituzionale dell'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016; reiterava la richiesta di disapplicare l'art. 1, comma 453, della l. n. 232/2016 ai fini della soluzione della controversia, ovvero, qualora il Collegio Arbitrale non si fosse orientato per la disapplicazione, risultando la questione rilevante ai fini della corretta applicazione degli invocati principi europei nell'ordinamento interno, chiedeva di sollevare questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE; e quanto al profilo di illegittimità costituzionale chiedeva di rimettere alla Corte Costituzionale la relativa questione nei termini già formulati, ricorrendone rilevanza e non manifesta infondatezza.

10. Con 'comparsa conclusionale nell'interesse del comune di Lonate Pozzolo' 13 ottobre 2021, il Comune, riepilogate in dettaglio le vicende fattuali e processuali: in ordine alla nullità della clausola arbitrale di cui controparte dichiarava di

avvalersi nell'instaurazione del presente procedimento arbitrale, ribadiva quanto già sostenuto nei precedenti scritti; in relazione alle ulteriori questioni di legittimità eurounitaria e costituzionale, veniva reiterato tutto quanto già sostenuto; riproponeva inoltre i suoi rilievi sull'obbligo di 2i al rispetto delle condizioni contrattuali e al pagamento dei canoni.

20. In data 4 novembre 2021 si teneva l'udienza di discussione, all'esito della quale il Collegio Arbitrale si riservava e invitava le parti al deposito delle rispettive note spese.

*

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. All'evidenza, il Collegio può conoscere le varie questioni inerenti la legittimità eurounitaria o costituzionale dell'apparato normativo di settore, con la conseguente adozione delle pertinenti determinazioni o pronunce, solo a condizione che la sua competenza possa essere radicata sulla clausola compromissoria dell'art. 17 dell'originario accordo concessorio.

Eccepita la nullità e quindi l'inefficacia della clausola, la relativa questione deve dunque essere affrontata *in limine*, dipendendo dal suo accoglimento o rigetto la competenza del Collegio a pronunciare su ogni altro *thema decidendum*.

2. Secondo il Comune, la clausola sarebbe in contrasto con l'art. 209, comma 3°, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stante l'assenza della prescritta autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione; inoltre, la materia per cui è causa è disciplinata da regole connotate in senso fortemente pubblicistico, data la rilevanza degli interessi coinvolti (energia, finanza pubblica), con conseguente indisponibilità dei diritti e non arbitrabilità delle controversie inerenti; per di più, la fonte della disciplina applicabile tra le parti sta non già negli accordi a suo tempo intercorsi, ma nella normativa di settore (art. 14, comma 7°, d. lgs. 164/2000), la quale non prevede competenza arbitrale; e ancora, la stessa 2i avrebbe riconosciuto la nullità della clausola quando ha chiesto la nomina del Presidente del Collegio Arbitrale non già al Presidente del Tribunale di Busto Arsizio (come previsto dalla clausola), ma dall'ANAC; infine, la normativa intervenuta successivamente (e quindi l'art. 209, comma 3°, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ben può determinare nullità sopravvenuta di clausole valide ed efficaci sino alla relativa entrata in vigore.

3. Secondo 2i, alla concessione del servizio di distribuzione gas non sarebbe invece applicabile il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, essendo unico dato temporale significativo quello della stipula della clausola compromissoria, pena una

applicazione retroattiva che violerebbe principi fondamentali di sistema; inoltre, la successiva scrittura rep. 03/2010 avrebbe portata meramente modificativa e integrativa del precedente contratto, lasciando intatti esistenza e vigore della clausola compromissoria; ancora, la questione attinente alla misura del canone non avrebbe disciplina primaria nella legge invocata dal Comune (art. 14, comma 7°, d. lgs. 164/2000), ma sarebbe frutto di una scelta unilaterale e arbitraria del Comune; la materia sarebbe poi pienamente arbitrabile, come dimostrato dal fatto che nel contratto tipo approvato con DM 5 febbraio 2013 per i nuovi affidamenti del servizio di distribuzione gas è prevista una clausola compromissoria (art. 37); infine, la richiesta all'ANAC di nominare il Presidente del Collegio Arbitrale non sarebbe rilevante, perché la Camera Arbitrale ha in materia competenza inderogabile.

4. Ritiene il Collegio che la fattispecie controversa rientri nella sfera di applicazione dell'art. 1, legge 6 novembre 2012, n. 190, il cui comma 19° stabiliva, novellando l'art. 241, comma 1°, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che le controversie su diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione di contratti pubblici relativi, tra gli altri, a lavori, servizi e forniture possono essere deferite ad arbitri solo previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione, e aggiungeva che la inclusione della clausola compromissoria senza preventiva autorizzazione ne comporta la nullità. Sul tema, nella recente giurisprudenza di legittimità si è consolidato l'orientamento secondo il quale le clausole contenute in contratti precedenti alla legge del 2012 sono, in difetto di autorizzazione, affette da inefficacia sopravvenuta (Cass., 5 novembre 2020, n. 24641), da dedurre tempestivamente (cosa che nel caso di specie deve ritenersi assorbita dal fatto che il Comune ha adito l'autorità giudiziaria ordinaria, con ciò evitando di palesare contegni che possano lasciar intendere l'intenzione di avvalersi della clausola).

La sopravvenienza dell'art. 209, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e l'abrogazione dell'art. 1, comma 19°, legge 6 novembre 2012, n. 190 ad opera dell'art. 217, comma 1°, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non escludono infatti che la fattispecie precedente sia regolata da quella norma, dato che l'abrogazione nel 2016 della norma del 2012 *"non è retroattiva, ma opera solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del suo art. 217, in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 delle Preleggi"* (C. Cost., 20 marzo 2019, n. 58).

Il Collegio ritiene dunque che la norma sopravvenuta concretamente applicabile abbia (avuto) efficacia conformativa del rapporto scaturito dalla concessione originaria, determinando la esigenza che esso venga (venisse) adeguato alla nuova disciplina. Ne consegue che il rapporto soggiace alla esigenza che la clausola compromissoria venga autorizzata motivatamente dall'organo di governo dell'Amministrazione committente, senza che ciò comporti una applicazione retroattiva della disciplina stessa, la quale viene infatti applicata a partire dal momento della sua entrata in vigore e per l'innanzi. L'assenza di autorizzazione motivata comporta, di contro, la carenza di un elemento della fattispecie che (se sul piano strutturale può essere apprezzato in termini di nullità), si traduce sul piano effettuale nell'inefficacia sopravvenuta della clausola, che non risulta essere stata sanata da alcun atto autorizzatorio successivo.

5. L'intervento conformativo del rapporto ora descritto non è del resto isolato, essendo molteplici e assai profondi gli interventi legislativi che attengono quanto meno al suo contenuto (limitazione all'ordinaria amministrazione) e alla sua durata vincolante (sino al nuovo affidamento), tali da far ritenere non implausibile la ventilata riconducibilità del rapporto stesso non già all'originaria concessione, bensì alla disposizione di legge (art. 14, d.lgs. 164 del 2000), con ogni conseguenza sulla perdurante vigenza della deroga alla competenza dell'A.G.O.

6. L'accoglimento per le ragioni esposte della eccezione di nullità/inefficacia sollevata dal Comune rende peraltro superflua questa ulteriore disamina, essendo assorbita ogni ulteriore ragione di contestazione della clausola compromissoria, nonché ogni ulteriore questione preliminare e/o pregiudiziale, e rende per di più inammissibile ogni domanda di merito.

7. Posto quanto disposto all'art. 1, commi 3° e 5°, D.M. del MIT 31 gennaio 2018 in relazione a quanto previsto all'art. 209, comma 16°, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il valore della controversia è determinato dal Collegio in € 1.660.657,29, (e l'1 per mille dovuto ad ANAC in € 1.660,66) risultanti dalla somma delle seguenti due voci:

- a) la richiesta di una condanna restitutoria per € 1.086.000,00 con interessi (legali), calcolati per il periodo dal 1° gennaio dell'anno successivo al maturare del diritto sino alla proposizione della domanda arbitrale del 20 luglio 2020 alle singole voci esposte al doc. 11 di Zi, un totale di € (5627,52 + 3316,68 + 2448,53 + 1474,52 + 1353,86 + 1277,06 + 45,12 =) 15.543,29, per un totale complessivo di € 1.101.543,29;

b) la richiesta del Comune di una condanna al pagamento di € (230.000,00 per il 2016 e 230.000,00 per il 2017=) 460.000,00 con interessi ex d.lgs. 231/2022 pari ad € 57.607,13 dal 1° gennaio 2017 all'atto introduttivo dell'arbitrato ed € 41.507,12 dal 1° gennaio 2018 all'atto introduttivo dell'arbitrato, per un totale complessivo di € 559.114,25.

8. Il Collegio ritiene che le questioni trattate non solo siano particolarmente complesse, attenendo a principi fondamentali dell'ordinamento, ma presentino in più considerevoli margini di incertezza ed opinabilità applicative, generati da stratificazioni normative non sempre perspicue.

Ritiene quindi il Collegio che sussistano le gravi ed eccezionali ragioni richieste dalla legge per disporre la compensazione integrale delle spese di lite, ivi comprese le spese di funzionamento del Collegio con il compenso del Segretario e gli onorari degli arbitri nella misura che verrà liquidata dalla Camera Arbitrale su istanza del Collegio Arbitrale.

PQM

Il Collegio Arbitrale così decide su tutti i quesiti inerenti alla controversia tra 2i Rete Gas s.p.a. e Comune di Lonate Pozzolo, instaurata da 2i Rete Gas s.p.a. con 'atto introduttivo di arbitrato' 30 luglio 2020, alla quale viene assegnato il valore di € 1.660.657,29;

- a) accerta e dichiara per le ragioni di cui in motivazione che la clausola compromissoria di cui all'art. del contratto di concessione rep. n. 31/92, stipulato in data 13 aprile 1992, non produce effetti e di conseguenza, assorbita ogni altra questione,
- b) dichiara inammissibili le domande di merito svolte dalle parti;
- c) dispone che le spese per il funzionamento del Collegio Arbitrale, ivi compresi onorari degli Arbitri e costi di segreteria, nella misura che verrà determinata dalla Camera Arbitrale, nonché le spese di lite, siano integralmente compensate;

Così deciso dagli arbitri in conferenze personali tenutesi via Teams in data 4 novembre 2021, 25 novembre 2021, 21 dicembre 2021, con voto favorevole unanime, il qui esteso lodo formato in originale digitale, di complessive pagine 17 compresa la presente, è sottoscritto da ciascuno dei tre arbitri in data 28 dicembre 2021.

Imposta di bollo assolta (codici marche: 0 1 20 150401 598 1; 0 1 20 150401 597 0; 0 1 20 150401 596 9; 0 1 20 150401 595 8; 0 1 20 150401 594 7; 0 1 20 150401 593 6; 0 1 20 150401 592 5; 0 1 20 150401 591 3; 0 1 20 150401 590 2; 0 1 20 150401 589 0; 0 1 20 150401 588 9; 0 1 20 150401 587 8; 0 1 20 150401 586 7; 0 1 20 150401 585 6; 0 1 20 150401 584 5).

Marcello Maggiolo

Luca Nanni

Angela Francesca Canta