sanzioni al di fuori delle aree di concessione), non contraddice quella del predetto teste Di Vincenzo, avendo egli affermato di non avere contezza di ciò che aveva condotto alla revoca (le irregolarità sopra menzionate: "*sono a conoscenza della delibera in quanto dipendente della società concessionaria ma non conosco minimamente le motivazioni per cui fu adottata*").

Ad analoga conclusione deve pervenirsi in rapporto alla dichiarazione resa dal teste Nardocci sul capitolo 8, specie in ragione delle considerazioni già espresse in punto di attendibilità del teste Di Vincenzo.

Del resto, la considerazione della deposizione del teste Nardocci, confermerebbe una volta di più l'infondatezza dell'eccezione di inadempimento di SAP. Ed invero, il teste, in risposta al capitolo 8, dopo aver dichiarato di non conoscere le motivazioni del provvedimento di revoca, ha affermato che SAP non aveva interesse ad elevare contestazioni anche in caso di parchimetri non funzionanti, non essendo SAP la beneficiaria dei pagamenti per le conseguenti sanzioni amministrative. Tale affermazione, peraltro, è oggetto di prospettazione della stessa SAP (cfr. ad es. memoria conclusionale, pag. 7, ult. cpv. del §1), la quale afferma che la medesima non ha né aveva interesse ad elevare siffatte contestazioni in quanto la società non sarebbe stata beneficiaria delle somme acquisite dalle contravvenzioni. Se così è, allora, ciò conferma anche che la medesima SAP non ha (non solo il diritto, ma neanche) un interesse generico a mantener ferma l'attività di vigilanza in capo agli ausiliari Sig.ri Cappuccini, Caltagirone e Larini e dunque a dolersi della revoca dei medesimi ausiliari, di cui alla delibera n. 280 del 6 settembre 2010. Sul punto, da ultimo, si precisa che l'affermazione di SAP, per cui non fosse interesse del Comune elevare sanzioni dopo la revoca dei predetti ausiliari, costituisce assunto smentito

documentalmente dalla citata determinazione n. 280 del 6 settembre 2010, nella quale, al primo punto del deliberato, si precisa, al contrario, che il Comune ha poi affidato la vigilanza sulle aree di sosta al Corpo di Polizia Municipale.

III.3. L'eccezione di inadempimento in esame (astrattamente esperibile anche nei confronti della Pubblica Amministrazione: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 337) è altresì fondata sulla modifica delle tariffe (per l'utenza) per le sosta nelle aree di parcheggio assentite in concessione. Al riguardo SAP stigmatizza la circostanza che, con la delibera 207 del 16 giugno 2008, il Comune di Orbetello avesse stabilito la riduzione delle tariffe da 0,50 euro a 0,30 euro l'ora, ciò determinando, a dire di SAP, la anti-economicità della gestione del servizio parcheggio.

L'eccezione non può essere accolta.

La menzionata delibera è stata prodotta, da SAP, come allegato n. 5 alla memoria del 30 luglio 2019 (la medesima delibera è stata altresì prodotta dal Comune come allegato n. 28 alla memoria del 27 settembre 2019).

Nella delibera è dato leggere che "*rilevata la necessità di migliorare il servizio di gestione dei parcheggi attraverso mirati interventi riguardanti in particolare:*

- le aree di sosta di Via Leopardi e di Orbetello Scalo, che mostrano un sensibile sbilanciamento della frequenza di utilizzo da parte dell'utenza, tale da suggerire provvedimenti correttivi per omogenizzare il loro utilizzo [...];

Preso atto delle risultanze della riunione tenutasi in data 29.2.2008 tra i responsabili dell'Amministrazione e della SAP s.p.a. che, in ordine ai seguenti punti, hanno concordato:

1) al fine di incentivare l'utenza ad una più omogena utilizzazione delle aree di sosta e conseguentemente migliorare la viabilità complessiva dell'area urbana, le tariffe inizialmente stabilite per via Leopardi ed Orbetello scalo sono modificate come segue:

a) via Leopardi, la tariffa, unitaria per tutti, viene ridotta da € 0,50/h o frazione di ora a € 0,30/h o frazione di ora per il periodo compreso tra il 1° ottobre d il 30 aprile [...];

2) Allo scopo di consentire agli esercenti dei locali che, tradizionalmente, durante la stagione estiva, chiedono di poter occupare temporaneamente spazi di suolo pubblico ... l'importo del canone incassato dal comune dovrà essere versato alla società che ha in concessione i parcheggi a pagamento

3) il Comune potrà prevedere ed organizzare il rilascio di abbonamenti , mensili a tariffa agevolata, riferiti all'intera giornata, per i convenzionali 30 gg. (€ 30,00) assumendo a carico dell'amministrazione l'onere economico del 50% (€ 15,00) dei corrispettivi titoli di abbonamento che saranno liquidati direttamente all'impresa".

Su questa deliberazione occorre soffermarsi.

Anzitutto, v'è che l'immediata esecutività della delibera rende evidente che di essa SAP fosse senz'altro a conoscenza sin dalle immediatezze. Del resto, ai fini dell'assolvimento degli obblighi di pubblicità legale, viene certificato nella stessa deliberazione dal segretario comunale – un pubblico ufficiale – la circostanza della pubblicazione della medesima deliberazione nell'albo pretorio del Comune.

Giova inoltre evidenziare che, nella stessa deliberazione, si precisa che la determinazione veniva assunta all'esito della "*riunione tenutasi in data 29.2.2008 tra i rappresentanti dell'Amministrazione e della SAP s.p.a. che in ordine ai seguenti punti hanno concordato...*".

I passaggi che precedono – pur prescindendo dalla affermazione che la delibera fosse stata dichiaratamente adottata previo accordo tra le Parti qui in lite – permettono di svolgere ulteriori considerazioni.

La prima: quel che emerge dalla determinazione in esame è l'esigenza di riorganizzazione delle aree di parcheggio onde consentirne un più razionale

utilizzo da parte dell'utenza, nel periodo invernale. La riduzione, inoltre, interessa solo parte delle aree oggetto della concessione, come emerge dal raffronto tra la delibera *de qua* e le previsioni del Contratto (nonché dei relativi Allegati e Capitolato). Al contempo, la delibera, reca delle misure di ulteriore bilanciamento a favore di SAP, quali la previsione, in caso di occupazione temporanea da parte degli esercenti in aree circostanti, di pagamento diretto in favore di SAP dei corrispondenti oneri da parte degli occupanti/esercenti; nonché la liquidazione diretta in favore di SAP degli incassi degli abbonamenti, nei termini anzidetti.

Cosicché, nell'ambito di una riorganizzazione tesa a omogeneizzare lo sbilanciato utilizzo delle varie aree di parcheggio esistenti sul territorio comunale (dunque anche in rapporto alle aree ulteriori rispetto a quelle oggetto di concessione) – dal che si trae che vi fossero altre aree di parcheggio maggiormente utilizzate rispetto a quelle assentite in concessione – nulla potrebbe escludere che la riduzione delle tariffe avrebbe potuto consentire un più intenso sfruttamento, da parte dell'utenza residente (in una località, Orbetello, a vocazione turistica per i mesi estivi), delle aree gestite da SAP, ciò che avrebbe finanche potuto giovare alla concessionaria. La dimostrazione della gravità dell'inadempimento, pertanto, non può essere affidata *sic et simpliciter* alla riduzione della tariffa oraria per il servizio di parcheggio a carico dell'utenza.

La seconda: l'omesso pagamento del canone concessorio da parte di SAP risale all'aprile 2012 (per poi protrarsi, sino al sostanziale epilogo del rapporto, al 31 dicembre 2013), laddove la delibera in parola è datata 16 giugno 2008.

Da quest'ultima data sino ai 4 anni successivi, dunque, SAP non ha contestato alcunché al Comune, tanto meno ha impugnato la delibera in discorso, salvo poi

dolersi di essa in sede giudiziale allorché il Comune ha agito per il mancato pagamento dei canoni.

In base alle risultanze documentali, emerge inoltre un ulteriore aspetto peculiare: SAP ha, sì, agito contro il Comune di Orbetello innanzi al TAR territorialmente competente; ciò ha fatto, non già per contrastare la riduzione della tariffa, né per impugnare la delibera del 16 giugno 2008, né tantomeno contestando alcunché in proposito, sibbene affermando che il Contratto non rispettasse la previsione dell'art. 115 del D.Lgs. 163/2006 che, al comma 1, dispone che "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo*" (pag. 2 del ricorso innanzi al TAR Toscana interposto da SAP, datato 4 maggio 2013; all. n. 8A del Comune di Orbetello).

Ma vi è di più: nello stesso ricorso al TAR, la medesima SAP precisava che, nel venire incontro alla condizione di squilibrio gestionale in cui essa versava, "*nel giugno 2008, l'Amministrazione comunale, per cercare di riequilibrare i termini del sinallagma, con delibera n. 207 ... si è impegnata, da un lato, a corrispondere all'ATI* [SAP-Caprini Viaggi, n.d.r.] *€ 30,00 per ogni abbonamento mensile venduto con riferimento all'area Lungolago e di Orbetello scalo* [...]*; e, dall'altro, a trasferire all'ATI gli incassi relativi al pagamento delle tasse di occupazione di suolo pubblico corrisposte a fronte di occupazioni temporanee..*". All'esito del suddetto ricorso amministrativo, proposto, giova ribadire, solo 5 anni dopo la delibera n. 207 del 2008, il TAR Toscana, con sentenza n. 01380/2013 Reg. Provv. Coll. (ricorso n. 783/2013 Reg. Ric.), nella contumacia del Comune, ha respinto le domande di SAP (all. n. 8B del Comune di Orbetello), sul presupposto che "*la ricorrente non possa vantare una posizione giuridicamente tutelata all'attivazione di un procedimento amministrativo finalizzato alla revisione delle tariffe dedotte nel contratto di concessione*".

Anche dalla vicenda del giudizio al TAR, dunque, possono trarsi tre indicazioni rilevanti ai fini del presente giudizio:

a) per un verso, la stessa SAP riconosce l'obiettivo di riequilibrio della delibera 207/2008 rispetto ad una condizione pregressa, dal che si trae ulteriore conferma del fatto che la condotta che la concessionaria imputa al Comune, per effetto di quella delibera, non possa considerarsi fonte di pregiudizio per SAP né giustificare l'inadempimento di quest'ultima e che, in ogni caso, la dimostrazione della gravità dell'inadempimento non possa essere affidata *sic et simpliciter* alla riduzione della tariffa oraria a carico dell'utenza, tanto più in presenza degli strumenti ulteriormente compensativi assentitile dal Comune (liquidazione diretta in favore di SAP di abbonamenti e degli oneri di occupazione dovuti dagli esercenti);

b) per l'altro verso, *sia* nelle diffide stragiudiziali del 10.2.2013 e del 27.11.2013 (docc. 10 e 11 del Comune di Orbetello), note peraltro sottoscritte anche dal proprio legale rappresentante, *sia* nel ricorso dinnanzi al TAR Toscana, SAP ha affermato che la anti-economicità della gestione del servizio parcheggio (che è ciò di cui si duole in questa sede) non è il risultato della deliberazione 207/2008 (che avrebbe anzi teso a riequilibrare la situazione pregressa), sibbene della condizione venutasi a creare **dal 2011** in rapporto alla mancata rinegoziazione nei termini previsti dall'art. 115 D.Lgs. 163/2006, a cui SAP, però, come chiarito dal TAR Toscana nella citata sentenza n. 01380/2013 Reg. Provv. Coll., non ha diritto.

c) per l'altro verso ancora, che fino a quando il Comune ha richiesto il pagamento dei canoni concessori, SAP non s'è mai doluta di alcunché, tanto meno in rapporto alla riduzione della tariffa oraria, salvo poi contestare un

presunto inadempimento solo 5 anni dopo, consistente non già nella riduzione della tariffa oraria, quanto nella mancata rinegoziazione del canone in ragione della mancata previsione di "*una clausola di revisione periodica del prezzo*" ai sensi dell'art. 115 D.Lgs. 163/2006.

Dalle contingenze di cui sopra, se ne trae che l'eccezione di inadempimento sollevata da SAP non è conforme a buona fede (come sancito dal secondo comma dell'art. 1460 c.c.), così come deve escludersi che il rifiuto di pagare il canone da parte di SAP sia da collegare causalmente e cronologicamente alle condotte, poste in essere dal Comune, di cui pure la concessionaria si duole.

Occorre all'uopo richiamare l'insegnamento della S.C., allorché ha stabilito che "*ai fini dell'accertamento della corrispondenza o contrarietà a buona fede dell'eccezione di inadempimento, assume rilevante importanza la circostanza che la giustificazione del rifiuto di adempiere sia resa nota alla controparte solo in occasione del giudizio e non in occasione dell'attività posta in essere allo scopo di conseguire l'esecuzione spontanea del contratto*" (Cass. civ. Sez. II, 7.12.1994, n. 10506). Nel caso di specie, non solo gli argomenti addotti a sostegno dell'eccezione di inadempimento sono stati sollevati soltanto al momento di resistere alla pretesa del Comune in sede monitoria, ma addirittura gli argomenti e i rilievi cui SAP si era affidata nella fase conclusiva del rapporto (diffide stragiudiziali del 10.2.2013 e del 27.11.2013 e ricorso dinnanzi al TAR Toscana), come sopra illustrato, sono confliggenti con la prospettazione offerta dalla stessa SAP in questa sede. Prospettazione che, in rapporto a tutte le eccezioni di inadempimento ed a tutti gli argomenti sollevate e illustrati a tal fine da SAP, si manifesta dunque diretta non all'adempimento di controparte ma a coprire la propria condotta inadempiente (ancora Cass. Civ. Sez. II, 7.12.1994, n. 10506; indirizzo consolidato: cfr. già Cass. Civ., 8.8.1986, n. 5459; Cass. Civ.,

18.5.1988, n. 3465; Cass. Civ. Sez. II, 30.3.1990, n. 2596).

Per vero, SAP, in costanza di rapporto, non ha neanche fatto ricorso alla procedura di risoluzione delineata dall'art. 5.2. (Titolo IV) del Capitolato, nel quale le Parti hanno previsto che "*la risoluzione del rapporto sarà preceduta dalla notifica di formale diffida con la quale si contesteranno gli addebiti, si preannuncerà la risoluzione e verrà fissato un congruo termine per la presentazione, da parte del concessionario, delle deduzioni di discolpa ..*".

Inoltre, a fronte delle richieste di adempimento inviate dal Comune, tutte formulate in ossequio alla procedura delineata dall'art. 5.2 del Capitolato, nessuna delle contestazioni formulate in questa sede da SAP (ivi compresi, ad esempio, anche gli altri riferimenti all'utilizzo ed alla riduzione, da parte del Comune, delle aree di parcheggio) risponde, in ragione di quanto sin qui illustrato, ai requisiti richiesti dal Contratto.

Ciò osservato, qualora una delle parti adduca, a giustificazione della propria inadempienza, l'inadempimento dell'altra, occorre procedere alla valutazione del comportamento delle parti tenendo conto sia dell'elemento cronologico, sia dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni che si assumano inadempiute, in rapporto all'interesse di ciascuna parte (Cass. civ. Sez. III, 18.9.2015, n. 18320; Cass. civ., sez. Lav., 2.4.2004, n. 6564; Tribunale Milano Sez. XI, 24.4.2013).

Le circostanze sin qui esaminate, invero, danno conto (i) sia della notevole distanza cronologica (un periodo oscillante tra i 4 e i 5 anni, nei termini sopra ricordati), intercorsa tra le condotte del Comune contestate da SAP (la modifica delle tariffe; la revoca degli ausiliari; la riduzione delle aree; etc.) ed il mancato pagamento dei canoni; (ii) sia della assenza di nessi di causalità tra le prime ed il

secondo, avendo SAP sempre provveduto al pagamento dal 2008 e sino al 2012, cioè proprio negli anni in cui avevano luogo le contestate condotte del Comune. Deve dunque escludersi, anche dal punto di vista cronologico e causale, nonché in rapporto agli interessi coltivati da SAP, che le condotte del Comune abbiano determinato una anti-economicità della gestione della concessione come lamentato da SAP.

III.4. Le considerazioni che precedono hanno rilievo – in forza degli argomenti già illustrati – anche in riferimento alla contestazione di SAP relativa alla materiale riduzione delle aree destinate a parcheggio da parte del Comune, eccezione rispetto alla quale può altresì aggiungersi, quale argomento anche autonomamente decisivo, che non viene offerta né illustrata, da parte di SAP alcuna circostanza (oggettiva e soggettiva; di tempo e di spazio) idonea a consentire la valutazione di gravità del preteso inadempimento ed a stimarne l'incidenza, causale e cronologica, rispetto all'assetto economico del Contratto e al rifiuto di SAP di adempiere all'obbligo di pagamento del canone.

*

IV. In ragione di quanto precede, anche all'esito di valutazione comparativa della condotta delle Parti, deve affermarsi che il Contratto (con effetto anche sui collegati accordi rappresentati dal Capitolato e dall'Allegato B) non si è risolto per fatto e responsabilità del Comune.

Invero, il Comune ha agito in questa sede ai sensi dell'art. 1454 c.c. chiedendo che venisse accertata la risoluzione *"di diritto in data 26.11.13 per fatto e colpa esclusivi di S.A.P. s.r.l., in proprio e n.q. d'epigrafe d'atto, stante l'inadempimento di questa protratto oltre il termine assegnato con la nota ricevuta in data 11.11.13"*.

Si è dunque in presenza di una domanda di risoluzione svolta avvalendosi degli

effetti risolutori della diffida ad adempiere nelle forme previste dall'art. 1454 c.c.

Invero, il Capitolato contempla una clausola (Titolo IV, art. 5.1, lett. J) che definisce il "*ritardato pagamenti oltre i 30 giorni dalla scadenza nel caso in cui detto ritardo avvenga per due scadenze in successione*" come causa di risoluzione diritto.

Non si verte, tuttavia, nell'ipotesi in cui la parte adempiente abbia dichiarato di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, cosicché, come chiarito anche dalla Suprema Corte, in presenza di una domanda di risoluzione svolta ai sensi dell'art. 1454 c.c. e in assenza della dichiarazione, della parte nel cui interesse la clausola è stata inserita, di volersene avvalere, non è consentito al Giudice dichiarare che il contratto si è risolto in forza della clausola risolutiva pattuita.

Ciò rende imprescindibile la necessità dell'accertamento della gravità dell'inadempimento da parte di SAP, anche ai sensi dell'art. 1455 c.c., in relazione al permanere dell'interesse dell'altra parte all'esatto e tempestivo adempimento.

Nel caso di specie, deve evidenziarsi che, in base alla complessiva valutazione delle intese *inter partes*, l'inadempimento di SAP riguarda una delle primarie ed essenziali obbligazioni del Contratto, quella strutturalmente principale, che non a caso è stata dedotta anche tra le ipotesi in cui il contratto si sarebbe risolto di diritto (titolo IV, art. 5.1 lett. J, del Capitolato, sopra citato), con evidente pregiudizio all'interesse della parte non inadempiente alla prestazione rimasta ineseguita (Cass. civ. Sez. III Ord., 20.2.2018, n. 4022), anche alla luce del protrarsi di tale inadempimento nonostante le iniziative anche giudiziarie da essa coltivate (Cass. civ. Sez. I, 8.1.1987, n. 20).

Donde la conferma dell'inadempimento grave di SAP lamentato dal Comune di Orbetello.

*

V. Quanto al risarcimento dei danni richiesti dalle parti, avendo esse già da oltre 6 anni cessato di confidare nella permanenza del rapporto, è a dirsi quanto segue.

V.1. Fermo quanto precisato al § II che precede in ordine all'inadempimento, da parte di SAP, dell'obbligo di pagamento dei canoni, il Comune formula altresì richiesta di condanna al risarcimento di due ulteriori voci di danno, rappresentate:

(a) dal "*lucro cessante per l'equivalente dei canoni non percepiti, come riferibili al tempo successivo la risoluzione ... per complessivi euro 260.151,75*"

(b) e dal "*danno emergente per l'equivalente degli esborsi operati al fine di assicurare il servizio di mobilità illegittimamente non provveduto da S.A.P. s.r.l., in proprio e n.q. d'epigrafe d'atto, esborsi per complessivi euro 235.716,18 di imponibile, oltre euro 23.571,62 di i.v.a.*".

La domanda di risarcimento di tali ultimi danni, testé riepilogate sub "(a)" e "(b)", non può essere accolta.

Invero, il Comune assume di poter trarre la dimostrazione di tali danni e la loro quantificazione dall'aver sostenuto dei costi per il ri-affidamento dei servizi oggetto del Contratto di concessione con SAP. All'uopo, tuttavia, il Comune si è limitato a produrre una serie di documenti (essenzialmente deliberazioni; cfr. in particolare i documenti allegati sub n. 15) indicanti gli impegni di spesa che tale nuovo affidamento avrebbe comportato.

Nulla si dice, né viene allegato, però, già quanto alla determinazione del danno emergente, riguardo alla destinazione dei ricavi delle medesime attività, dovendosi pacificamente trarre, dalla stessa prospettazione delle parti, che lo

schema dell'appalto seguito dal Comune per la gestione successiva al 2013 comportava l'introito dei ricavi dei parcheggi da parte del Comune. Pertanto, non essendovi nelle allegazioni traccia dell'importo dei ricavi, non è possibile, in questa sede, individuare – neanche in termini di causalità ai sensi dell'art. 1223 c.c. – il pregiudizio che potrebbe essere derivato all'Ente in conseguenza dei successivi affidamenti. Cosicché anche un'eventuale CTU, per il cui espletamento il Comune aveva svolto istanza, istanza che si rigetta nella presente sede, si rivelerebbe a dir poco esplorativa, in quanto un consulente nominato non sarebbe neanche in condizione di rispondere ad un eventuale quesito sulla marginalità negativa che in tesi potrebbe considerarsi derivata dagli affidamenti successivi al 31.12.2013.

Analogamente, sotto il profilo del lucro cessante, la circostanza stessa, dichiarata dal Comune, dei successivi affidamenti, preclude la possibilità di postulare l'esistenza di un danno rappresentato da un fatto (la percezione del canone da parte di SAP negli anni successivi) cui il medesimo Comune aveva già ovviato con i successivi affidamenti.

Al riguardo giova osservare che il risarcimento, deve, sì, coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, giacché il risarcimento per il fatto lesivo deve restituire integrità in termini quantitativi al patrimonio del danneggiato. Senza contare che la scelta, pur se discrezionale, del Comune, di ricorrere, per l'espletamento del servizio, ad altri strumenti (quali l'appalto) diversi dalla concessione, rende vieppiù difficoltoso ragguagliare l'andamento successivo del rapporto alla precedente fase a gestione SAP; senza contare che quest'ultima non può essere pregiudicata da tale scelta.

V.2. SAP, a propria volta, ha chiesto al collegio di voler condannare il Comune

al risarcimento dei "*danni conseguenti alla risoluzione del contratto, danni che si indicano nella misura di euro 500.000,00 oltre interessi e rivalutazione o nella diversa misura da determinarsi a mezzo C.T.U. ovvero equitativamente*" (cfr. quesito "*b*" della memoria del 30 luglio 2019; nonché pag. 12 della memoria conclusionale del 15.6.2020).

Invero, per le ragioni sopra espresse, non è consentito profilare una responsabilità foriera di danni in capo al Comune di Orbetello, tanto meno in conseguenza della risoluzione (come richiesto da SAP).

Inoltre, dalle evidenze acquisite nel corso del giudizio, non è possibile ricavare alcun elemento utile ai fini della dimostrazione dell'esistenza, oltre che della quantificazione, del danno. Al riguardo deve osservarsi che non è neanche condivisibile l'assunto di SAP per cui sarebbe di per sé inadempimento "*la nota Delibera di Giunta del 16.06.2008 che impose la riduzione degli importi dovuti per il parcheggio*". Soggiunge poi SAP, in punto di quantificazione, "*tale atto, di per sé inadempimento al contratto, costituisce anche elemento impeditivo per la determinazione del danno subito. Non è infatti possibile accertare quale avrebbe potuto essere l'incasso effettivo ove non fossero intervenuti i citati provvedimenti che hanno certamente inciso sul fatturato e sul guadagno*", cosicché "*la evidente impossibilità di quantificare esattamente il danno consente l'applicazione dell'art. 1226 cc rimettendoci all'equa valutazione del Collegio*".

Invero, i presupposti per la valutazione equitativa sono rappresentati dalla certezza dell'esistenza del danno e dalla incertezza, purché non ovviabile, sul *quantum*. Al riguardo occorre precisare che la liquidazione *ex* art. 1226 c.c. non può sopperire all'inerzia del preteso danneggiato, nel senso che se il danneggiato, pur avendone possibilità, ometta di fornire parametri per la determinazione del danno, il Giudice non può provvedere a detta liquidazione, diversamente assumendo una decisione non rispondente al principio *iuxta alligata et probata*

iudex iudicare debet (cfr. art. 115 c.p.c.; in dottrina BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994 166; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2a ed., in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1979, pag. 401; Cass. civ. Sez. II, 13.9.2016, n. 17953).

Sennonché, nella specie, alla incertezza nell'*an*, ciò che sarebbe già preclusivo dell'accoglimento della richiesta di liquidazione in via equitativa, si associa il dato, comunque autonomamente decisivo, della assenza del requisito della "*incertezza ineliminabile sul quantum*", giacché, pur potendo quanto meno in via indiziaria offrire evidenze in tal senso (ad esempio invocando e provando la riduzione dei ricavi), SAP non ha offerto prova utile a dimostrare la contrazione dei flussi reddituali della società in relazione ai pretesi inadempimenti del Comune, come sarebbe stato possibile, in ipotesi, attraverso la produzione (e corrispondente illustrazione, se del caso anche con perizia di parte che consentisse di scorporare, dai bilanci, costi e ricavi relativi all'attività di concessione) delle scritture contabili negli anni di riferimento, ai cui dati ancorare, quanto meno presuntivamente, la consistenza di un preteso pregiudizio connesso alla riduzione delle tariffe, alla revoca degli ausiliari o alla riduzione delle aree.

È necessario al riguardo richiamare i consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito secondo cui:

- il danno patrimoniale riferito all'accrescimento patrimoniale che si assume impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale dell'altra parte, presuppone la prova, sia pure indiziaria, della consistenza del mancati guadagni che, secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità) il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione della controparte fosse stata adempiuta (Cass. civ. Sez. II Sent., 20.5.2011, n. 11254);

- il potere di liquidare il danno in via equitativa non esonera la parte dall'onere di fornire gli elementi probatori e i dati di fatto in suo possesso per consentire che l'apprezzamento equitativo sia per quanto possibile limitato e ricondotto alla sua caratteristica funzione di colmare soltanto l'oggettiva impossibilità di determinazione del danno (Cass. civ. Sez. II, 18.11.2002, n. 16202);

- la liquidazione equitativa del danno presuppone l'impossibilità o rilevante difficoltà di una stima esatta del danno non dipenda dall'inerzia della parte gravata dell'onere della prova. E ciò, in quanto la richiesta di condanna ex art. 1226 c.c. non può risolversi in uno strumento processuale per sottrarsi all'ordinario onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. (Tribunale Milano Sez. XI Sent., 19.2.2020; Tribunale Roma Sez. lavoro Sent., 26.2.2020; Tribunale Roma Sez. XVI Sent., 6.2.2018);

- la valutazione equitativa prevista dall'art. 1226 c.c., è consentita allorché il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare in quanto manchi un rigido parametro obiettivo nell'ordinamento positivo (Cass. civ. Sez. III, 3.11.1994, n. 9039).

La anzidetta domanda di SAP viene, pertanto, respinta.

*

VI. Il Comune di Orbetello, unitamente alla domanda di condanna relativa ai canoni dovuti da SAP dall'aprile 2012 al dicembre 2013, ha richiesto anche l'accertamento del diritto al pagamento dei relativi interessi auspicando, anche, sul punto, l'emissione di un lodo "condennatorio" (cfr. il foglio di precisazione delle conclusioni del 12 giugno 2020; nonché la comparsa conclusionale in pari data: "*per gli interessi maturati sull'importo di euro 115.623,00, oltre i.v.a., e ne stabilisca la misura secondo quanto precisato in corso del procedimento*"; e "*gli interessi maturati*

sull'importo di euro 86.717,25, oltre i.v.a., e ne stabilisca la misura secondo quanto precisato in corso del procedimento").

Stante la mancata precisazione degli interessi da parte dell'ente, si liquidano, in relazione all'importo dei canoni scaduti:

- gli interessi richiesti dal Comune in sede stragiudiziale (cfr. le note dell'11 e del 26 novembre 2013) e poi di nuovo oggetto di domanda in sede monitoria, dal dovuto sino alla data di emissione del decreto ingiuntivo reso dal Tribunale di Grosseto, n. 589/2014 pubblicato in data 19 maggio 2014, per complessivi euro 7.269,61 (di cui euro 5.390,34 relativi al canone aprile 2012-marzo 2013; ed euro 1.879,27 relativi al canone marzo 2013-dicembre 2013);

- gli ulteriori interessi al medesimo tasso richiesto in sede monitoria e riconosciuto dal Tribunale di Grosseto, con il decreto ingiuntivo n. 589/2014, dal data 19 maggio 2014 fino alla data di notifica dell'atto di nomina dell'Avv. Prof. Giuseppe Vettori che ha messo capo alla costituzione del presente Collegio;

- nonché gli interessi ulteriormente maturati e maturandi, dalla data della domanda arbitrale contenente la nomina dell'Avv. Prof. Giuseppe Vettori, in applicazione delle disposizioni di legge vigenti.

*

VII. In ordine alle spese il Collegio stabilisce quanto segue.

VII.1. La reciproca soccombenza, anche in relazione alla soccombenza del Comune sulle ulteriori domande risarcitorie da danno emergente e lucro cessante (come sopra disposto al § "V"), costituisce giusto motivo di compensazione parziale delle spese di lite nella misura del 50%, rimanendo il restante 50% a carico di SAP.

VII.2. In ordine al pagamento del compenso e delle spese di funzionamento del Collegio arbitrale, esse saranno liquidate come da separata determinazione dell'ANAC, e vengono poste, fermo restando il vincolo di solidarietà, nella misura di due terzi a carico di SAP e nella misura di un terzo a carico del Comune di Orbetello.

VII.3. In ragione delle contrapposte domande di risoluzione e di risarcimento danni svolte dalle parti e come sopra già riepilogate (cfr. da ultimi anche il foglio di precisazione delle conclusioni del 12 giugno 2020 e la memoria conclusionale, in pari data, del Comune di Orbetello; e memoria conclusionale SAP datata 15 giugno 2020), si prende atto che il valore delle domande oggetto del presente giudizio ammonta ad euro 1.221.779,80.

VII.4. Tenuto conto del valore della controversia e della reciproca soccombenza nei termini di cui sopra, si liquidano le spese di lite, ai sensi del DM 55/2014, nella misura complessiva di euro 27.378,00 oltre accessori di legge; con conseguente condanna di SAP al pagamento della quota non oggetto di compensazione.

VII.5. Il Collegio sollecita altresì le Parti a versare all'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione una somma pari all'uno per mille del valore della controversia sopra indicato, mediante accredito sul conto corrente bancario n. 48067.88 intestato alla Autorità Nazionale Anticorruzione (c.f. 97584460584) acceso presso il Monte dei Paschi di Siena, sede di Via del Corso 232 – 00186 Roma – il cui IBAN è IT 77 01030 03200 00000 4806788

* * *

Il Collegio arbitrale ha adottato il presente Lodo a maggioranza di due arbitri e con l'opinione dissenziente dell'arbitro Avvocato Maria Cristina Pieretti

(opinione che si allega per farne parte integrante), che non lo sottoscrive, nella camera di consiglio del 27 luglio 2020 in conferenza personale tra tutti gli arbitri, sottoscrivendo il Lodo in numero di tre originali all'esito anche delle precedenti camere di consiglio svoltesi in modalità telematica, nelle date del 14 luglio 2020 e del 20 luglio 2020, nonché all'esito delle conferenze telefoniche tra i medesimi arbitri nelle date del 21, 22 e 23 luglio 2020.

*

PQM

Il Collegio arbitrale, definitivamente pronunciando a maggioranza sui quesiti e sulle domande proposte dalle parti, per le ragioni di cui sopra, così provvede, ogni contraria ulteriore istanza e richiesta respinta e disattesa:

1. accoglie i quesiti *sub* "I" del Comune di Orbetello ed accerta che SAP è debitrice del Comune dell'importo di euro 115.623,00, oltre IVA, e, per l'effetto, condanna SAP s.r.l. medesima al pagamento in favore del Comune di Orbetello dell'importo di euro 115.623,00, oltre IVA (in relazione al mancato pagamento del canone concessorio dell'annualità aprile 2012 – marzo 2013) ed oltre interessi come sopra precisato;

2. accoglie i quesiti *sub* "II" del Comune di Orbetello ed accerta che SAP è debitrice del Comune dell'importo di euro 86.717,25, oltre IVA e, per l'effetto condanna SAP s.r.l. al pagamento in favore del Comune di Orbetello dell'importo di euro 86.717,25, oltre IVA (in relazione al mancato pagamento del canone concessorio dell'annualità aprile 2013 – dicembre 2013) ed oltre interessi come sopra precisato;

3. accoglie il quesito *sub* "III" del Comune di Orbetello e pertanto accerta che il contratto del 29.3.2007 si è risolto in data 31.12.2013 per inadempimento di SAP

s.r.l., con conseguente reiezione del quesito sub "a)" di SAP s.r.l. in considerazione della valutazione comparativa delle condotte delle parti;

4. rigetta, nei termini e per le ragioni di cui in motivazione, i quesiti *sub* "IV" e "V" del Comune di Orbetello;

5. rigetta, nei termini e per le ragioni di cui in motivazione, i quesiti *sub* "b)", "c)" e "d)" di SAP s.r.l.

6. In relazione ai compensi ed alle spese di funzionamento del Collegio arbitrale (quesito "VI" del Comune di Orbetello e quesito "e)" di SAP s.r.l.), stabilisce, nei termini e per le ragioni di cui in motivazione, che esse saranno liquidate come da separata determinazione dell'ANAC e, salvo il vincolo di solidarietà, vengono poste nella misura di due terzi a carico di SAP e nella misura di un terzo a carico del Comune di Orbetello.

Quanto alle spese di lite, determinate ai sensi del D.M. 55/2014 e s.m.i., esse vengono quantificate in complessivi euro 27.378,00 oltre accessori di legge e, stante la parziale reciproca soccombenza, vengono compensate nella misura del 50% e, quanto al residuo 50%, pari ad euro 13.689 oltre accessori di legge, vengono poste a carico di SAP s.r.l., con conseguente condanna di quest'ultima alla refusione a favore del Comune di Orbetello.

*

Avv. Prof. Fabrizio Criscuolo – Roma, 27 luglio 2020

Avv. Prof. Giuseppe Vettori – Roma, 27 luglio 2020

Avv. Maria Cristina Pieretti – Roma, 27 luglio 2020

Dichiarazione scritta di minoranza allegata al Lodo.

Dissente dalla motivazione della maggioranza del Collegio Arbitrale, l'arbitro avvocato Maria Cristina Pieretti, per le ragioni che seguono.

Come rilevato nel Lodo, a fronte di reciproci addebiti di inadempimento, è necessario condurre una valutazione comparativa del comportamento di entrambe le Parti, al fine di stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi e alla entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti, nonché della conseguente alterazione del sinallagma

Pur muovendo da tale corretta premessa, la motivazione adottata dalla maggioranza del Collegio Arbitrale è, ad avviso dell'arbitro dissenziente: (*i*) erronea e/o carente nella parte in cui - dopo aver dato atto della condotta pacificamente inadempiente di SAP - esclude, o comunque non considera, le condotte inadempimenti del Comune di Orbetello; (*ii*) erronea per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nella parte in cui, in accoglimento dei quesiti I, II, III del Comune di Orbetello (contenenti domande di natura dichiarativa), perviene a una condanna in favore del Comune stesso.

Sub (*i*). Le tre circostanze dedotte da SAP per sostenere l'inadempimento del Comune (riduzione delle tariffe, riduzione delle aree, revoca degli ausiliari del traffico) non sono controverse, essendo la difesa del Comune basata non sulla contestazione della loro sussistenza, ma sulla pretesa loro irrilevanza, ovvero sul preteso consenso di SAP.

Così, nella memoria autorizzata di replica del 27.09.2019, la difesa del Comune, nell'esaminare le condotte dedotte da SAP quali inadempimenti del Comune stesso, ne riconosce esplicitamente la sussistenza in fatto, limitandosi a negarne ogni rilevanza giuridica.

Si afferma infatti a pg. 2 della citata memoria: *"dimentica la ricorrente come la riduzione del costo orario della sosta in un'area e l'espunzione di un'altra tra quelle di sosta a pagamento sia stata disposta dall'Ente in accoglimento di una specifica richiesta che SAP aveva formulato la prima nella speranza che un minor costo orario inducesse il pubblico a sostare nell'una area in questione, che risultava non utilizzata; la seconda sul presupposto che l'altra area, pur ricompresa tra quelle concesse, non aveva invero attitudine commerciale, di talché conservarla nel rapporto importava per SAP soltanto oneri, senza prospettiva alcuna di utile, anche nell'ipotesi in cui la tariffa oraria fosse ridotta".*

Sono quindi incontestate sia la riduzione della tariffa da € 0,50 a € 0,30, sia la riduzione delle aree, condotte entrambe che integrano un inadempimento del Comune agli obblighi contrattuali, in assenza di una prova del consenso di SAP in ordine a tali modifiche; consenso che avrebbe dovuto necessariamente risultare per iscritto, ma che – in ogni caso – non emerge da alcun elemento offerto

ABRIZIO CRISCUOLO
Buozzi, 90
509817-Fax
criscuolo@
RS FRZ
A 095586
MARCA DA BOLLO
Ministero dell'Economia e delle Finanze
€16,00
SEDICI/00
Agenzia Entrate
01010764 00000663 W0835002
02072244 28/07/2020 09:22:00
4578-00088 70C6D921FC410EDB
IDENTIFICATIVO : 01191743207363
0 1 19 174320 736 3

all'esame del Collegio (si menziona un assenso di SAP solo nella delibera G.C. n. 207/2008 di riduzione delle tariffe, quindi in un atto proveniente dal Comune stesso).

Va sottolineato che l'entità delle tariffe viene espressamente indicata sia dal Capitolato Speciale di Appalto (art. 2.4, Titolo II), sia dal Disciplinare (art. 4.1, Titolo II; v. all. n. 1 del fascicolo del Comune) e ha senza dubbio rilevanza ai fini del sinallagma contrattuale, costituendo l'unica entrata di SAP a fronte del previsto esborso del canone concessorio.

Sulla base delle stesse tariffe indicate nel Capitolato e nel Disciplinare SAP ha formulato l'offerta e si è aggiudicata la gara, con la conseguenza che – anche sotto tale profilo – l'unilaterale modifica delle condizioni economiche dopo la firma del Contratto desta perplessità. A tal proposito, basti considerare che, a seguito della riduzione, per una sosta media di 2 ore, l'utente deve pagare € 0,60 anziché un euro, con una minore incasso del 40% da parte del Concessionario.

Se, dunque, da una parte è certo che l'incasso di SAP derivante dalla vendita di ciascun titolo è diminuito per effetto della riduzione delle tariffe, non è assolutamente dimostrato che gli incassi complessivi siano aumentati per l'incremento del numero degli utenti (circostanza che spettava al Comune dimostrare e che nel Lodo, pur non dimostrata, viene utilizzata per escludere l'inadempimento del Comune). Anzi, a pg. 3 della citata memoria, l'Amministrazione afferma che *"il ricavo 2010 della Società fu di euro 207.812,81, mentre il ricavo per il 2011 fu di euro 196.025,03, importo quest'ultimo che, pur dimostrando una flessione di gettito per circa 20.000,00 smentisce l'assunto avversario per il quale dal 2011 di fatto si parcheggiava gratis"*. Tale deduzione del Comune dimostra che tra il 2010 e il 2011 i ricavi di SAP sono diminuiti almeno di € 20 mila, contraddicendo quindi l'assunto del Comune stesso secondo cui gli incassi erano aumentati e confermando invece l'incidenza della riduzione della tariffa sul sinallagma contrattuale.

Va segnalato peraltro che la modifica delle tariffe è prevista quale causa di risoluzione di diritto del contratto, sia dal Capitolato Speciale di Appalto (art. 5.1, lett. b, Titolo IV), sia dal Disciplinare (art. 6.1, lett. b, Titolo IV): seppur la clausola sia essenzialmente rivolta a sanzionare modifiche tariffarie da parte di SAP, la sua formulazione ben può essere riferibile anche all'ipotesi di modifiche tariffarie da parte del Comune, trattandosi anche in questo caso di condotte in violazione di quanto prescritto dal Contratto.

E' poi irrilevante che SAP non abbia immediatamente contestato le inadempienze del Comune, non essendo tenuta all'impugnazione avanti al TAR nel termine di 60 giorni a fronte della violazione della previsione contrattuale e avendo comunque nel presente procedimento formulato un'eccezione di inadempimento, che è sempre proponibile per contrastare la domanda del Comune.

Con riguardo poi alla revoca degli ausiliari del traffico, la deliberazione è stata assunta in violazione della previsione dell'art. 3, Titolo IV, del Capitolato Speciale di Appalto e dell'art. 4.2, Titolo IV,

n 66

del Disciplinare, secondo cui "*carenze e/o negligenze del concessionario e/o degli addetti nell'espletamento dell'attività saranno contestate a mezzo lettera, telefax o altro strumento telematico idoneo; entro tre giorni il concessionario dovrà comunque rispristinare la regolarità e dovrà comunicare stesso mezzo le eventuali giustificazioni*". Dunque, al di là della sussistenza o meno delle difficoltà organizzative citate nella deliberazione di revoca, anche sotto tale profilo la condotta del Comune non è irreprensibile.

Non si ritiene inoltre corretta la motivazione della maggioranza del Collegio Arbitrale nella parte in cui, dopo aver osservato che il compito di vigilanza rientra tra i doveri contrattuali del Concessionario, afferma che la revoca rientrerebbe nelle facoltà del Comune e che SAP avrebbe dovuto esercitare tali funzioni nell'interesse esclusivo dell'Ente. E' certamente vero, infatti, che l'art. 2.3, Titolo II, del Capitolato Speciale di Appalto e l'art. 2.3, Titolo II del Disciplinare (allegati al Contratto) prevedono il dovere del Concessionario di "*garantire il servizio di vigilanza ... utilizzando personale ausiliario*". Ma si ritiene parimenti indubbio che tali clausole, oltre ad integrare un obbligo a carico di SAP, costituiscano un importante presidio a garanzia del sinallagma contrattuale, in quanto attraverso l'attività di vigilanza ed il relativo accertamento delle infrazioni la Concessionaria si assicurava il corretto e costante pagamento della tariffa da parte degli utenti dei parcheggi. Sul piano contrattuale, sussisteva quindi, a fronte del dovere di SAP, un dovere di collaborazione del Comune nel rendere possibile lo svolgimento dell'attività di vigilanza degli ausiliari, che esclude la qualificazione della posizione dell'Ente in termini di mera facoltà ed esclude altresì che lo svolgimento delle funzioni di vigilanza fosse previsto nell'interesse esclusivo del Comune.

Né, infine, si comprende come dalla delibera G.M. n. 280/2010 possa desumersi che il Comune avesse constatato l'irregolarità dell'operato degli ausiliari, riferendosi tale atto a "*notevoli difficoltà organizzative ... dovute alla gestione amministrativa degli atti posti in essere dagli stessi*" (all. n. 26 fascicolo del Comune di Orbetello).

In conclusione, l'arbitro dissenziente ritiene non corretta l'opinione della maggioranza del Collegio, che, nel dare atto dell'inadempimento certamente sussistente di SAP, esclude qualsiasi inadempienza del Comune.

All'esito della valutazione comparativa degli opposti inadempimenti, avuto riguardo anche allo loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del Contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, si ritiene (concordandosi con l'opinione della maggioranza del Collegio Arbitrale) che sia prevalente l'inadempimento di SAP, non essendo giustificabile - anche a fronte di inadempienze del Comune, che comunque consentivano lo svolgimento del servizio - la cessazione del pagamento del canone;

si concorda altresì con la maggioranza del Collegio Arbitrale sulla decisione che la risoluzione del Contratto vada dichiarata per il grave inadempimento della Concessionaria.

Si ritiene infine che - pur sussistendo l'inadempienza del Comune nei termini sopra indicati - SAP non abbia adeguatamente dimostrato il danno subito in conseguenza di tali inadempimenti.

Sub (*ii*). L'accoglimento dei quesiti I, II, III del Comune di Orbetello non può condurre a pronunciare una condanna di SAP, poiché l'Ente ha ivi proposto domande di natura unicamente dichiarativa.

La circostanza che in calce ai propri quesiti, in un separato paragrafo, il Comune abbia formulato **l'auspicio** della "*evasione affermativa delle domande*" e la conseguente emissione di un lodo "*condennatorio*" nei confronti della convenuta SAP non può ad avviso di questo arbitro condurre a ritenere che la Parte attrice abbia proposto una domanda di condanna. Infatti, formulare un mero auspicio – peraltro estremamente generico, non essendo riferito ai singoli capi di domanda – non significa proporre una domanda al Collegio Arbitrale. Peraltro, l'impostazione stessa degli atti del Comune (v. precisazione delle conclusioni del 12 giugno 2020, memoria autorizzata del 25.06. 2019, etc..) distingue nettamente il paragrafo "*domande*" da quello denominato "*auspica*", confermando così chiaramente che tutte le domande sono formulate nel primo.

In definitiva, il termine "*condennatorio*" appare riferibile ad un auspicio di soccombenza di SAP a seguito dell'accoglimento delle domande formulate, ma non come proposizione di autonome domande di condanna (che altrimenti avrebbero dovuto trovare necessaria collocazione all'interno dei 6 capi di domanda formulati).

Sulla base del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, si ritiene quindi che il Collegio Arbitrale non possa addivenire a una pronuncia di condanna in favore del Comune, bensì unicamente a una pronuncia dichiarativa.

Per queste ragioni l'avvocato Maria Cristina Pieretti dissente dalla soluzione adottata dalla maggioranza del Collegio Arbitrale, e ritiene che soluzione corretta sia invece nel senso di ritenere sussistenti sia l'inadempimento di SAP, sia l'inadempimento del Comune di Orbetello, e, all'esito della valutazione unitaria e comparativa dei rispettivi comportamenti delle Parti, dichiarare prevalente e grave quello della Concessionaria, pervenendo così alla dichiarazione di risoluzione del Contratto per fatto e responsabilità di SAP, accertando il diritto del Comune al pagamento dell'importo di € 115.623,00, oltre IVA (in relazione al mancato pagamento del canone concessorio dell'annualità aprile 2012 – marzo 2013) e dell'importo di € 86.717,25, oltre IVA (in relazione al mancato pagamento del canone concessorio dell'annualità aprile 2013 – dicembre 2013), oltre interessi come precisato nel Lodo; ritiene altresì che l'accoglimento dei quesiti sub I, II, III del Comune di Orbetello, possa unicamente condurre ad una pronuncia dichiarativa del Collegio.

Roma, 27 luglio 2020

L'arbitro avv. Maria Cristina Pieretti

CAMERA ARBITRALE PRESSO L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

ADDENDUM, PARTE INTEGRANTE DEL LODO INTER PARTES SOTTOSCRITTO

IN DATA 27 LUGLIO 2020

pronunciato dal Collegio Arbitrale costituito con verbale del 17 giugno

2019 nel procedimento n. 2/2019

composto dai Signori

Prof. Avv. Fabrizio Criscuolo - Presidente

Prof. Avv. Giuseppe Vettori - Arbitro

Avv. Maria Cristina Pieretti - Arbitro

*

Il suesteso Lodo, composto di n. 48 pagine, più n. 5 pagine contenenti l'opinione dissenziente dell'Avv. Pieretti, è stato sottoscritto in Roma in data 27 luglio 2020 alle ore 12:45, all'esito della Camera di consiglio convocata per le ore 11:00 e tenutasi in conferenza personale tra tutti gli arbitri presso la sede dell'arbitrato stabilita, come da verbale del 17 giugno 2019, nello studio del Prof. Avv. Fabrizio Criscuolo, Presidente del Collegio, in Roma, Viale Bruno Buozzi n. 99.

Alle ore 14:42 del medesimo giorno 27 luglio 2020, dopo la sottoscrizione del Lodo ma prima che esso fosse depositato presso la Camera arbitrale dell'ANAC e comunicato alle parti, è pervenuta, via pec, agli arbitri, un'istanza a firma dell'Avv. Siminiceanu, munito di procura da parte del legale rappresentante della società SAP s.r.l., procura del seguente tenore: "*il sottoscritto Dott. Venanzio Ferri nato a Roma il 03 Agosta 1984 (FERRVNZ84M13H501R) nella qualità di amministratore unico della SAP SRL con sede in Caprarola (VT) viale XXV aprile n. 18 (CF 01691650566) delega l'Avv. Daniela Ruxandra Siminiceanu presso il cui studio in*

v. FABRIZIO CRISCUOLO
uno uozzi, 99 - 00197 Roma
06.3 9417-Fax 06.32650140
rizio scuolo@criscuoloassociati.it
c. CRS FRZ 62M06 D612Q
09558610581

Roma Via Pinciana n. 25 CF: SMNDLR78L51Z129U elegge domicilio, a rappresentare e difendere la predetta società nel procedimento per pervenire alla dichiarazione di nullità della costituzione e degli atti successivi posti in essere dal Collegio arbitrale composto dall'avv. prof. Fabrizio Criscuolo, dal prof avv. Giuseppe Vettori e dall'avv. Maria Cristina Pieretti costituito con verbale del 17 giugno 2019 per risolvere la controversia insorta tra il Comune di Orbetello e la SAP, conferendo alla medesima ogni più ampio potere di legge onde pervenire alla dichiarazione di inesistenza, nullità o inefficacia di tutti gli atti posti in essere dal detto Collegio arbitrale, ivi compreso quello di proporre qualsiasi iniziativa giudiziaria o stragiudiziaria tesa all'accertamento dei sopra indicati vizi e nullità".

Con detta istanza, in realtà denominata "*Atto di significazione e diffida*", l'Avv. Siminiceanu, esponeva che si sarebbe formato un giudicato implicito sulla interpretazione della clausola compromissoria che ha messo capo alla presente procedura, per effetto della sentenza del Tribunale di Grosseto che ha accolto l'eccezione di compromesso da cui è scaturito, come illustrato nella esposizione dei fatti del suesteso Lodo, il presente procedimento arbitrale.

L'interpretazione che, a dire di SAP, sarebbe ormai oggetto di giudicato, implicherebbe la nullità dell'atto di nomina a terzo arbitro con funzioni di Presidente del Collegio del Prof. Avv. Fabrizio Criscuolo, nomina operata dalla Camera Arbitrale dell'ANAC in data 19 marzo 2019. E ciò in quanto non sarebbe applicabile alla specie, anche *ratione temporis*, la disciplina inderogabile prevista in materia dal Codice degli appalti del D.Lgs. n. 50/2016, bensì la diversa disciplina di cui al D.Lgs 163/2006 che ammette la derogabilità del procedimento di nomina rimesso all'ANAC sulla base della volontà delle parti. Essendosi, pertanto, sempre a dire di SAP, formato giudicato sulla diversa volontà delle parti, il presente procedimento sarebbe inficiato da nullità in tutti i

suoi atti.

Sulla scorta di tali premesse, considerando il Lodo una "*indebita intromissione nell'attività di impresa attraverso un titolo che, qualunque ne fosse il contenuto, sarebbe un atto indebito ed abnorme o comunque nullo per nullità dell'intero procedimento, nullità che formalmente si eccepisce*"; avuto cura di aggiungere che "*tale carattere potenzialmente dannoso assumerebbe i connotati dell'illecito allorché il preteso Collegio dovesse emettere pronunce di condanna pur in difetto di qualsiasi potere*"; SAP ha pertanto diffidato i tre arbitri "*dall'adottare pronunce di sorta nella asserita qualità di arbitri e/o Collegio arbitrale emettendo comunicazione di rinunzia alla successiva attività*" ed ha concluso comunicando: "*che in difetto riterrà inesistente, nullo e comunque privo di ogni effetto giuridico qualunque atto emesso, con riserva di procedere, anche eventualmente in via cautelare, per tutelare i propri interessi in ogni opportuna sede*".

*

Preso atto,

IL COLLEGIO ARBITRALE

all'unanimità dichiara la irricevibilità/inammissibilità del sopra menzionato atto di intimazione e diffida per i seguenti motivi:

A) l'istanza è pervenuta, come detto, alle ore 14:42, vale a dire circa due ore dopo la sottoscrizione del Lodo arbitrale e la chiusura del procedimento, procedimento che viene riaperto al fine di dare risposta alla sopra menzionata anomala diffida e che viene definitivamente concluso col presente *addendum*;

B) in ogni caso, la causa arbitrale era stata introitata dal Collegio per la decisione in data 27 maggio 2020, con termini concessi alle parti per memorie conclusionali e di replica scaduti da oltre trenta giorni;

C) trattasi di atto del tutto irrituale, inoltrato, per di più in violazione del

contraddittorio, su temi mai sollevati nel corso del presente procedimento e comunque azionabili nelle sedi competenti.

PQM

ribadita la irritualità, la inammissibilità e la irricevibilità dell'atto di cui sopra, il Collegio arbitrale dispone che non vi è luogo a procedere in ordine ad esso.

Così deciso, in Roma, Viale Bruno Buozzi n. 99, in conferenza telefonica tra gli arbitri che sottoscrivono il presente *addendum*, quanto al Prof. Avv. Fabrizio Criscuolo ed all'Avv. Maria Cristina Pieretti, in Roma, in data 27 luglio 2020, quanto al Prof. Avv. Giuseppe Vettori, in Firenze, in data 28 luglio 2020, con la precisazione che l'originale da quest'ultimo sottoscritto sarà inviato al Presidente del Collegio perché provveda al deposito unitamente al Lodo nella giornata di martedì 28 luglio 2020, a mezzo di persona all'uopo incaricata.

Avv. Prof. Fabrizio Criscuolo

Avv. Prof. Giuseppe Vettori

Avv. Maria Cristina Pieretti