

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**  
**CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI**

**Lodo definitivo RGA 09/22**

pronunciato dal Collegio arbitrale composto dai Sigg.ri:  
Avv. Iulia IEMMA (Arbitro con funzioni di Presidente)  
Avv. Anna SANNINO (Arbitro designato Comune di Pozzuoli)  
Avv. Roberto COSTAGLIOLA (Arbitro designato I.E.G. s.r.l.)

**TRA**

**COMUNE DI POZZUOLI** (C.F. 00508900636), in persona del Dirigente dell'Avvocatura, dott. prof. Carmine Cossiga, giusta procura generale alle liti per Notaio Guido Ferrara rep. n. 12999, racc. n. 1126 del 3.11.2015 e delega sindacale prot. 59408 del 20.07.2017, rappresentato e difeso nel presente procedimento arbitrale dagli Avv.ti Aldo Starace e Germana Volpe (con domanda di arbitrato notificata a controparte il 25.11.2019) **-parte istante-**

**CONTRO**

**IMPRESA ELETTRICA GENERALE S.R.L. (acronimo I.E.G. s.r.l.)** con sede in Napoli al Centro Direzionale Isola E/1 P. IVA 06848121213, in persona del legale rapp.te p.t., sig. Vincenzo Saviano, rappresentato e difeso nel presente procedimento dagli Avv.ti Alfonso Capotorto e Ciro Sito **-parte resistente, istante in via riconvenzionale-**

**nel procedimento arbitrale R.G.A. 09/2022**, promosso da **Comune di Pozzuoli** (C.F. 00508900636) con "atto di richiesta di arbitrato e di nomina di arbitro", istanza per la designazione del terzo arbitro pervenuta all'A.N.A.C. il 30 giugno 2022 (prot. Anac n. 54014) e da **Impresa Elettrica Generale s.r.l.** con "memoria di risposta/atto di resistenza con domanda riconvenzionale" del 13 dicembre 2019

**IN FATTO**

\* Con determinazione dirigenziale n.583 del 21.5.2002, il Comune di Pozzuoli affidava alla MA.FRA. S.r.l. la concessione decennale del servizio di gestione, esercizio e manutenzione dell'impianto di distribuzione elettrica per l'alimentazione delle lampade votive, perenni e occasionali, nell'ambito del cimitero civico.

\* La concessione veniva disciplinata con contratto Rep. n. 10603 del 16.7.2003 e regolata dal Capitolato d'oneri allegato al bando di gara per l'affidamento.

\* Il corrispettivo della concessione veniva fissato nel canone decennale di € 170.430,77, (da suddividersi in una rata annuale di € 17.043,08 e ulteriori €170.430,77 per lavori di adeguamento) da corrisponderci con le modalità stabilite dall'art. 5 del contratto ovvero: a) quanto ad € 170.430,77, in n. 10 rate anticipate di € 17.043,08 ciascuna, da versarsi, la prima, entro trenta giorni dalla stipula del contratto e le successive entro il 30 giugno di ogni anno; b) quanto ad € 170.430,77, attraverso l'esecuzione di interventi di adeguamento, ricostruzione ovvero di costruzione impianti di pubblica illuminazione interni all'area cimiteriale e ai viali di accesso, da realizzare sulla base delle indicazioni fornite e dei progetti preliminari predisposti dall'Ente.

\* Nel corso dell'affidamento, con data di inizio il 01/06/2003 fino al 01/06/2013, la MA.FRA. S.r.l., con atto del 26/3/2011, cedeva il ramo d'azienda "*inerente i settori dei lavori pubblici e privati dell'impresa e i lavori in corso relativamente alla costruzione, manutenzione, ristrutturazione di impianti per trasformazione alta/ media tensione*" alla società Impresa Elettrica Generale (I.E.G.) a r.l., avente sede legale in Napoli al Viale della Costituzione, Centro Direzionale IS. E/1.

\* Nello specifico, I.E.G. s.r.l. subentrava con scrittura privata, autenticata nelle firme dal Notaio Dente di Napoli in data 28/03/11 (reg.to in data 04/04/11 al numero 8273/1T presso l'Ufficio Napoli 1).

\* Con successiva racc. a/r n. 136053880194 del 11/11/11 e pervenuta al Comune di Pozzuoli in data 15/11/2011, la società resistente comunicava, ai sensi dell'art. 116 D.Lgs. n.163/06, di aver acquisito il ramo d'azienda della MA.FRA s.r.l. e con esso anche il contratto di appalto intrattenuto con quella Amministrazione, richiedendo la formalizzazione del subentro ai sensi del richiamato articolo.

\* Con determina dirigenziale n. 1429 dell'8/8/2012, l'Amministrazione comunale, rilevava il mancato pagamento degli oneri di concessione relativi agli anni 2010 e 2011 e in base alla relazione tecnica dell'Ufficio Gestione e Manutenzione del Patrimonio non a Reddito e Pubblica illuminazione, prot. n.

296/UM del 24.07.2012, attestava, tra l'altro, che *“gran parte dell'impianto non risulta conforme alle norme CEI vigenti; non è sottoposto a buona manutenzione come si evidenzia per la presenza di vecchi interruttori ormai fuori mercato da decenni; poco affidabile per la continuità del servizio; pericoloso per la pubblica incolumità per la mancanza di chiusura degli armadietti”*, deliberando di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, di cui al combinato disposto degli artt. 22 e 15, ultimo comma, del Capitolato d'oneri, e dichiarava la risoluzione di diritto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., del contratto rep. n. 10603 del 16.7.2003 nonché la revoca della concessione del servizio affidato alla MA.FRA. s.r.l.

\* Nel corpo del provvedimento il Comune di Pozzuoli dichiarava di avere solo incidentalmente appreso dell'avvenuta cessione del ramo d'azienda, precisava di non avere espresso al riguardo il proprio preventivo assenso né manifestato il proprio successivo consenso e/o adesione al subentro di nuovi soggetti nella titolarità della concessione e nel rapporto concessorio, con il conseguente permanere dei divieti al subingresso stabiliti dalla legge e dal contratto.

\* Avverso la predetta determina nonché avverso il successivo atto di invito alla riconsegna degli impianti e della documentazione, rivolto dall'Ente al concessionario sulla scorta della citata determina di risoluzione, la I.E.G. S.r.l. proponeva ricorso innanzi al Tar Campania–Napoli impugnando, altresì, il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza dell'11/11/2011, con la quale la I.E.G. S.r.l. aveva comunicato l'avvenuta cessione del ramo d'azienda e contestualmente richiesto la formalizzazione del subentro nel rapporto concessorio, già in capo alla MA.FRA. S.r.l.

\* Con sentenza n. 4597/2012, pubblicata in data 14/11/2012, il TAR accoglieva il ricorso della I.E.G. s.r.l., che subentrava nel contratto con decorrenza dal 01/01/12 sino alla sua naturale scadenza.

\* In esecuzione della sentenza n. 4597/2012, con nota prot. n. 445/Avv. del 25/01/2013, il Dirigente dell'Avvocatura richiedeva alla I.E.G. S.r.l. la presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006, ai fini della verifica dei requisiti di legge, pregiudiziale alla presa d'atto del subentro.

\* In data 15/3/2013, perveniva al Comune di Pozzuoli la dichiarazione del legale rappresentante della predetta società resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b), c), m-ter) e comma 2 D.Lgs. n. 163/2006, acquisita al protocollo dell'ente con il n. 10175.

\* con successiva nota prot. n. 1695/Avv. dell'11/4/2013, l'amministrazione richiedeva alla IEG s.r.l. l'integrazione della documentazione presentata e, nel contempo, sollecitava il pagamento dei canoni di concessione rimasti insoluti in uno al ripristino delle condizioni di sicurezza degli impianti oggetto dell'affidamento.

\* All'esito della riconsegna, con ulteriore nota prot. n. 24518 del 18/06/2013, il Comune di Pozzuoli invitava nuovamente la I.E.G. S.r.l. a consegnare altresì la documentazione tecnica, amministrativa e contabile inerente il servizio espletato, nonché a provvedere al pagamento dei canoni di concessione relativi agli anni 2010, 2011 e 2012 (nelle more anch'esso scaduto), rimasti insoluti.

\* Con delibera n. 72 del 03/05/2019, la Giunta Comunale, dopo aver richiamato la determina dirigenziale n. 1597 del 28/08/2015 con la quale era stato disposto di proporre azione arbitrale per il recupero degli oneri concessori non corrisposti, confermava la volontà dell'Amministrazione di avvalersi della clausola arbitrale di cui all'art. 21 del Capitolato d'oneri allegato al contratto rep.10603/2003; e ciò anche ai sensi degli articoli 209 e 216 del D.Lgs. 50/2016.

\* Con atto notificato alla I.E.G. srl il 25 novembre 2019 il Comune di Pozzuoli attivava una domanda di arbitrato nei confronti della suddetta società.

\* Successivamente, con “Atto di richiesta di arbitrato e nomina di arbitro” notificato alla Camera arbitrale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, “ANAC”) in data 30 giugno 2022, oltre che a I.E.G. srl, il Comune di Pozzuoli proponeva domanda di arbitrato nei confronti di I.E.G. srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, contestualmente nominando il proprio arbitro nella persona dell'Avv. Anna Sannino e invitando I.E.G. srl a designare il proprio.

\* In particolare, la parte istante il Comune di Pozzuoli esponeva che la I.E.G. srl non aveva adempiuto durante la gestione affidatale (a seguito di subentro alla MA.FRA. srl) alle obbligazioni contrattualmente assunte rendendosi responsabile di:

- a) mancato pagamento degli oneri di concessione relativi agli anni 2010 - 2011 - 2012
- b) inosservanza dell'obbligo di manutenzione e rifacimento impianti, in quanto per il Comune di Pozzuoli *“gran parte dell'impianto non risulta conforme alle norme CEI vigenti; non è sottoposto a buona manutenzione come si evidenzia per la presenza di vecchi interruttori ormai fuori mercato da decenni; poco affidabile per la continuità del servizio; pericoloso per la pubblica incolumità per la mancanza di chiusura degli armadietti”*
- c) mancato ripristino delle condizioni di sicurezza degli impianti oggetto dell'affidamento

\* Infine, la parte istante nella domanda di arbitrato formulava i seguenti quesiti (come reiterati negli atti successivi)

**Quesiti:** 1) *Dica il Collegio se l'Impresa Elettrica Generale S.r.l., I.E.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. (C.F. 06848121213), è inadempiente rispetto all'obbligo contrattuale relativo al pagamento in favore del Comune di Pozzuoli degli oneri concessori relativi agli anni 2010, 2011 e 2012 afferenti il contratto richiamato in premessa;*

2) *Dica il Collegio se al Comune di Pozzuoli siano dovuti gli importi di cui in narrativa, per complessivi euro 51.131,31, e pronunci in conformità, condannando la I.E.G. S.r.l. al pagamento degli stessi;*

3) *Dica il Collegio se su tali importi siano dovuti gli interessi – anche moratori ai sensi del D. Lgs. n. 231/2002 - dalle scadenze delle singole rate dei canoni di concessione (30.06.2010, 30.06.2011 e 30.06.2012) e, in ogni caso, dall'atto di costituzione in mora dei 2-9.12.2014 o, in linea assolutamente gradata, dalla data di notifica del presente atto sino all'effettivo soddisfo, e pronunci in conformità, condannando la I.E.G. S.r.l. al relativo pagamento*

4) *Dica il Collegio se tutte le spese di giudizio e di funzionamento del Collegio stesso debbano essere poste a carico della l'Impresa Elettrica Generale S.r.l. e pronunci in conformità, condannandola al relativo pagamento.*

*Nomina quale proprio Arbitro in seno al costituendo Collegio Arbitrale l'avv. Luisa Tarantino, con studio in Pozzuoli alla via Solfatarata n. 4/A, invitando l'Impresa Elettrica Generale S.r.l.- I.E.G. S.r.l. a nominare il proprio arbitro ed a promuovere la costituzione del Collegio Arbitrale.”.*

\* Con “Memoria di risposta/atto di resistenza con domanda riconvenzionale” del 13 dicembre 2019, si costituiva in giudizio I.E.G. S.r.l., eccependo l'incompetenza del Collegio arbitrale adito e dell'intera procedura arbitrale per nullità, invalidità e inefficacia della clausola compromissoria arbitrale di cui all'art. 21 del Capitolato d'oneri allegato al contratto rep. 10603/2003 del 16 luglio 2003 e contestando nel merito le domande della parte istante.

\* la I.E.G. srl sosteneva di aver subito una drastica riduzione delle entrate a causa del mancato pagamento della quasi totalità dei canoni relativi ai contratti di lampade perenni, esistenti nel cimitero comunale, in quanto i canoni sarebbero stati versati, a parere della resistente, su di un conto corrente del Comune di Pozzuoli all'uopo dedicato.

\* Introduceva domanda riconvenzionale, affermando di aver subito un danno di un importo pari alle somme indebitamente versate nelle casse del Comune di Pozzuoli, per un ammontare complessivo pari ad € 229.280 pari all'importo delle 8000 lampade perenni previste in contratto moltiplicate l'importo offerto e aggiudicato.

\* nel periodo dal 01/01/12 al 31/05/2013 sosteneva di aver incassato, per la gestione del Cimitero di Pozzuoli, la somma complessiva di € 45.395,42 inferiore al minimo importo previsto da contratto pari ad € 206.352 scaturente dalla somma di € 137.568,00, quale importo minimo annuo 2012 ed € 68.784,00 per il 1° semestre 2013

\* invocava, in via ulteriormente gradata, un mancato utile pari alla somma di € 160.956,58 dato dalla differenza tra ricavi pari ad € 45.395,42, e minimo importo previsto da contratto pari ad € 206.352.

\* In particolare la I.E.G. srl parte resistente invocava la responsabilità di controparte sostenendo:

a) in via preliminare e sotto un profilo procedurale, la clausola arbitrale radicalmente nulla perché non contenuta nel contratto di appalto ma nell'allegato Capitolato d'Oneri all'art. 21;

b) nel merito, la illegittimità della richiesta di pagamento dei canoni di concessione di cui agli anni 2010, 2011 e 2012 per le ragioni meglio specificate in atti;

c) Nel contempo spiegava domanda riconvenzionale nei confronti del Comune di Pozzuoli ammontante ad € 229.280,00 a titolo di risarcimento danni per fatto illecito dell'Ente concedente;

d) sotto altro punto di vista spiegava domanda riconvenzionale di pagamento, in via gradata, della differenza tra gli utili materialmente percepiti e quelli minimi stabiliti da contratto, per un complessivo ammontare pari ad € 160.956,58 come meglio specificato in atti a cui si rimanda;

e) in via del tutto gradata, chiedeva di compensare la quota di credito vantata dalla società nei confronti del Comune di Pozzuoli sino alla concorrenza del credito riconosciuto al comune di Pozzuoli nei confronti della I.E.G. s.r.l. qualora fosse stata ritenuta fondata la domanda proposta dall'Ente, nominando, infine, quale arbitro di sua elezione l'Avv. Roberto Costagliola e formulava nell'atto di resistenza i seguenti quesiti, (come reiterati negli atti successivi):

**“QUESITI** - *In via preliminare dichiarare nulla la clausola arbitrale.*

*Nel merito ed in via gradata, senza che ciò valga quale rinuncia alle eccezioni preliminari:*

- a) Rigetti il Collegio Arbitrale le domande e quesiti proposte dal Comune di Pozzuoli e per l'effetto, dichiararsi come non è dovuta la complessiva somma di € 51.131,31 a titolo di oneri concessori per gli anni 2010, 2011 e 2012 per le motivazioni, eccezioni e deduzioni che questa difesa si riserva di articolare nei termini di rito;
- b) Accerti il Collegio Arbitrale il danno subito dalla I.E.G. nei confronti del Comune di Pozzuoli, dell'importo pari alle somme indebitamente versate nelle casse del Comune di Pozzuoli per il periodo 01/01/12 – 31/05/13, in relazione al servizio svolto dalla società istante, per un ammontare complessivo pari ad € 229.280,00 per l'illegittimo versamento indebitamente disposto su di un conto corrente del Comune di Pozzuoli all'uopo;
- c) In via gradata accerti il Collegio Arbitrale il mancato utile in capo alla società I.E.G. s.r.l., pari alla differenza tra gli utili materialmente percepiti e quelli minimi stabiliti da contratto, per un complessivo ammontare pari ad € 160.956,58 oltre oneri fiscali, per le causali specificate in premessa;
- d) Per l'effetto:
- d.1) Condanni il Comune di Pozzuoli, in persona del legale rapp.te p.t., al pagamento della somma complessiva di €229.280,00 pari all'importo delle somme indebitamente percepite per il periodo di esecuzione del contratto dal 01/01/12 – 31/05/13;
- d.2) In via gradata, condanni il Comune di Pozzuoli, in persona del legale rapp.te p.t., al pagamento della somma complessiva di € 160.956,58 oltre oneri fiscali a titolo di differenza tra gli utili materialmente percepiti e quelli minimi stabiliti da contratto;
- e) In via ulteriormente gradata, ove dovesse ritenersi sussistente un credito del Comune di Pozzuoli per le annualità 2010, 2011 e 2012 dichiararsi la compensazione di questo credito con il credito vantato dalla I.E.G. e condanni il Comune di Pozzuoli, in persona del legale rapp.te p.t., al pagamento del residuo credito nei confronti della I.E.G. s.r.l.;
- f) dichiararsi che le spese di giudizio e funzionamento del Collegio Arbitrale siano poste a carico del Comune di Pozzuoli con condanna dell'Ente al relativo pagamento.”.

\*\*\*\*

\* Con “Richiesta di nomina del Presidente del Collegio Arbitrale” del 30 giugno 2022 (Prot. ANAC n. 54014), la parte istante Comune di Pozzuoli richiedeva alla Camera Arbitrale di nominare, ai sensi di legge, il Presidente del Collegio Arbitrale.

\* Come da comunicazione a mezzo pec del 15 luglio 2022, il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 12 luglio 2022, deliberava all'unanimità dei voti di nominare il costituendo Collegio arbitrale nelle persone dell'Avv. Iulia Iemma, quale terzo arbitro con funzioni di Presidente, dell'Avv. Anna Sannino, quale componente designato dal Comune di Pozzuoli, dell'Avv. Roberto Costagliola, quale componente designato da I.E.G. srl.

\* All'udienza del 13 ottobre 2022 si costituiva il Collegio Arbitrale, che stabiliva il regolamento dell'arbitrato e ne determinava la sede presso la Camera arbitrale A.N.A.C. in Roma, Via Marco Minghetti n. 10, utilizzando la piattaforma *virtual room* messa a disposizione da Camera arbitrale per la celebrazione delle udienze da remoto.

\* nell'udienza del 13 ottobre 2022, data la questione pregiudiziale sollevata dalla I.E.G. srl nel proprio atto di resistenza all'arbitrato sulla nullità della clausola arbitrale di cui all'art. 21 del Capitolato d'oneri allegato al contratto rep. 10603/2003 del 16 luglio 2003 (e parte integrante dello stesso) e con essa, quindi, dell'intero procedimento arbitrale avviato dal Comune di Pozzuoli per le ragioni meglio specificate in atti, il Collegio assegnava alle parti il termine di 20 gg per il deposito di memorie “*Il Collegio Arbitrale decide di concedere tale termine alla resistente nonché di concedere alla parte ricorrente, Comune di Pozzuoli, che ne fa richiesta, un termine di ulteriore 20 giorni, decorrenti dalla scadenza del primo, per il deposito di memoria sulla medesima questione?*”.

\* Rinviava all'udienza del 06/12/2022 disponendone la celebrazione mediante collegamento da remoto, giusta circolare A.N.A.C. 23 marzo 2020

\* Il Collegio arbitrale si riuniva il 02/12/2022 e sciogliendo la riserva sulla questione pregiudiziale come da separata ordinanza: 1) rigettava la richiesta della I.E.G. srl, *id est* l'eccezione di difetto di competenza del Collegio arbitrale ritenendo la procedura arbitrale perfettamente instaurata, 2) dichiarava valida ed efficace la clausola arbitrale espressa all'art. 21 del Capitolato d'oneri allegato al contratto rep. 10603/2003 del 16 luglio 2003 3) disponeva la prosecuzione del giudizio (**All.n.1**) “*Le ragioni opposte dalla parte istante Comune di Pozzuoli sono condivisibili e prevalenti in quanto bene sostiene l'Ente “...Tale rilievo è destituito di fondamento, laddove solo si consideri che la richiamata previsione normativa trova applicazione ai soli rapporti contrattuali nascenti da bandi pubblicati successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, in forza della disposizione di cui all'art. 216, comma 1, del Codice. L'art. 216 (disposizione transitorie e di coordinamento) del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce, infatti, al comma 1, che, “salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice”, il codice stesso si applica ai contratti i cui bandi siano stati pubblicati dopo la sua entrata in*

vigore.”. Nella stessa misura in cui si ritiene corretto il richiamo all’art 216 anche nel comma 22 che nel prevedere il rinvio all’art. 209 altresì per le controversie relative a contratti i cui bandi siano stati pubblicati prima dell’entrata in vigore del Codice lo fa nella sola parte procedurale e non sostanziale. Di pregio pure le osservazioni della parte istante che riguardano il Capitolato d’oneri. Nell’art. 6 del contratto d’appalto, infatti, sottoscritto tra il Comune di Pozzuoli e la M.A.F.R.A. srl (contratto rep. 10603 del 16 luglio 2003), a cui è subentrata la I.E.G. srl, c’è un chiaro ed espresso riferimento alle regole che governeranno i rapporti tra le parti, “art. 6 La concessione viene concessa dal Comune di Pozzuoli ed accettata dal concessionario sotto l’osservanza piena, assoluta ed inscindibile delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni dedotti e risultanti nel capitolato d’oneri con annesso “Regolamento per la definizione dei rapporti con l’utenza” (Allegato D) e nei seguenti ulteriori atti e documenti che unitamente a quelli citati nella premessa, si intendono facenti parte integrante del presente contratto, anche se qui non materialmente allegati per espressa volontà delle parti...”. Articolo mai contestato da I.E.G. srl all’atto dell’acquisto del ramo d’azienda M.A.F.R.A. srl nel marzo 2011. Il capitolato d’oneri, quindi, costituisce parte integrante ed essenziale del contratto d’appalto concluso tra le parti originali e accettato nella sua pienezza anche da parte resistente che in altri punti dei suoi atti difensivi lo richiama per la disciplina di aspetti ulteriori del rapporto concessorio. Ciò a riprova della piena conoscenza da parte della I.E.G. srl di tutti i documenti atti a regolamentare i rapporti tra le parti e, quindi, anche la parte del Capitolato che prevede il ricorso all’arbitrato per dirimere eventuali controversie nascenti tra le parti (cfr. art. 21). Nel solco di questo ragionamento, del resto, si innesta la norma dell’art. 808 c.p.c. pur non richiamata espressamente negli scritti difensivi di entrambe le parti “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d’arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell’articolo 807. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria.”. La clausola compromissoria, come nel caso che ci interessa, è clausola contenuta nel capitolato d’oneri che è parte integrante del contratto d’appalto, con cui le parti stabiliscono che le future ed eventuali controversie che possano sorgere tra di loro in ordine all’interpretazione del contratto o alla sua esecuzione verranno decise da un collegio arbitrale. Trattasi di clausola negoziale contenuta in un contratto, frutto della volontà delle parti, che può avere ad oggetto tutte le controversie che possono essere decise dagli arbitri ai sensi dell’art. 806 del c.p.c.. Chiaramente la clausola compromissoria, inserita in un atto che è parte integrante del contratto conclusosi mediante sottoscrizione di tutte le parti interessate, conserva la sua efficacia non potendosi parlare e/o invocare la nullità della stessa vista la conoscenza che i contraenti ne avevano inizialmente, come la M.A.F.R.A. srl e avrebbero dovuto avere successivamente i subentranti della I.E.G. srl. Per vero, non può non rilevarsi come il capitolato speciale d’appalto sia conosciuto in fase anche antecedente alla sottoscrizione del contratto di affidamento, se si considera che lo stesso viene pubblicato unitamente al Bando di gara della stazione appaltante e, per l’effetto, noto anche prima della formulazione dell’offerta; in tal senso, il soggetto partecipante, prima ancora di assumere la veste di contraente, era consapevole della circostanza che la risoluzione di eventuali controversie sarebbe stata affidata ad un Collegio Arbitrale. Tra l’altro, proprio la sentenza n. 81 del 2017 citata da I.E.G. srl a supporto della propria tesi difensiva può essere comunque utile se letta, però, nella sua interezza e deduzione arrivando a considerare valida la clausola compromissoria perché nel caso de quo non si può parlare di riferimento generico alla stessa come nel caso della citata sentenza. La volontà delle parti è stata palesata espressamente in un atto integrativo del contratto e nello stesso espressamente richiamato insieme ad altri “...6.1 – In tale quadro si è precisato che qualora in un contratto d’appalto stipulato a seguito di gara d’appalto per licitazione privata indetta da un Comune, le parti abbiano fatto espresso richiamo, quale parte integrante del contratto, alle norme del capitolato per le opere pubbliche approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, fra le quali sono comprese quelle relative alla competenza arbitrale per la definizione delle controversie, non v’è necessità di una separata clausola compromissoria, posto che la volontà dei contraenti trova già la sua espressione “per relationem perfectam” nel richiamo pattizio. In tal caso la fonte della competenza arbitrale va individuata non nella legge, bensì in una convenzione compromissoria (Cass., 24 giugno 2008, n. 17083). 6.2 – In altri termini, la natura pattizia della previsione dell’arbitrato può desumersi attraverso il richiamo al capitolato generale, che prevede, per l’appunto, anche la risoluzione delle eventuali controversie concernenti l’interpretazione e l’esecuzione del contratto di appalto mediante arbitrato. ...” (Cassazione civile, sez. I, 04/01/2017 n. 81) Volontà poi ulteriormente esplicitata e richiamata anche con delibera di Giunta Comunale n. 72 del 3.5.2019 e prima ancora con la determina dirigenziale n. 1597 del 28/08/2015.”

\* All’udienza del 06/12/2022, alla presenza delle parti rappresentate dai loro difensori in collegamento telematico, il Collegio arbitrale oltre a inviare alle parti a mezzo pec l’ordinanza n. 1 del 02/12/2022, assegnava alle stesse i termini di cui all’art. 183 c.p.c. per il deposito di memorie nonché per la produzione di documenti e per le richieste istruttorie “concedendo termini di cui al 183 c.p.c. a decorrere dalla data del 20 dicembre 2022, con deposito rispettivamente il 19 gennaio 2023 (1° termine) il 20 febbraio 2023 (2° termine) e 13 marzo 2023 (3° termine)” e rinviava all’udienza del 18/04/2023 per le incombenze di cui all’art.184 c.p.c.

disponendone la celebrazione mediante collegamento da remoto, giusta circolare A.N.A.C. 23 marzo 2020.

\* Il Collegio arbitrale si riuniva il 28/03/2023 per deliberare sulla richiesta istruttoria, ex art. 210 c.p.c., avanzata dalla I.E.G. srl nella memoria ex art. 183 c.p.c. sesto comma nr. 2, di esibizione da parte della istante, di tutta la documentazione contabile agli atti del Comune di Pozzuoli relativa alla gestione della concessione cimiteriale per gli anni 2011/2013.

\* Il Collegio arbitrale, con il parziale parere difforme dell'avv. Roberto Costagliola, rigettava la richiesta istruttoria di IEG, con espressa motivazione contenuta nella ordinanza che si allega (**All.nr.2**) *“L’istanza di esibizione della documentazione contabile ex art 210 c.p.c. formulata dalla parte resistente, I.E.G. srl, a parere del Collegio Arbitrale (con il parere parzialmente difforme dell’arbitro avv. Roberto Costagliola, per le considerazioni di cui in seguito) si ritiene non possa essere accolta per le ragioni che seguono: - innanzitutto l’istanza così come formulata appare generica. In ordine al contenuto specifico di tale istanza, infatti, occorre fare riferimento all’art. 94 delle disp. att. c.p.c., il quale dispone che essa deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa da esibire. Tale specifica indicazione non soltanto consentirà al giudice, in questo caso l’intero Collegio Arbitrale, di indagare sulla rilevanza del mezzo istruttorio, ma servirà anche ad impedire che la parte si serva del provvedimento esibitorio a scopi meramente esplorativi, trasformandolo in uno strumento per cercare tra i documenti in possesso della controparte la prova per sostenere le proprie ragioni. La parte resistente con la memoria n. 2 ex art. 183 c.p.c. sesto comma, ha richiesto l’esibizione di tutta la documentazione contabile del Comune relativamente alla gestione della concessione cimiteriale per gli anni 2011/2013, adducendo l’esistenza di un conto corrente separato “di cui si ignorano i riferimenti” su cui l’Ente avrebbe distratto le somme che in base alla concessione sarebbero spettate alla I.E.G. srl “l’esibizione ... in particolar modo le scritture contabili nonché quelle relative alle entrate distratte su un Conto corrente intestato al Comune di Pozzuoli su cui venivano versate le entrate derivanti dalla gestione delle lampade votive del Cimitero di Pozzuoli, nonché gli Estratti conto del predetto rapporto e copia delle ricevute relative ad ogni versamento effettuato e relativo alla gestione delle lampade votive del Cimitero di Pozzuoli.”. Nel farlo, però, parte resistente non indica e né deposita alcun elemento e/o fatto probatorio che vada a sostenere tale domanda istruttoria limitandosi a una affermazione apodittica, e introducendo in tal modo una chiara inversione dell’onere della prova. Sempre tenendo in considerazione il contenuto dell’art. 94 disp. att. c.p.c. l’istanza di esibizione deve anche contenere la prova che il destinatario dell’ordine è in possesso della res exhibenda. Indubbiamente, sia l’indicazione specifica del documento che del possesso in capo alla controparte o al terzo implicano che della res exhibenda sia certa anche la materiale esistenza. Nel caso che ci vede impegnati, tuttavia, abbiamo le dichiarazioni di due dirigenti del Comune di Pozzuoli che negano l’esistenza di una gestione separata in ordine alla riscossione dei canoni cimiteriali: A) nota prot. 39610 del 3/10/2013, con la quale il Dirigente dei Servizi Cimiteriali del Comune di Pozzuoli dà espressamente atto “che questo ente, per il periodo pregresso relativo alla data di scadenza contrattuale, non ha incassato alcuna somma di danaro”, B) attestazione a firma del Dirigente della III Direzione del Comune di Pozzuoli del 15/2/2023, anch’essa agli atti del giudizio, nella quale si certifica che la “prima registrazione relativa all’incasso per lampade votive è datata 11 settembre 2013”. Per mettere in discussione la veridicità di tali dichiarazioni parte resistente avrebbe potuto ricorrere tutt’al più allo strumento della querela di falso e non caricare controparte di un’attività oggettivamente onerosa attraverso la produzione di una consistente mole documentale che di fatto genererebbe, come si diceva poc’anzi, una inversione dell’onere della prova. La produzione in giudizio di tutti i documenti contabili così come richiesta dalla I.E.G. srl indubbiamente si presenta notevolmente complessa e non è ricompresa nemmeno tra i casi di cui all’art. 2711 cc 1° comma, che recita “La comunicazione integrale dei libri, delle scritture contabili [2214 ss.] e della corrispondenza [2220 2] può essere ordinata dal giudice solo nelle controversie relative allo scioglimento della società, alla comunione dei beni e alla successione per causa di morte...”. Questo tipo di comunicazione/deposito delle scritture contabili è particolarmente gravosa in quanto include la produzione di tutti i documenti contabili e della corrispondenza correlata. Non a caso il legislatore ha sentito la necessità di elencare al primo comma le ipotesi tassative in cui è previsto l’ordine di comunicazione (e non la facoltà) che può essere emanato solamente su istanza di parte. Si aggiunga, infine, per mera chiarezza espositiva che in base all’indirizzo più che consolidato della Cassazione civile “ In tema di poteri istruttori del giudice, l’emanazione di ordine di esibizione è discrezionale e la valutazione di indispensabilità non deve essere neppure esplicitata; ne consegue che il relativo esercizio è svincolato da ogni onere di motivazione e il provvedimento di rigetto dell’istanza non è sindacabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, trattandosi di strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova dei fatti non possa in alcun modo essere acquisita con altri mezzi e l’iniziativa della parte istante non abbia finalità esplorativa.” (ex multis Cass. civ. n. 27412/2021). L’avv. Costagliola fa rilevare sul punto unicamente che l’inammissibilità dell’istanza di esibizione non riguarda, a parer suo, la rilevata genericità della stessa, in quanto I.E.G. fa riferimento alla documentazione relativa al rapporto contrattuale del Comune di Pozzuoli con la M.A.F.R.A, quanto piuttosto il suo contrasto con le note dirigenziali sopra richiamate con le quali si certifica l’esistenza di una gestione contabile separata in ordine agli incassi relativi al triennio in questione”*

\* All'udienza del 18/04/2023 alla presenza delle parti rappresentate dai loro difensori in collegamento telematico, il Collegio informava di aver sciolto la riserva sulla richiesta istruttoria della I.E.G. srl avanzata nella memoria ex art. 183 cpc sesto comma nr. 2, trasmetteva alle parti l'ordinanza n. 2 del 28/03/2023 mediante invio attraverso pec in pari data, e chiedeva alle stesse di integrare nel termine perentorio di 10 gg la documentazione che risultava essere incompleta in atti. L'ordinanza era condivisa con tutte le parti per una seconda volta il 19/04/2023 insieme al consueto invio di ogni verbale fatto alla Camera Arbitrale. Il Collegio rinviava all'udienza del 23/05/2023 per la precisazione delle conclusioni disponendone la celebrazione mediante collegamento da remoto, giusta circolare A.N.A.C. 23 marzo 2020.

\* All'udienza del 23/05/2023 le parti precisavano le conclusioni riportandosi integralmente agli atti depositati e alle richieste ivi avanzate. Il Collegio prendeva atto del deposito della documentazione richiesta con ordinanza n. 2 del 28/03/2023 e concedeva termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito della comparsa conclusionale e memorie di replica con la formulazione definitiva delle domande, eccezioni e difese *“CONCEDE termini di cui al 190 c.p.c. a decorrere dalla data odierna con deposito rispettivamente il 24 luglio 2023 (1° termine, comparsa conclusionale) e 13 settembre 2023 (2° termine, memorie di replica)”*. Inoltre, venivano anche calcolati i termini per il deposito del lodo e la notifica alle parti *“A decorrere dalla medesima data (13 settembre 2023) scatterà, inoltre, il termine di 4 (quattro) mesi concordato con le parti, istante e resistente, e concesso al Collegio Arbitrale – all'atto della costituzione avvenuta il giorno 13 (tredici) ottobre 2022 - per il deposito del lodo arbitrato, con notifica alle stesse entro il 15 gennaio (quindici) 2024. Dopodiché a cura del Presidente del Collegio Arbitrale il lodo sarà – entro 15 gg dalla notifica alle parti – depositato presso la Camera Arbitrale ANAC ai sensi della normativa vigente (entro il 29 gennaio 2024) unitamente al fascicolo completo della procedura RGA 09/2022 dandone notizia alle parti?”*

\* Le parti depositavano memorie e documenti, nonché formulavano istanze istruttorie nei termini loro assegnati. Data l'impossibilità di raggiungere un accordo transattivo il Collegio faceva illustrare le difese alle parti, riservandosi ogni decisione.

\* Nelle camere di consiglio il Collegio arbitrale si riuniva, come da verbali che si producono, in conferenza telematica nei giorni: 29/09/2023 – 06/10/2023 – 11/10/2023 – 18/10/2023 – 27/10/2023 – 15/11/2023 – 24/11/2023 – 06/12/2023 – 13/12/2023 – 21/12/2023 – 28/12/2023 – 04/01/2024 – 08/01/2024 e discuteva le questioni prospettate dalle parti nei rispettivi atti difensivi e nelle udienze, in cui deliberava il presente lodo.

## IN DIRITTO

La presente controversia ha per oggetto le domande formulate dalla parte istante Comune di Pozzuoli (vedasi domanda di arbitrato e gli altri scritti difensivi) contro I.E.G. srl per le violazioni degli obblighi nascenti dalla *“concessione del servizio di gestione, esercizio e manutenzione dell'impianto di distribuzione elettrica per l'alimentazione delle lampade votive, perenni ed occasionali, nell'ambito del cimitero civico del Comune di Pozzuoli”*, concessione affidata in prima istanza alla MA.FRA s.r.l. e, poi, con una cessione di ramo d'azienda da quest'ultima trasferita a Impresa Elettrica Generale (I.E.G.) con decorrenza dal 01/12/12 fino al 31/05/13, nonché, in via riconvenzionale, sulle domande dedotte da Impresa Elettrica Generale (I.E.G.). Pertanto, per deliberare la fondatezza delle domande delle parti occorre analizzare, in prima istanza, alcuni istituti giuridici quali la natura del rapporto e il fascio di obbligazioni sinallagmatiche nascenti da tale rapporto concessorio, nonché i rapporti intercorrenti tra le parti, la permanenza delle medesime obbligazioni per tutta la durata del rapporto concessorio, il diritto o meno della parte resistente a vedersi riconosciuto un utile minimo dalla concessione.

### 1. SULLA DOMANDA PRINCIPALE DEL COMUNE DI POZZUOLI

**1.1.** Per rispondere al primo quesito posto rispettivamente dalle parti costituite [per **il Comune di Pozzuoli**: 1) *Dica il Collegio se l'Impresa Elettrica Generale S.r.l., I.E.G. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. (C.F. 06848121213), è inadempiente rispetto all'obbligo contrattuale relativo al pagamento in favore del Comune di Pozzuoli degli oneri concessori relativi agli anni 2010, 2011 e 2012 afferenti il contratto richiamato in premessa; - Per la I.E.G. srl a) Rigetti il Collegio Arbitrale le domande e quesiti proposte dal Comune di Pozzuoli e per l'effetto, dichiarati come non è dovuta la complessiva somma di € 51.131,31 a titolo di oneri concessori per gli anni 2010, 2011 e 2012 per le motivazioni, eccezioni e deduzioni che questa difesa si riserva di articolare nei termini di rito], è fondamentale comprendere la natura del rapporto giuridico che disciplina l'attività tra le stesse e da lì, a seguire, stabilire se esiste un obbligo o meno gravante sulla I.E.G. srl di pagare al Comune di Pozzuoli gli oneri concessori rimasti insoluti per gli anni 2010/2012 o se, invece, è la parte resistente a dover essere*

risarcita in prima istanza per una presunta gestione illegittima da parte del Comune di Pozzuoli data l'attivazione di un supposto conto corrente separato su cui sarebbero confluiti direttamente i canoni degli utenti o in via gradata ancora il riconoscimento di un utile minimo garantito a detta della I.E.G. srl presente nel contratto concessorio

**1.2.** La questione preliminare inerente la natura del rapporto porta ad affermare che tra Comune di Pozzuoli e I.E.G. srl si sia instaurata una concessione di servizi.

**1.3.** L'art. 3, comma 1, lettera vv) D.Lgs. n. 50 del 2016 definisce la concessione di servizi come: “ *un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*”. Secondo il consolidato orientamento del Consiglio di Stato, l'elemento qualificante della concessione di servizi è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario, circostanza che deve ritenersi applicabile anche al caso di specie. In presenza di una concessione di servizi le modalità di remunerazioni pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione e implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. In particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio. (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 16.06.2022 n. 4949 L'art. 3, comma 1, lettera vv) d.lgs. n. 50 del 2016 definisce come ‘concessione di servizi, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi. Secondo il consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato (v. Cons. Stato n. 2810 del 2020), l'elemento qualificante della concessione di servizi è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario. In presenza di una concessione di servizi, le modalità di remunerazioni pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07); in particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio (v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori della sfera di controllo delle parti (v. Considerando 20 e l'art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione). Tutto ciò ricadeva nei normali rapporti tra il Comune di Pozzuoli e l'originaria concessionaria, la MA.FRA srl, [che medio tempore è fallita (Tribunale di Nola sent. 110/2012)] in virtù del contratto Rep. n. 10603 del 16.7.2003 e dopo la cessione del ramo di azienda di quest'ultima tra l'Ente e la I.E.G. srl.

**1.4.** Per addentrarci in aspetti squisitamente tecnico-giuridici si può far capo a una distinzione rilevante che fugge ogni dubbio sollevato in questo procedimento a proposito di un corrispettivo da risarcimento danni e poi mancato minimo utile garantito rivendicati da I.E.G. srl, ed è quella fra appalto di servizi e concessione di servizi pubblici, anche sotto il profilo della modalità di affidamento. Tale differenziazione è ben delineata nella sentenza del Cons. Stato, V, 30 aprile 2002, n. 2294 “*La dottrina tradizionale ha individuato la distinzione fra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, facendo riferimento a molteplici criteri: a) la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; b) il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; c) l'effetto accrescitivo della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; d) il trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico. ... L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio*”. Chiaramente ciò comporta ulteriori conseguenze sulla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta

all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. La concessione è di pubblico servizio quando il concessionario (concessione traslativa) presta un'attività al posto dell'Amministrazione pubblica. In tale concessione prevale l'obiettivo dell'erogazione di un servizio pubblico. La prevalenza funzionale del servizio rimane anche se sul concessionario grava l'onere di realizzazione di lavori accessori, obbligo che gravava sulla MA.FRA srl e, poi, sulla I.E.G. srl (cfr Consiglio di Stato, sez. 6a, n. 2634 del 15 maggio 2002 *“Le concessioni di servizi pubblici, nel quadro del diritto comunitario, non si distinguono dagli appalti di servizi per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio. Sono applicabili alle concessioni di servizi i principi comunitari di non discriminazione in ragione della nazionalità, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità”*). Nella concessione di servizi, il concessionario non solo svolge un ruolo sostitutivo rispetto all'amministrazione, ma si impegna anche in un rapporto più ampio che include gli utenti del servizio, che a loro volta contribuiscono al pagamento attraverso tariffe o canoni. Questo rapporto trilaterale è fondamentale per comprendere come la remunerazione del concessionario sia intrinsecamente legata alla sua capacità di gestire efficacemente il servizio e di rispondere alle esigenze della collettività. È proprio questa gestione dei rischi e delle opportunità che distingue la concessione dall'appalto di servizi, con implicazioni significative per la determinazione delle responsabilità finanziarie e gestionali (cfr Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08: *“si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi”*.)

**1.5.** Data per pacifica tale premessa, l'altro aspetto da valutare, come logica e stretta conseguenza di quanto sopra emarginato, riguarda il contenuto del sinallagma e, quindi, le prestazioni a cui ancora erano tenute le parti all'epoca dei fatti, anche alla luce della cessione del ramo d'azienda avutasi nel 2011. Vanno analizzate nel caso di specie le prestazioni gravanti sulle parti, su I.E.G. srl, visto che la stessa subentra alla originaria MA.FRA. srl a seguito di trasferimento di ramo d'azienda avvenuto nel marzo 2011 e, poi, sul Comune di Pozzuoli.

**1.6.** Come ricorda la parte istante *“La I.E.G. S.r.l. eccepisce di non essere responsabile nei confronti del Comune di Pozzuoli, in via solidale con la sua dante causa e originaria concessionaria dell'ente MA.FRA. S.r.l., dei debiti relativi ai canoni concessori oggetto della domanda di arbitrato. L'eccezione fa leva sull'asserita circostanza che i predetti debiti non sarebbero riportati nei libri contabili obbligatori, invocandosi il disposto dell'art. 2560 c.c. L'eccezione, fermo il difetto di prova, è assolutamente priva di pregio. E' noto che, in tema di cessione di azienda, il regime fissato dal secondo comma del cit. art. 2560 c.c. - secondo cui dei debiti relativi all'azienda ceduta risponde anche l'acquirente dell'azienda allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori - trova applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricollegano - come nella fattispecie - a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 c.c. In tal caso, infatti, secondo il costante orientamento dei Giudici di Legittimità, la responsabilità si inserisce nell'ambito della sorte del contratto purché non ancora esaurito (cfr., in termini, Cass. II sez., 14/10/2022 n. 30296; in senso conforme Cass. n. 8055/18; n. 8539/18 e n. 11318/2004)”*. La posizione della parte resistente, invece, è orientata ad affermare *in primis*, la totale assenza di responsabilità e/o obbligazioni di qualsivoglia natura nei confronti della parte istante invocando l'art. 3 del contratto di cessione del ramo di azienda, noto all'Ente, che nella sostanza prevedeva che *“tutto ciò che era afferente alla gestione precedente alla cessione era imputabile esclusivamente alla cedente risultando estranea al precedente rapporto la società cessionaria I.E.G. s.r.l.”* (cfr memoria n. 1 I.E.G.). Da qui nessun rapporto obbligatorio in capo alla società resistente nei confronti del Comune di Pozzuoli per obbligazioni precedenti alla sottoscrizione della cessione del ramo d'azienda. Per suffragare ulteriormente tale posizione la I.E.G. srl invoca l'applicazione dell'art. 2560 c.c. secondo cui *“L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”*.

Per la parte “*La norma in esame, al primo comma, chiaramente obbliga l’alienante a tenere indenne dai debiti anteriori al trasferimento i creditori i quali solo con il loro assenso possono liberare il cedente. Al secondo comma, invece, la norma dispone la solidarietà del cessionario solo per quei debiti che risultano dai libri contabili obbligatori. Il tenore della norma è chiaro nel vincolare il cessionario solo su partite di debito a sua conoscenza mentre viene esclusa ogni responsabilità per i debiti pregressi che non sono indicati nelle scritture contabili ovvero sconosciuti al cessionario. Dall’applicazione dei predetti principi al caso di specie, appare evidente che, non essendo ricavabili dalle scritture contabili, i crediti che vanterebbe il Comune di Pozzuoli per la pregressa gestione del contratto ceduto, non sussiste alcuna responsabilità solidale in capo al cessionario proprio perché tali debiti non risultano dalle scritture contabili obbligatorie.*”.

**1.7.** In questo contesto il Collegio arbitrale è stato chiamato a esprimersi su quale articolo del codice civile sia più pertinente al caso in esame. Sul punto i pareri si sono divisi, non essendoci stata unanimità tra i componenti del Collegio arbitrale i quali aderiscono a indirizzi dottrinali parzialmente difformi, con alcuni che supportano l’applicazione al caso di specie dell’art. 2558 c.c. in conformità con il parere dell’arbitro designato dalla parte istante, avv. Anna Sannino, e del Presidente del Collegio arbitrale, avv. Iulia Iemma, con parere divergente dell’arbitro designato dalla I.E.G., avv. Roberto Costagliola, che motiva l’applicazione dell’art. 2560 c.c. attraverso una relazione che si allega al presente lodo (Relazione Costagliola).

**1.8.** Risulta essere qui fondamentale per la ricostruzione concettuale del percorso finalizzato alla risoluzione dell’intera vicenda e, quindi, dei primi quesiti posti dalle parti proprio l’analisi delle norme testé richiamate. In tale prospettiva vengono in rilievo, come visto, in posizione alternativa gli artt. 2558 e 2560 c.c.. Questa dicotomia interpretativa solleva questioni fondamentali sulla natura delle responsabilità post-cessione e sulle aspettative legittime delle parti in merito alle obbligazioni contrattuali. L’art. 2558 c.c. e l’art. 2560 c.c. offrono due percorsi normativi distinti che determinano esiti giuridici significativamente diversi a seconda dell’applicazione al caso specifico. La prima norma (2558), intitolata (Successione nei contratti) dispone che “*Se non è pattuito diversamente, l’acquirente dell’azienda subentra nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda stessa che non abbiano carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell’alienante. Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell’usufruttuario e dell’affittuario per la durata dell’usufrutto e dell’affitto*”.

**1.9.** L’art.2560 c.c. (Debiti relativi all’azienda ceduta) prevede quanto di seguito: “*L’alienante non è liberato dai debiti, inerenti all’esercizio dell’azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un’azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l’acquirente dell’azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori*”.

**1.10.** Ai sensi dell’art. 2558 c.c., salvo diversa volontà delle parti, l’acquirente subentra automaticamente nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda, indipendentemente dal consenso del contraente ceduto. Tuttavia non si trasferiscono automaticamente al cessionario dell’azienda i contratti che abbiano carattere personale; in tali casi, il contratto può essere ceduto con l’azienda solo con il consenso del contraente ceduto. Il terzo contraente può recedere dal contratto entro 3 mesi dalla notizia del trasferimento se sussiste una giusta causa. Il trasferimento dei contratti nell’ambito della cessione d’azienda ha grande importanza; spesso esso costituisce il motivo principale per cui l’acquirente si determina all’acquisto. La norma mira, quindi, ad agevolare il subingresso dell’acquirente nei rapporti contrattuali in corso di esecuzione che l’alienante ha concluso con fornitori, finanziatori, dipendenti, clienti etc., necessari per lo svolgimento dell’attività produttiva, consentendo il più possibile il trasferimento dell’attività produttiva e, successivamente, anche dell’avviamento aziendale; tutelando, perciò, la posizione dell’acquirente e il suo interesse a subentrare nei contratti aziendali in corso, derogando alla disciplina civilistica generale dettata in materia di cessione del contratto dall’art. 1406 c.c. Infatti, mentre quest’ultima norma consente la sostituzione nel rapporto contrattuale solo qualora vi sia il consenso del contraente ceduto, nella cessione d’azienda la successione dell’acquirente nei contratti avviene automaticamente (*ope legis*), in quanto l’esigenza della tutela dell’attività d’impresa prevale rispetto alle esigenze di protezione dell’autonomia individuale. La successione dell’acquirente nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda è un effetto automatico del trasferimento dell’azienda; essa prescinde da una manifestazione di volontà delle parti, ulteriore rispetto al consenso al trasferimento dell’azienda, potendo la volontà delle parti rilevare solo al fine di escludere tale subentro. In altri termini, in caso di trasferimento di azienda, la successione nei contratti si verifica automaticamente con riferimento a tutti i contratti inerenti l’esercizio dell’azienda, anche qualora cedente e cessionario non abbiano espressamente convenuto il subentro e anche in relazione ai contratti di cui il cessionario ignori l’esistenza.

**1.11.** Arrivando al punto nodale della vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio arbitrale. La giurisprudenza prevalente (su cui più approfonditamente in seguito) ritiene che l'art. 2558 c.c., si applichi quando i contratti a prestazioni corrispettive non siano stati integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell'azienda, o vi siano obblighi facenti capo all'alienante o al terzo contraente, e che l'art. 2560 c.c. in tema di passaggio dei debiti si applichi solo quando i rapporti contrattuali sono già stati interamente definiti. Da qui la dicotomia: successione nel contratto o successione nel debito.

**1.12.** In linea teorica tra le due norme c'è una distinzione chiara: la successione nei contratti — regolata dall'art. 2558 cod. civ. — si applica ai negozi a prestazioni corrispettive non integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell'azienda: nei quali, cioè, a prestazioni promesse e non ancora eseguite da parte dell'alienante si contrappongono quelle promesse e non ancora eseguite della controparte; se invece questa ha già eseguito la propria prestazione, residua un mero debito a carico dell'alienante, con conseguente applicazione dell'art. 2560 cod. civ. Nella prassi, in taluni casi, detta distinzione rischia di divenire evanescente, attesa la non sempre agevole individuazione delle fattispecie in cui, nonostante l'apparente presenza di un contratto, si versi in realtà nella diversa ipotesi della presenza unicamente di una situazione di debito.

**1.13.** Nonostante le sfumature viste, il caso sottoposto all'esame del Collegio sembra supportare l'esistenza di un contratto con elementi che indicano la continuazione delle relazioni contrattuali anziché la semplice presenza di un debito. La prevalente interpretazione giurisprudenziale afferma che l'articolo 2558 c.c. si applica in presenza di un'obbligazione contrattuale non completamente adempiuta, dove esiste ancora una sinallagmaticità attuale. Si è detto che la linea di demarcazione tra i due istituti è tracciata, da giurisprudenza pressoché unanime, nella presenza, o meno, della integrale esecuzione delle prestazioni contrattuali che farebbe residuare, almeno in relazione a una delle parti del contratto, una mera posizione di debito. In particolare, l'interpretazione coordinata delle due norme, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità (*sin da Cass. Civ., Sez. II, 20.07.1991, n. 8121 ma non diversamente in Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 4248 per citare un arresto più recente*) porta a ritenere che quella dell'art. 2558 c.c. debba applicarsi ogni qual volta al debito contrattuale di colui che trasferisce l'azienda si contrappone, in rapporto di sinallagmaticità, un credito attuale, derivante dallo stesso negozio giuridico, nei confronti del contraente ceduto, e che, invece, la disposizione dell'art. 2560 c.c. riguardi il caso in cui il debito contrattuale non sia bilanciato da un credito corrispondente.

**1.14.** Dal combinato disposto delle due norme emerge che la successione nei contratti di cui all'art. 2558 c.c. trova applicazione in caso di negozi a prestazioni corrispettive non integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell'azienda, mentre, ove il terzo contraente abbia già eseguito la propria prestazione, residua un mero debito la cui sorte è regolata dall'articolo 2560 c.c. È dunque principio condiviso, quello in forza del quale il congegno stabilito dall'articolo 2560, comma 2, c.c., con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta, è destinato a essere applicato quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'articolo 2558 c.c., posizioni, queste, che seguono la sorte del contratto. La regola posta dal primo comma dell'art. 2558 c.c. è, dunque, applicabile soltanto ai contratti con prestazioni corrispettive non ancora interamente eseguite da alcuna delle parti, mentre non rientrano nella previsione di tale norma, ma in quella dell'art. 2560 c.c., sia i rapporti obbligatori sorti da contratti a prestazioni corrispettive di cui quella o quelle poste a carico di uno dei contraenti siano state già interamente eseguite, sia quelli aventi la propria fattispecie costitutiva in un contratto con prestazioni a carico di una sola parte.

**1.15.** Il punto da considerare è la natura e la permanenza o meno delle prestazioni reciproche nel rapporto concessorio per tutta la durata dello stesso. Nulla fa presumere, e nemmeno un orientamento giurisprudenziale sembra suffragare una posizione diversa e/o contraria nella concessione, (nulla cioè porta a ritenerlo) che la prestazione da parte dell'amministrazione si esaurisca nella semplice messa a disposizione della concessione stessa al privato, restando, invece, in capo alla medesima tutta una serie di poteri attuativi e decisorii. Va detto che data l'assenza di una specifica disposizione *ad hoc* nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) occorre chiarire quale sia il confine tra l'applicazione delle norme di diritto privato e lo sviluppo di un'autonoma regolazione pubblicistica. Il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che i contratti ad oggetto pubblico «non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”» (così Consiglio di Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653). Quindi, tocca alla

parte che ritiene di poter individuare nelle maglie della normativa vigente una parziale deviazione da quella che è la natura tipica del sinallagma del contratto a prestazioni corrispettive e onerose dimostrare di come nella concessione dei servizi la prestazione dell'amministrazione si sia esaurita nella fase iniziale entrando la società nella sola posizione debitoria della concessionaria iniziale.

**1.16.** Ci sono vari esempi al riguardo: ogni rapporto si può sciogliere nel caso in cui si dovessero verificare mutamenti di circostanze che inficino notevolmente la funzionalità e l'equilibrio del sinallagma originario; posto che esiste l'importante esigenza di assicurare, con un certo grado di certezza, la costruzione o l'ultimazione di un'opera ovvero la prestazione di un servizio, si prevede che la parte lesa possa, in sostituzione, domandare la revisione del prezzo originariamente pattuita. I contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentendo di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione, garantendo al contempo la massima efficacia nell'uso dei fondi pubblici. A livello definitorio, risulta pacifico che le concessioni sono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo *“il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori riconoscendo a titolo corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione di servizi?”*. Nella concessione di pubblici servizi l'amministrazione non gestisce direttamente le operazioni tramite contratti di appalto, ma si spoglia semplicemente della gestione commettendola ad un altro soggetto, **tale iato giustificerebbe il permanere in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità nella regolazione del rapporto rispetto alla normativa in tema di appalto di servizi con una incisività che permane in tutta la durata del rapporto concessorio. È nelle caratteristiche strutturali che la differenziano dalle forme contrattuali che si evidenzia l'elemento caratteristico della concessione che non porta a ritenere di come si discosti oltre il dovuto dall'impianto codicistico che detta le regole del contratto a prestazioni corrispettive.** Acclarato che tra il Comune di Pozzuoli e la MA.FRA è stata convenuta una concessione di servizi, occorre calare il criterio distintivo elaborato dalla giurisprudenza al caso di specie, per accertare se possa rinvenirsi una ipotesi di integrale esaurimento delle prestazioni contrattuali a carico di una parte (nel nostro caso, il Comune) e, quindi, di venir meno del nesso di sinallagmaticità tra le posizioni delle parti. Non convince la prospettazione secondo la quale nel modulo della concessione di servizi come quella di cui si controverte, la prestazione del concedente si limiterebbe ed esaurirebbe nel porre a disposizione la struttura, quale nel caso che ci occupa è rappresentato dal cimitero comunale, con permanenza di tutte le prestazioni contrattuali solo in carico al concessionario. Potrebbe osservarsi che quella che è stata stipulata tra le parti è una concessione-contratto; pertanto, quand'anche il Comune avesse esaurito la sua prestazione per così dire “concessoria” nel “concedere” l'utilizzo dell'impianto di illuminazione votiva del cimitero, è evidente che residuano tutte le prestazioni contenute nella componente “contratto” del rapporto tra le parti. Ma, anche senza voler operare la predetta scissione, non possono non rilevarsi tutte le ipotesi del contratto e del capitolato speciale di appalto che ne costituisce, per espressa previsione, parte integrante e sostanziale, che dimostrano in maniera incontrovertibile come il Comune (qui di Pozzuoli) non sia un soggetto che non abbia la titolarità di diritti e doveri, tanto da poter sostenere che il sinallagma residua solo tra concessionario e utente finale. È il concedente che, senza banalizzare ma esemplificando il concetto, ogni giorno consente l'accesso alle sue strutture e alla sua impiantistica, adempiendo in tal modo ad una specifica, e perdurante, obbligazione posta a suo carico. Così come permangono in capo al Comune una serie di obblighi, non solo episodici ed eventuali, che valgono a escludere che il sinallagma sia venuto meno. Ancor meno convince che il sinallagma sia per definizione mancante nei rapporti di concessione perché una siffatta impostazione condurrebbe inevitabilmente a escludere ai predetti rapporti tutti gli istituti che pongono rimedio proprio all'alterazione del sinallagma: si pensi, per tutti, alla risoluzione per eccessiva onerosità, pacificamente applicabile anche alle concessioni. Si veda in tal senso, per tutte, la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 in cui si precisa che la natura contrattuale della concessione-contratto di lavori e servizi pubblici non comporta di per sé la diretta applicazione delle norme del c.c. in tema di obbligazioni e contratti; pertanto, l'esperibilità dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità

sopravvenuta richiede un esame in concreto in ordine all'applicabilità dell'istituto ai contratti della P.A., non essendo diretta conseguenza della "espressa natura contrattuale" riconosciuta dall'art. 3 D.lgs. 163/2006. Parimenti, sostiene il G.A., non si può escludere che, sussistendone i presupposti, che possa fare applicazione anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare. Se possono astrattamente trovare applicazione gli istituti della risoluzione, per eccessiva onerosità o per inadempimento, non vi è dubbio che il sinallagma strutturalmente persista. Nella medesima direzione, va considerato il testo dell'art.192 del nuovo Codice degli Appalti che espressamente disciplina il potere di rinegoziare la concessione al verificarsi di eventi che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, alterando in tal modo proprio l'equilibrio sinallagmatico, ma non diversamente prevedeva l'art.165 del D.lgs. 50/2016 su cui più ampiamente si veda infra. Né può valere a negare la persistenza del sinallagma la circostanza rappresentata dalla previsione, in capo alla P.A. concedente, di una serie di poteri e potestà che sono espressione della posizione di supremazia che essa riveste all'interno del nostro ordinamento. Basti a tale proposito considerare come detti poteri (si pensi per tutte al recesso "in qualunque momento" ex art.109 del vecchio codice e dell'art.123 del nuovo codice degli appalti) che configura una posizione speciale e autoritativa della P.A. pur all'interno di un rapporto pacificamente sinallagmatico qual è quello dell'appalto.

**1.17.** Per altro verso, ma con il medesimo risultato applicativo, è difficile sostenere che la I.E.G. sia subentrata solo nella parte "attiva" del rapporto contrattuale, atteso che ha continuato a incassare i proventi del servizio di illuminazione votiva, e contemporaneamente escludere il subentro nella parte "passiva", rappresentata dall'obbligo di versamento dei canoni concessori: a che titolo sarebbero stati incassati i predetti proventi? È evidente che il subentro, che chiaramente c'è stato, copre l'intero assetto delle obbligazioni scaturenti dal contratto. Chiarita, dunque, la permanenza del sinallagma con tutte le prestazioni che restano a carico delle parti del rapporto concessorio; e il rapporto tra Comune di Pozzuoli e I.E.G. srl non fa eccezione, escludendo in radice la fondatezza della richiesta di risarcimento danni avanzata nella prima domanda riconvenzionale della parte resistente.

## **2. SULLA PRIMA DOMANDA RICONVENZIONALE DELLA I.E.G. S.R.L.**

**2.1** quanto invocato dalla I.E.G. s.r.l. nella prima domanda riconvenzionale (e nel complesso degli scritti difensivi: richiesta di risarcimento danni per fatto illecito del Comune - presenza della sola posizione debitoria della resistente – esaurimento prestazioni a carico dell'Ente) non può trovare applicazione non solo alla luce di quanto precede, ma anche tenendo conto della circostanza dirimente di non aver provato nel corso del giudizio quanto sostenuto nei propri atti difensivi e cioè che ci sarebbe stata da parte del Comune di Pozzuoli una gestione separata e, perciò, illegittima dei canoni cimiteriali, in aperta violazione del rapporto concessorio, attraverso l'attivazione di un conto corrente parallelo su cui sarebbero confluiti i versamenti dei canoni medesimi da parte dell'utenza. Sul punto la I.E.G. srl non solo non ha prodotto nessuna documentazione che provasse la circostanza, in sé grave, affermata, ma ha pure palesemente introdotto l'inversione dell'onere della prova insistendo sulla richiesta di esibizione della documentazione contabile ex art. 210 c.p.c. istanza respinta dal Collegio con **ordinanza motivata del 28/03/2023 e notificata alle parti tutte in ben 2 (due) occasioni: il 18/04/2023 e il 19/04/2023** (destituita di ogni fondamento, pertanto, l'accusa rivolta al Collegio dalla I.E.G. s.r.l. nella propria comparsa conclusionale di non aver notificato alle parti l'ordinanza de quo), alla cui lettura si rimanda, anche alla luce di ben 2 (due) dichiarazioni dei massimi dirigenti dell'Ente che avevano negato l'esistenza del conto corrente separato "*A) nota prot. 39610 del 3/10/2013, con la quale il Dirigente dei Servizi Cimiteriali del Comune di Pozzuoli dà espressamente atto "che questo ente, per il periodo pregresso relativo alla data di scadenza contrattuale, non ha incassato alcuna somma di danaro", B) attestazione a firma del Dirigente della III Direzione del Comune di Pozzuoli del 15/2/2023, anch'essa agli atti del giudizio, nella quale si certifica che la "prima registrazione relativa all'incasso per lampade votive è datata 11 settembre 2013"*".

## **3. SULLA SECONDA DOMANDA RICONVENZIONALE DELLA I.E.G. S.R.L.**

**3.1** La seconda domanda riconvenzionale sollevata da I.E.G. s.r.l. affronta la questione dell'utile non realizzato, specificatamente la discrepanza tra gli utili effettivamente ricevuti e un ipotetico utile minimo garantito che la società sostiene fosse implicito nel contratto di concessione, viene in rilievo l'art. 3 del Capitolato d'Oneri, costituente parte integrante e sostanziale del contratto di appalto rep. 10603 del 16/07/03, che così dispone: "*La consistenza delle lampade votive perenni, relativa alla data di stesura del presente Capitolato, risulta pari a circa 8.000 unità, tra quelle collocate presso edicole, cappelle, spalliere, loculi e tombe a sarcofago*

*e quelle installate nei campi di inumazione. Il numero delle lampade votive occasionali, relative al periodo della commemorazione dei defunti sulla base dell'ultimo triennio è rimasta pari a circa 30.000 (5x6.000). Ai fini della presente concessione le consistenze sopra indicate devono intendersi meramente indicative e potranno variare senza limiti in aumento, anche in relazione ad eventuale ampliamento dell'area cimiteriale ovvero diminuire al 60% (sessanta per cento) della stessa consistenza, senza che il Concessionario possa accampare pretesa o formulare eccezione alcuna*".

**3.2** La clausola contrattuale è formulata in modo tale da considerare tali numeri come puramente indicativi, lasciando spazio a fluttuazioni sia per aumenti che possano derivare da ampliamenti del cimitero sia per diminuzioni fino al 60% della consistenza indicata, senza che ciò dia diritto al concessionario di sollevare obiezioni o rivendicazioni; cioè i dettagli forniti nel Capitolato, sono dichiarati come indicativi e suscettibili a variazioni significative, sia per incrementi potenziali legati all'ampliamento dell'area cimiteriale sia per diminuzioni fino al 60% senza che ciò comporti pretese o eccezioni da parte del concessionario. Questa clausola contrattuale è stata interpretata dalla maggioranza degli arbitri (avv. A. Sannino per l'istante e il Presidente, avv. I. Iemma, con parere divergente dell'arbitro designato dalla I.E.G. s.r.l., avv. Roberto Costagliola, che motiva diversamente attraverso una relazione che si allega al presente lodo (cfr., anche qui, Relazione avv. Costagliola allegata) come indicativa del fatto che non esiste un obbligo contrattuale per un utile minimo garantito, poiché i partecipanti alla gara sono stati resi consapevoli della natura previsionale e della variabilità potenziale dei numeri delle lampade, oltre alla difficoltà intrinseca di predeterminare la domanda effettiva per il servizio di illuminazione votiva. Infatti, proprio il riferimento letterale al carattere *meramente indicativo* del numero delle lampade occasionali e alla sua variabilità ha, sin dal momento dello svolgimento della procedura di evidenza pubblica e della formulazione delle offerte da parte dei partecipanti, reso edotto questi ultimi di come la consistenza dei cc.dd. punti luce fosse conteggiato in maniera previsionale e, del resto, diversamente non avrebbe potuto statuirsi: non è possibile, se non in termini del tutto ipotetici, stabilire quanti saranno gli utenti che formuleranno richiesta di fruizione del servizio di illuminazione votiva, nella sua diversa configurazione di illuminazione perpetua (con canone versato annualmente) od occasionale (quale tipicamente richiesta in occasione della commemorazione dei defunti che ricorre in novembre). Il testo dell'art. 3 in discorso soccorre anche nel senso di prefigurare quali sarebbero stati i rimedi nell'ipotesi in cui la effettiva consistenza del servizio richiesto fosse risultata significativamente inferiore rispetto a quella stimata. Il riferimento alla impossibilità che il concessionario, fino alla diminuzione del 60% della consistenza prevista, non potesse "**accampare pretesa o formulare eccezione alcuna**" palesa come lo scostamento tra previsto e realizzato andasse sanato, appunto, attraverso la formalizzazione di doglianze funzionali al ripristino dell'equilibrio economico-finanziario che detto scostamento oltre il limite massimo "tollerato" era andato ad alterare.

**3.3** Il concetto di rischio operativo gioca un ruolo chiave in questa discussione, definito dalla direttiva 2014/23/UE all'art. 5 e all'art. 3 lett. zz) e dal D.Lgs. n. 50/2016 come il rischio associato alla gestione dei lavori o dei servizi che comprende incertezze sia dal lato della domanda sia dell'offerta. Questo rischio è trasferito all'operatore economico e si realizza quando, in condizioni normali, non è assicurato il recupero degli investimenti o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile. La giurisprudenza recente e consolidata riconosce il rischio operativo come una caratteristica distintiva e costitutiva della concessione di servizi, contrapposta all'appalto, dove il rischio imprenditoriale e la variabilità della domanda non hanno lo stesso peso. Il corretto inquadramento di queste nozioni ha implicazioni dirette non solo sulle procedure di aggiudicazione, ma anche sull'esecuzione del contratto, influenzando le aspettative e le responsabilità delle parti coinvolte. Dall'inquadramento visto del rapporto come concessione di servizi discende la conseguente operatività della regola di cui all'art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui nei contratti di concessione **opera il trasferimento al concessionario del rischio operativo** definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz). Il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario è un principio cardine del contratto di concessione, come sottolineato dall'articolo 165 del D.Lgs. n. 50/2016. Secondo la giurisprudenza, la stima approssimativa del fatturato da parte della stazione appaltante non può neutralizzare l'alea imprenditoriale, né trasferire il rischio d'impresa al concedente. Questo mantiene l'essenza della concessione di servizi, in cui il concessionario si assume il rischio operativo. (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2926/2017). Anche dai recenti arresti del giudice amministrativo (si vedano Consiglio di Stato, sez. V, 16.06.2022 n. 4949 e TAR Napoli, 15.06.2022 n. 4059) è possibile osservare come

elemento caratteristico e costitutivo della concessione di servizi sia proprio il rischio operativo. Tale elemento è idoneo a identificare e circoscrivere tale fattispecie con figure contrattuali ad esso affini, quali la concessione di beni e l'appalto di servizi. Non solo, il corretto inquadramento della fattispecie ha ricadute immediate anche sull'iter di aggiudicazione ed esecuzione del contratto. Soprattutto, il corretto inquadramento della fattispecie, fondato sulla nozione di rischio operativo, ha pure riflessi importanti sul versante esecutivo, escludendo la responsabilità della stazione appaltante in caso di minor remunerazione del concessionario rispetto le stime fornite negli atti di gara. Non a caso, non può non rilevarsi come il rischio legato alla fluttuazione e imponderabilità della domanda dell'utenza sia una fattispecie paradigmatica e di assoluta frequenza nella prassi in materia di concessioni di servizi e non sussistono motivi per non inquadrare la vicenda concessoria che ha legato il Comune di Pozzuoli alla MA.FRA prima e alla I.E.G. dopo nel consolidato modello sopra descritto. Dall'altro lato, proprio la previsione normativa di istituti che vanno ad intervenire, sanandole, situazioni di intollerabile alterazione del sinallagma contrattuale, inteso quale equilibrio (nel caso delle concessioni, di tipo economico-finanziario) tra prestazione posta a carico del concedente (messa a disposizione del bene e obbligazioni collaterali) e controprestazione del concessionario (versamento del canone concessorio pattuito) vale a dimostrare come questo sarebbe stato il percorso, sussistendone i relativi presupposti, di reazione della I.E.G. srl ad una richiesta di servizi da parte dell'utenza inferiore di oltre il 60% di quella stimata in sede di gara.

**3.4** Come evidenziato nella giurisprudenza più recente (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 04.02.2022 n. 795), *“Il rischio assunto dal concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica. Si tratta, come noto, di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in giuoco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell'appalto non compare. In questo quadro il piano economico finanziario ha la funzione di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa (ossia la «contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria») attraverso la «corretta allocazione dei rischi» (art. 165, comma 2, cit.; corretta allocazione che può eventualmente essere temperata da un intervento finanziario posto a carico dell'amministrazione concedente), lungo tutto l'arco temporale della gestione (si osservi che nella procedura di gara in esame la lettera di invito consentiva ai concorrenti di proporre una durata massima pari a 30 anni). Se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la lex specialis della procedura per la selezione del concessionario. Controllo che non si svolge secondo gli schemi propri del giudizio di anomalia dell'offerta nelle procedure d'appalto, il cui oggetto è comunque circoscritto sia per la (di regola) limitata durata nel tempo dell'affidamento, sia per l'assenza di uno specifico rischio operativo e della domanda in capo all'appaltatore. L'assunzione del rischio imprenditoriale da parte del concessionario, i limiti entro i quali tale assunzione è ammissibile e non compromette il proficuo svolgimento dell'attività affidata al terzo [la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria: art. 3, comma 1, lett. fff)], è l'oggetto delle valutazioni riservate all'amministrazione concedente”*.

**3.5** Orbene, se l'adeguatezza e la sostenibilità del rischio operativo deve essere valutata sulla base delle prescrizioni che l'amministrazione concedente ha dettato con la lex specialis elaborata in sede di selezione del concessionario, è di tutta evidenza come il parametro fissato nel Capitolato d'Oneri di una modifica della consistenza delle postazioni di illuminazione votiva superiore al 60% rappresentava proprio il valore soglia che abilitava la richiesta di richiedere *“la correzione dello squilibrio, o quanto meno l'aggiornamento delle condizioni economico-finanziarie di concessione”* (così, Consiglio di Stato, sez. V, 20.07.2020 n. 4636). Tanto non è stato fatto e a detta mancanza non può rimediarsi avanzando il diritto ad un *“utile minimo garantito”* che non trova conforto alcuno né nella configurazione concettuale e normativa della concessione di servizi, né nel testo del Capitolato d'onori vincolante entrambe le parti del rapporto.

### **Tutto quanto premesso e ritenuto**

Il Collegio Arbitrale:

- rigettata l'eccezione della società I.E.G. srl parte resistente di inammissibilità della domanda arbitrale per nullità della clausola compromissoria
- rigettata l'eccezione della società I.E.G. srl parte resistente di inammissibilità della domanda arbitrale per omessa indicazione della clausola compromissoria nel contratto di appalto richiamata invece nel capitolato d'onori parte integrante del contratto summenzionato;
- rigettata l'eccezione della società I.E.G. srl parte resistente di incompetenza del Collegio Arbitrale,

### ritenuta valida la presente procedura arbitrale

1. accoglie la domanda della parte istante Comune di Pozzuoli e condanna la I.E.G. s.r.l. al pagamento dei canoni cimiteriali (come da contratto richiamato in narrativa) per gli anni 2010/2011/2012 per un ammontare di € 51.131,31;
2. accoglie la domanda della parte istante Comune di Pozzuoli e condanna altresì la parte resistente al pagamento degli interessi legali dovuti dall'atto di costituzione in mora del 02/12/2014, notificato alla I.E.G. s.r.l. il 09/12/2014, fino alla data dell'effettivo soddisfo;
3. rigetta la richiesta della società I.E.G. s.r.l., parte resistente, di riconoscimento del risarcimento del danno di € 229.280,00 per non aver provato l'esistenza di una gestione parallela dei canoni cimiteriali da parte del Comune di Pozzuoli attraverso l'attivazione di un conto corrente ad hoc;
4. rigetta la richiesta della società I.E.G. s.r.l. parte resistente di riconoscimento di un mancato minimo utile garantito di € 160.956,58 (pari alla differenza tra gli utili materialmente percepiti e il presunto utile minimo stabilito da contratto) non essendo stato previsto lo stesso all'interno del contratto richiamato in narrativa;
5. rigetta, per l'effetto, la richiesta della società I.E.G. s.r.l. parte resistente di compensazione tra il credito del Comune di Pozzuoli per le annualità 2010, 2011 e 2012 e il presunto credito vantato dalla I.E.G., in questa sede non provato, in quanto la parte resistente non può vantare alcun credito nei confronti del Comune di Pozzuoli
6. condanna la società I.E.G. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, all'integrale pagamento delle spese, competenze e onorari del giudizio, in favore del Comune di Pozzuoli, che vengono quantificate nella misura di € 5.000,00=, oltre IVA, CPA e rimborso spese generali, nonché a quelle di funzionamento del Collegio Arbitrale maggiorate del contributo pari all'1 per mille del valore della controversia

\* Con riguardo al valore della controversia, il Collegio opera rinvio al dettato di cui al comma 4 dell'art. 1 del Decreto ministeriale infrastrutture e trasporti del 31 gennaio 2018 e, pertanto, lo stesso viene fissato nel valore derivante dalla somma delle singole istanze presentate dalle parti pari a € 441.367,90 (€ 51.131,31 + € 229.280,00 + € 160.956,58)

\* In ordine ai compensi del Collegio arbitrale, si farà applicazione della "Guida operativa ai procedimenti amministrati dalla Camera arbitrale" elaborata a norma dell'art. 3 del Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera arbitrale del 1° luglio 2020; si procederà, pertanto, alla formulazione della proposta di liquidazione, accompagnata dalla documentazione di riferimento.

Così deliberato **all'unanimità nel par. sub. "2"** ed a **maggioranza nei par. sub. "1" e "3"** e con la partecipazione di tutti gli arbitri riuniti in via telematica in camera di consiglio l'8 gennaio 2024.

Il verbale viene sottoscritto digitalmente da tutti i componenti del Collegio arbitrale e viene inviato, a cura del Presidente che ha svolto altresì le funzioni di segretario, alla Camera Arbitrale all'indirizzo [protocollo.pec@anticorruzione.it](mailto:protocollo.pec@anticorruzione.it), in triplice copia.

Ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di apporre marche da bollo dell'importo di € 16,00 ogni 4 facciate, moltiplicate per il numero di copie (tre) previsto dall'art. 209, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 e richiamato nella Delibera ANAC n. 48 del 30 gennaio 2019, si riportano di seguito i relativi riferimenti identificativi: 01211104722981 – 01211104722970 – 01211104722969 – 01211104722958 – 01211104722947 – 01211104722936 – 01211104722925 – 01211104722914 – 01211104722903 – 01211104722890 – 01211104722889 – 01211104722878 – 01211104722867 – 01211104722856 – 01211104722845 – 01211104722834 – 01211104722823 - 01211104722812

Venafro-Pozzuoli-Napoli, 8 gennaio 2024

Avv. Iulia IEMMA (con funzioni di Presidente)

Avv. Anna SANNINO (arbitro designato dal Comune di Pozzuoli)

Avv. Roberto COSTAGLIOLA (arbitro designato da I.E.G. s.r.l.)

#### Si allega:

- relazione di minoranza dell'arbitro avv. Roberto Costagliola