

Relazione di minoranza dell'Arbitro avv. Elisa Burlamacchi

L'arbitro Avv. Elisa Burlamacchi esprime il proprio dissenso rispetto alle decisioni assunte dalla maggioranza degli Arbitri in ragione delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, con riguardo alle domande avanzate da Centria relative al periodo successivo al 1.10.2019 (non oggetto dell'accordo *inter partes* del 14.11.2014) l'avv. Burlamacchi osserva che alla luce di quanto statuito nella sentenza della Corte costituzionale n. 239/2021 il Collegio, prima di assumere le proprie determinazioni in merito alle richieste di Centria, avrebbe dovuto disporre ulteriore attività istruttoria ed ulteriore contraddittorio al fine di accertare se nella fattispecie in esame vi fosse effettivamente stato quel sopravvenuto "*squilibrio delle prestazioni contrattuali*" lamentato da Centria.

Tale ulteriore attività secondo l'avv.to Burlamacchi era infatti indispensabile per valutare se, applicando i "*rimedi previsti dall'ordinamento, ivi compresi quelli civilistici, compatibilmente con la disciplina di settore*" a tutela del sinallagma contrattuale, fosse possibile ravvisare la conformità dell'art. 1, comma 453, legge 232/2016 con gli artt. 3 e 97 Cost. di cui lo stesso Collegio, con lodo parziale del 16.12.2019, aveva dubitato.

La conclusione che precede, secondo l'avv. Burlamacchi, si impone in ragione del fatto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 239/2021, dopo aver precisato che v'è "*senz'altro un'anomalia nell'effettuazione delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas*" per cui "*la proroga ex lege, ricorrendo determinate circostanze, potrebbe effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali*", da un lato, ha chiarito che "*per ovviare a tali possibili conseguenze negative l'ordinamento prevede appositi strumenti, generali e specifici*" e, dall'altro, ha dichiarato inammissibili le questioni di costituzionalità dell'art. 1, comma 453, legge 232/2016 sollevate dal Collegio arbitrale per non avere esso Collegio "*neppure tenuto conto della possibilità di applicare gli istituti posti a presidio dell'equilibrio contrattuale nelle concessioni*".

L'avv. Burlamacchi esprime pertanto il proprio dissenso rispetto alle decisioni assunte dalla maggioranza degli Arbitri poiché ritiene che, alla luce di quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sopra richiamata sentenza n. 239/2021 e delle stesse considerazioni esposte dal Collegio arbitrale nel lodo parziale del 16.12.2019, il presente giudizio non era maturo per la decisione mancando, appunto, quella necessaria attività istruttoria e il contraddittorio fra le parti finalizzati a verificare la sussistenza dello “*squilibrio delle prestazioni contrattuali*” lamentato da Centria, la causa di tale (eventuale) disequilibrio la loro imputabilità a Centria e la possibilità di porvi rimedio ricorrendo “*gli istituti posti a presidio dell'equilibrio contrattuale nelle concessioni*”.

L'avv. Burlamacchi osserva inoltre che, contrariamente a quanto ritenuto dalla maggioranza degli Arbitri, la pretesa fatta valere da Centria e finalizzata ad ottenere il riequilibrio delle originarie condizioni contrattuali configura senz'altro un “*diritto soggettivo*” e che le conclusioni alle quali è giunta la maggioranza degli Arbitri in punto di sua qualificazione in termini di “*interesse legittimo*” non tengono in debito conto che nella specie:

- a) non può trovare applicazione l'art. 165 d.Lgs. 50/2016 ma piuttosto, *ratione temporis*, la previgente normativa (art. 19 l. 109/94, vigente al momento della sottoscrizione del contratto del 17.9.2002, e art. 143 d.lgs. n. 163/2006, vigente al momento della sottoscrizione dell'accordo del 15.11.2014) che, in presenza di un sopravvenuto squilibrio delle originarie condizioni contrattuali, prevede(va) espressamente la “*necessità*” (e non la mera “*facoltà*”) di procedere con una “*revisione*” da attuare mediante la rideterminazione di nuove condizioni di equilibrio;
- b) i rimedi civilistici richiamati al punto 7 del Lodo debbono avere applicazione “*compatibilmente con la normativa di settore*” che, come chiarito nell'ordinanza della Corte costituzionale, non solo esclude la possibilità per il concessionario di recedere dal contratto ma prevede anche che il vincolo contrattuale debba necessariamente

restare fermo “*in forza della previsione di legge speciale di cui all’art. 14, comma 7, del d.Lgs. n. 1634 del 2000*”;

- c) i Comuni hanno riscontrato la richiesta di Centria di rinegoziare il canone contrattuale senza svolgere alcuna valutazione di carattere tecnico-discrezionale finalizzata ad accertare in concreto la sussistenza dei presupposti per procedere nel senso richiesto ma opponendo un mero rifiuto alla “*rinegoziazione*” sul presupposto (errato) dell’esistenza di un divieto *ex lege* a procedere in tal senso.

In secondo luogo, con riguardo alle domande avanzate da Centria relative al periodo di operatività dell’accordo sottoscritto in data 14.11.2014, l’avv. Burlamacchi osserva che, alla luce dei principi espressi nella sentenza della Corte costituzionale n. 239/2021, il Collegio avrebbe dovuto svolgere ulteriori approfondimenti al fine di interpretarne il contenuto in modo costituzionalmente orientato con particolare riferimento all’art. 3. Anche sotto questo profilo la decisione assunta dalla maggioranza degli Arbitri appare essere frutto di una valutazione espressa nell’ambito di un procedimento carente di adeguata istruttoria e contraddittorio.

In terzo luogo, con riferimento alla domanda riconvenzionale, l’avv. Burlamacchi osserva che la determinazione assunta dalla maggioranza degli Arbitri, oltre ad essere il frutto – al pari delle precedenti determinazioni – di una valutazione non supportata da adeguata istruttoria e contraddittorio, si pone in contrasto con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c. Al riguardo l’avv. Burlamacchi osserva che le domande riconvenzionali proposte da ciascuno dei tre Comuni convenuti sono analiticamente suddivise nei termini che seguono:

- il Comune di Figline e Incisa Valdarno chiede il pagamento di:
 - o euro 57.335,59 (Iva compresa, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota variabile del canone 2016;
 - o euro 288.114,78 (oltre Iva, in regime di pagamento ordinario)

- a titolo di quota fissa per il I semestre del 2017;
- euro 288.114,78 (oltre Iva, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2017;
- euro 288.114,78 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il I semestre del 2018;
- euro 288.114,78 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2018;
- il Comune di Cavriglia chiede il pagamento di:
 - euro 38.135,77 (somma imponibile, al netto dell'Iva in regime di *split payment*) a titolo di quota variabile del canone 2017;
 - euro 41.238,59 (somma imponibile, al netto dell'Iva in regime di *split payment*) a titolo di quota variabile del canone 2018;
 - euro 147.230,66 (Iva inclusa, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota fissa per il I semestre del 2017;
 - euro 173.442,54 (oltre Iva, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2017;
 - euro 173.442,54 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il I semestre del 2018;
 - euro 173.442,54 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2018;
- il Comune di Montevarchi chiede il pagamento di:
 - euro 349.602,78 (Iva inclusa, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota fissa per il I semestre del 2017;
 - euro 364.773,68 (oltre Iva, in regime di pagamento ordinario) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2017;

- euro 364.773,68 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il I semestre del 2018;
- euro 364.773,68 (oltre Iva da versare all'erario in regime di *split payment*) a titolo di quota fissa per il II semestre del 2018.

Stante quanto sopra, l'Avv. Burlamacchi ritiene che la decisione della maggioranza degli Arbitri di "accorpare" le predette domande avanzate da ciascun Comune e di disporre "*in favore dell'affidante unitariamente considerato*" il pagamento della somma complessiva di "*euro 3.330.718,81 più IVA come per legge*", oltre ad essere stata assunta senza l'adeguata attività istruttoria, senza il necessario contraddittorio e in assenza di contezza in fondatezza del *quantum* richiesto, è resa in violazione dei principi di cui all'art. 112 c.p.c. secondo cui il giudice non può determinare il *thema decidendum*, mutare il *petitum* o comunque emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nelle domande avanzate dalle parti.

Avv. Elisa Burlamacchi