

IL COLLEGIO ARBITRALE

Composto dai Sigg.ri:

Avv. Gregorio Critelli

Presidente

Avv. Antonio Lamberti

Arbitro

Avv. Prof. Nicola Rascio

Arbitro

riunito in Napoli presso la sede del Collegio Arbitrale, ha emesso il seguente

LODO ARBITRALE PARZIALE

TRA

La **SOCIETÀ AGORÀ 6 S.P.A.**, in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall' Avv. Giovanni Allodi ed elettivamente domiciliato presso il suo Studio in Napoli, alla Piazza Giovanni Bovio, 22, giusta procura speciale a margine della domanda di arbitrato notificata il 26-30 luglio 2018

E

Il **COMUNE DI NAPOLI**, in personale del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Fabio Maria Ferrari e Stefano Canzio Moriconi dell'Avvocatura Municipale ed elettivamente domiciliato in Napoli, Palazzo San Giacomo, giusta procura generale alle liti per notaio Vincenzo Pulcini e procura speciale in calce alla memoria difensiva del 7 giugno 2019

IN RELAZIONE

alla controversia insorta in relazione alla Convenzione rep.n. 77597 del 20 luglio 2007 con la quale il Comune di Napoli affidava alla Società Agorà 6 S.c.ar.l. la progettazione, la realizzazione e la gestione del Compensorio Orientale del Centro Direzionale di Napoli

IN DIPENDENZA

della clausola arbitrale contenuta all'art.27 della Convenzione del seguente tenore:

"Qualsiasi controversia che dovesse insorgere circa l'esatta interpretazione, esecuzione e risoluzione del presente atto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui all'art. 240 del D.lgs. 163/2006, sarà demandata alla decisione di un Collegio arbitrale previsto dall'art. 241 del D. lgs. 163/2006. Il Collegio giudicherà secondo diritto ed avrà sede in Napoli".

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La cognizione e decisione della domanda principale della Società Agorà 6 S.p.A. (di seguito più brevemente **Agorà** o la **Società**) nonché delle eccezioni e della domanda riconvenzionale del Comune Napoli (di seguito più brevemente **Comune** o **Amministrazione**) richiedono che il Collegio dedichi principalmente la propria indagine ermeneutica al regolamento contrattuale consacrato nella Convenzione del 20 luglio 2007, rep 77597 (di seguito più brevemente **Convenzione**) nonché del Contratto Aggiuntivo del 10 agosto 2010, rep. n.81445 (di seguito **Atto Aggiuntivo**).

Il Collegio esamina ed apprezza inoltre le condotte delle parti ed i fatti precedenti e successivi la formazione del vincolo negoziale come consegnati dalla narrazione delle parti processuali e dall'offerta probatoria, condotte e fatti che assumono significativo rilievo ai fini del convincimento ed ai quali si rimanda.

Per una migliore esposizione delle difese delle parti ritiene il Collegio di raccogliere nel fatto il recepimento materiale del contenuto solo essenziale e rilevante della domanda di arbitrato e della prima memoria difensiva del Comune nella parte in cui illustrano le ragioni delle domande principali, di quelle riconvenzionali nonché delle eccezioni.

La domanda di arbitrato ritualmente notificata il 26-30 luglio 2018 è stata letta e apprezzata dal Collegio nella sua integralità ed in particolare viene raccolta

come segue nelle parti qui di più immediato rilievo (cfr. p. 6 ss.).

“Segue) Inoltre, nel 2011, il Comune di Napoli chiese alla Agorà 6 di effettuare alcune verifiche ambientali sull'area di via Vesuvio (area compresa tra quelle inerenti l'intervento di concessione).

In particolare, sebbene contrattualmente le dette verifiche e i relativi costi competessero alla concedente, pur di velocizzare la situazione e risolvere i problemi, Agorà 6 si prese l'onere di anticipare i costi delle verifiche affidate all'ARPAC da parte del Comune con convenzione del 30 luglio 2010 n.1408. L'area fu affidata in custodia alla società ai soli fini "del compimento delle attività di caratterizzazione e fino al compimento delle stesse".

Nel maggio del 2011, l'ARPAC consegnava la relazione tecnico descrittiva recante il Piano di caratterizzazione dell'area per la successiva approvazione regionale.

Di fatto, sebbene il piano sia stato approvato con decreto Dirigenziale n..165 del 30/03/2015, nulla il Comune di Napoli ha provveduto a fare, anche qui per mancanza, a suo dire, di disponibilità finanziarie.

Ed infatti, sin dal 2011, all'indomani della relazione dell'ARPAC si posero due problemi: uno, inerente il pagamento (o meglio la copertura finanziaria) dei lavori di bonifica di via Vesuvio; un altro riguardante la zona dell'ex mercato ortofrutticolo dove, con tutta evidenza, vi erano gli stessi problemi ambientali riscontrati su via Vesuvio.

Di qui, una serie di incontri tra le parti onde pervenire ad una soluzione che consentisse di avviare la concessione.

Agorà 6 assunse l'iniziativa di verificare la situazione effettiva dell'ex mercato ortofrutticolo, con una serie di controlli finalizzati, su disposizione del

Comune, alla formulazione di una variante che, di concerto con l'ARPAC, prevedesse la rimozione di tutto il terreno fino alla falda con sostituzione di terreno pulito. Questa soluzione evitava il ricorso alle operazioni di bonifica tanto lunghe e dispendiose.

Anche tale variante, ai sensi dell'art. 14, comma III, della Convenzione, gravava sull'Amministrazione e, anche in questo caso, la stessa non ha mai provveduto alla copertura finanziaria del dovuto.

Ed invero, la concessionaria, ancora una volta assunse tutti gli oneri progettuali per definire le opere diverse da farsi ma il Comune non è mai giunto all'approvazione definitiva sempre per mancanza di fondi.

Di qui la ricerca da parte della concessionaria di soluzioni atte a contenere, nell'ambito del finanziamento incombente sul privato, anche quelle somme necessarie all'intervento di competenza pubblica, quali, per l'appunto, le spese di bonifica, della variante del mercato ortofrutticolo, del sovrappasso e dell'autosilo.

E quindi, furono provate una serie di ipotesi che, infine, seppure portassero ad una riduzione dello scompenso dell'investimento, non riuscivano a trovare una modalità di equilibrio tale da rendere bancabile l'operazione che, nel frattempo, perdeva valore e prospettiva commerciale.

Furono, così, approntate una serie di modifiche progettuali, quali la sostituzione del multisala con una struttura scolastica (asilo nido — scuola materna), la riduzione dell'impianto natatorio, il rinvio della realizzazione dell'autosilos (con la sostituzione iniziale con parcheggi a raso) al momento in cui il Comune avesse reperito la copertura finanziaria necessaria.

Le suindicate condizioni, comunque, non consentivano il pieno recupero

dello sbilanciamento del piano di investimento che rimaneva assorbito solo fino a circa il 75%.

Agorà 6, con nota del 18 febbraio 2013, chiedeva di conoscere, in via formale e definitiva, le decisioni dell'Amministrazione in merito alle soluzioni proposte ovvero in merito ad altre ipotesi praticabili.

Ancora oggi, nessuna risposta chiara e definitiva si è avuta con il progressivo deperimento dell'idea di investimento sia sotto il profilo progettuale (sono trascorsi dieci anni dalla prima approvazione) sia sotto quello economico e finanziario.

a.6) Il blocco dell'operazione.

Da quel momento è marcabile il blocco dell'intera operazione intorno alle indecisioni, alla mancanza di atti e/o provvedimenti di competenza del Comune che facessero superare le problematiche su accennate e via via crescenti.

Nonostante l'impegno profuso dalla concessionaria, la situazione era immobilizzata dalla incapacità dell'amministrazione di dare risposta alle ipotesi di soluzione prospettate e che, si badi, erano state percorse per cercare di risolvere i problemi causati, in primis, dalla indisponibilità economica e finanziaria del concedente.

Sul punto, come si vedrà anche di seguito, le mancanze della parte pubblica costituivano, come hanno costituito, non solo un limite formale alla prosecuzione dell'iniziativa, ma un vero e proprio freno inibitorio nei confronti del sistema bancario che avrebbe dovuto assumere il finanziamento a favore di Agorà 6.

Le incertezze discendenti dalla mancata assicurazione sui tempi e modi di copertura delle varianti necessarie all'intervento (bonifica via Vesuvio, variante ex

parco ortofrutticolo, scavalco rotonda), rendevano, come hanno reso, impossibile qualsiasi definizione di investimento con qualsiasi finanziatore pure e più volte interpellato dal concessionario.

L'interesse all'iniziativa, peraltro, anche a causa della congiuntura difficile degli ultimi anni è progressivamente scemato fino a diventare praticamente nullo, anzi, non fattibile.

Agorà 6 ha profuso energie economiche ingentissime con l'impiego complessivo di oltre 7.500.000,00 di euro, ma non ha mai trovato, dall'altra parte, la dovuta convinzione e capacità di trovare soluzioni compatibili e praticabili.

Le istanze in tal senso della concessionaria sono state continuamente deluse da risposte parziali o silenzi incomprensibili che hanno dilatato i tempi e portato a definitivo deperimento l'iniziativa economica.

Tra le tante, basti ricordare:

- la nota del 9 novembre 2015 con la quale si chiedeva l'esatta definizione e determinazione di ciò che, rispetto alle varianti ed alla bonifica, l'Amministrazione intendesse fare;*
- la nota del 12 novembre 2015 con la quale si invitava il Comune a riprendersi la custodia dell'area di via Vesuvio e dell'ex mercato ortofrutticolo. Sull'area di via Vesuvio era sorta, nel frattempo, un'indagine penale che, erroneamente, aveva coinvolto Agorà 6 come custode giudiziaria dell'area;*
- la nota dell'8 marzo 2016 con cui, anche in considerazione del mancato riscontro alla precedente, si formulava un invito a disporre gli atti necessari a dare risposte precise in relazione:*

"alle decisioni in ordine alle varianti previste nella delibera di G. C. n.

668/2011, già progettate dalla concessionaria;
all'approvazione e copertura finanziaria della variante inerente l'area dell'ex mercato ortofrutticolo richiesta dall'Amministrazione in data 4 febbraio 2014 ed elaborata dalla Agorà 6;
alla copertura finanziaria della bonifica dell'area di via Vesuvio; alla verifica sulla "compatibilità urbanistica" delle opere in variante proposte dalla concessionaria (quali l'asilo/scuola materna/polifunzionale e il ridimensionamento dell'impianto sportivo). Opere, anche in questo caso, già progettate e presentate all'Amministrazione;
alla necessità di dare compiuta risposta alle su indicate problematiche al fine di poter, in un quadro finalmente chiaro e definito sulla base delle regole contrattuali vigenti, procedere alla verifica sulla sussistenza delle condizioni di bancabilità dell'operazione e alla individuazione delle necessarie misure di riequilibrio economico e finanziario."

- la nota del 2 febbraio 2017, con cui si rilevava che alcuna risposta concreta era stata data alle istanze della società, fatto salvo di indicare di fare un nuovo PEF. Ed infatti, il Comune si era limitato (con nota Per/2016/0853047), per un verso, a dichiarare che le varianti proposte (asilo-nido / scuola polifunzionale, ridimensionamento polo natatorio — presentate nel 2014 !) non costituiscono variante alla strumentazione urbanistica e, per altro verso, che rispetto alla copertura finanziaria (di competenza comunale) "è evidente la necessità di riformulazione del PEF" (non dando quindi alcuna risposta e, anzi, tentando di lavarsi così le mani!!). Inoltre sulle varianti di cui alla delibera 668/2011, affermava che tale variante non risultava più attuale, senza però assumere alcun atto abrogativo di quelli precedenti;

- *la nota del 29 maggio 2017 con la quale veniva trasmesso il nuovo PEF recante tutte le nuove indicazioni significative per la valutazione dell'intervento, con espresso invito all'Amministrazione di valutarlo e di aprire un confronto, sereno e serio, sul nuovo, di certo non esaltante, quadro dell'investimento.*

a.7) La situazione delineata dal PEF del 28/03/2017.

Il PEF rielaborato nella primavera del 2017 portava una perdita di circa 30.000.000,00 di euro e ciò in considerazione:

a) della modifica dell'importo lavori per euro 11.631.017 rispetto al PEF precedente (2009);

b) della riduzione del valore delle aree oggetto del contributo pubblico per complessivi euro 19.718.524.

Come detto il PEF è stato inviato al Comune affinché lo valutasse e, ove possibile, cercasse insieme al concessionario, la possibilità di portare avanti la concessione.

E' chiaro che i dati economici sono assolutamente negativi e, così come fatti, indicano una situazione difficilmente recuperabile se non con interventi pesanti e decisamente correttivi.

La cosa però, non sembra di interesse per il Comune che, ancora una volta, dopo circa 10 mesi nulla ha detto o fatto per attivare un percorso, quanto meno, chiarificatorio.

Ed invero, la situazione è ferma e nessun segnale è pervenuto dal Comune che, si ripete, sembra non abbia alcuna intenzione di indagare soluzioni atte a risolvere le gravi problematiche che, da un lato, hanno impedito l'avvio dei lavori della concessione bloccando il processo di risanamento urbano della zona e, dall'altro, hanno determinato un pesantissimo danno imprenditoriale a chi, come

Agorà 6, si è spesa, ha impiegato risorse e dedicato tempo alla riuscita dell'operazione.

D'altra parte, i dati del PEF sono oggi inequivocabili e richiederebbero un ulteriore finanziamento per circa 32.000.000 di euro, cosa di certo non sostenibile anche alla luce del fatto che il progetto non sarebbe in grado di produrre flussi di cassa sufficienti al rimborso dell'investimento.

Altra ipotesi potrebbe essere quella di un contributo (aggiuntivo a quello già previsto con la dazione delle aree) del Comune pari ad Euro 48.000.000, di cui 30.000.000 come contributo in costruzione e 18.159.350 come contributo in gestione.

Di qui la necessità che l'Amministrazione rispondesse o, almeno, aprisse un confronto aperto e serio, anche se finalizzato a trovare solo soluzioni per uno scioglimento concordato.

Anche in questo caso, però, c'è stato solo silenzio e i soliti tentennamenti che nulla possono portare.

Segue. L'entità dei danni e costi sostenuti, in uno con le proporzioni ed importanza dell'operazione (che costituisce uno dei nodi per il recupero e investimento dell'intera città) hanno spinto, prima di giungere all'odierna domanda d'arbitrato, a chiedere, con nota dell'11/05/2018, formalmente al Comune di provare a formare un tavolo di incontro ove valutare se e quali potessero essere le condizioni di un possibile accordo.

Anche in questo caso, però, abbiamo dovuto registrare, dapprima, un tentativo di deprimere (nota del Comune dell'11/06/2018) la proposta ad un "incontro" informale e, pertanto privo di senso e poi al solito, ineffabile, silenzio alla nostra del 14/06/2018 con la quale si invitava a voler aprire un ragionamento

serio e costruttivo.

a.8) Di fronte a tale comportamento e alla decisiva prova che l'investimento è allo stato impossibile ed è stato reso impossibile dalla incapacità della parte pubblica a farsi carico dei problemi ad essa competenti, non resta altro che dichiarare risolta la convenzione rep. n. 77597 del 20 luglio 2007 con il risarcimento di tutti i danni ed oneri come fissati dalla legge e dalla convenzione stessa.

Sul punto, la convenzione all'art.25, comma 11, così dispone:

"In caso di risoluzione per inadempimento del Concedente, ovvero nel caso di revoca della concessione da parte di quest'ultimo per motivi di pubblico interesse, alla Concessionaria saranno dovuti gli importi seguenti:

a) il valore delle opere realizzate indicizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) le penali, e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;

c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire e della parte del/i servizio/i ancora da gestire valutata sulla base del piano economico finanziario."

In base ai detti criteri le somme dovute risultano essere pari a complessivi Euro 21.940.000, oltre euro 7.525.552,30 per spese e costi sostenuti.

Inoltre, come sopra visto, il concessionario avrebbe dovuto ricevere, come contributo l'importo di euro 57.000.000,00 oltre IVA, costituito da aree edificabili. Agorà 6 ha quindi il diritto di ricevere un risarcimento (pari almeno al 10%) sul valore di dette aree e sulla mancata trasformazione delle stesse. L'edificazione

delle aree cedute dal Comune avrebbe avuto un valore complessivo di circa euro 119.546.967,50

La somma dovuta è dunque pari a euro 5.700.000,00 oltre ad euro 11.954.967,00.

b) Controversie.

Ai sensi dell'art.27 della Convenzione "Qualsiasi controversia che dovesse insorgere circa l'esatta interpretazione, esecuzione e risoluzione del presente atto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui all'art. 240 del D.lgs. 163/2006, sarà demandata alla decisione di un Collegio arbitrale previsto dall'art. 241 del D. lgs. 163/2006. Il Collegio giudicherà secondo diritto ed avrà sede in Napoli".

Pertanto, ai sensi dell'art. 27 della Convenzione, si sottopongono al costituendo Collegio Arbitrale, ma con riserva di modifiche ed integrazioni, i seguenti

Quesiti

1) Dica il Collegio se i comportamenti del Comune di Napoli integrano grave inadempimento, anche ai sensi ed effetti dell'art. 25 della convenzione, e giustificano la risoluzione del contratto dalla data di introduzione del presente giudizio e pronunci in conformità;

2) Dica il Collegio se alla Agorà 6 siano dovuti, in conseguenza della detta risoluzione, tutti gli oneri e danni, come previsti dall'art.25 della Convenzione, ammontanti a complessivi Euro 29.440.000,00, oltre ad Euro 17.654.967,00 per il mancato guadagno sulle aree oggetto del contributo, ovvero quelle somme maggiori o minori che risulteranno in seguito al presente giudizio anche secondo equità e pronunci in conformità;

3) *Dica il Collegio arbitrale se su tutte le somme che saranno riconosciute in esito al presente giudizio siano dovuti gli interessi, anche anatocistici, e la rivalutazione monetaria, ne determini l'ammontare e pronunci in conformità;*

4) *Dica il Collegio se tutte le spese di giudizio e di funzionamento del Collegio stesso debbano essere poste a carico del Comune di Napoli e pronunci in conformità condannandolo al relativo pagamento.”*

Il Collegio arbitrale, in virtù dei provvedimenti di nomina intervenuti si costituiva in data 9 maggio 2019 assegnando i termini alle parti per la costituzione al 10 giugno 2019 e fissando l'udienza del 13 giugno 2019 per la comparizione ed il tentativo di pacifico componimento.

Si costituiva il Comune di Napoli con memoria del 7 giugno 2019 che è stata letta e apprezzata dal Collegio nella sua integralità ed in particolare viene raccolta come segue nelle parti qui di più immediato rilievo (p. 25 ss.).

“II) Infondatezza delle domande poste al collegio arbitrale. Tanto premesso al fine di una più esatta ricostruzione dei fatti, possiamo procedere ad esaminare le domande proposte col giudizio arbitrale.

Con la domanda sono stati formulati i seguenti quesiti:

1) *dica il Collegio se i comportamenti del Comune di Napoli integrano grave inadempimento, anche ai sensi ed effetti dell'art. 25 della Convenzione, e giustificano la risoluzione del contratto dalla data di introduzione del presente giudizio e pronunci in conformità.*

2) *dica il Collegio se alla AGORA'6 siano dovuti, in conseguenza della detta risoluzione, tutti gli oneri e danni come previsti dall'art. 25 della convenzione, ammontanti a complessivi € 29.440.000,00 oltre ad € 17.654.967,00*

per il mancato guadagno sulle aree oggetto del contributo, ovvero quelle somme maggiori o minori che risulteranno in seguito al presente giudizio, anche secondo equità e pronunci in conformità;

3) dica il Collegio arbitrale se su tutte le somme che saranno riconosciute in esito al presente giudizio siano dovuti gli interessi, anche anatocistici, e la rivalutazione monetaria, ne determini l'ammontare e pronunci in conformità.

4) dica il collegio se tutte le spese di giudizio e di funzionamento del collegio stesso debbano essere poste a carico del Comune di Napoli e pronunci in conformità condannandolo al relativo pagamento".

II.1) Rispetto a tali quesiti, si deduce quanto segue.

- Innanzitutto, si eccepisce che dalla domanda di arbitrato, oggi atto introduttivo del giudizio a tutti gli effetti, non risulta, con la dovuta e necessaria precisione, quale sia l'effettivo grave inadempimento addebitato al Comune.

Parrebbe che l'inadempienza lamentata si concretizzi nel mancato adeguamento del Piano economico finanziario, il PEF.

Ciò posto, procediamo comunque ad un preliminare esame completo degli obblighi contrattuali.

- Come emerge dagli atti e dai fatti, ricostruiti in premessa, l'Amministrazione ha adempiuto a tutti gli obblighi posti a proprio carico.

Infatti, l'art. 25 della Convenzione attribuisce al concessionario la facoltà di risolvere il rapporto contrattuale al ricorrere di determinate condizioni, ossia:

- a) qualora il concedente non consegna tutte le aree,*
- b) qualora il concedente non provveda a cedere le aree, libere da ogni impedimento e munite di concessione edilizia, in proprietà della*

concessionaria nei tempi e nei modi stabiliti dalla convenzione,

c) qualora venga mutata la destinazione d'uso e il peso volumetrico delle aree costituenti il plesso,

d) qualora il concedente imponga tariffe o prezzi o modalità di revisione degli stessi difforni dalla convenzione,

e) qualora il concedente non assicuri in tempo utile gli interventi di riequilibrio economico finanziario della convenzione così come disciplinati dalla legge e dal presente atto.

- Ebbene, le previsioni da a) a d) non si sono verificate, come emerge dalla ricostruzione dei fatti e, a ben vedere, anche dalla stessa domanda di risoluzione. La condizione sub e) richiederà una più approfondita disamina di cui infra.

Ed infatti:

A) Le aree necessarie all'avvio delle opere sono state affidate ad Agorà 6; la non immediata realizzabilità di alcuni interventi è legata a sopravvenute contingenze non ascrivibili a responsabilità dell'ente né prevedibili prima dell'affidamento, come nel caso della bonifica di via Vesuvio (ma che, semmai, ben dovevano essere prospettate e tenute in conto dal promotore). In proposito, vale la pena ricordare che in data 10 agosto 2010 le parti avevano sottoscritto un atto aggiuntivo alla convenzione con cui si sono riequilibrate le pattuizioni di cui all'atto originario e nel quale, tanto l'Amministrazione quanto la società, hanno tenuto inevitabilmente in conto i problemi relativi alla disponibilità di alcune aree che erano sorti nel corso del triennio precedente.

Di contro, nell'epoca immediatamente successiva alla sottoscrizione dell'atto aggiuntivo, Agorà 6 aveva ricevuto in consegna la quasi totalità delle aree libere da impedimento, tanto è vero che la società ne cantierizzava una parte

per l'esecuzione delle opere preliminari alla bonifica, e la documentazione menzionata, e che si va a produrre dimostra che la concessionaria non ha adempiuto ai propri doveri, non dando avvio ai lavori previsti in progetto presso le medesime superfici.

Le numerose richieste formulate in tal senso della stazione appaltante sono state deliberatamente ignorate o riscontrate mediante pretestuose richieste di valutazioni ed approvazioni di elaborati in variante che, in realtà, non necessitavano alcuna superiore approvazione. Ne sono prova le comunicazioni trasmesse in tal senso dai RUP e Dirigenti via via interpellati. Infine, anche quando sono stati eliminati progressivamente gli impedimenti segnalati dal contraente e l'Amministrazione si è resa disponibile ad adottare misure di semplificazione o di esecuzione in stralci per il riequilibrio, la concessionaria ha introdotto nuovi e pretestuosi elementi di criticità volti ad impedire l'avvio dei lavori.

Se, formalmente, Agorà 6 attribuisce i ritardi alla mancata assunzione di responsabilità finanziaria da parte del Comune, in realtà lascia trapelare, a più riprese nel tempo, un sopravvenuto disinteresse degli imprenditori a dar seguito agli obblighi previsti in convenzione; ciò probabilmente in ragione dell'inversione di tendenza del mercato immobiliare, ovvero delle difficoltà di accesso al credito riscontrate negli anni più bui della recente crisi economica globale.

B) Nemmeno si è verificata la causa di inadempienza sub b), le aree erano edificabili, ed era, come abbiamo visto, sub I, controparte a creare speciosi ed insussistenti dubbi al riguardo, solo per giustificare la propria inadempienza.

C) Non vi è stato mutamento di destinazione d'uso o stravolgimento volumetrici: e peraltro non lo afferma neanche controparte.

D) Mai è intervenuta l'imposizione di prezzi o tariffe in alterazione dell'assetto di interessi di cui alla convenzione, ed invero, ed infatti nemmeno viene dedotto ex adverso.

Tali punti risultano, dunque, pacifici, ed infatti la domanda avversaria, a leggerla con attenzione, non fa perno su di essi.

Comunque, ed in ogni caso, si eccepisce che l'Amministrazione convenuta ha adempiuto agli obblighi a proprio carico con conseguente infondatezza delle avverse domande.

II.2) Sulla base della ricostruzione dei fatti, sicuramente codesto Ill.mo Collegio avrà già colto come, ad un certo punto, fosse piuttosto la concessionaria ad avere incominciato a perdere interesse alla realizzazione delle opere ed abbia, allora, iniziato ad utilizzare ogni pretesto e a frapporre ogni ostacolo, invece di dare avvio all'esecuzione del contratto.

Come già rappresentato, la documentazione intercorsa palesa il tentativo del concessionario di non adempiere ai propri doveri contrattuali, di rimandare ed ostacolare il reale avvio dei lavori sulla scorta di motivazioni che sono state riscontrate come insussistenti e pretestuose. Le impreviste circostanze ostative all'avvio di alcune attività, non imputabili alla concessionaria e neppure al concedente, tra cui la bonifica dell'area di via Vesuvio, rappresentavano una porzione estremamente limitata dell'intero intervento, mentre la quasi totalità delle aree interessate risultava nella piena disponibilità della società sin dall'inizio del rapporto in convenzione o comunque sin dalla sottoscrizione dell'atto aggiuntivo del 2010.

Pertanto si contesta la domanda in quanto il Comune ha adempiuto, e si eccepisce che parte istante si è mostrata inadempiente.

II.3) Veniamo, ora, a quello che, in effetti, risulta essere il punto cruciale della vertenza.

La società, in definitiva, ravvisa l'inadempimento del concedente nel non avere assicurato la copertura finanziaria del PEF, che avrebbe richiesto, come visto, contributi aggiuntivi per 48 milioni di euro. E, dunque, secondo parte avversa, vi sarebbe la violazione di quanto previsto all'art. 25, comma 1, n. 5, della convenzione del 2007 (che a sua volta si collega all'art. 19 comma 1°, della stessa Convenzione), laddove tra gli "obblighi" del concedente è stato inserito anche quello di assicurare il riequilibrio economico finanziario dell'investimento. In quanto è su questo che, secondo parte istante, si è arenato il rapporto.

Ebbene, il Comune invoca la declaratoria di nullità di tale clausola, per il suo contrasto con norme imperative e cogenti quale quelle contenute dall'art. 19, c. 2 bis della L. 109/94, applicabile ratione temporis, e comunque riprodotto nell'art. 143, comma 8° del Dlgs 163/06, vigente all'epoca della stipula della convenzione.

Si consideri quanto segue.

- Il project financing tende, per sua intrinseca natura e funzione, alla realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, rappresentando un modello innovativo nell'ambito del finanziamento e della realizzazione di opere pubbliche. Il project financing (finanza di progetto) è stata considerato come una delle principali modalità di coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione e gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità, cui si è guardato- almeno per un certo periodo- con grande interesse, in un contesto socio-economico, in cui ad un elevato fabbisogno infrastrutturale corrispondeva sempre più la carenza delle risorse pubbliche

necessarie a consentirne la copertura.

Di conseguenza, è da ritenersi del tutto estraneo al sistema del project financing un obbligo a carico del concedente di riequilibrio del PEF, ed è, pertanto, da escludersi che il concessionario possa addossare contrattualmente al concedente l'obbligazione di reintegrarlo.

Tale obbligo, infatti, non solo non è previsto dalla legge, ma espressamente escluso. D'altra parte, un "obbligo" di riequilibrio contrasterebbe con il principio cardine del sistema in esame, per il quale il rischio di impresa è solo del concessionario. L'assunzione del rischio di impresa è d'altronde un elemento indefettibile del rapporto di concessione e ciò vale anche nei casi in cui la P.A. oltre a concedere la gestione dell'opera paghi un prezzo: in tanto può aversi concessione, in luogo di appalto, in quanto non sia eliminato il rischio economico finanziario legato all'investimento effettuato in rapporto all'utile della gestione mediante i proventi riscossi.

Ne consegue che l'intero impianto normativo del project financing, (sia nella stesura della L. 109/94, "Legge Merloni", all'art. 19 comma 2 bis, che nella successiva disciplina del Codice dei contratti, il Dlgs 163/06, art. 143 comma 8, e finanche nell'attuale codice del 2016, art. 165, c. 6, d.lgs. 50/2016) è stato costante nel prevedere, da un lato, la necessità di "tendere" al riequilibrio del piano economico finanziario, se alterato, ma, ha anche costantemente sancito che, comunque, la revisione implica solo il "tentativo" di rinegoziazione (ossia di porre in essere attività precontrattuale preordinata a tal fine), non necessariamente a "pervenire ad essa" (come invece, si verifica, ad esempio, nell'obbligazione derivante da un negozio preliminare a contenuto essenziale determinato o determinabile): ed infatti, il rimedio previsto "in caso di mancato accordo sul

riequilibrio del piano economico finanziario" è solo ed esclusivamente un diritto di recesso del concessionario. Norma, dunque, posta a salvaguardia del soggetto privato che, altrimenti, resterebbe vincolato anche in mancanza di un equilibrio soddisfacente dell'operazione. Tale previsione della sola facoltà di recesso (oggi, col codice del 2016, esteso ad entrambe le parti) ha una natura indiscutibilmente imperativa e non derogabile pattiziamente, in quanto è tesa ad evitare che venga ad essere snaturata la funzione economica sociale dell'istituto pubblicistico, teso ad escludere esborsi di pubblico denaro.

- Pertanto, si ribadisce che l'apposizione di clausole contrattuali quali quelle in esame, che, alterando e stravolgendo la normativa, applicabile ratione temporis, hanno ritenuto di poter imporre all'Amministrazione un obbligo, e non una mera facoltà, di contribuire al riequilibrio economico finanziario, sono affette da nullità, in quanto finiscono col contrastare con norme imperative, quali quelle che disciplinano la struttura portante del project financing, ed in generale del sistema di partenariato pubblico privato, alterandone i presupposti, la funzione legislativamente imposta, le caratteristiche fondamentali.

Il project financing, infatti, ha rappresentato una modalità di programmazione, realizzazione e gestione delle opere pubbliche attraverso la quale vengono utilizzate risorse di partners privati.

La partnership tra ente pubblico e privati è finalizzata a consentire la realizzazione di infrastrutture preservando il denaro pubblico. Ed infatti: "Nel caso di "project financing", il limite di importo non superabile stabilito espressamente dall'amministrazione concedente ha valore cogente non solo o non semplicemente quale tetto massimo al di sopra del quale l'amministrazione non intende compartecipare agli oneri economici che derivano dalla realizzazione

dell'opera pubblica, ma anche quale break even point, ossia quale punto critico al di sopra del quale risulta compromesso l'equilibrio economico-finanziario del promotore secondo una valutazione effettuata a priori dalla stessa amministrazione" (TAR Lecce, 3/6/07, n. 2323).

- Tanto precisato, va, per completezza, ricordato che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative (Consiglio di Stato sez. IV, 30/03/2018, n.2028), e che la nullità del contratto pubblico per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti alla struttura, alla causa o al contenuto della fattispecie negoziale, con la conseguenza che può dirsi affetto da nullità il contenuto intrinseco del negozio che si pone in diretto contrasto con la preclusione posta dalla "regola di validità" sovraordinata (T.A.R. Torino, I, 10/07/2015, n.1154). Si consideri ancora che, come è noto, la nullità virtuale ex art. 1418 cc. è espressione di un principio generale volto a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagna una specifica previsione di nullità del contratto, di talché dirimente ai fini della declaratoria di nullità è la qualificazione di una norma come imperativa, ovvero non derogabile neppure con l'accordo delle parti interessate. Ebbene, la giurisprudenza considera cogenti quelle disposizioni poste a tutela di un interesse pubblico primario: occorre pertanto aver riguardo alla natura della disposizione violata, dovendosi indagare di volta in volta gli interessi che la norma è diretta a tutelare (Tribunale Bari II, 27/02/2014, n. 1046).

Superfluo ricordare agli ill.mi Arbitri che compongono il Collegio il consolidato principio secondo cui l'art. 1418 c.c., nell'individuare le cause di nullità del contratto, prevede accanto alla nullità testuale anche la c.d. nullità virtuale. Precisamente, la nullità virtuale discende dalla violazione di norme

imperative, il cui carattere è conseguenza della indisponibilità dell'interesse tutelato dalla norma stessa. In altre parole, il contratto (o la singola clausola) è nullo perché è violato l'interesse pubblico, generale e fondamentale tutelato dalla norma, in quanto la ratio di queste norme imperative è, di fatto, quella di garantire l'interesse generale sotteso alle previsioni normative imperative (ex multis, è recente Tribunale Napoli II, 03/11/2017, n.10875).

- Pertanto, in via riconvenzionale, si chiede che l'On.le Collegio voglia dichiarare la nullità delle clausole di cui all'art. 19, comma 1° e all'art. 25, c. 1°, n. 5 della convenzione del 2007, che la parte istante pone a base della presente domanda arbitrale di risoluzione per inadempimento e conseguente domanda risarcitoria. Con conseguente statuizione di rigetto delle domande proposte.

- Costituisce conseguenza diretta del fatto che resta escluso il rimedio della risoluzione per inadempimento che opera l'inserzione automatica della previsione normativa, in luogo della clausola nulla, e dunque al concessionario spetterà di esercitare la facoltà di recedere, con rimborso del valore delle opere realizzate dei meri costi conseguenti allo scioglimento del contratto, con esclusione, in ogni caso, del "risarcimento", che invece la società qui pretende.

II.4) La nullità di un valido accordo contrattuale (con riferimento all'art. 19 c. 1° e art. 25 comma 1°, n. 5 della convenzione), laddove si è inteso porre a carico del Comune un obbligo giuridico di adeguamento del PEF, in contrasto con principi imperativi, emerge anche sotto il profilo della capacità di agire.

Infatti, è principio costante che, in materia di contratti stipulati dalla pubblica Amministrazione con contraenti privati, la violazione di norme imperative, finalizzate ad assicurare i valori di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., comporti il difetto della capacità

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

di agire dell'Amministrazione, comportando un vizio genetico della formazione di volontà e della scelta del contraente, in un ambito che attiene pur sempre all'assolvimento di funzioni amministrative, riflettendosi sulla validità dell'atto, con le conseguenze dell'art. 1418, comma 1° c.c.

Si ribadisce che le norme che disciplinano l'azione amministrativa sono tutte norme imperative, giacché trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., e non sono disponibili per la Pubblica Amministrazione. Una pattuizione quale quella in esame, che travalicando le previsioni legislative, come riportate nel bando di gara, e la stessa funzione economica cui è sottesa la finanza di progetto, comporta tale difetto di capacità giuridica.

II.5) Anche sotto un ulteriore profilo, le clausole in esame sono nulle.

Il combinato dell'art. 19 comma 1° e dell'art. 25, c. 1°, n. 5 imporrebbe, infatti, un obbligo di impegno finanziario a carico della P.A. assolutamente generico ed indeterminato, nel suo ammontare: il che costituisce, di per sé, un ulteriore, autonomo, motivo di assoluta nullità delle suddette pattuizioni, per contrasto con i principi cardine della contabilità pubblica che impongono la rigida previsione ab initio degli impegni contabili e della copertura finanziaria; ciò vale per la pubblica amministrazione in generale e degli enti locali, nello specifico.

Va da sé che ogni pattuizione non può che essere letta ed interpretata in sintonia con la legge ed i principi di contabilità pubblica e non in modo da addossare alla parte pubblica oneri abnormi, imprecisati e, in pratica, nemmeno conciliabili con il pubblico interesse.

Di guisa che, se del caso, responsabile dell'adempimento ai sensi dell'art. 191 c. 4°, del D.Lgs 267/2000, è l'amministratore o dirigente che ha consentito la

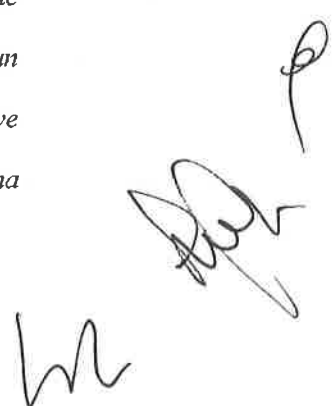
stipula della convenzione in mancanza di (ulteriore) copertura finanziaria (in tal senso, giurisprudenza pacifica e costante nell'affermare la carenza di legittimazione passiva del Comune, per obbligazioni assunte in mancanza di preventiva e sufficiente copertura contabile, che vedono obbligati direttamente coloro che abbiano dato luogo all'obbligazione prova dei requisiti di regolarità contabile).

III) In ogni caso, solo per scrupolo di completezza, si eccepisce anche che la previsione contrattuale in esame prevede che il concedente avrebbe dovuto assicurare il riequilibrio "in tempo utile": ora, a parte che si tratta di proposizione vaga e generica, comunque controparte non ha mai ottenuto, tramite provvedimento giudiziale, un termine per adempiere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1183, primo comma seconda parte. Sotto tale profilo la domanda appare inammissibile ed improcedibile.

IV) Domanda riconvenzionale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

In via subordinata alle difese di cui innanzi, e cioè nella non creduta ipotesi che l'Ill.mo Collegio ritenesse di disattendere le eccezioni e richieste fin qui formulate, con la presente memoria di costituzione si chiede, in via riconvenzionale, la declaratoria di risoluzione della convenzione n. 77597 del 2007 ed atti aggiuntivi, per la eccessiva onerosità sopravvenuta.

- Invero, se pur volessimo accedere alla tesi di parte istante, e cioè che il piano economico finanziario, sul quale regge e deve reggere la convenzione de qua, abbia subito un'alterazione tale da richiedere, nel giro di due anni, un ulteriore impegno da parte del Comune, di ben 48 milioni di euro, allora si deve ritenere che tale necessità di riequilibrio costituisce a tutti gli effetti una

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'M. P.' and the initials below it are 'M'.

circostanza assolutamente non prevista e non prevedibile inizialmente, che altera gravemente l'equilibrio contrattuale e, dunque, giustifica lo scioglimento per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Infatti, le modifiche intervenute e l'alterazione del PEF sono conseguenza di avvenimenti sia successivi alla stipula che imprevedibili. Quindi sussistono i presupposti richiesti per tale causa di scioglimento del rapporto contrattuale.

Ai sensi dell'art. 1467 del codice civile, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda i contratti con prestazioni corrispettive, che abbiano esecuzione continuata o periodica ovvero siano ad esecuzione differita, e sempre che i contratti medesimi non abbiano natura aleatoria o tali siano da considerarsi per volontà delle parti.

Ciò posto, va anche considerata la piena esperibilità nell'ambito dei contratti di concessioni di lavori pubblici e di servizi della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, con la precisazione che ciò discende non solo dalla "espressa natura contrattuale", riconosciuta dall'art. 3 D. lgs. n. 163/2006, bensì dall'esame in concreto in ordine all'applicabilità dell'istituto ai contratti della pubblica amministrazione.

Pur alla luce delle peculiarità delle concessioni- contratto, non vi è, infatti, ragione, in linea generale, per escludere l'applicabilità di tale forma legale di risoluzione, ricorrendone i presupposti, anche ai contratti della pubblica amministrazione, non sottraendosi questi alla generale disciplina di tutela delle attribuzioni patrimoniali derivanti dal contratto e, dunque, del sinallagma contrattuale.

L'eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti deve essere sopravvenuta "per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" e non

deve conseguire ad una "alea normale del contratto". La giurisprudenza ha sempre affermato che la sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, per potere determinare la risoluzione del contratto, richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto; dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza.

Ora, non è in dubbio che se mai fosse a carico del Comune la necessità di adeguare il PEF, con oneri aggiuntivi dell'importo di oltre 48 milioni di euro, ciò comporta di per sé un'onerosità che l'affidamento in esame non prevedeva, nemmeno in ultima e lontana ipotesi, all'inizio (cfr. delibere e contratti), e che non sarebbe definibile non solo gravosa, ma assolutamente insostenibile per chiunque ed in qualunque momento, figuriamoci per un ente in enormi difficoltà finanziarie quale è notoriamente il Comune partenopeo.

-Pertanto, si chiede all'On.le Collegio di accogliere la presente domanda riconvenzionale subordinata, e per l'effetto accertare e dichiarare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della convenzione rep. n. 77597 del 20/07/1997 ed atti ad essa aggiuntivi.

V) Contestazione del quantum.

- Fermo ed impregiudicato quanto sopra, per completezza difensiva si contesta, in ogni caso, l'enorme, spropositata e non provata quantificazione delle richieste avversarie, a qualsiasi titolo esse venissero esaminate.

Pur nella non creduta ipotesi di risoluzione, comunque occorrerebbe una esauriente prova del pregiudizio effettivo e reale incidente nella sfera patrimoniale del contraente danneggiato e la sua esatta entità, secondo un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), con conseguente esclusione dei mancati guadagni meramente ipotetici, dipendenti da condizioni incerte.

- Ciò fermo, e senza inversione dell'onere probatorio, si contesta l'illogicità del calcolo proposto che, qualora accolto, si tradurrebbe in un vantaggio per la concessionaria, ad onta della propria scelta, immotivata e censurabile, di non dare nemmeno avvio ad alcuna opera.

-Più in dettaglio, non sono state eseguite opere, per cui non si comprende come possa essere richiesto il primo importo, benché apoditticamente indicato né come possa essere maturato alcunché a titolo di penali; inoltre, si rileva come il computo delle penali non è esplicitato attraverso operazioni matematiche che spieghino il criterio di valutazione adottato, ad esempio: non essendo mai stati avviati i lavori in concessione, è evidente che non possano essere valutati indennizzi a terzi, potenzialmente derivanti dal danno prodotto dalla concessionaria medesima, né quelli inerenti il valore delle aree cedute, né le opere "calde" da gestire (incluse locazioni, ricavi dalla vendita o tariffe dei parcheggi), né i ricavi scaturenti dall'alienazione a terzi, in quanto questi ultimi rappresentano contributi finalizzati al ristoro di un eventuale investimento mai posto in essere dalla contraente e non già ad un guadagno. Di tal che si sarebbe al cospetto di una ingiustificata locupletazione.

- I conteggi delle spese effettivamente sostenute non sono poi supportati da alcun documento giustificativo. Francamente appaiono risibili che vengano formulati in tale misura astronomica: non è stato costruito alcunché, e le aree non erano nemmeno oggetto di guardiania né di pulizia.

- Non ha senso chiedere il 10% anche sul valore delle aree, in quanto si tratta del contributo del concedente al concessionario, e dunque al loro valore non può essere posto a base del calcolo del mancato guadagno (oltretutto anche con un costo per IVA di € 5.700.000,00 che era a credito del Comune).

- In ogni caso, il mancato guadagno può essere considerato solo con riferimento all'investimento "privato", cioè sulle sole aree edificabili e non sul totale dell'operazione.

Il ristoro si dovrebbe limitare, al massimo, al mancato guadagno sulle opere da costruire (che parte istante indica in € 119.546.967,50), e, dunque, a tutto concedere, il danno è quantificabile, se mai provato, esclusivamente in € 11.94.967,00. Ma anche tale guadagno è solo ipotetico e andrebbe provato da parte istante.

- Inoltre, il preteso mancato guadagno si riferisce ad un arco temporale lungo decenni, perciò se viene attualizzato ad oggi, esso non può che essere proporzionalmente ridotto.

- Per quanto dedotto non spetta alcuna rivalutazione e comunque non spettano interessi anatocistici su somme chieste a titolo di debiti di valore.

VI) Fermo quanto sopra, va aggiunto che parte istante ha ricevuto in via provvisoria l'affidamento dell'area ex mercato ortofrutticolo al fine di migliorare le condizioni di traffico e parcheggio della zona adiacente il nuovo Palazzo di Giustizia. Pertanto ha proceduto a realizzare un parcheggio provvisorio,

previsto per 540 posti auto e 270 posti moto, su di una superficie di 12.0000 mq, che è ancora oggi attivo e che rappresenta una importante fonte di ricavi per la concessionaria. Il parcheggio non creava ostacolo al cronoprogramma, e i costi di realizzazione sarebbero stati assorbiti dalle tariffe.

Ebbene, si eccepisce che, depurati i costi di costruzione, la concessionaria ha ricevuto e continua a ricevere dei cospicui ricavi dalla gestione del parcheggio, che vanno determinati, mediante ordine di esibizione dei bilanci da parte dei subaffidatari della gestione e se opportuno a mezzo di CTU, e dei quali va dichiarato che il Comune è creditore e, in caso di recesso, ma perfino di risoluzione, andranno calcolati in compensazione di quanto spettante alla società.

P.q.m.

il Comune di Napoli, come sopra rapp.to e difeso, fermo il diritto di precisare, integrare, modificare e di formulare richieste istruttorie, nei termini che si richiedono fin d'ora e che verranno fissati, chiede che l'Ill.mo Collegio arbitrale voglia dichiarare che:

1) la domanda di inadempimento del Comune proposta della soc. Agorà 6 è infondata in fatto ed in diritto e da rigettare, in quanto il Comune ha adempiuto ai propri obblighi contrattuali e non sussiste alcuna grave inadempienza, per quanto dedotto sub I e sub II. e II.1;

2) vada accolta l'eccezione riconvenzionale del Comune di inadempimento da parte della soc. Agorà 6, rispetto ai propri obblighi, sub II.2;

3) in accoglimento della domanda riconvenzionale del Comune, sono nulle le clausole di cui all'art. 19 c. 1 e all'art. 25, c. 1 n. 5, della convenzione del 2007, per i motivi dedotti sub II.3, II.4 e II.5, con conseguente applicabilità automatica della previsione normativa che riconosce la facoltà di recesso a favore

della concessionaria;

4) solo in via subordinata, che, in ogni caso, stante la previsione contenuta all'art. 25 comma 1, n. 5 "qualora il concedente non assicuri in tempo utile", che la domanda è allo stato preclusa dalla mancata fissazione del termine ex art. 1183 c.c., come dedotto sub III;

5) in via subordinata, in risposta alla domanda riconvenzionale subordinata del Comune, che il contratto del 2007 è da risolversi per eccessiva onerosità sopravvenuta, per quanto dedotto sub IV;

6) in via del tutto subordinata, che non spettino alla soc. Agorà 6 gli oneri e danni come indicati nella domanda di arbitrato per mancanza di prova del danno e del mancato guadagno, e comunque per la inesatta, spropositata ed ingiustificata quantificazione, e che comunque qualsiasi somma, in denegata ipotesi, riconosciuta non andrebbe aumentata da rivalutazione, e che non sussistono i presupposti per interessi anatocistici. Come dedotto sub V;

7) che il Comune è creditore per i guadagni derivanti dal parcheggio avvocati, nella misura eccedente i costi di costruzione, credito da riconoscere a favore del Comune, e da provare anche a mezzo di CTU, e se del caso portare in compensazione con eventuali crediti a favore della società Agorà 6, come dedotto sub VI;

8) che le spese di giudizio e del funzionamento del Collegio arbitrale siano poste a carico della soc. Agorà 6".

All'udienza del 13 giugno 2019 veniva esperito il tentativo di conciliazione che dava esito negativo ed il Collegio assegnava i termini per il deposito di memorie, l'offerta di mezzi di prova e la produzione di documenti e fissava l'udienza del 10 ottobre 2019.

In detta ultima udienza le parti discutevano oralmente la causa ed il Collegio si riservava la decisione.

Con verbale di camera di consiglio dell'8 novembre 2019 il Collegio dava atto delle rispettive dichiarazioni di consenso alla proroga del termine di pronuncia del lodo al 30 aprile 2020 e dichiarava prorogato detto termine alla data del 30 aprile 2020 e si riservava ogni decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Collegio anzitutto è chiamato a valutare l'interazione e gradazione tra le domande onde definire il rapporto di priorità di alcune questioni aventi carattere preliminare e pregiudiziale, nonché al fine di verificare il precipitato che la pronuncia su alcune di dette questione esercita sulla decisione di talune altre.

La rassegna delle contrapposte domande ed eccezioni avanzate dalle parti consente di individuare l'ambito del *thema decidendum* nelle seguenti questioni, in disparte di quelle relative al *quantum* delle contrapposte pretese:

- a) la domanda della Società per la risoluzione del rapporto per inadempimento del Comune in funzione della previsione dell'art.25 Convenzione, inadempimento declinato sotto il profilo della mancata consegna delle aree (art.25 punto 1 e 2) nonché del mancato adeguamento del PEF (art.25 punto 5);
- b) la domanda riconvenzionale del Comune relativa alla nullità degli artt. 19 e 25 punto 5 della Convenzione;
- c) l'eccezione riconvenzionale del Comune relativa all'inadempimento della Società;
- d) l'eccezione subordinata del Comune relativa alla preclusione della domanda per mancata fissazione del termine ex art.1183 Cod. Civ.;

- e) la domanda riconvenzionale subordinata del Comune relativa alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Per la decisione e per l'esposizione della motivazione il Collegio accoglie un metodo sistematico che consiste nella trattazione delle singole domande ed eccezioni come sopra individuate, secondo l'ordine dell'esposizione delle difese delle parti raccogliendo nell'ambito della trattazione delle singole domande ed eccezioni i rapporti di priorità e dipendenza che impongono la trattazione e decisione congiunta di alcune di esse. Infatti il Collegio ritiene che tra le pur complesse questioni anche di natura preliminare sollevate dalle parti – quali tra tutte a titolo di esempio l'eccezione di nullità di clausola negoziale sollevata dal Comune – nessuna di esse ha natura preliminare e pregiudiziale di carattere generale ed indifferenziato rispetto al complesso delle domande; al contrario le relazioni di preliminarità e/o dipendenza si esauriscono solo tra alcune di esse e pertanto dette relazioni possono essere decise e trattate in seno alle singole questioni sopra individuate con trattazione congiunta di alcune di esse.

2. LA DOMANDA DI RISOLUZIONE DELLA CONVENZIONE PER COLPA DEL COMUNE PER MANCATO ADEGUAMENTO DEL PEF. LA DOMANDA RICONVENZIONALE DI NULLITÀ DELL'ART.25 PUNTO 5) DELLA CONVENZIONE

Nel vaglio dianzi esposto circa la correlazione tra le reciproche domande si impone al Collegio la trattazione congiunta della domanda principale volta alla declaratoria di risoluzione della Convenzione per mancato adeguamento del PEF e la domanda riconvenzionale diretta alla declaratoria di nullità degli artt.19 e 25 lettera 5) Convenzione sui quali si fonda la domanda principale.

Detta questione di nullità evocata dal Comune ha evidente natura

preliminare rispetto alla domanda principale di risoluzione basata su dette clausole della Convenzione (art.19 e art.25 punto 5) e ciò impone al Collegio di trattare la domanda riconvenzionale prima della correlata domanda principale.

2.1 La domanda del Comune pone una questione di nullità dell'art.19 e dell'art.25 punto 5) della Convenzione per contrarietà alle norme imperative. La domanda è parzialmente fondata e va accolta nei limiti di cui appresso.

Il Comune prospetta la nullità come conseguenza di una violazione di norme imperative costituite dall'art.19, comma 2 bis della legge 11 febbraio 1994 n.109 (di seguito **Legge Quadro**).

Le clausole pattizie censurate per nullità sono:

- l'art.19 della Convenzione che recita *“Qualora si verificchino le condizioni previste dal comma 8 dell'art.143 del D.lgs 163/2006, ..., si procederà alla revisione del piano economico finanziario. In tale evenienza il Concedente è obbligato ad assumere tutti gli atti e provvedimenti necessari ad assicurare il riequilibrio economico e finanziario dell'investimento”*;
- l'art. 25 della Convenzione che nell'elencare le ipotesi di inadempimento del Concedente che comportano risoluzione della Convenzione riporta al punto 5) *“qualora il concedente non assicuri in tempo utile gli eventuali interventi di riequilibrio economico finanziario della convenzione così come disciplinati dalla legge e dal presente atto”*.

La norma da assumere in esame comparato con le norme pattizie censurate di nullità è l'art.19, comma 2 bis Legge Quadro che dispone:

“I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni

apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione".

Anzitutto deve riferirsi che resta indifferente a parere del Collegio indagare il tema, pure cennato dal Comune, circa la norma applicabile *ratione temporis*, atteso che la disciplina della Legge Quadro e quella del Codice dei Contratti introdotta dal D.Lgs n.163/2006 – che più volte viene espressamente richiamata nella Convenzione – hanno il medesimo contenuto per quel che rileva l'argomento.

La nullità che il Collegio si trova ad esaminare è quella prevista dall'art.1418, comma 1, cod. civ., che – nel rigido sistema delle nullità tratteggiato dal codice in modo tassativo – costituisce invece disposizione assai controversa che introduce nel sistema l'ipotesi della cosiddetta nullità virtuale cioè implicita nella natura imperativa della norma e che dunque impone l'intervento dell'interprete.

Il Collegio è chiamato ad individuare se le norme, che regolano la disciplina della modifica del PEF e degli effetti della mancata modifica, costituiscono un nucleo qualificabile come imperativo e solo in caso positivo svolgere un giudizio di compatibilità tra il dettato imperativo ed il regolamento contrattuale, giudizio all'esito del quale la clausola ove incompatibile dovrà essere dichiarata nulla.

Quanto al giudizio circa l'imperatività della norma, il punto di partenza del Collegio rappresentato dall'indagine sulla inderogabilità della norma muove anzitutto dall'elementare criterio dell'esame letterale delle disposizioni di legge.

Non pare rintracciarsi nel testo normativo in commento alcuna espressione quali 'salva la diversa volontà delle parti', 'salvo patto contrario' o ancora 'salva diversa pattuizione', espressioni tutte che connotano le norme cedevoli.

Anzi il Collegio ravvisa che proprio l'assenza di espressioni simili nelle disposizioni specifiche unita al tenore dell'art.1, comma 4, della Legge Quadro costituisca un elemento che fa convincere del carattere inderogabile delle norme portate dalla Legge Quadro laddove essa dispone "*Le norme della presente legge non possono essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni*".

L'esame del Collegio deve spingersi oltre ed indagare la *ratio* della disposizione in commento atteso che il concetto di norma imperativa rilevante ai fini dell'art.1418, comma 1, cod. civ., è più rigoroso rispetto alla mera inderogabilità.

L'architettura normativa dell'art.19, comma 2 bis, Legge Quadro, rappresenta, a parere del Collegio, un chiaro nucleo imperativo pur non accompagnandosi ad una specifica previsione di nullità, atteso che la *ratio* della norma è la tutela dell'interesse pubblico che trascende quello del privato, che impedisce che possa predicarsi che l'onere dell'Amministrazione di adeguare il PEF costituisca un obbligo pretendibile e coercibile da parte del contraente privato fino al limite di generare un effetto diverso ed incompatibile da quello previsto e imposto dalla norma.

Non sfugge al Collegio che si tratta di una disposizione normativa che comporta un trattamento deteriore per una parte a vantaggio dell'altra la cui protezione la norma vuole assicurata. Il carattere della imperatività è connotato non solo perché la disposizione è volta a tutelare l'interesse generale ma ricorre ancor

di più ove la disposizione configura come indisponibile l'interesse che la norma è preordinata a proteggere.

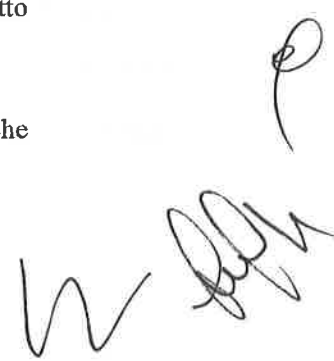
Il Collegio intende affermare che, la pur riconosciuta natura contrattuale alla concessione, non comporta di per sé l'applicazione delle norme di diritto comune in tema di obbligazioni e contratti né consente la libera espressione dell'autonomia privata.

Il rapporto concessorio proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri non ricade in modo immediato nell'ambito del diritto comune e della libera e autonoma negoziazione delle parti poiché trova il suo limite e quindi la conseguente necessità di conformazione, nella immanenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e privato non è la convenzione bensì il provvedimento concessorio rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario.

Siffatta peculiarità non si limita alla fase di evidenza pubblica e il contratto stipulato successivamente non rifluisce nella più generale disciplina di diritto comune e nella libera formazione del rapporto patrimoniale consensualmente steso tra le parti. Ciò deve restare negato proprio dalla presenza di una disciplina speciale che assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto la cui peculiarità non è dettata dal fatto che il soggetto contrante sia la pubblica amministrazione bensì dal fatto che la causa e l'oggetto del contratto sono differentemente conformati in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite.

Dette finalità si riflettono fatalmente anche sull'adempimento del contratto e sulle ipotesi di risoluzione del medesimo.

Ebbene il legislatore nella disposizione normativa in esame ha valutato che

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

l'interesse alla conservazione del contratto espresso dall'obbligo del Concedente di rimodulare il PEF, ove risultino alterate le condizioni di base, resta sacrificato all'interesse pubblico della incoercibile determinazione negoziale dell'Amministrazione fino al suo estremo, determinazione che, ove espressa in forma di diniego alla rimodulazione, fa conseguire al privato il solo diritto al recesso, non potendo detto interesse pubblico sovraordinato concepire che la determinazione negoziale della PA subisca limiti e vincoli ad opera di strumenti tipici dei rapporti negoziali paritari tra privati.

In conclusione il Collegio ravvisa il carattere imperativo nell'art.19, comma 2 bis, della Legge Quadro.

Quanto al giudizio circa la compatibilità tra il dettato imperativo della norma ed il regolamento contrattuale, il Collegio opera un distinguo sulla relazione tra la disposizione normativa e l'art.19 della Convenzione e quella tra la disposizione normativa e l'art.25 punto 5).

Infatti ad avviso del Collegio l'art 19 della Convenzione non fa che riprodurre quel concetto di necessità della rimodulazione del PEF – ovviamente al verificarsi dei presupposti di legge –, espresso dalla disposizione normativa. La relazione quindi tra la norma di legge e quella pattizia non postula una questione di compatibilità ai fini della rilevazione della nullità bensì pone un tema di corretta interpretazione della stessa norma pattizia alla luce della disciplina normativa e della sua *ratio* come descritta dal Collegio. Pertanto l'obbligo del Concedente ad adeguare il PEF in presenza dei requisiti di legge, deve essere interpretato come massimo impegno del Concedente alla conservazione del contratto che tuttavia non limita ed esclude la prerogativa dello stesso Concedente di non soddisfare la richiesta del privato che può recedere. Peraltro, nel caso di specie, la Società ha

avanzato esclusivamente la domanda di risoluzione del contratto sicché il Collegio non è chiamato ad interrogarsi ed esprimersi sull'ambito e sul confine della prerogativa del Concedente in assenza di una domanda di adempimento.

Diversa valutazione invece merita il rapporto tra la disposizione normativa e l'art.25 punto 5) della Convenzione. Infatti l'attribuzione del rimedio della risoluzione del contratto garantito al concessionario dalla clausola pattizia, posta in raffronto alla soluzione dell'esercizio del diritto di recesso assicurato allo stesso concessionario dalla disposizione normativa, realizza proprio il caso di incompatibilità tra norma e regolamento contrattuale. Infatti quest'ultimo viola proprio quel precetto imperativo della norma informato alla sua *ratio* che è quella di garantire all'Amministrazione la piena libertà di gestione negoziale che non può generare alcun inadempimento né può determinare la risoluzione per colpa del rapporto con gli ampi effetti risarcitori previsti, anche tenuto conto che resta ferma ed impregiudicata la garanzia del privato di sciogliersi dal vincolo contrattuale attraverso il recesso.

In breve la sostituzione ad opera della clausola pattizia del rimedio della risoluzione in luogo di quello del recesso implica che la scelta negoziale dell'Amministrazione possa essere sindacata, censurata e compressa mentre la disposizione normativa, in conformità alla sua *ratio*, tende a preservarne la piena e libera espressione quale risultato della valutazione dell'interesse pubblico sotteso che spetta solo all'Amministrazione.

Il Collegio ritiene pertanto di dichiarare nulla la clausola portata dall'art.25, punto 5) della Convenzione ai sensi dell'art.1418, comma 1, cod. civ. per le ragioni dianzi descritte ed inoltre che la declaratoria di nullità travolga la domanda avanzata dalla Società per la risoluzione del contratto per inadempimento

A handwritten signature in dark ink, consisting of a stylized 'W' followed by a series of loops and a final flourish.

del Comune per mancata modifica del PEF che implica la validità della clausola pattizia di ipotesi di risoluzione.

È evidente che si tratta di una nullità limitata alla clausola censurata che non colpisce né coinvolge la validità delle altre disposizioni pattizie e, quindi, dello stesso vincolo negoziale costituito dalla Convenzione; né ancora la declaratoria di nullità riverbera alcun effetto sulle altre questioni del *thema decidendum* e quindi non esclude né limita il vaglio del Collegio sulle ulteriori domande ed eccezioni delle parti.

Siffatta conclusione circa la portata parziale della nullità è conforme al dettato dell'art.1419, comma 2, cod. civ., tanto più che nessuna delle parti ha invocato l'estensione della nullità *ex art. 1419, comma 1°, cod. civ.* e ciò conferma detta portata parziale della nullità anche in considerazione dell'orientamento della giurisprudenza sul punto (cfr. Cass., Cass. civ. Sez. III, 16/12/2005, n. 27732, dove la precisazione che *“Il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del cod. civ., deve ritenersi la regola, mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione che deve essere provata dalla parte interessata”*).

2.2 La decisione assunta esenta da ogni valutazione di merito circa la respinta domanda di risoluzione fondata sulla clausola dichiarata nulla, tuttavia il Collegio non manca di esprimere il proprio avviso sul punto.

Invero, a prescindere dalla declaratoria di nullità, ritiene il Collegio che la domanda di risoluzione del contratto fondata sulla mancata rimodulazione del PEF difetti comunque di fondamento in relazione ai requisiti di legge.

Nel merito è bene tenere a mente che la Società non ha avanzato una

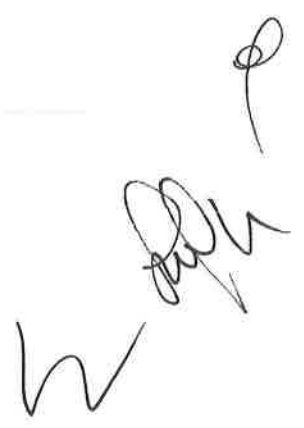
domanda di adempimento della Convenzione volta a verificare la ricorrenza dei requisiti legali e convenzionali che importerebbero manovre di riequilibrio del PEF ad opera dell'Amministrazione e pertanto, nel merito, il Collegio non è chiamato a ricercare i contenuti del potere di adeguamento del Comune.

La Società ha invece denunciato l'esistenza di fatti e condotte poste in essere dall'Amministrazione che, secondo la prospettazione di parte attrice, costituiscono inadempimento grave alla convenzione sotto il profilo di detto mancato riequilibrio. La domanda, quindi ed invece, impone di indagare l'esistenza di fatti, nell'ambito denunciato, che costituiscano inadempimento tanto grave da condurre alla risoluzione.

Il Collegio ritiene che la domanda di risoluzione negoziale debba restare negata in parte (i) per assenza del requisito della gravità dei fatti di inadempimento; in parte (ii) per difetto del requisito stesso dell'inadempimento imputabile.

L'obbligo di riequilibrio del PEF da parte del Concedente non può essere predicato in modo indiscriminato rispetto ad ogni circostanza sopravvenuta bensì esclusivamente con riferimento alle specifiche circostanze che la stessa Convenzione indica come condizioni di base, essenziali ai fini del mantenimento di detto equilibrio. Inoltre lo stesso art.19, comma 2 *bis* Legge Quadro prescrive pure che l'alterazione di detto equilibrio, rilevante ai fini dello strumento di adeguamento del PEF, non possa provenire da ogni evento bensì esclusivamente da fatti dell'Amministrazione ovvero da sopraggiunti interventi normativi e regolamentari.

Ebbene l'esame della Convenzione ed in particolare delle premesse che contengono l'elencazione delle condizioni di base nonché degli articoli della Convenzione stessa, ove lo strumento della revisione (artt. 13 e 14) viene

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'W' followed by a stylized name, and there is a small circular mark above it.

espressamente richiamato, posto in raffronto alle prospettazioni attrici per le quali è chiesta la risoluzione della Convenzione, concentra la cognizione e decisione del Collegio su due aspetti: le varianti intervenute ed il valore delle aree.

La questioni delle varianti si è imposta sin da subito e si è sviluppata in modo complesso ed articolato; tuttavia, pur in presenza di alcuni comportamenti censurabili dell'Amministrazione, pare non possa negarsi che negli anni successivi al 2010 e fino ancora al 2017 le parti abbiano perseverato nella conservazione del rapporto negoziale conducendo, seppur faticosamente, un confronto sull'equilibrio del rapporto e sul perseguimento dell'obiettivo consacrato nel PEF. È certo infatti che almeno per i fatti fino al 2010 si perviene al riequilibrio del PEF atteso che si ammette il raggiungimento di un accordo in tal senso raccolto nell'Atto Aggiuntivo 10 agosto 2010 [peraltro le varianti oggetto della delibera GC n.688/2011 approvate solo in linea tecnica venivano successivamente abbandonate sin dal 2015 (cfr. nota Comune Allegato n.33 Relazione Tecnica doc. 4 memoria attrice 10 settembre 2019)].

Per i fatti successivi all'Atto Aggiuntivo le uniche varianti che al momento della proposizione della lite possono dirsi attuali e rilevanti per l'esame della domanda sono la bonifica dell'area di Via Vesuvio e le problematiche dell'area dell'ex mercato ortofrutticolo. Ebbene proprio nella domanda di arbitrato (pagg.7 e 8) nonché nella descrizione dell'andamento del rapporto come proposta da parte attrice nella Relazione Tecnica a firma dell'Ing. Martuscelli (doc. 4 pagg. 13-18 memoria attrice 10 settembre 2019) si riferisce che la Società aveva approntato una serie di iniziative e soluzioni capaci di consentire il recupero di gran parte dello 'sbilanciamento' del piano di investimento. Peraltro la stessa Relazione Tecnica nella parte indicata riferisce nel dettaglio le soluzioni progettuali che consentivano

gran parte del recupero del costo degli interventi all'interno del PEF riportando le allegazioni (allegati G e H alla Relazione) costituite dalle note del Comune di Napoli in cui dette soluzioni si ritenevano conformi in materia urbanistica e, quindi praticabili, e si confermava la necessità di modifica del PEF proprio perché detti interventi facevano carico alla Concedente. Allorquando poi il Concessionario da seguito alla rielaborazione del PEF (consegnato al Concedente il 1 giugno 2017), appare evidente che la questione delle varianti, in rapporto al quadro economico dell'affare, ove opportunamente corretta nel senso delle indicazioni dello stesso Concessionario, non si presenta come un grave inadempimento idoneo a provocare la risoluzione del rapporto convenzionale.

• **La questione della riduzione del valore delle aree.**

La riduzione del valore delle aree che ha costituito il contenuto prevalente della rielaborazione del PEF del 2017 nonché oggetto di specifica doglianza nella domanda di arbitrato appare inidonea a parere del Collegio a fondare l'inadempimento colpevole utile alla risoluzione negoziale.

La motivazione di rigetto del Collegio può concentrarsi anche solo sulla valutazione di profilo giuridico astratto, atteso che è sufficiente ad escludere la fondatezza della domanda, domanda che peraltro, sul piano concreto, resterebbe frustrata dall'assenza di prova in ordine alla minusvalenza delle aree. In ogni caso, per restare al profilo giuridico astratto, seppure il valore delle aree assume condizione di base del rapporto [cfr. Premessa lettera c) della Convenzione], deve tuttavia escludersi che la variazione a detta condizioni di base – quando anche risultasse vera e provata – possa essere stata portata da fatti imputabili all'Amministrazione e non invece dovuta alle condizioni di mercato.

Il Collegio ritiene infatti che la prospettazione di parte attrice introduca il

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters, likely representing the name of the official or expert who provided the opinion.

tema, frequente negli scritti difensivi della Società, della revisione dell'equilibrio economico-finanziario in base al mutamento delle condizioni di mercato e ciò porta lo stesso Collegio ad affermare che la disposizione normativa (e quand'anche la clausola pattizia dichiarata nulla) non ammette il principio generale di obbligatorietà della revisione del PEF al verificarsi di una congiuntura sfavorevole del mercato.

Infatti sebbene la riuscita di un contratto di partenariato pubblico-privato, si basi anche sulla cosiddetta 'bancabilità', agitata nelle difese di parte attrice, ovverosia la riuscita finanziaria dell'operazione, non deve dimenticarsi che il pilastro principale che caratterizza siffatti meccanismi contrattuali è costituito proprio dal rischio operativo che ha natura economia ed implica la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati, rischio che permane in capo al privato che contrae con l'Amministrazione che non risponde di quelle componenti del rischio che dipendono da fattori esterni alle parti.

Nella presente fattispecie siffatto rischio, come detto, ricade sul Concessionario a maggior ragione che le parti non hanno previsto nella Convenzione alcuna revisione del PEF in relazione al mutamento delle condizioni di mercato che è invece valutato come un'ordinaria contingenza non idonea a mutare la Convenzione medesima.

Il Collegio conclude quindi per la declaratoria di nullità della clausola di cui all'art.25 punto 5) della Convenzione ai sensi dell'art.1418, comma 1, cod. civ., con conseguente rigetto della domanda di risoluzione del rapporto convenzionale basata sulla norma dichiarata nulla, restando consentito solo l'esercizio del diritto di recesso anche nella ipotesi di mancata e colpevole revisione del PEF, ipotesi che peraltro il Collegio ha ritenuto non sussistere anche nel merito.

3. L'ECCEZIONE SUBORDINATA DEL COMUNE RELATIVA ALLA PRECLUSIONE DELLA DOMANDA PER MANCATA FISSAZIONE DEL TERMINE EX ART.1183 COD. CIV. E LA DOMANDA RICONVENZIONALE SUBORDINATA DEL COMUNE RELATIVA ALLA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

Il vaglio della correlazione tra le reciproche domande ed eccezioni esposto al punto 1 della decisione, conduce il Collegio alla trattazione congiunta dell'eccezione e della domanda, entrambe sollevate dal Comune, rispettivamente per la preclusione dell'inadempimento utile alla risoluzione in assenza dell'assegnazione di un termine *ex art.1183 cod. civ.* e per la declaratoria di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Entrambe le questioni sono introdotte dal Comune espressamente in forma subordinata in quanto in modo esplicito ammettono un rapporto di stretta derivazione rispetto al risultato di questioni che il Collegio è chiamato ad affrontare, questioni che costituiscono il precipitato logico-giuridico che rende superflua la decisione puntuale delle questioni in argomento.

La chiara espressione della formulazione delle questioni dipendenti da questioni affrontate e risolte dianzi già consentirebbe al Collegio di convincersi che dette espressioni si traducono nella fissazione del condizionamento della domanda riconvenzionale e dell'eccezione avanzate ad altre questioni che potrebbe condurre agevolmente ad una pronuncia di assorbimento o superamento.

Tuttavia al di là della inequivoca finalizzazione delle difese espresse dal Comune, il Collegio ritiene che sia opportuno argomentare specificatamente la ragione per la quale non vi è necessità di una pronuncia esplicita sulla eccezione e sulla domanda del Comune.

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

Sull'eccezione relativa all'assenza del termine *ex art.1183 cod. civ.* all'interno della clausola portata dall'art.25 punto 5) che, ad avviso del Comune, impedirebbe alla Società di postulare la risoluzione convenzionale, il Collegio rileva che detta clausola è rimasta colpita dalla declaratoria di invalidità e, quindi, non risponde ad alcun interesse, utilità ed attualità conoscere e decidere la questione introdotta con l'eccezione subordinata atteso che essa resta assorbita dalla pronuncia di nullità della clausola nonché ancora dalle motivazioni pure espresse dal Collegio in ordine alla ragioni di infondatezza nel merito della domanda di risoluzione per inadempimento correlata al mancato adeguamento del PEF.

La domanda riconvenzionale invece non può restare senz'altro assorbita nella pronuncia di nullità, perché essa non ha alcun riferimento logico-giuridico con la clausola dichiarata nulla. Tuttavia il Collegio ritiene che comunque detta domanda non abbisogna di specifica trattazione e motivazione atteso che essa non poggia su fatti la cui allegazione è proposta in modo autonomo e differente rispetto a quelli assunti da parte attrice come veri. Anzi essa ha il suo presupposto logico-fattuale e la sua esclusiva ragione petitoria solo nella ipotesi – formulata da parte attrice – del raggiungimento da parte del Collegio del convincimento circa l'alterazione dell'equilibrio contrattuale imputabile alla parte pubblica; invero non si può ravvisare nel contenuto della domanda riconvenzionale di cui al punto IV della memoria difensiva del 7 giugno 2019 alcuna espressione che trascenda la richiamata ipotesi e si spinga a chiedere un pronunciamento a prescindere da essa.

Pertanto ritiene il Collegio che la motivazione già offerta circa l'assenza di ragioni che giustifichino l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e l'affermazione di infondatezza della pretesa della Società sul punto, anche in considerazione

dell'assenza di una domanda volta ad ottenere l'adempimento del Comune, ha la capacità di escludere la utilità di una pronuncia sulla prospettata domanda riconvenzionale.

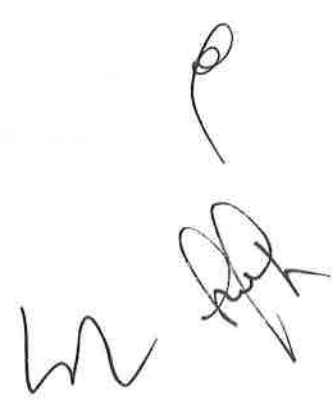
4. LA DOMANDA DI RISOLUZIONE DELLA CONVENZIONE PER COLPA DEL COMUNE PER MANCATA CONSEGNA DELLE AREE. LA ECCEZIONE RICONVENZIONALE DI INADEMPIMENTO RELATIVO ALLA DISPONIBILITÀ DELLE AREE

Nella rassegna del metodo di valutazione comparata di cui al punto 1, il Collegio procede alla trattazione congiunta della domanda principale volta alla declaratoria di risoluzione della Convenzione per mancata consegna delle aree e dell'eccezione riconvenzionale relativa allo stesso tema.

Le difese delle parti sul punto si sono concentrate su affermazioni e contestazioni che si muovono sul piano del fatto.

Invero a leggere le difese delle parti la Società sostiene che non vi è stata alcuna consegna delle aree su cui eseguire l'intervento, ad eccezione della custodia temporanea di alcune porzioni per interventi specifici preliminari ed afferma "*Ed anzi, l'Amministrazione, negli oltre dieci anni decorsi dalla data di sottoscrizione della convenzione (20.7.2007) alla notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio (26.7.2018) non ha consegnato alcuna area alla concessionaria ai fini dell'avvio dei lavori*" (memoria difensiva del 17 luglio 2019, pag. 4). Per converso il Comune riferisce che "*la quasi totalità delle aree interessate risultava nella disponibilità della società sin dall'inizio del rapporto in convenzione o comunque sin dalla sottoscrizione dell'atto aggiuntivo del 2010*" (pag.30 memoria difensiva del 7 giugno 2019).

Non si è registrata nelle difese delle parti e nella discussione alcuna disputa

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

su questioni giuridiche basate sulla legge e/o sul contratto circa la circostanza della consegna delle aree ad eccezione dell'isolato e generico rilievo del Comune di cui si dirà in seguito.

Il Collegio passa in rassegna la disciplina negoziale in tema di consegna delle aree che dispone all'art.12 della Convenzione che essa debba avvenire in due soluzioni in ogni caso capaci di garantire la unitaria realizzazione di un intero lotto funzionale in conformità al progetto ed al cronoprogramma.

La stessa norma pattizia prevede, al comma 2, stretti termini di consegna (15 giorni) decorrenti dall'approvazione del progetto esecutivo relativo alle diverse fasi ed anzi, al comma 4, fissa una scadenza definitiva, per la consegna delle aree relative tanto alla prima quanto alla seconda fase dell'intervento, al 30 giugno 2007.

L'art.12 regola altresì il procedimento di consegna e prescrive *“Ogni consegna risulterà da verbale predisposto dal Responsabile del procedimento e dal Direttore dei lavori”*.

È circostanza pacifica tra le parti che il progetto esecutivo è stato approvato con deliberazione GC n.279 del 1° marzo 2010 alla quale non ha fatto seguito alcuna consegna nei termini previsti nella Convenzione per come le stesse parti lo riferiscono nelle rispettive difese. E ciò per l'operare di alcuni fattori storici e negoziali che porteranno le parti alla stipula dell'Atto Aggiuntivo nel 2010.

Il Collegio ha allora esaminato anche il regolamento contrattuale sulla consegna delle aree che risulta dall'Atto Aggiuntivo.

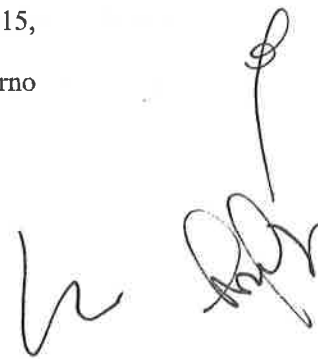
L'art.8 dell'Atto Aggiuntivo fissa alcuni termini in rapporto ad alcune aree (quelle oggetto delle varianti introdotte e regolate dallo stesso Atto Aggiuntivo) e dispone invece *“le restanti aree che sono tutte immediatamente disponibili saranno*

consegnate, limitatamente a quelle interessate alle opere pubbliche entro 45 giorni dalla sottoscrizione del presente atto”.

Peraltro l'art.6 dello stesso Atto Aggiuntivo nel quale sono descritte le opere e anche gli interventi in variante allorquando fissa il termine per la presentazione del progetto da parte del concessionario e della approvazione fino al 31 dicembre 2010 – esclusivamente con riferimento agli interventi in variante –, introduce una norma di chiusura, rilevante ai fini del decorso dei termini convenzionali sulla consegna delle aree, prescrivendo che *“Decorso inutilmente il suddetto termine del 31 dicembre 2010 - che potrà essere prorogato una sola volta per 30 giorni - il concessionario potrà procedere in base al progetto esecutivo così come approvato con delibera di GC 279/2010”.*

Ritiene il Collegio che la chiara ed inequivoca portata delle disposizioni negoziali, deve far concludere che il Comune aveva l'obbligo, secondo le modalità di cui all'art.12 della Convenzione – che prescrive l'iniziativa di impulso del RUP e del Direttore dei Lavori – di procedere alla consegna delle aree, almeno nei limiti di quelle disponibili, ed in ogni caso di tutte le aree oggetto della Convenzione ove si superino i limiti temporali fissati dai patti. A tutto voler concedere, con esclusivo riferimento alle aree oggetto degli interventi in variante, si può ammettere che detto obbligo possa ritenersi posticipato solo per dette aree, con decorrenza dalla data di approvazione dei progetti in variante portata dalla deliberazione GC n.668 del 13 maggio 2011.

Peraltro nel complesso, confuso, anomalo sviluppo del rapporto, si registra un momento nel quale l'attualità e l'esigibilità di siffatto obbligo non può in ogni caso essere messo in discussione cioè allorquando, con note del 16 settembre 2015, prot. 705703 e del 27 ottobre 2016, prot.853047, il Comune ammetteva un ritorno

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

al progetto originario approvato nel 2010 disponendo la non attualità delle varianti. Si aggiunga che la stessa Amministrazione confermava negli atti e nella corrispondenza, come pure riportato nelle difese, *“la possibilità di ricorrere alla esecuzione delle stesse [n.d.r. opere] per stralci funzionali, come prevista dalla L. 11150/42 e dalla normativa urbanistica”* (pag.20 memoria difensiva 7 giugno 2019) e come peraltro risulta già dalla Convenzione.

Pertanto l’obbligo del Comune di procedere alla consegna delle aree risulta certo come pure deve ammettersi che il termine utile entro il quale adempiere detto obbligo risulta ampiamente superato alla data della proposizione della lite.

Invero il Comune nelle proprie difese non contesta la sussistenza dell’obbligo né nega la esigibilità in relazione al tempo dell’adempimento, bensì si dichiara adempiente; anzi lo stesso Comune si duole che il Concessionario non abbia avviato le lavorazioni sulla base della disponibilità delle aree.

A questo punto il Collegio deve compiere una valutazione della raccolta probatoria da cui emerge la verità sul fatto controverso circa la intervenuta consegna delle aree, fatto che rappresenta il discrimine rispetto all’obbligo come sopra ricostruzione e neppure contestato.

Ebbene il Collegio riscontra che nonostante l’affermazione del Comune, circa la disponibilità delle aree in capo al concessionario, nel processo non emerge alcuna prova dell’avvenuta consegna delle aree da parte del Comune per l’avvio dei lavori sicché deve ritenersi che la consegna delle aree, anche solo parziale per quelle disponibili, non si è mai verificata, pure e per quanto occorra tenuto conto che essa è procedimentalizzata, come è finanche ovvio trattandosi di contratto pubblico, ed avrebbe dovuto essere riprodotta in un verbale di impulso del RUP e del DL come prescritto nell’art. 12 della Convenzione. Né invero emerge un invito

da parte del Comune al concessionario alla sottoscrizione dei verbali di consegna seguito dall'avvio degli adempimenti di legge da parte dell'Amministrazione per il caso di rifiuto di consegna da parte del concessionario.

Il Collegio nella disamina della produzione documentale ha rinvenuto alcuni documenti riferibili al tema della disponibilità delle aree che sono identici nei fascicoli di entrambe le parti (fascicolo parte attrice Allegati L, M e N al doc.4 Relazione Tecnica prodotta con la memoria del 10 settembre 2019 e fascicolo parte convenuta Allegati senza numero al doc. 9 nota del Comune prot.0132284/2012 prodotta con la memoria del 7 giugno 2019).

Ebbene ritiene il Collegio che detti documenti non possano essere qualificati come verbali di consegna delle aree idonei ai sensi dell'art.12 della Convenzione ed adeguati a convincere dell'adempimento dell'obbligo da parte del Comune per un molteplice ordine di ragioni: sono riferiti ad aree specifiche e ridotte rispetto al complesso dell'intervento; sono relativi ad aree sui cui si sarebbero dovute realizzare interventi in variante non approvati (ex mercato ortofrutticolo e via Vesuvio); sono qualificabili quali verbali di affidamento in custodia per l'esecuzione di lavori propedeutici e preliminari con esclusione della consegna definitiva; solo in un caso tengono luogo del verbale di consegna definitiva sotto condizione dell'approvazione del relativo progetto in variante, condizione che non si è verificata.

In conclusione il Collegio ritiene che il Comune è rimasto inadempiente all'obbligo di consegna delle aree e che detto comportamento abbia impedito anche la parziale esecuzione dell'opera per stralci, secondo una opzione ammessa dalla legge e predicata dallo stesso Comune e che detto inadempimento possa essere qualificato come grave. Il Collegio dichiara pertanto risolta la Convenzione per

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'W' followed by a series of loops and a final vertical stroke.

colpa del Comune in considerazione della portata dell'inadempimento e delle sue conseguenze sulla interazione tra le prestazioni negoziali, anche tenuto conto del rilievo che siffatto inadempimento assume nella prospettazione negoziale delle parti ai sensi dell'art.25 punto 1 della Convenzione.

La motivazione circa l'accoglimento della domanda principale da ragione anche del rigetto dell'eccezione riconvenzionale sollevata dal Comune sul punto.

Alla declaratoria di risoluzione deve seguire la valutazione e determinazione del Collegio in ordine agli effetti della risoluzione che risultano regolati nell'art.25, comma 2, della Convenzione in conformità alla disposizione normativa.

A tal fine tuttavia il Collegio non dispone allo stato di tutti gli elementi di cognizione idonei alla decisione e ritiene di dover provocare un approfondimento tecnico-economico da perseguire con l'ausilio di una Consulenza Tecnica d'Ufficio, approfondimento sul quale provvederà con separata ordinanza.

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale, non definitivamente pronunciando:

- 1) previa declaratoria di nullità dell'art.25 punto 5) della Convenzione, ferma la validità del resto delle disposizioni della Convenzione, rigetta la domanda di risoluzione proposta dalla Società in relazione all'art.25 punto 5) Convenzione con riferimento al quesito 1 della domanda di arbitrato;
- 2) dichiara assorbite e o superate le questioni sollevate dal Comune di Napoli con riferimento all'eccezione di cui al punto 4) delle conclusioni della prima memoria difensiva dello stesso Comune e alla domanda riconvenzionale subordinata di cui al punto 5) delle conclusioni della stessa prima memoria difensiva;

- 3) accoglie la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento del Comune di Napoli in relazione all'art.25, punto 1 della Convenzione con riferimento al medesimo quesito 1 della domanda di arbitrato con conseguente rigetto oltre che della conclusione di cui al punto 1, altresì dell'eccezione di cui al punto 2) delle conclusioni della prima memoria difensiva del Comune di Napoli;
- 4) dispone, per le ragioni di cui in motivazione, la prosecuzione del giudizio e ordina, con separata ordinanza, lo svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio;
- 5) riserva al lodo definitivo ogni altra questione, in forma di domanda o di eccezione, che non risulti decisa o dichiarata assorbita dalla presente pronuncia parziale;
- 6) rimanda al lodo definitivo la pronuncia sulle spese di difesa nonché la determinazione di ripartizione delle spese di funzionamento del Collegio e degli onorari degli Arbitri.

La sottoscrizione del presente lodo in triplice originale sarà comunicata a tutte le parti a cura del Segretario.

Così deciso dal Collegio – con la partecipazione di tutti gli Arbitri nelle conferenze personali dei giorni 25.10.2019, 14.11.2019 e 17.12.2019; nonché mediante conferenze telefoniche e scambi di messaggi di posta elettronica – in parte all'unanimità ed in parte a maggioranza dei suoi componenti e con il motivato dissenso dell'Arbitro Avv. Antonio Lamberti, nei limiti esposti e per le ragioni espresse nella "Relazione di minoranza" allegata al presente lodo; e quindi letto, confermato e sottoscritto da ciascun componente del Collegio Arbitrale nelle date indicate al fianco di ciascuna sottoscrizione.

Avv. Gregorio Critelli

Avv. Antonio Lamberti

Avv. Prof. Nicola Rascio

Presidente

Arbitro

Arbitro

Rome, 25 maggio 2020 *fully*
NAPOLI 20, 5. 2020 *fully*
NAPOLI, 20 MAGGIO 2020 *fully*