

**Camera Arbitrale per i contratti pubblici  
presso l’Autorità Nazionale Anti Corruzione  
procedura arbitrale n. 13/2020 RGA**

**IL COLLEGIO ARBITRALE**

*composto dai signori*

Prof. Avv. Enrico Moscati (Presidente)

Dott. Ing. Lorenzo Motta (Arbitro)

Prof. Avv. Francesco Vetrò (Arbitro)

*per la risoluzione della controversia insorta*

*tra*

“**ENERGIE TRASFORMABILI SICILIA E.T.S. S.r.l.**” (C.F. e numero di iscrizione alla Sezione Ordinaria del Registro delle Imprese di Roma 08489281009), con sede in Roma, alla Via Latina n. 20, in persona dell’Amministratore Unico e legale rappresentante, Avv. Maurizio Bernardo, nato a Salerno (SA) il 25 settembre 1958 (C.F. BNR MRZ 58°25 H703W), rappresentata e difesa dall’Avv. Arturo Cancrini (C.F. CNCCRT55C13H501S – PEC [arturo.cancrini@avvocato.pe.it](mailto:arturo.cancrini@avvocato.pe.it) – Fax 06.56561640), presso il cui studio sito in Roma, Piazza San Bernardo, è elettivamente domiciliato, giusta procura alle liti in calce alla domanda di arbitrato con contestuale nomina di arbitro,

- parte attrice

*contro*

**CONSORZIO DI BONIFICA N. 6 ENNA**, mandatario senza rappresentanza del Consorzio di Bonifica Sicilia Orientale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, (C.F. 93079890872), con sede in Catania, Via Centuripe 1/A, rappresentato e difeso dall’Avv. Grazia Maria

Tomarchio (fax 0957047374, pec:  
[graziamaria.tormarchio@pec.ordineavvoaticatania.it](mailto:graziamaria.tormarchio@pec.ordineavvoaticatania.it), C.F.

TMRGZM78E51C351Y), con studio in Catania, Via Torino n. 61, presso  
cui elegge domicilio anche digitale, giusta delibera incarico n.25 del  
31/5/2022 e procura rilasciata su foglio separato e allegato in calce alla  
comparsa di costituzione con nuovo procuratore dell'1/6/2022,

- parte convenuta

*in dipendenza*

della clausola compromissoria, contenuta nell'art. 22 del contratto di  
affidamento in gestione della Centrale idroelettrica di Regalbuto, Contrada  
Miraglia, stipulato in data 14/11/2006, il quale dispone “*Qualsivoglia  
controversia comunque iniziata in ordina alla interpretazione, validità, esecuzione,  
l'efficacia e risoluzione del presente contratto, che non potrà essere risolta amichevolmente  
tra le Parti, sarà demandata al giudizio rituale, ai sensi del codice di procedura civile e  
secondo diritto, ad un Collegio Arbitrale composto da tre membri designati, su istanza  
della Parte più diligente, dal Presidente del Tribunale di Enna Sede*”.

La clausola compromissoria contenuta nell'art. 22 del sopra indicato  
contratto di affidamento in gestione del 14/11/2006 deve essere coordinata  
con quanto disposto negli artt. 209, 210 e 216 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50  
(cd. Codice degli Appalti Pubblici e dei contratti di concessione), che è  
applicabile al contratto di affidamento in gestione in virtù dell'art. 216 del D.  
Lgs. n. 50 del 2016 il quale dispone al comma 22 che “*le procedure di arbitrato  
di cui all'art. 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti  
dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i  
quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del*

*presente codice?*

Il comma 4 dell'art. 209 del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce che *“il Collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera Arbitrale di cui all'art. 210. Ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'Arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il Presidente del Collegio Arbitrale è designato dalla Camera Arbitrale tra i soggetti iscritti all'Albo di cui al comma 2 dell'articolo 210, in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce?”*.

Di conseguenza, in virtù del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. il comma 4 dell'art. 209 del D. Lgs. n. 50/2016 è sostituito per volontà della legge alla clausola compromissoria di cui all'art. 22 del contratto di affidamento in gestione del 14/11/2006.

**ha deliberato,**

a maggioranza, in conferenza personale nelle riunioni del 7 dicembre 2021, 29 aprile 2022 , 6 giugno 2022, 28 giugno 2022, 13 ottobre 2022, 14 febbraio 2023, 13 marzo 2023, 15 maggio 2023, 31 maggio 2023, 20 luglio 2023, 28 novembre 2023 e 4 dicembre 2023, in Roma, sede dell'arbitrato, presso la sede della Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici presso l'Autorità Nazionale Anti Corruzione, Via Marco Minghetti n. 10, il seguente

**LODO**

\* \* \*

**1. LO SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO FINO ALL'UDIENZA DEL 14 FEBBRAIO 2023 COMPRESA.**

Con atto notificato al Consorzio di Bonifica n. 6 Enna il 28/4/2020 la

Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. ha nominato quale proprio arbitro il Prof. Avv. Francesco Vetrò.

Con atto prot. N. 0003350 del 15/5/2021 il Consorzio di Bonifica n. 6 Enna ha nominato quale proprio arbitro l'Ing. Lorenzo Motta.

Con provvedimento del 4/11/2021 il Consiglio della Camera Arbitrale, preso atto della rinuncia all'incarico di terzo arbitro con funzione di Presidente da parte del Prof. Giuseppe Vettori in data 11/10/2021, ha nominato il Prof. Enrico Moscati quale terzo Arbitro con funzione di Presidente, confermando nel resto la composizione del Collegio già nominato.

Il successivo 7/12/2021 i tre arbitri hanno accettato l'incarico, costituendosi in Collegio, e si è tenuta la prima udienza del procedimento arbitrale alla quale ha assistito il Segretario del Collegio, Dott.ssa Maria Pia Santoro, nominato dal Presidente del Collegio con atto del 30/11/2021 e scelto nell'elenco dei Segretari di cui al comma 12 dell'art. 210 del D. Lgs. 50/2016.

Nell'udienza del 7/12/2021 il Collegio, preso atto della nomina del Segretario nella persona della Dott.ssa Santoro, ha fissato in primo luogo la sede dell'arbitrato, i termini e le modalità per il deposito degli scritti difensivi e della documentazione delle parti, la data del 29/4/2022 per la comparizione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per la discussione, ha autorizzato il Presidente ad adottare eventuali ordinanze di proroga del termine per il deposito del lodo, previo consenso delle parti, ha autorizzato il Presidente del Collegio a deliberare i provvedimenti di impulso e ordinatori per lo svolgimento del procedimento, riservandosi con separata ordinanza di determinare l'ammontare del

compenso e delle spese a carico delle parti e le modalità di versamento del saldo degli stessi, tenuto conto dell'acconto già versato.

Nell'udienza del 29/4/2022 il Presidente del Collegio ha comunicato che con nota del 26/4/2022 l'Avv. Anna Arena, difensore del Consorzio di Bonifica n. 6 Enna ha chiesto il rinvio dell'udienza, già fissata per la comparizione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per la discussione, adducendo intervenuti gravi motivi di salute. L'Avv. Arena ha chiesto anche di svolgere la predetta udienza da remoto. Il Presidente ha comunicato anche di aver richiesto ai difensori delle parti, per il tramite del Segretario, di voler trasmettere il consenso a prorogare il termine di deposito del lodo al 30/9/2022 in modo di consentire l'accoglimento dell'istanza dell'Avv. Arena. Poiché entrambe le parti hanno dato il proprio consenso alla proroga del termine per il deposito del lodo, il Collegio arbitrale ha deliberato di accogliere la richiesta dell'Avv. Arena fissando l'udienza del 6/6/2022 per la comparizione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per la discussione, disponendo che la predetta udienza sia svolta telematicamente. Il Collegio ha anche deliberato di prorogare il termine di deposito del lodo al 30/9/2022.

Con nota del 23/5/2022 il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna ha comunicato l'intervenuto decesso dell'Avv. Anna Arena.

All'udienza del 6/6/2022, svolta con modalità telematica, il Presidente ha comunicato al Collegio l'avvenuto decesso dell'Avv. Anna Arena e il Collegio ha espresso il proprio rammarico per la prematura scomparsa di quest'ultima. Il Presidente ha comunicato anche la costituzione del nuovo difensore del Consorzio di Bonifica n. 6 Enna nella persona dell'Avv. Grazia

Maria Tomarchio, la quale con memoria dell'1/6/2022 ha chiesto anche un rinvio dell'udienza al fine di visionare gli atti del fascicolo del procedimento arbitrale.

Il Collegio ha deliberato di accogliere la richiesta del nuovo difensore del Consorzio di Bonifica n. 6 Enna, fissando per il giorno 28/6/2022 l'udienza per la comparizione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione e per la discussione e disponendo che la predetta udienza si svolgesse in presenza presso la sede della Camera Arbitrale.

All'udienza del 28/6/2022 il Collegio ha esperito il tentativo di conciliazione, che però ha avuto esito negativo. Subito dopo i difensori delle parti hanno svolto la trattazione della causa illustrando le rispettive pretese e posizioni. All'esito della discussione, il Collegio ha deliberato di prorogare il termine per il deposito del lodo all'1/3/2023 subordinando la proroga alla trasmissione, entro dieci giorni dal ricevimento del dispositivo del verbale, di un atto di ratifica, da parte del Consorzio di Bonifica n. 6 Enna, del consenso prestato in udienza dal difensore di quest'ultimo. Il Collegio ha deliberato anche di assegnare alle parti termine fino al 29/7/2022 per il deposito di brevi memorie. Il Collegio si è riservato di decidere sulle domande delle parti.

La ratifica da parte del Consorzio di Bonifica è stata formalizzata nel termine richiesto dal Collegio.

Nel termine assegnato entrambe le parti hanno presentato le rispettive memorie autorizzate.

Nelle more della decisione, con ordinanza dell'1/2/2023 e previo consenso delle parti, il termine per il deposito del lodo è stato prorogato al 30/6/2023

stante la complessità delle questioni preliminari e di merito sulle quali il Collegio è stato chiamato a pronunciarsi.

All'udienza del 14/02/2023 il Collegio, preso atto della proroga del termine per il deposito del lodo, dopo aver ritenuto non fondata l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione attiva sostanziale e processuale di parte attrice e ogni altra questione inerente alla cancellazione della mandante dal Registro delle Imprese, ha deliberato di riconvocarsi per i giorni 13 e 14.03.2023 al fine di procedere all'esame delle questioni di merito sollevate dalle parti.

Fino a questo momento le difese delle parti erano state compiutamente illustrate nelle memorie di seguito indicate.

A) per l'attore Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. le argomentazioni e le deduzioni difensive sono state svolte nei seguenti atti:

- domanda di arbitrato con contestuale nomina di Arbitro del 2.3.2020;
- prima memoria arbitrale del 14.1.2022;
- seconda memoria arbitrale del 14.3.2022;
- memoria autorizzata del 28.7.2022;

B) per il convenuto Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna le argomentazioni e le deduzioni difensive sono state svolte nei seguenti atti:

- prima memoria arbitrale di costituzione del 21.2.2022;
- seconda memoria arbitrale – repliche dell'1.4.2022;
- comparsa di costituzione con nuovo procuratore dell'1.6.2022;
- note autorizzate del 29.7.2022.

## **2. LE CONCLUSIONI DELLE PARTI.**

**2.1.** La parte attrice Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l., con le

conclusioni come nella domanda di arbitrato con contestuale nomina di arbitro del 2.3.2020 e confermate nella prima memoria arbitrale del 14.1.2022, ha chiesto

*“che il Collegio Arbitrale si pronunci sui seguenti quesiti:*

*Quesito n. 1*

*Voglia l'Onorevole Collegio Arbitrale, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, accertare e dichiarare il grave inadempimento del Consorzio di Bonifica Enna 6 alle obbligazioni contrattuali stabilite nel contratto di affidamento in gestione del 14/11/2006 per le ragioni esposte in fatto e le considerazioni in diritto che precedono e, per l'effetto, disporre la risoluzione del predetto contratto per inadempimento del Consorzio e condannare altresì quest'ultimo, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi ex art. 1223 c.c., nella misura di € 6.455.384,00 o nella maggiore o minore somma che verrà determinata in corso di arbitrato, oltre rivalutazione ed interessi legali fino all'effettivo soddisfo.*

*Quesito n. 2*

*Voglia l'Onorevole Collegio arbitrale, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, atteso il fondamento dei quesiti come sopra proposti, porre a carico del Consorzio di Bonifica Enna 6, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, le spese di funzionamento del Collegio arbitrale, gli onorari degli arbitri, il compenso di eventuale C.T.U., nonché le spese e gli onorari di difesa e, per l'effetto, condannare le stesse al relativo pagamento.*

*\*\*\* \* \*\*\**

*In relazione ai quesiti sopra formulati, al momento e con ogni riserva, si rassegnano le seguenti*

**CONCLUSIONI**

*Voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, contrariis reiectis, dare affermativa risposta ai quesiti sopra formulati, con ogni consequenziale pronuncia e statuizione accertativa, costitutiva e di condanna.*

*Salvo e riservato ogni diritto e deduzione in relazione a quanto verrà eccepito dal Consorzio di Bonifica Enna 6 all'atto della costituzione nel presente procedimento.*

*Si fa espressa riserva di integrare i quesiti proposti, di aggiornare le somme richieste ai vari titoli, di formulare eccezioni e di produrre memorie difensive, documenti, deduzioni e istanze istruttorie ove necessarie, nonché di chiedere e prospettare quant'altro che, in relazione agli sviluppi del giudizio e agli atti difensivi di controparte, risultasse utile ai fini della tutela dei diritti dell'istante.*

*In via istruttoria:*

*1) si chiede volersi ammettere prova testimoniale sulle circostanze esposte in narrativa, con espressa riserva di articolazione dei capitoli di prova, anche ai fini dell'eventuale prova contraria a quanto dedotto da controparte, e con ulteriore riserva di indicazione dei testi;*

*2) attesa la natura tecnica della causa, si chiede l'ammissione di C.T.U.*

*Con espressa riserva di allegazione documentale ed ulteriori richieste, anche istruttorie.”*

Sempre parte attrice Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. con la seconda memoria arbitrale del 14/3/2022 e con la memoria autorizzata del 28/7/2022 ha integrato le proprie richieste istruttorie, insistendo per la nomina di un C.T.U. al quale ha chiesto che sia rivolto il seguente quesito:

*“accerti il CTU sulla base della documentazione in atti e di quella che riterrà necessario acquisire, l'andamento dell'appalto – anche sotto il profilo dell'iter burocratico per l'ottenimento della concessione di derivazione delle acque – verificando la corretta esecuzione degli interventi di ripristino della centrale ad opera dell'ATI, provvedendo, altresì, a quantificare il pregiudizio economico eventuale da questa patito in ragione del*

*comportamento posto in essere dal Consorzio di Bonifica?*

**2.2.** La parte convenuta Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna, con le conclusioni come riprodotte nella prima memoria arbitrale di costituzione del 21.2.2022 e confermate nella seconda memoria arbitrale – repliche dell'1.4.2022 e nelle note autorizzate all'udienza del 28.6.2022, ha chiesto:

*“Voglia Codesto Ecc.mo Collegio Arbitrale:*

*- contrariis reiectis, rigettare in toto le domande e le conclusioni proposte dalla E.T.S. s.r.l. nel presente procedimento arbitrale, con riguardo ai due quesiti dalla stessa proposti, per i motivi sopra esposti, in quanto inammissibili e improcedibili, oltre che generiche e infondate, in fatto ed in diritto; accertando con pronuncia costitutiva, l'effettivo inadempimento della ETS Srl istante, riguardo agli oneri contrattualmente assunti con il citato contratto del 16/11/2006, con le conseguenze che ne derivano sul piano contrattuale.*

*- contrariis reiectis, nel rigettare le domande proposte dalla ETC Srl istante, Voglia porre a carico della stessa E.T.S. Srl istante, in persona del legale rappresentante pro tempore, le spese di funzionamento di Codesto Ecc.mo Collegio Arbitrale, compresi: gli onorari degli Arbitri, ogni eventuale ulteriore compenso in favore di eventuale C.T.U., spese e onorari di difesa, e conseguentemente, per l'effetto, condannare la stessa ETS Srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al pagamento di tali somme.”*

Con la seconda memoria arbitrale il Consorzio di Bonifica ha aggiunto in subordine un nuovo quesito diretto *“ad accertare il mancato collaudo da parte dell'E.T.S. e dell'ATI, secondo gli obblighi assunti contrattualmente dalle parti.”*

### **3. I FATTI OGGETTO DELLA CONTROVERSIA, RILEVANTI AI FINI DEL DECIDERE.**

Con bando, approvato in data 31.5.2006, il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna ha indetto una gara per pubblico incanto per l'affidamento in gestione della Centrale

idroelettrica sita in Contrada Miraglia del Comune di Regalbuto.

Nella gara, esperita in data 5.9.2006, è risultata aggiudicataria la costituenda A.T.I. tra la Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. e la Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l., come comunicato dal Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna in data 27.9.2006.

In data 24.10.2006 per atto a rogito Notaio Filippo Azzia di Catania è stata costituita l'Associazione Temporanea di Imprese tra la Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. e la Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l. risultata aggiudicataria dell'affidamento in gestione della suddetta Centrale Idroelettrica Consortile sita nel Comune di Regalbuto. Nell'atto di costituzione era stabilito all'art. 1 che alla Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. sarebbero spettati la gestione economica della Centrale, l'onere degli investimenti, gli impegni contrattuali con l'ente appaltante, con i terzi, con i dipendenti e che sarebbero rimasti a suo carico gli utili, le perdite e quant'altro derivante dalla gestione, mentre alla Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l. sarebbe spettato un compenso pari al 10% dei ricavi annuali ottenuti dalla cessione di energia elettrica e dei certificati verdi.

In data 14.11.2006 a rogito Notaio Grazia Fiorenza di Enna è stato stipulato tra il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna e la ATI tra la Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. e la Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l. il contratto di affidamento in gestione della Centrale Idroelettrica Consortile sita in Contrada Miraglia del Comune di Regalbuto. Il suddetto contratto prevedeva all'art. 10 che entro dodici mesi dall'aggiudicazione della gara la società affidataria avrebbe dovuto ultimare i lavori di manutenzione straordinaria prescritti dall'Amministrazione che avrebbe provveduto ad effettuare il collaudo in contraddittorio; entro la stessa data

avrebbe dovuto iniziare l'esercizio della Centrale. All'art. 13 era stabilito che la società affidataria avrebbe dovuto corrispondere al Consorzio entro il giorno 10 gennaio di ogni anno un canone fisso di € 5.000,00 nonché un importo, variabile, pari al 10% del ricavo annuale ottenuto dalla vendita dell'energia elettrica al netto dell'IVA; nella stessa norma era stabilito che il pagamento dei suddetti importi era subordinato al verificarsi di tre condizioni: l'entrata in funzione dell'impianto, l'adozione della concessione idrica per uso idroelettrico e la materiale derivazione dell'acqua. Nell'art.15 la durata della concessione era fissata per un periodo di anni trenta a far data dall'inizio dell'esercizio effettivo dell'impianto, con possibilità di rinnovo non ostando superiori motivi di pubblico interesse. All'art. 17 era previsto un obbligo della Società affidataria di rilasciare una garanzia assicurativa con rinnovo quinquennale per un importo di € 200.000,00, come da polizza fideiussoria per cauzioni stipulata con l'AXA Assicurazione S.p.A., Agenzia di Catania, a garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti con la concessione.

Con nota del 17.7.2007 la E.T.S. S.r.l. comunicava al Consorzio di Bonifica n. 6 - Enna che, a conclusione dei lavori di revisione di tutti i componenti della turbina idraulica, in data 10.7.2007 era stato eseguito il test di rotazione a "freddo" del gruppo idroelettrico e che la prova aveva avuto una durata di qualche minuto essendo disponibile solo una modesta quantità d'acqua nella condotta di adduzione dalla vasca di carico di Castellodio che in quel momento risultava completamente vuota. Nella suddetta nota si aggiungeva che il test valutativo aveva avuto esito positivo sia dal punto di vista dell'equilibratura del complesso in rotazione che da quello della verifica di assenza di attriti tra la circonferenza esterna della girante e la fodera della turbina. Sempre nella suddetta nota si

precisava ulteriormente che era necessario procedere al più presto con i test di connessione ed erogazione energia alla rete elettrica MT 20kW, in modo da dare attuazione al primo dei due obiettivi previsti dal programma per rendere completamente operativo e gestibile l'impianto idroelettrico. A tal fine si faceva presente che era necessario utilizzare almeno per due giorni un volume d'acqua pari a quello contenuto dalla vasca di Castellodio. La E.T.S. S.r.l. chiedeva al Consorzio di definire con l'Enel e con il Consorzio della Piana di Catania il necessario assetto della rete idrica in modo da poter effettuare il suddetto test nei giorni 6 e 7 agosto con possibilità di un prolungamento per la mattina del successivo giorno 8.

Con successiva nota del 25.7.2007 la E.T.S. S.r.l. comunicava al Consorzio di Bonifica della Piana di Catania che avrebbe provveduto nei giorni 8 e 9 agosto ad effettuare alcuni test di funzionalità idraulica ed elettrica dell'impianto della Centrale Idroelettrica Consortile sita in Contrada Miraglia. Sempre nella suddetta nota si aggiungeva che il 31 luglio sarebbe stata effettuata con personale congiunto un'ispezione alla struttura al fine di verificarne l'idoneità al passaggio dell'acqua e che, qualora l'esito dell'ispezione fosse stato positivo, si sarebbe proceduto all'attuazione del programma di test.

Con atto del 22.5.2009 il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna chiedeva all'Ufficio del Genio Civile di Enna il rilascio della concessione di derivazione di acqua pubblica superficiale per uso idroelettrico prelevata mediante opera di presa sita nel Comune di Regalbuto, Contrada Castellodio.

In data 10.1.2011 l'Ufficio del Genio Civile di Enna comunicava al Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna l'atto di opposizione dell'Enel alla concessione di derivazione di acqua pubblica sopraindicata, invitando il Consorzio a formulare le

proprie controdeduzioni entro il termine di giorni 30. La suddetta comunicazione veniva rinnovata dall'Ufficio del Genio Civile di Enna con atto del 19.4.2011.

In data 22.8.2011 il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna chiedeva l'attingimento provvisorio per un periodo di anni uno dall'1.10.2011 al 30.9.2012.

Con raccomandata a. r. del 24.9.2012 l'ATI affidataria diffidava, a mezzo del proprio legale Avv. Carmela Mangalaviti, il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna ad adempiere a tutte le obbligazioni assunte con la sottoscrizione del contratto di affidamento del 14.11.2006, lamentando che, a distanza di sei anni dalla data di consegna della Centrale, il Consorzio non aveva ancora ottemperato alle proprie obbligazioni assunte con il contratto di gestione impedendo l'attivazione e il funzionamento della Centrale "Miraglia". In particolare, l'ATI affidataria lamentava che il Consorzio non aveva ottenuto ancora la necessaria concessione per uso idroelettrico, che era la condizione essenziale e imprescindibile per attivare la Centrale, e che non aveva garantito i volumi d'acqua, né il transito di acqua per permettere l'avvio della Centrale. La diffida era formulata anche nei confronti dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture, delle Mobilità e dei Trasporti, nonché dell'Assessorato Regionale delle Risorse Agricole e Alimentari.

La domanda di attingimento provvisorio per uso idroelettrico e irriguo del 7.12.2012 veniva restituita senza l'autorizzazione dall'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana trattandosi di uso idroelettrico che presupponeva l'autorizzazione ex art. 12 L. 387/2003 per l'immissione in rete dell'energia prodotta e che, essendo una concessione in corso degli impianti, l'istruttoria doveva seguire la procedura di cui all'art. 47 T. U. 1775/33.

Il Consorzio rinnovava la domanda di concessione idrica per uso irriguo e di

autorizzazione all'attingimento provvisorio con nota n. 2552 del 23.4.2013.

In risposta alla diffida del 24.9.2012 il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna con nota del 14.6.2013 faceva presente al legale dell'ATI di aver presentato in data 23.4.2013 apposita domanda di concessione idrica per uso irriguo e di autorizzazione all'attingimento provvisorio e di avere avviato trattative con l'Enel per il rinnovo della convenzione per la coordinata utilizzazione delle acque del sistema idrico Salso-Simeto, che comprendeva anche la Centrale Idroelettrica Consortile Miraglia.

La diffida a adempiere le obbligazioni assunte con il contratto di affidamento del 14.11.2006 veniva rinnovata dall'ATI a mezzo del proprio legale, Avv. Carmela Mangalaviti, con pec del 24.7.2013 indirizzata al Commissario Straordinario dei Consorzi di Bonifica della Regione Siciliana al quale veniva chiesto di accertare la conformità dell'operato del Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna alle disposizioni normative vigenti in materia in modo da individuare gli eventuali responsabili dei danni subiti e subendi dall'ATI con invito a porre in essere tutti gli atti necessari e propedeutici all'attivazione della Centrale Idroelettrica Consortile in questione, con avvertenza che, in difetto, l'ATI si sarebbe visto costretto a ricorrere all'autorità giudiziaria a tutela dei propri interessi.

Con pec dell'8.3.2014 a mezzo del proprio legale, Avv. Carmela Mangalaviti, l'ATI, assumendo che perdurava l'inadempimento del Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna al contratto di affidamento in gestione del 14.11.2006, diffidava quest'ultimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 c.c. ad adempiere al contratto entro e non oltre trenta giorni dal ricevimento della pec, con l'avvertenza che, decorso inutilmente tale termine, il contratto si sarebbe inteso risolto automaticamente di diritto con riserva di agire per il risarcimento di tutti i danni

subiti e subendi.

Con nota del 4.7.2014 il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna controdeduceva alla diffida dell'ATI osservando in primo luogo la nullità del contratto di affidamento in gestione del 14.11.2006 stante la palese difformità dello stesso rispetto alle previsioni del bando di gara. In secondo luogo, rilevava che il bando di gara prevedeva la caducazione dell'intera procedura e la perdita di efficacia della convenzione in caso di definitivo diniego della concessione di derivazione di acqua per uso idroelettrico da parte delle autorità competenti. Stante la caducazione del contratto di affidamento, era priva di ogni fondamento la pretesa risarcitoria dell'ATI per la realizzazione dei lavori di messa in sicurezza e per l'esercizio ordinario della Centrale Idroelettrica Consortile tanto più che, ad avviso del Consorzio, non risultava che gli stessi fossero stati realizzati e che nessun collaudo era stato effettuato dal Consorzio stesso. Da ultimo, stante l'opposizione da parte dell'Enel e la presenza di problemi tecnici conseguenti al verificarsi di una frana nel tratto di condotta allacciante realizzato dal Consorzio 9 – Catania e la presenza di ulteriori problemi tecnici nella galleria Troina – Radicone che dal 1997 non era entrata in funzione a causa di problemi strutturali che avevano impedito il funzionamento sia delle Centrali Enel che della Centrale Idroelettrica Consortile, il Consorzio declinava qualsiasi responsabilità.

Assumendo il perdurante inadempimento del Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna agli obblighi derivanti dal contratto di affidamento del 14.11.2006, l'ATI con atto di citazione notificato il 4.12.2015 conveniva quest'ultimo avanti al Tribunale di Catania chiedendo l'accertamento e la declaratoria dell'inadempimento del Consorzio e per l'effetto la sua condanna al risarcimento del danno nella misura di € 11.541.328,00. La causa veniva iscritta a ruolo con il n. 19249/2015 RG.

In data 3.3.2016 la Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l. veniva cancellata dal Registro delle Imprese.

Con sentenza n. 936 del 25.2.2017 il Tribunale di Catania, accogliendo l'eccezione formulata dal Consorzio, dichiarava improponibile la domanda dell'ATI in quanto la clausola compromissoria contenuta nel contratto di affidamento aveva rimesso la cognizione e la decisione sulla controversia tra le parti ad un collegio arbitrale e condannava l'ATI al pagamento delle spese processuali a favore del convenuto Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna.

Successivamente all'esito del giudizio la Energie Trasformabili Sicilia E.T.S. S.r.l. chiedeva al Dottor Antonino Marcello Marino, iscritto all'ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Catania, di determinare i risultati economici che avrebbe conseguito la E.T.S. con la gestione trentennale della Centrale Idroelettrica "Miraglia" nel caso in cui fosse entrata in esercizio commerciale nell'anno 2008, nonché di determinare i danni economici subiti dalla stessa E.T.S. per l'inadempimento del Consorzio agli obblighi assunti con il contratto di affidamento. Il Dottor Marino quantificava complessivamente in € 6.457.385,00 il danno subito dalla E.T.S. a titolo di danno emergente e lucro cessante.

#### **4. LE POSIZIONI DIFENSIVE DELLE PARTI.**

Nei rispettivi atti introduttivi le parti hanno illustrato le proprie posizioni difensive, che hanno ulteriormente sviluppato nelle successive memorie autorizzate. Con riserva di ritornare in sede di motivi della decisione sulla fondatezza delle singole argomentazioni di ciascuna parte, va detto fin da subito che gli assunti difensivi delle parti appaiono del tutto antitetici e sono apparentemente non conciliabili. Ciascuna delle parti, infatti, lamenta,

attraverso una propria differente ricostruzione dei fatti, che l'altra si è resa inadempiente ai propri obblighi derivanti dal contratto di affidamento in gestione del 14.11.2006 (indicato nella prima memoria di costituzione del Consorzio con la data del 14.11.2016). In pratica, lo stato dell'arte nella domanda di arbitrato di E.T.S. è del tutto diverso da quello prospettato dal Consorzio nella sua prima memoria di costituzione.

**4.1.** In sintesi, l'E.T.S. nella domanda di arbitrato del 2.3.2020 lamenta un duplice grave inadempimento da parte del Consorzio. Il primo era la mancanza dei necessari volumi d'acqua a pressione per il funzionamento di tutto il sistema idrico, cioè la mancanza della principale risorsa per il funzionamento della turbina della Centrale "a causa dei crolli e dei dissesti alle infrastrutture...avvenuti tra il 1996 e il 1998 e non riparati al tempo della gara per l'affidamento in gestione della Centrale". Di qui, una responsabilità del Consorzio per avere indetto la gara pubblica e poi affidato la gestione della Centrale con il successivo contratto "pur sapendo che mancavano nel sistema i volumi d'acqua indispensabili a farla funzionare". Tali lavori di riparazione erano stati poi eseguiti dall'Enel, titolare della condotta, soltanto diversi anni dopo l'aggiudicazione della gestione della Centrale con inizio nel corso dell'anno 2010 e con ultimazione nel 2012. La E.T.S. lamentava un secondo profilo di grave inadempimento in quanto il Consorzio di Bonifica, titolare della concessione per la derivazione e l'utilizzazione dell'acqua pubblica della condotta, aveva mancato di attivarsi entro il termine di dodici mesi dall'aggiudicazione della gara al fine di ottenere la concessione per uso idroelettrico dell'acqua, in violazione di quanto stabilito nell'art. 10 del contratto di affidamento. Per di più, l'istanza

di autorizzazione per l'attingimento provvisorio sulle acque e sugli impianti elettrici era stata presentata soltanto nel mese di aprile 2013, cioè con un ritardo di oltre sei anni rispetto al termine contrattualmente stabilito, con la conseguenza che la Centrale non era mai entrata in esercizio commerciale (l'Enel aveva ultimato la riparazione della propria condotta nell'anno 2012). Di qui, il diritto dell'A.T.I. al risarcimento del danno per la perdita degli utili che sarebbero derivati dall'esercizio della Centrale nel trentennio di gestione della stessa, del danno per la E.T.S. per il mancato impiego degli utili dall'1.1.2008 dal momento che l'A.T.I. in data 1.7.2007 aveva comunicato al Consorzio quale data di avvio della Centrale il quarto trimestre del 2007. A queste voci di danno per il lucro cessante si doveva aggiungere il danno emergente costituito dai costi materialmente sostenuti dalle imprese costituenti l'A.T.I., cioè i costi per la partecipazione alla gara e quelli per le opere necessarie alla riattivazione, manutenzione e messa in esercizio della Centrale che, attualizzati al 2018, venivano quantificati in € 179.032,00. Nella domanda di arbitrato si chiedeva in via istruttoria l'ammissione di prova testimoniale sulle circostanze esposte in narrativa, nonché l'ammissione di C.T.U. attesa la natura tecnica della causa.

**4.2.** Nella prima memoria arbitrale del 14.1.2022 l'E.T.S. ribadiva le censure mosse con la domanda di arbitrato precisando ancora una volta che la situazione di dissesto delle gallerie non era riconoscibile da parte di un osservatore esterno in quanto nell'invaso l'acqua c'era e quindi non era ipotizzabile che invece il flusso fosse bloccato da frane a monte. La presenza dell'acqua non dipendeva da un preteso funzionamento delle condotte, bensì dal fatto che “dalle condotte, benché danneggiate dalla frana, scendeva

tuttavia una certa quantità d'acqua che scorreva senza pressione verso valle, la quale gradualmente ha riempito interamente l'invaso di Miraglia. Sicché, alla vista, l'invaso era colmo di acqua e tutto sembrava in ordine per consentire il funzionamento della Centrale affidata”.

Sempre nella prima memoria arbitrale l'E.T.S. elencava analiticamente i numerosi atti di sollecito e di diffida dell'ATI al Consorzio affinché si attivasse per ottenere la concessione per uso idroelettrico.

**4.3.** Il Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna nella prima memoria arbitrale di costituzione del 21.2.2022 ha chiesto il rigetto di tutte le domande e di tutte le conclusioni formulate da parte attrice in quanto i due quesiti proposti erano, a suo avviso, inammissibili e improcedibili oltre che generici e infondati in fatto e in diritto. In via riconvenzionale il Consorzio ha chiesto l'accertamento, con pronuncia costitutiva, dell'inadempimento della E.T.S. agli obblighi assunti con il contratto di affidamento in gestione con tutte le conseguenze di legge che ne derivavano sul piano contrattuale.

Nel merito il Consorzio eccepiva che non era stato nascosto lo stato dei luoghi e delle infrastrutture e degli impianti oggetto dell'affidamento in gestione, dei quali l'A.T.I. era perfettamente a conoscenza avendone effettuato gli accertamenti prima di partecipare alla gara, che l'A.T.I. non aveva fornito la prova dell'esecuzione di lavori di cui ora richiedeva il pagamento, che mancava la prova tanto del collaudo dei lavori che assumeva di avere eseguito, quanto delle comunicazioni al Consorzio dello stato di avanzamento dei lavori. Sempre nel merito, il Consorzio lamentava che solo con la domanda di arbitrato era stata comunicata la cancellazione della Sistemi Progettuali Integrati S.P.I. S.r.l., mandante dell'ATI, dal Registro

delle Imprese in data 3.3.2016 per intervenuta messa in liquidazione e successiva estinzione della stessa, con conseguente dissoluzione del rapporto di mandato conferito alla mandataria E.T.S. Di qui, la “carenza di legittimazione attiva in via processuale e in via sostanziale”, che non consentiva all'E.T.S. di richiedere in proprio il risarcimento del danno per intero adducendo il preteso inadempimento del contratto.

Il Consorzio lamentava anche che l'Enel aveva proposto un'opposizione formale alla domanda di concessione per derivazione di acqua pubblica, presentata il 22.5.2009 dal Consorzio all'Ufficio del Genio Civile di Enna, reiterando l'opposizione anche nei confronti della successiva domanda di attingimento provvisorio per uso idroelettrico e irriguo presentata unitamente al Consorzio di Bonifica 9 di Catania il 7.12.2012 e reiterata il 14.3.2013. Per questa inspiegabile opposizione dell'Enel, che aveva impedito l'accoglimento della procedura avviata dal Consorzio per ottenere l'attingimento per uso idroelettrico, sussisteva una chiara responsabilità dell'Enel che di fatto aveva portato al diniego definitivo della richiesta di concessione (v. nota Consorzio del 14.6.2013). Stante il diniego definitivo della concessione, il contratto di affidamento aveva perduto ogni efficacia e, pertanto, sulla base di esso l'E.T.S. non poteva pretendere alcunché a titolo di risarcimento del danno nei confronti del Consorzio.

**4.4.** Con la seconda memoria arbitrale del 14.3.2022 l'E.T.S. produceva una serie di documenti a dimostrazione delle attività svolte dall'A.T.I. dopo la consegna della Centrale Consortile Idroelettrica e precisamente: la comunicazione di ultimazione dei lavori, con la richiesta di attivare la derivazione dell'acqua dalla condotta di Ancipa-Troina-Grottafumata, e che

la produzione poteva avere inizio nel quarto trimestre del 2007. La E.T.S. aggiungeva di avere invitato il Consorzio di Bonifica per il collaudo a una data stabilita senza avere riscontro e di avere potuto effettuare questo collaudo solo grazie alla fornitura una tantum di acqua da parte di Enel Produzione (test di esercizio).

L'E.T.S. eccepiva il ritardo di due anni con cui il Consorzio aveva presentato, solo nel 2009, la domanda di concessione per derivazione di acqua pubblica ad uso idroelettrico. Eccepiva anche che il diniego definitivo della concessione non poteva essere una causa di giustificazione per il Consorzio per escludere ogni diritto dell'ATI al risarcimento del danno o a un indennizzo in conseguenza della caducazione del contratto. Di fronte a questa situazione, il Consorzio avrebbe dovuto sciogliere semmai l'ATI dal vincolo contrattuale per consentirgli di cogliere altre opportunità. Da ultimo, l'E.T.S. eccepiva una serie di errori del Consorzio nel presentare le domande di concessione come risultava dalle stesse obiezioni sollevate dagli Enti preposti che avevano evidenziato il mancato rispetto, da parte del Consorzio, delle procedure per ottenere le autorizzazioni. In particolare, l'E.T.S. lamentava che il Consorzio non aveva mai presentato la richiesta di autorizzazione per uso idroelettrico bensì solo per uso irriguo.

Priva di rilevanza era per l'E.T.S. la cancellazione di S.P.I. dal Registro delle Imprese nel 2016 in quanto avvenuta "dopo tre anni" dalla data del definitivo diniego della concessione di derivazione delle acque, che risaliva addirittura al 2013.

In via istruttoria, l'E.T.S. chiedeva l'ammissione di C.T.U. formulando il seguente quesito "*accerti il CTU, sulla base della documentazione in atti e di quella*

*che riterrà necessario acquisire, l'andamento dell'appalto – anche sotto il profilo dell'iter burocratico per l'ottenimento della concessione di derivazione delle acque – verificando la corretta esecuzione degli interventi di ripristino della centrale ad opera dell'ATI, provvedendo, altresì a quantificare il pregiudizio economico eventualmente da questa patito in ragione del comportamento posto in essere dal Consorzio di Bonifica”.*

**4.5.** Nella seconda memoria arbitrale-repliche dell'1.4.2022 il Consorzio di Bonifica eccepiva che la documentazione prodotta da E.T.S., e relativa all'invito al test-collaudato e alla richiesta di esso Consorzio all'Enel di mettere in tensione la Centrale idroelettrica, non aveva alcun valore probatorio, trattandosi di copie di cui disconosceva l'autenticità.

Il Consorzio si opponeva alla richiesta di CTU come formulata da E.T.S. trattandosi di CTU esplorativa non consentita non avendo la stessa E.T.S. adempiuto al proprio onere della prova. In subordine, il Consorzio chiedeva l'ammissione di prova contraria e l'aggiunta di un nuovo quesito diretto “ad accertare il mancato collaudo da parte dell'E.T.S. e dell'ATI, secondo gli obblighi assunti contrattualmente dalle parti”.

Replicando alla tesi di ATI/E.T.S. di una sua pretesa responsabilità per la mancata tenuta della contabilità, il Consorzio precisava che tale obbligo gravava in realtà sull'ATI trattandosi nel caso di specie di un appalto di servizi. Il Consorzio ribadiva le censure all'ATI e all'E.T.S. per la mancanza del collaudo e per la mancata presentazione di qualsiasi comunicazione e atti al R.U.P., concludendo che l'ATI non aveva predisposto, né presentato ad esso Consorzio il “certificato di collaudo tecnico-amministrativo”, né i “verbali di collaudo in corso d'opera attestanti il corretto avanzamento dei lavori e la conformità al progetto”, né i “verbali di collaudo tecnico-

funzionale di impianto e apparecchiature”, né i “certificati di collaudo statico di strutture”.

**4.6.** Nella memoria autorizzata del 28.7.2022 l'E.T.S., dopo aver ribadito la sua versione dei fatti – in particolare di aver comunicato il completamento dei lavori di manutenzione e la possibilità di entrare in produzione nel quarto trimestre del 2007, di avere invitato il Consorzio al collaudo della Centrale, di non aver avuto riscontro dal Consorzio e di avere effettuato ugualmente il collaudo, di avere diffidato in data 24.9.2012 il Consorzio ad attivarsi per ottenere la concessione ad uso idroelettrico, di avere ricevuto comunicazione da parte del Consorzio in data 14.6.2013 dell'inoltro in data 23.4.2012 della domanda di concessione idrica per uso irriguo e di autorizzazione all'attingimento provvisorio delle acque, di avere preso atto che nessuna concessione era stata rilasciata e che la Centrale non era ancora entrata in funzione fino a quel momento, di avere lamentato con lettera del 24.7.2013 il perdurare del grave inadempimento del Consorzio – faceva presente che la prima domanda di attingimento risaliva soltanto al 7.12.2012 e che nessuna contestazione sulla pretesa mancata esecuzione dei lavori era stata mai sollevata dal Consorzio prima della notifica della domanda di introduzione del giudizio arbitrale.

Sempre in questa memoria autorizzata E.T.S. riaffermava la sua legittimazione ad agire evidenziando nell'economia dell'ATI il carattere residuale dell'attività demandata per contratto alla S.P.I. (attività soltanto di coordinamento, di consulenza e di introduzione e mantenimento del sistema di gestione integrato) e che lo scioglimento dell'ATI non privava la E.T.S. del “potere... ad agire in nome proprio per tutelare le proprie ragioni di

credito”.

La E.T.S. replicava alle censure del Consorzio assumendo che la mancanza di documentazione contabile non poteva essere imputata alla E.T.S. trattandosi di lavori di manutenzione da eseguirsi per contratto “a cura e spese del Gestore” e non da remunerare da parte del Consorzio a fronte di presentazione di appositi giustificativi. L’esecuzione di questi lavori era comprovata dalla nota del Consorzio in cui si chiedeva all’Enel di mettere in tensione la Centrale idroelettrica, richiesta che non avrebbe avuto alcun senso se non fosse stato ripristinato il funzionamento della Centrale.

In sostanza, E.T.S. lamentava ancora una volta che il Consorzio non si era adoperato affinché la Centrale potesse entrare in funzione, tanto è vero che il Consorzio aveva chiesto l’autorizzazione all’attingimento dell’acqua solo nel 2012 a distanza di ben cinque anni dal completamento dei lavori di manutenzione.

In via istruttoria, E.T.S. insisteva per l’ammissione di CTU sul quesito già formulato nella seconda memoria arbitrale del 14.3.2022.

**4.7.** Nelle note autorizzate del 29.7.2022 il Consorzio ribadiva le proprie posizioni, evidenziando in primo luogo che l’ATI aveva dichiarato con atto allegato alla domanda di partecipazione alla gara di avere preso visione dello stato dei luoghi, come previsto nell’art. 6 punto 1 del bando di gara, sicché non poteva sostenere un inadempimento del Consorzio per aver taciuto sullo stato dei luoghi. In secondo luogo, il Consorzio si doleva che controparte nulla avesse detto sul fatto che si era verificato il presupposto per l’operatività della clausola risolutiva espressa prevista nel bando di gara, la quale stabiliva che il diniego definitivo della concessione avrebbe

comportato la caducazione dell'intero procedimento e la perdita di efficacia della convenzione. Di qui, sempre ad avviso del Consorzio, nessun inadempimento poteva essere imputato nei suoi confronti, non essendo sorto alcun obbligo a suo carico e non avendo l'ATI provveduto a redigere "un progetto di manutenzione e di investimento dal quale risultino tutte le opere inerenti all'avvio dell'attività della centrale". Poiché i lavori di manutenzione straordinaria erano propedeutici all'avvio dell'esercizio della centrale, il Consorzio non aveva alcun obbligo di attivarsi prima dell'esecuzione e del collaudo dei lavori previsti. In pratica, sosteneva il Consorzio che "non avrebbe potuto attivarsi in mancanza della progettazione", con conseguente rigetto della domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

In terzo luogo, il Consorzio escludeva qualsiasi diritto di E.T.S. al risarcimento del danno stante la mancanza dei verbali di consegna e di ultimazione dei lavori, ribadendo la mancanza di valenza probatoria dei documenti allegati alla prima memoria di E.T.S. nonostante i riferimenti ivi contenuti alla consegna della Centrale e a un collaudo effettuato per i lavori di manutenzione, di cui il Consorzio lamentava la mancata esecuzione. Il Consorzio negava anche che l'ATI avesse effettuato il collaudo in proprio, in quanto la prova di funzionamento, documentato in allegato alla prima memoria, non poteva essere equiparato a un collaudo tecnico-amministrativo né a un collaudo tecnico-funzionale. Semmai, sempre secondo il Consorzio, vi sarebbe un inadempimento dell'ATI agli obblighi assunti in contratto mancando la prova dell'esecuzione dei lavori per la rifunzionalizzazione dell'impianto, né essendovi la prova del collaudo e di

atti presentati al R.U.P., come invece previsto in contratto. A ciò andava aggiunta la mancata tenuta della contabilità (ad es., il libro giornale dei lavori) e la mancata comunicazione dello stato di avanzamento dei lavori al R.U.P.

In quarto luogo, quanto alla legittimazione ad agire di E.T.S., il Consorzio osservava che il giudizio arbitrale era stato proposto da E.T.S. in proprio e non già quale capogruppo e mandataria dell'ATI. Di conseguenza, il risarcimento del danno poteva essere chiesto solo per la quota dei lavori di E.T.S. Poiché mancava la prova dei danni subiti da E.T.S., la domanda doveva essere rigettata anche se limitata alla quota di propria spettanza.

In quinto luogo, il Consorzio contestava anche la richiesta di CTU non essendo supportata da alcuna documentazione attendibile in quanto le due relazioni di stima del danno si riferivano anche alla mandante S.P.I., la cui quota non spettava alla ricorrente E.T.S. Per di più, la documentazione prodotta era priva dei dati per il calcolo del danno per il mancato impiego degli utili, né era corredata dalla documentazione di spesa (ad es., fatture, contratti dei dipendenti, buste paga, ecc.). In definitiva, ad avviso del Consorzio resistente la CTU era inammissibile avendo “carattere squisitamente esplorativo”, tanto più che l'E.T.S. non aveva depositato neanche la contabilità, né il libro giornale, né aveva formulato una richiesta di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., che era divenuta anch'essa ormai inammissibile.

**5. LE RICHIESTE ISTRUTTORIE DELLE PARTI. LA RICHIESTA E L'ESPLETAMENTO DELLA CTU. ULTERIORE SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO.**

**5.1.** All'udienza del 13.3.2023 è iniziato l'esame delle questioni di merito

sollevate dalle parti, in particolare, le censure reciproche relative alla mancanza di acqua nell'invaso e alla richiesta di concessione per la derivazione dell'acqua per uso idroelettrico e irriguo e alle sue eventuali conseguenze in ordine a profili di responsabilità delle parti.

I lavori del Collegio sono proseguiti nella Camera di Consiglio nel giorno successivo, ove il Collegio, dopo un'approfondita discussione, e viste le richieste istruttorie delle parti, ha accolto la richiesta di nomina di un CTU formulata da parte attrice con la memoria del 14/3/2022, il cui quesito si riporta integralmente qui di seguito:

*“accerti il C.T.U., sulla base della documentazione in atti e di quanto riterrà necessario acquisire, l'andamento dell'appalto – anche sotto il profilo dell'iter burocratico per l'ottenimento della concessione di derivazione delle acque – verificando la corretta esecuzione degli interventi di ripristino della centrale ad opera dell'A.T.I., provvedendo, altresì, a quantificare il pregiudizio economico eventualmente da questo patito in ragione del comportamento posto in essere dal Consorzio di bonifica”.*

Subito dopo il Collegio ha formulato al CTU i seguenti ulteriori quesiti, che integralmente anch'essi qui di seguito si riportano:

*“accerti il C.T.U., se del caso attraverso l'acquisizione presso il Consorzio di bonifica n. 6 Enna e le Amministrazioni interessate, se sia stato ottemperato alla redazione degli atti previsti dalla normativa applicabile (D.lgs. n. 163/2006 e Regolamento n. 554/2006) per l'avvio e l'esecuzione del contratto. A titolo esemplificativo e non esaustivo, se tra gli altri sussistano i seguenti atti e documenti:*

- 1) Comunicazione del R.U.P. con la quale è stata autorizzata la consegna del servizio;*
- 2) Verbale di consegna dei lavori e/o del servizio;*
- 3) Notifiche preventive ai fini della sicurezza;*
- 4) Eventuali verbali di coordinamento della sicurezza in esecuzione;*

- 5) *Verbale di constatazione dello stato dei luoghi prima della consegna dei lavori;*
- 6) *Verbale di verifica, validazione ed approvazione del progetto da parte dell'Organo esecutivo;*
- 7) *Verbale di ultimazione dei lavori per la messa in esercizio;*
- 8) *Relazione sul conto finale;*
- 9) *Verbale di collaudo dei lavori;*
- 10) *Capitolato speciale di appalto (con individuazione, ove esistente, dei tempi e dei costi da riconoscere al Concessionario)";*

*“accerti altresì il C.T.U.:*

- a) *L'entità delle portate d'acqua stagionali, con valori anche mensili;*
- b) *Se le infrastrutture esistenti risultavano idonei a convogliare le portate di cui alla precedente lettera a);*
- c) *Se il sistema era idoneo a gestire le portate che avrebbero dovuto essere immesse nella condotta;*
- d) *Se l'impianto fosse in grado di produrre energia elettrica e se questa poteva essere immessa nella rete e ceduta direttamente al sistema.*

*Quantifichi altresì il C.T.U. la produzione annua stimata di energia elettrica e la valorizzazione del prezzo di vendita della medesima”.*

Il Collegio ha conferito mandato al Presidente affinché, nel sottoporre alla Camera Arbitrale la richiesta di nomina di un CTU, evidenzi la interdisciplinarietà dei quesiti formulati che richiedono la nomina di un collegio tecnico in possesso di tutte le competenze necessarie e segnali l'urgenza della nomina al fine di un sollecito svolgimento della CTU.

L'istanza alla Camera Arbitrale per la nomina di un collegio di periti veniva trasmessa in data 16.3.2023.

**5.2.** Con verbale del 19.4.2023 il Consiglio della Camera Arbitrale deliberava di nominare un solo CTU nella persona dell'Ing. Modesto Di Nuzzo, il quale, previa autorizzazione del Collegio Arbitrale per la verifica delle competenze, avrebbe potuto avvalersi di ausiliari con competenze in materia idraulica e meccanica.

Con provvedimento di urgenza il Presidente della Camera Arbitrale, preso atto della dichiarazione del 2.5.2023 di indisponibilità del CTU designato, provvedeva alla nomina di un nuovo CTU nella persona dell'Ing. Pietrantonio Isola.

Nella seduta del 15.5.2023 il Collegio Arbitrale, preso atto di quanto sopra, fissava l'udienza del 31.5.2023 per la comparizione personale del CTU Ing. Isola, per la lettura dei quesiti formulati nell'Udienza Camerale del 14.3.2023 e per il conferimento dell'incarico e la dichiarazione d'impegno e il giuramento del CTU.

**5.3.** All'udienza del 31.5.2023 compariva di persona il CTU Ing. Isola al quale il Presidente dava lettura dei quesiti, che venivano integralmente trascritti a verbale.

Subito dopo il difensore del Consorzio chiedeva l'annullamento/revoca dell'ordinanza con cui era stata disposta la CTU, non essendo stati i quesiti formulati da parte attrice, né potendosi acquisire la documentazione necessaria presso il Consorzio non avendo parte ricorrente formulato una specifica istanza di accesso agli atti. La difesa di parte attrice insisteva per la conferma della CTU e dei quesiti formulati dal Collegio.

Il Collegio, preso atto delle istanze delle parti, si riservava di decidere nel merito. A tal fine il Presidente sospendeva l'udienza e convocava contestualmente il Collegio per riunirsi in camera di consiglio. Il CTU lasciava l'aula di udienza e i difensori delle parti chiudevano il collegamento da remoto.

Dopo approfondita discussione il Collegio non accoglieva la richiesta di parte convenuta e confermava la CTU e i quesiti già formulati.

Riprendeva l'udienza, e dopo la lettura del dispositivo della Camera di Consiglio, il Collegio conferiva l'incarico al CTU Ing. Isola confermando i quesiti già formulati. Il CTU accettava l'incarico.

Nella stessa udienza il Collegio prendeva atto della nomina del CTP di parte convenuta nella persona del Prof. Salvatore Barbagallo.

Il Collegio, considerata l'ammissione della CTU, disponeva che il termine per il deposito del lodo era prorogato per legge al 27.12.2023.

Disponeva, altresì, il cronoprogramma delle operazioni peritali il cui inizio era fissato dal CTU per il giorno 6.6.2023, riservandosi di fissare con separato provvedimento il termine per la presentazione di scritti difensivi delle parti dopo il deposito della CTU.

Nella seduta del 20.7.2023 il Collegio concedeva le parti termine fino al 10.10.2023 per il deposito di eventuali memorie difensive conclusive.

**5.4.** Nel frattempo parte attrice aveva nominato in data 5.6.2023 i propri CCTTPP nelle persone del Prof. Ing. Francesco Napolitano e del Dott. Sandro Gunella.

Le operazioni peritali iniziavano il 6.6.2023. In questa prima riunione il CTU dava lettura dei quesiti ai CCTTPP e fissava il calendario dei lavori peritali. Faceva presente che per il giorno 7.7.2023 era stata programmata una visita alla Centrale al sistema idroelettrico in cui la stessa era inserita. Indicava ai CCTTPP le attività peritali da espletare entro il 30.6.2023. Le operazioni peritali proseguivano nei giorni 23.6.2023 e 7.7.2023 in quest'ultima con l'accesso ai luoghi.

I CCTTPP depositavano nel termine stabilito le proprie osservazioni alla relazione provvisoria del CTU.

La CTU veniva depositata in data 19.9.2023 .

**5.5.** Nella relazione peritale il CTU precisava di non aver affrontato la fondatezza dei profili di natura giuridica emersi nel corso dei lavori peritali in quanto rimessi alla valutazione del Collegio e che, pertanto, gli importi delle singole voci di danno costituivano un "esercizio tecnico di contabilità".

Per quanto riguardava l'andamento dell'appalto, il CTU, rispondendo al primo quesito (quello *sub a*) evidenziava la mancanza della documentazione richiesta dalla normativa sui LLPP e l'impossibilità di una oggettiva valutazione in ordine alla buona esecuzione dei lavori svolti dall' ATI per il

ripristino della Centrale, lamentando la “informale ed irrituale gestione del contratto da entrambe le parti”.

Per quanto riguardava il pregiudizio lamentato dall'ATI per il comportamento del Consorzio, il CTU presentava due tabelle della quantificazione del danno, la prima relativa al periodo 2008-2014 nella quale le voci per danno emergente e per lucro cessante ammontavano complessivamente a € 715.184,54, e una seconda relativa al periodo 2008-2009 nel quale le medesime voci di danno ammontavano complessivamente a € 243.124,00.

Per quanto riguarda la risposta al secondo quesito (quello *sub b*) il CTU evidenziava che i CCTTPP non erano stati in grado di produrre parte dei documenti richiesti per verificare se fossero stati redatti gli atti previsti per l'avvio e l'esecuzione del contratto, in particolare i “documenti ... che avrebbero dovuto essere emessi durante la realizzazione dei lavori di manutenzione straordinaria della Centrale”.

Per quanto riguarda la risposta al terzo quesito (quello *sub c*), il CTU rilevava in primo luogo in riferimento all'entità delle portate d'acqua stagionali che “nessuna portata di acqua è stata mai derivata alla Centrale, fin dalla sua costruzione nel 1996”, in secondo luogo che “l'Enel ha opposto una ferma opposizione alla richiesta per la derivazione delle acque presentata dal Consorzio a partire dal 2009, con motivazioni confliggenti con gli accordi presi con i Consorzi di Enna e Catania nella Convenzione del 1989 ... su cui era basata la costruzione della Centrale Miraglia”. Ciò ha comportato un contrasto sull'utilizzo delle risorse idriche che “per essere risolto necessita dell'intervento decisivo e programmatico della Regione Siciliana, come concedente delle acque pubbliche regionali”. In riferimento agli altri sub quesiti sull'idoneità delle infrastrutture, il CTU ha concluso “che a livello progettuale il sistema è complessivamente idoneo ad assicurare le condizioni di alimentazione idraulica della Centrale, previste in contratto, ma che all'atto pratico, per le cause ostative che hanno messo fuori servizio alcune opere fondamentali del sistema complessivo, non è stato mai possibile erogare le portate richieste, né quelle della stagione estiva, né quelle dalla

stagione invernale”. Da ultimo, in riferimento al sub quesito relativo alla idoneità dell’impianto a produrre energia elettrica e alla possibilità di immettere quest’ultima nella rete e di cessione diretta al sistema con quantificazione della produzione annua stimata di energia elettrica e del prezzo di vendita della stessa, il CTU ha ritenuto che il progetto della Centrale era in linea tecnica adeguato a produrre la quantità stimata dal Capitolato, ma che manca la prova che gli apparati elettromeccanici della Centrale “fossero in condizioni idonee per assicurare tali operazioni”. Sempre secondo il CTU questa risposta avrebbe potuto essere data dal certificato di collaudo, ma “il collaudo dell’impianto non è mai stato effettuato”. Del pari, manca il riscontro che gli apparati elettromeccanici “abbiano funzionato regolarmente sotto la gestione dell’ATT”. Il CTU ha precisato che la produzione stimata per il periodo 2008-2014 era di kWh 4.780.000 annui e che il prezzo di vendita annuo secondo le tariffe GSE 2008 era di € 1.051.600,00.

**5.6.** Le parti producevano nel termine del 10.10.2023 concesso dal Collegio Arbitrale le rispettive memorie conclusive anche con riferimento all’esito della CTU, e ribadivano le rispettive posizioni e deduzioni svolte nei precedenti rispettivi scritti difensivi.

**5.7.** Il Collegio Arbitrale si è riunito nelle Camere di Consiglio del 28.11.2023 e del 4.12.2023 per la decisione sul merito delle domande di arbitrato.

\* \* \*

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

##### **6. SULL’ECCEZIONE DI CARENZA DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA DI E.T.S.**

Dalle argomentazioni svolte dalle parti e riportate in narrativa, si evince che il Collegio deve affrontare innanzitutto la questione preliminare della legittimazione della ricorrente E.T.S. a proporre le domande sottoposte all’attenzione di questo Collegio, trattandosi di questione che, se risolta

negativamente, precluderebbe il passaggio all'esame del merito delle domande di E.T.S.

Nella prima memoria arbitrale di costituzione del 21.2.2022 il resistente Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna ha eccepito la carenza di legittimazione attiva della ricorrente E.T.S. in conseguenza della dissoluzione del rapporto di mandato scaturito dalla costituzione dell'Associazione Temporanea di Imprese tra la ricorrente E.T.S. e la mandante S.P.I. – Sistemi Progettuali Integrati S.r.l. Poiché la S.P.I. era stata cancellata dal Registro delle Imprese in data 3.3.2016, quanto meno dalla stessa data era venuto meno il rapporto di mandato tra la mandante e la mandataria con conseguente dissoluzione della stessa ATI risultata aggiudicataria della gara per l'affidamento in gestione della Centrale Idroelettrica di Miraglia.

Il resistente Consorzio lamenta che l'E.T.S. non poteva chiedere il risarcimento del danno per l'inadempimento del contratto da parte del Consorzio in quanto l'E.T.S. aveva presentato la domanda di arbitrato in proprio e non già come mandataria dell'ATI contraente. Di qui, il rigetto delle domande proposte da E.T.S. per carenza di legittimazione attiva “in via processuale e in via sostanziale”.

Il Consorzio di Bonifica ha reiterato l'eccezione di carenza di legittimazione attiva nei successivi scritti difensivi, in particolare nelle note autorizzate di udienza del 29.7.2022. In queste note il Consorzio resistente ha precisato che, essendosi dissolto il rapporto di mandato sorto con la costituzione dell'Associazione Temporanea di Imprese, il risarcimento del danno non poteva essere chiesto per intero ma solo *pro quota* non avendo l'E.T.S. il diritto di ottenere somme che semmai sarebbero spettate alla S.P.I., che

ormai era un soggetto non più esistente né da un punto di vista giuridico che nella realtà fattuale. Questa considerazione è stata svolta dal Consorzio, sia pure più brevemente, anche nelle Note conclusive del 10.10.2023 (v. p. 11). Nelle note autorizzate del 29.07.2022 il Consorzio aveva aggiunto che dagli atti di causa non risultava in maniera chiara se la domanda di risarcimento del danno fosse stata limitata da E.T.S. alla quota di propria spettanza.

Questa eccezione denota una preoccupazione del Consorzio di Bonifica che non ha ragione di sussistere. Infatti, è pacifico in atti che la domanda di risarcimento del danno sia stata proposta da E.T.S. in proprio e non già in nome e per conto dell'ATI, come risulta espressamente dalla prima memoria arbitrale del 14.1.2022, ove è detto che “nel fare riferimento al ruolo della predetta ATI, si terrà in considerazione la posizione della sola società E.T.S.” (v. p. 10 prima memoria arbitrale). La memoria di costituzione del Consorzio è successiva di oltre un mese e porta la data del 21.2.2022. In secondo luogo, sempre dagli atti di causa, e precisamente comparando la domanda di arbitrato con l'atto di citazione avanti al Tribunale di Catania del 7.12.2015, si evince con altrettanta chiarezza che l'E.T.S. ha chiesto soltanto il risarcimento dei presumibili danni di sua spettanza. Nel suddetto atto di citazione proposto nell'interesse dell'ATI era stato chiesto il risarcimento del danno nella misura di € 11.541.328,00 (v. doc. n. 16 di parte attrice) mentre con la domanda di arbitrato del 2.3.2020 proposta dall'E.T.S. in proprio il *quantum* del risarcimento è contenuto nella misura ridotta di € 6.455.384,00. È evidente che nella domanda di arbitrato la E.T.S. non ha chiesto neanche in minima parte presumibili danni di spettanza della mandante S.P.I. In secondo luogo, l'eventuale risoluzione del contratto di affidamento in

gestione per scioglimento dell'ATI non costituirebbe un ostacolo a far valere quei diritti di esclusiva spettanza della mandataria E.T.S. nell'economia del rapporto di mandato, tenuto conto oltretutto del fatto, di per sé dirimente, che il mandato conferito dalla S.P.I. alla E.T.S. era un mandato *in rem propriam* ai sensi del comma 2 dell'art. 1723 c.c. e che, in quanto tale, non si estingue per la cancellazione della mandante S.P.I. dal Registro delle Imprese.

Risultando *per tabulas* che la E.T.S. non ha chiesto con la domanda di arbitrato il pagamento di somme di presumibile spettanza della mandante S.P.I., l'eccezione di carenza di legittimazione attiva di E.T.S. non ha fondamento come del resto ha finito per adombrare lo stesso Consorzio resistente quando nelle note autorizzate del 29.7.2022 ha ammesso che il risarcimento poteva essere chiesto solo *pro quota*: ciò ovviamente sempre che E.T.S. avesse a fornire la prova dei danni subiti.

La natura di mandato *in rem propriam*, che caratterizza il rapporto tra mandante e mandatario nelle Associazioni Temporanee di Imprese, porta a escludere anche che la ricorrente E.T.S. abbia perduto la qualità di parte ai fini della vigenza della clausola compromissoria. Infatti, a prescindere dalla considerazione, di per sé assorbente, della natura di mandato irrevocabile che caratterizza ogni ATI, va evidenziato che la cancellazione della mandante dal Registro delle Imprese non costituisce da nessun punto di vista una causa di inefficacia sopravvenuta della clausola compromissoria.

Per volontà della legge la validità di quest'ultima è autonoma rispetto alla validità del contratto al quale si riferisce, come è appunto disposto dal comma 2 dell'art. 808 c.p.c., sicché l'eventuale scioglimento dell'ATI lascia

impregiudicata la valenza della clausola compromissoria e non fa rivivere la giurisdizione del giudice ordinario, la cui questione oltretutto non è stata sollevata nel presente giudizio da nessuna delle parti.

In secondo luogo, nel caso di specie non vi è comunque materia per una questione di giurisdizione perché già risolta con la sentenza n. 936 del 25.2.2017 con la quale il Tribunale di Catania, accogliendo l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario formulata dal Consorzio di Bonifica n. 6 – Enna, ha dichiarato improponibili le domande dell'ATI stante l'incompetenza del giudice ordinario di fronte alla clausola compromissoria di cui all'art. 22 del Contratto di Affidamento in Gestione della Centrale Idroelettrica di Regalbuto.

La sentenza del Tribunale di Catania non è stata impugnata ed è passata in giudicato. Pertanto, resta ferma la volontà delle parti di compromettere in Arbitri tutte le controversie che derivano dal contratto e dal rapporto cui la Convenzione di riferisce, come disposto con chiarezza dall'art. 808 – *quater* c. p. c. In pratica, con la sentenza n. 936/2017 il Tribunale di Catania si è dichiarato incompetente a giudicare la controversia insorta tra le parti e derivante dal Contratto di Affidamento del 2006 stante la competenza esclusiva del Collegio Arbitrale.

La conferma della giurisdizione arbitrale e la legittimazione attiva di E.T.S. a chiedere il risarcimento dei danni di sua spettanza, sempre che ne sia fornita la prova, consentono a questo Collegio di passare all'esame del merito delle singole questioni sollevate dalle parti, rigettando l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione attiva sollevata dal Consorzio resistente.

**6. SULLE DOMANDE DELLE PARTI.**

**6.1.** Delle rispettive posizioni e pretese delle parti si è già detto ampiamente e analiticamente ai punti 2. e 4. del presente Lodo Arbitrale all'uno e all'altro dei quali si fa espressamente rinvio, e che sono da intendersi qui integralmente trascritti. Al fine della decisione di merito si tratta piuttosto di verificare l'attendibilità in punto di fatto e in punto di diritto delle singole argomentazioni addotte da ciascuna delle parti a sostegno delle rispettive domande.

**6.2.** Con il primo quesito parte ricorrente ha chiesto la risoluzione del contratto di affidamento in gestione della Centrale Idroelettrica di Regalbuto adducendo un duplice inadempimento di parte resistente alle sue obbligazioni contrattuali. Parte resistente ha chiesto il rigetto di questa domanda trattandosi di quesito inammissibile e improcedibile oltre che generico e infondato in fatto e in diritto e ha proposto domanda riconvenzionale per l'accertamento dell'inadempimento di parte ricorrente alle proprie obbligazioni contrattuali.

In primo luogo, parte ricorrente lamenta una responsabilità di parte resistente per non aver fatto menzione nel contratto di affidamento in gestione del 14/11/2006 della mancanza dei necessari volumi d'acqua a pressione per il funzionamento della turbina della Centrale, tacendo l'esistenza di crolli e di dissesti nelle infrastrutture "avvenuti tra il 1996 e il 1998 e non riparati al tempo della gara". In altre parole, parte ricorrente rimprovera alla parte resistente di avere indetto la gara pubblica e poi affidato la gestione della Centrale con il contratto del 2006 "pur sapendo che mancavano nel sistema i volumi d'acqua indispensabili a farla funzionare".

Sempre nella domanda di arbitrato la E.T.S. precisa che la situazione di

dissesto delle gallerie non era riconoscibile da parte di un osservatore esterno in quanto nell'invaso l'acqua c'era e quindi non era ipotizzabile che invece il flusso fosse bloccato dalle frane a monte. La presenza dell'acqua non dipendeva da un preteso funzionamento delle condotte, bensì dal fatto che “dalle condotte, benché danneggiate dalla frana, scendeva tuttavia una certa quantità d'acqua che scorreva senza pressione verso valle, la quale gradualmente ha riempito interamente l'invaso di Miraglia. Sicché, alla vista, l'invaso era colmo di acqua e tutto sembrava in ordine per consentire il funzionamento della Centrale affidata”.

Queste precisazioni sono state riproposte nei successivi scritti difensivi di parte ricorrente, da ultimo nella memoria conclusiva del 10.10.2023 (v. pp. 3-4).

Parte resistente nella prima memoria arbitrale di costituzione del 21.2.2022 ha eccepito che non era stato nascosto a parte ricorrente lo stato dei luoghi e delle infrastrutture e degli impianti oggetto dell'affidamento in gestione, assumendo anzi che l'A.T.I. ne era perfettamente a conoscenza per avere quest'ultimo effettuato gli opportuni accertamenti prima di partecipare alla gara. Nelle note autorizzate del 29.7.2022 parte resistente ha ribadito tale assunto aggiungendo che l'A.T.I. con atto allegato alla domanda di partecipazione alla gara aveva dichiarato di avere preso visione dello stato dei luoghi come previsto dall'art. 6 punto 1 del bando di gara sicché non esisteva un suo inadempimento per aver taciuto sullo stato dei luoghi. Su questa consapevolezza dello stato dei luoghi insiste il Consorzio nelle Note conclusive del 10.10.2023 evidenziando che la dichiarazione dell'appaltatore vale a escludere ogni responsabilità del committente “per preteso difetto di

informazione sullo stato dei luoghi” (v. pp. 16-19).

Nella documentazione in atti, e precisamente dal bando di gara, nonché nel contratto di affidamento in gestione della Centrale Idroelettrica di Regalbuto del 14.11.2006, di cui fa parte integrante il capitolato tecnico del novembre 2006 che ne costituisce parte integrante come allegato “C”, non si fa alcuna menzione di una eventuale problematica per mancanza dei necessari volumi di acqua a pressione per il funzionamento di tutto il sistema idrico “a causa dei crolli e dei dissesti alle infrastrutture ... avvenuti tra il 1996 e il 1998 e non riparati al tempo della gara per l’affidamento in gestione della Centrale” del pari, di queste problematiche non si fa alcuna menzione neanche in occasione dei lavori da eseguirsi per il corretto funzionamento della Centrale e ciò nonostante che nel capitolato tecnico sopra indicato siano indicati minuziosamente tanto lo stato attuale delle infrastrutture e degli impianti quanto gli interventi di manutenzione straordinaria da eseguire prima dell’avviamento in esercizio della Centrale.

Sempre dalla documentazione in atti risulta che effettivamente vi erano stati in anni precedenti al bando di gara crolli e dissesti alle infrastrutture che non erano stati riparati nell’immediatezza ma addirittura a distanza di molti anni, soltanto nel 2012. Di questi crolli e dissesti alle infrastrutture risulta ancora dalla documentazione in atti che gli Organi del Consorzio erano consapevoli.

Questa consapevolezza risulta dalla richiesta di ripristino della funzionalità della galleria nel tratto Ancipa-Radicone indirizzata dal Consorzio di Bonifica all’Enel Green Power di Catania in data 15.12.2004. In questa lettera l’Amministratore provvisorio del Consorzio chiede all’Enel Green

Power “al fine di evitare ulteriori danni economici a questo Consorzio..., così come sollecitato verbalmente reiteratamente nelle riunioni dell’Organo Regolatore, di voler provvedere in tempi rapidi al ripristino della galleria avanti richiamata «Ancipa-Radicone».

Che lo stato di dissesto della galleria risultasse da epoca remota è riconosciuto dallo stesso Consorzio nella nota del 4.7.2014 indirizzata all’Avv. Carmela Mangalaviti, legale dell’A.T.I. In particolare, in questa nota si evidenzia la “presenza di problemi tecnici sulla galleria Troina-Radicone che dal 1997 non è stata in funzione a causa di problemi strutturali che hanno impedito, di fatto, il funzionamento sia delle Centrali ENEL che della centrale consortile. I lavori di ripristino di tale galleria sono stati ultimati dall’ENEL solo all’inizio dell’anno 2012”. Alla nota del 4.7.2014 sono allegati le controdeduzioni del Consorzio di Bonifica all’opposizione avanzata dall’Enel Produzione S.p.A. nelle quali, datate 18.5.2011, si ribadiva lo stato di dissesto della galleria facendo presente in primo luogo che “la sopravvenuta inagibilità della galleria in pressione «Ancipa-Troina», comportava l’immediato pregiudizio di trasferimento degli sfiori delle acque dell’invaso Ancipa alla diga Pozzillo, attraverso la condotta allacciante «Ancipa-Pozzillo»; in secondo luogo, si eccepiva che “l’Enel, sin dal 1998, a causa dell’inagibilità del suddetto tratto di galleria, non è stata in condizione di poter provvedere ad alimentare la vasca di Castellodio e che di conseguenza non è stato possibile utilizzare la condotta allacciante «Ancipa-Pozzillo».

Appare evidente che il Consorzio di Bonifica all’atto della predisposizione e della pubblicazione del bando di gara fosse pienamente consapevole dello

stato di dissesto della galleria che impediva il funzionamento sia delle Centrali Enel che della Centrale Consortile e della circostanza che non era stato ancora riparato al tempo della gara.

La mancata menzione dello stato di dissesto della galleria è considerata da parte ricorrente come un primo inadempimento del contratto del 14.11.2006 da parte del Consorzio. Si è già detto che parte resistente respinge questa censura di parte ricorrente assumendo che quest'ultima era perfettamente a conoscenza dello stato dei luoghi sia per avere effettuato gli opportuni accertamenti prima di partecipare alla gara sia per aver dichiarato di avere preso visione dello stato dei luoghi.

Questo assunto del Consorzio non convince perché si tratta di uno stato di dissesto che non interessava direttamente la Centrale Consortile in quanto riguardava le infrastrutture a monte. In secondo luogo, appare verosimile quanto addotto da parte ricorrente che, essendovi dell'acqua nell'invaso, non era ipotizzabile che il flusso normale di acqua fosse bloccato a monte da crolli e dissesti nella galleria. Si trattava, pertanto, di vizi occulti che parte resistente avrebbe dovuto menzionare nel capitolato tecnico e nel contratto di affidamento, se non addirittura nel bando di gara. Questa mancata menzione costituisce una grave negligenza del Consorzio nella fase delle trattative e nella formazione del contratto che costituisce un comportamento contrario alla buona fede precontrattuale (artt. 1337-1338 c.c.) e che avrebbe legittimato l'A.T.I. a richiedere il risarcimento del danno. Ma questa domanda non è stata svolta dall'A.T.I. e pertanto si tratta di un aspetto su cui questo Collegio non può interloquire.

La mancata menzione dello stato di dissesto delle infrastrutture a monte

costituisce in astratto anche un ulteriore profilo di responsabilità per il Consorzio di Bonifica perché ha indotto l'A.T.I. a concludere il contratto di affidamento a determinate condizioni che sarebbero state diverse se la circostanza del dissesto fosse stata resa nota dal Consorzio. In astratto si tratta di un'ipotesi di reticenza che concretizza gli estremi del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. e che avrebbe legittimato l'A.T.I. a chiedere il risarcimento del danno. Ma anche questo aspetto non è stato coltivato da parte ricorrente in questo giudizio arbitrale e il Collegio non può occuparsene.

Per converso, parte ricorrente ha visto nella mancata menzione dello stato di dissesto delle gallerie un'ipotesi di inadempimento da parte del Consorzio di Bonifica alle proprie obbligazioni contrattuali come disposto dagli artt. 4 e 7 del contratto di affidamento. Pure essendo pacifico che in queste due norme si stabiliva la quantità d'acqua da derivare dalla vasca di carico Enel di Castellodio e come doveva essere regolata la portata dell'acqua in condotta, non è previsto espressamente nelle stesse un obbligo del Consorzio di Bonifica di garantire all'A.T.I. un determinato flusso d'acqua. Pertanto, la mancata menzione della situazione di dissesto delle infrastrutture pur essendo giuridicamente rilevante ai fini della valutazione del comportamento del Consorzio di Bonifica prima della conclusione del contratto di affidamento del 14.11.2006, non è di per sé sola sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto a prescindere dalla ulteriore valutazione che occorre verificare se si tratti o no di inadempimento di non scarsa importanza (art. 1455 c. c.) da parte del Consorzio.

Anche se lo stesso CTU nella sua relazione peritale ha confermato

L'esistenza dei gravi dissesti tecnici che a far data dal 1996 hanno interessato le opere di adduzione della diga di Ancipa oltre che la stessa diga, ponendo fuori uso nel 1998 "alcuni rilevanti tratti della galleria idraulica che conduce le acque dal serbatoio di Ancipa alla centrale di Troina (la C. D. condotta "Ancipa-Troina-Grottafumata"), collegamento essenziale per assicurare l'alimentazione di tutte le utenze a valle, tra cui la vasca di Castellodio, da cui andava prelevata l'acqua necessaria al funzionamento della Centrale Miraglia", non è questo l'aspetto rilevante per la valutazione del comportamento delle parti ai fini della risoluzione del contratto di affidamento per inadempimento (art. 1453 c. c.).

La risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive per inadempimento imputabile di una delle parti, presuppone necessariamente che si tratti di comportamenti della parte inadempiente nella fase di attuazione del rapporto contrattuale. In altri termini, deve trattarsi di un comportamento doloso o colposo del contraente tenuto successivamente alla conclusione del contratto. Infatti, la risoluzione dei contratti sinallagmatici presuppone un vizio funzionale della causa del contratto, e non già un vizio genetico, cioè precedente alla fase della stipula.

Nel nostro caso, la doglianza di parte ricorrente per quanto riguarda la mancata indicazione dello stato di dissesto delle opere della diga attiene a fatti avvenuti anni prima della stipula del contratto di affidamento e, pertanto, non sono rilevanti a giustificare un rimedio risolutorio.

**6.3.** Fatta questa doverosa precisazione, che delimita anche il campo dell'indagine, occorre esaminare l'altra censura mossa da parte ricorrente, la quale investe l'esecuzione del contratto di affidamento.

Con questa seconda censura, di cui si è ampiamente dato conto ai punti 4.1, 4.2, 4.4 e 4.6 (v. le posizioni difensive delle parti) che sono da intendersi qui integralmente trascritti, parte ricorrente lamenta una serie di inadempimenti da parte del Consorzio alle prescrizioni contrattuali. Queste censure, già formulate nella domanda di arbitrato, sono state riproposte e sviluppate in tutti i successivi scritti difensivi di E. T. S. a supporto anche della richiesta di CTU sul comportamento del Consorzio. Quest'ultimo, a sua volta, nel chiedere il rigetto di ogni pretesa di parte ricorrente, ha eccepito l'inadempimento di E. T. S. agli obblighi assunti con il contratto di affidamento (v. punti 4.3, 4.5 e 4.7 delle posizioni difensive delle parti, da intendersi anch'essi qui integralmente trascritti).

Dagli atti di causa risulta documentalmente che parte ricorrente lamenta in primo luogo la violazione dell'art. 10 del contratto per non essersi il Consorzio attivato entro il termine di dodici mesi dall'aggiudicazione della gara al fine di ottenere la concessione dell'uso idroelettrico dell'acqua. Infatti, la domanda è stata presentata dal Consorzio solo in data 22.5.2009, cioè con un ritardo di quasi due anni rispetto al termine ultimo stabilito in contratto (un anno dal 14.11.2006). In secondo luogo, sempre dagli atti di causa, risulta che il Consorzio aveva presentato con sei anni di ritardo rispetto al termine ultimo stabilito sempre in contratto anche l'istanza di autorizzazione per l'attingimento provvisorio sulle acque e sugli impianti elettrici (come da comunicazione dello stesso Consorzio del 14.6.2013).

Documentalmente risultano numerosi atti di sollecito e di diffida indirizzati dall'ATI al Consorzio affinché si attivasse per ottenere la concessione per uso idroelettrico. In particolare, perdurando il fermo della Centrale, con

lettera del 24.7.2013 il legale dell'ATI chiedeva nuovamente al Commissario Straordinario dei Consorzi di Bonifica della Regione Siciliana "di porre in atto tutto quanto necessario per l'attivazione della Centrale", precisando che "in caso di perdurante inadempimento l'ATI avrebbe intrapreso un'azione giudiziaria". Una formale diffida ad adempiere veniva inviata dall'ATI in data 8.3.2014 con l'avvertenza che "trascorso il termine di 30 giorni il Contratto si sarebbe considerato automaticamente risolto, con riserva di agire per il riconoscimento dei danni subiti". Il Consorzio replicava alla suddetta diffida con la nota del 4.7.2014 notificando all'ATI la nullità del contratto di affidamento, respingendo ogni richiesta di risarcimento del danno e considerando alla stregua di cause di forza maggiore le circostanze ostative all'attivazione della Centrale Miraglia.

Questi i fatti che hanno poi dato luogo al contenzioso fra le parti prima avanti al Tribunale di Catania con l'atto di citazione del 4.12.2015 e poi in sede arbitrale con l'atto di accesso del 2.3.2020 stante la declaratoria d'incompetenza da parte del Giudice Ordinario.

Fin da subito va evidenziata l'irritualità della dichiarazione unilaterale da parte del Consorzio con la nota del 4.7.2014 in ordine alla nullità del contratto di affidamento, che avrebbe dovuto semmai essere dichiarata dal Giudice Ordinario e, per esso dal Collegio arbitrale all'attenzione dei quali una tale domanda non è stata portata dal Consorzio che nella memoria di costituzione del 21.2.2022 e nei successivi scritti difensivi ha chiesto piuttosto l'accertamento dell'inadempimento di parte ricorrente agli obblighi assunti con il contratto di affidamento. Infatti, la declaratoria della nullità di un contratto è concettualmente incompatibile con la domanda, anche se

riconvenzionale, di accertamento dell'inadempimento imputabile dello stesso contratto, che presuppone invece sul piano logico la validità e l'efficacia del suddetto contratto. Di conseguenza, questo Collegio arbitrale non può occuparsi di eventuali profili di nullità per la necessaria correlazione tra il chiesto (la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento) e il pronunciato (l'eventuale declaratoria di risoluzione del contratto per inadempimento).

Oltretutto, parlare di nullità del contratto di affidamento appare un fuor d'opera di fronte alla previsione del bando di gara che prevedeva la caducazione del contratto, stante l'incompatibilità concettuale tra caducazione e nullità in quanto la caducazione presuppone fatti sopravvenuti e non già un vizio genetico come nel caso della nullità. Semmai, la suddetta previsione del bando di gara poteva adombrare nelle intenzioni della Stazione appaltante una condizione risolutiva inespressa, ma rimane il fatto che non è stata riprodotta nel contratto di affidamento che costituisce l'esclusiva fonte del rapporto contrattuale per cui è causa sicché rimane una previsione unilaterale non condivisa con parte ricorrente.

Per di più, la nota del Consorzio del 4.7.2014 non vale a rendere inefficace la diffida ad adempiere formulata da parte ricorrente con l'atto dell'8.3.2014 essendo già decorso il termine di trenta giorni intimato dall'ATI al Consorzio per l'attivazione della Centrale, sicché sulla base della diffida ad adempiere il contratto di affidamento è da considerarsi risolto di diritto a far data dal 13.4.2014 (scadenza del termine di trenta giorni intimato, da computarsi dalla data di ricevimento della diffida).

**6.4.** Ma le censure di parte ricorrente in ordine a un presunto

inadempimento del Consorzio alle prescrizioni contrattuali non finiscono qui.

Parte ricorrente lamenta anche la negligente gestione del rapporto contrattuale da parte del Consorzio nonostante la fattiva collaborazione di essa parte ricorrente. Ad esempio, dagli atti di causa risulta il palese errore in cui è incorso il Consorzio per quanto riguarda la presentazione della domanda di attingimento provvisorio per uso idroelettrico. La domanda, in data 22.09.2011, è stata trasmessa al Genio Civile di Enna mentre invece per competenza, trattandosi di domanda di concessione di grande derivazione, avrebbe dovuto essere presentata all'Assessorato Infrastrutture e trasporti, Dipartimento Infrastrutture, Trasporti e Mobilità Servizio 12° Risorse Idriche e Regime delle Acque di Palermo, come comunicato in data 21.02.2012 dallo stesso Genio Civile di Enna al Consorzio, trattandosi di questione di competenza e di responsabilità della Regione Siciliana. Con evidente ulteriore perdita di tempo che si è aggiunta al ritardo iniziale nella trasmissione della domanda di concessione per derivazione di acqua pubblica per uso idroelettrico.

Parte ricorrente lamenta altri inadempimenti imputabili al Consorzio. In primo luogo, il mancato riscontro alla nota del 17.07.2007 con la quale l'ATI, dopo aver informato il Consorzio dell'ultimazione dei lavori di manutenzione straordinaria necessari per rimettere in esercizio la Centrale elettrica, aveva chiesto al Consorzio "di assicurare le condizioni per procedere al test di lunga durata a carico piena della Centrale, ossia al suo Collaudo, propedeutico alla messa in esercizio". Poiché per procedere al test di lunga durata era necessario "utilizzare, almeno per due giorni, un volume

d'acqua pari a quello contenuto dalla vasca di Castellodio”, l’ATI chiedeva al Consorzio di “definire con l’Enel e con il Consorzio della Piana di Catania il necessario assetto della rete idrica affinché sia possibile effettuare il test citato nei giorni 6 e 7 agosto p.v. con possibilità di un prolungamento di attività alla mattinata del giorno 8”. Sempre nella suddetta nota del 17.7.2007 l’ATI aggiungeva che “il rispetto del programma temporale proposto riveste per la nostra società la massima importanza in quanto consentirebbe di modificare in tempi brevi il contratto di connessione con la rete Enel 20 kV da «cantiere» a «autoproduttore» e di programmare i successivi investimenti per adeguare l’impianto alle vigenti normative tecniche richieste dall’Enel per l’esercizio dell’impianto”, concludendo che “in assenza di elementi «bloccanti» prevediamo di poter rendere operativo a tutti gli effetti l’impianto, entro il quarto trimestre dell’anno in corso”. Nei suoi scritti difensivi l’ATI ha lamentato di non aver avuto alcun riscontro da parte del Consorzio alla sua nota del 17.7.2007. Tale circostanza è stata confermata dal CTU il quale a p. 50 della relazione peritale ha precisato che “non risulta in atti alcun riscontro o replica da parte del Consorzio a detta richiesta di messa a disposizione del volume di acqua per il Collaudo della Centrale che avrebbe dovuto essere fornito dalla vasca di Castellodio, posta a monte della Centrale”.

Sempre in atti risulta che con una successiva nota del 25.7.2007 l’ATI aveva confermato che nei giorni 8 e 9 agosto si sarebbe provveduto ad effettuare alcuni test di funzionalità idraulica ed elettrica dell’impianto della Centrale, aggiungendo che il 31.7.2007 sarebbe stata effettuata con personale di entrambe le parti un’ispezione congiunta alla struttura al fine di verificarne

l'idoneità al passaggio dell'acqua e che, in caso di esito positivo dell'ispezione, si sarebbe proceduto ad attuare il programma di test.

Parte resistente ha dato una diversa lettura della nota del 17.7.2007 eccependo in primo luogo che la suddetta nota e la successiva documentazione prodotta dall'ATI non avevano alcun valore probatorio trattandosi di copie di cui si disconosceva l'autenticità. In secondo luogo, il Consorzio eccepeva nel merito che il test di lunga durata di cui si faceva menzione nella nota del 17.7.2007 non poteva esser considerato alla stregua di un vero e proprio collaudo tanto più che in atti mancava la documentazione richiesta dalla legge per potersi parlare di collaudo, senza contare che mancava addirittura la prova della stessa attuazione di un test di lunga durata. Di qui, sempre secondo il Consorzio, una responsabilità dell'ATI per inadempimento non avendo quest'ultimo ottemperato agli obblighi assunti con il contratto di affidamento, a cominciare dagli stessi lavori di manutenzione straordinaria della Centrale di cui il Consorzio assumeva che non erano stati mai eseguiti.

Quest'ultimo assunto sembra però trovare una smentita nella documentazione in atti che, per quanto incompleta e generica, non ha impedito al CTU di affermare che "alcune operazioni previste in Capitolato sono state eseguite" (v. p. 60 CTU). Di queste attività il CTU dà conto, elencandole analiticamente, alla p. 60 della perizia precisando, per di più, l'esistenza di riscontri documentali di natura oggettiva in base agli atti contabili per quanto riguarda le attività "di natura tecnico-amministrativa" svolte dall'ATI a supporto del Consorzio nella richiesta della concessione di derivazione per uso idroelettrico nel periodo 2009-2010. In particolare, il

CTU ha riscontrato che l'ATI ha provveduto a predisporre la documentazione tecnica a firma dell'Ing. Giuseppe Alberti, allegata alla richiesta del Consorzio del 22.5.2009 al Genio Civile di Enna per la concessione della derivazione idroelettrica per la Centrale Miraglia, nonché a pagare i contributi idrografici, come da nota dello stesso Consorzio in data 30.6.2010 (v. p. 61 CTU). Va soggiunto che risulta dallo stesso contratto di affidamento, all'art. 17, che l'ATI aveva provveduto a presentare una garanzia definitiva assicurativa con rinnovo quinquennale per un valore di € 200.000,00 come da polizza fideiussoria per cauzioni stipulata con l'AXA Assicurazioni S.p.A. in data 18.10.2006 a favore del Consorzio a garanzia del puntuale adempimento delle obbligazioni assunte.

**6.5.** Il CTU attribuisce la mancanza della restante documentazione tecnica e operativa alla informale e irrituale gestione del contratto di affidamento da parte di entrambi i contraenti, precisando che “le parti hanno congiuntamente gestito in maniera informale e irrituale pressoché tutte le operazioni contrattuali dalla firma del contratto fino all'insorgere del contenzioso”.

**6.5.1.** Quanto al Consorzio, il CTU ha evidenziato che parte resistente non si è dotata delle figure previste dalla normativa sui lavori pubblici a tutela delle Amministrazioni committenti. Questo Collegio arbitrale condivide in base alla normativa vigente all'epoca della conclusione del contratto di affidamento e durante tutto l'iter del rapporto contrattuale l'affermazione del CTU che “era responsabilità ed interesse del Consorzio controllare e collaudare sul piano tecnico l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della Centrale presa in carico dall'ATI, ancorché tali lavorazioni

non comportassero il riconoscimento di un corrispettivo economico diretto” (v. p. 58 CTU). In particolare, dagli atti di causa non risulta che il Consorzio abbia provveduto alla nomina di un Direttore dei Lavori, né a quella del Collaudatore. Entrambe queste figure erano indispensabili per la corretta gestione del rapporto contrattuale anche per quanto riguarda la rimessa in efficienza della Centrale Miraglia da parte dell’ATI. In secondo luogo, era responsabilità del Consorzio formalizzare la consegna dell’area della Centrale all’ATI per eseguire i lavori di manutenzione straordinaria al pari della formalizzazione della successiva riconsegna, che indubbiamente vi sono state in quanto dei lavori risultano eseguiti, come ha riscontrato lo stesso CTU. Quello che meraviglia questo Collegio arbitrale è la mancanza di qualsiasi interlocuzione del Consorzio nei confronti dell’ATI nulla eccependo durante l’esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria, né in occasione della comunicazione da parte dell’ATI di averli ultimati. Costituiscono, infatti, un comportamento contraddittorio e contrario al principio della coerenza della condotta la contestazione dei lavori di manutenzione straordinaria e la negazione dell’esistenza degli stessi solo in occasione della nota del 4.7.2014 con la quale, come già si è detto, parte resistente ha dichiarato unilateralmente la nullità del contratto di affidamento.

Oltretutto, come pure si è già detto, la declaratoria di nullità è comunque priva di effetti stante la precedente diffida ad adempiere ai sensi dell’art. 1454 c. c. da parte dell’ATI in data 8.3.2014 (pervenuta il successivo 13.3.2014) che ha comportato la risoluzione di diritto del contratto di affidamento decorso il termine di giorni trenta intimato per l’attivazione

della Centrale Miraglia, cioè a far data dal 13.4.2014. Infatti, non risultando che il Consorzio abbia ottemperato a quanto intimato con la diffida ad adempiere, alla scadenza del termine di trenta giorni il contratto di affidamento si è risolto di diritto ai sensi del comma 3 dell'art 1454 c. c.

Nessuna valenza hanno le eccezioni formulate dal Consorzio con la nota del 4.7.2014. In primo luogo, perché era ormai decorso inutilmente il termine intimato di trenta giorni e il contratto di affidamento si è risolto di diritto dal 13.4.2014. Nel merito, non costituisce causa di nullità la circostanza che il contratto di affidamento non avrebbe rispettato le previsioni del bando di gara in quanto il Consorzio non dice quali sarebbero queste previsioni non rispettate, né ha alcuna valenza la circostanza di aver stipulato un contratto difforme dal bando di gara essendo stata una stipula libera e consapevole, che il Consorzio non può impugnare a distanza di quasi dieci anni dalla stipula, senza contare che la censura del Consorzio costituisce un "*venire contra factum proprium*" e, quindi, è inammissibile. Del pari, nessuna valenza ha l'altra censura che il contratto di affidamento non sarebbe stato vantaggioso per il Consorzio. Tale circostanza, anche se provata, non ha alcuna rilevanza quale causa di nullità, ma semmai di rescissione per lesione se tra la prestazione di parte ricorrente e quella di parte resistente vi sia stata una sproporzione oltre la metà e sussistessero tutte le altre circostanze di cui parla il comma 1 dell'art. 1448 c. c. Ma questa censura non è stata mai sollevata dal Consorzio e questo Collegio arbitrale non può occuparsene tanto più che l'azione generale di rescissione per lesione di cui all'art. 1448 c. c. sarebbe comunque largamente prescritta in quanto avrebbe dovuto essere proposta entro un anno dalla conclusione del contratto di affidamento (art.

1449 c. c.). Senza contare che la rescindibilità non potrebbe essere opposta da parte resistente neanche in via di eccezione stante l'intervenuta prescrizione dell'azione (comma 2, art. 1449 c. c.).

Sempre nella nota del 4.7.2014 il Consorzio respinge ogni richiesta di parte ricorrente adducendo in primo luogo la previsione del bando di gara che al punto 3. d), ultima frase, stabilisce che “il definitivo diniego della concessione di derivazione, determina la caducazione dell'intera procedura e la perdita di efficacia della convenzione eventualmente sottoscritta”. Questa previsione, di cui già si è parlato per escludere che si trattasse di una causa di nullità, non è stata riprodotta, né richiamata nel contratto di affidamento e, pertanto, non può essere invocata dal Consorzio in quanto è “*tamquam non esset*” né maggior valenza ha il richiamo sempre nella nota del 4.7.2014 a “circostanze ostative a rispetto del termine di inizio della conduzione della Centrale in oggetto” a supporto della pretestuosità della richiesta di risarcimento del danno formulata da parte ricorrente. Tali circostanze sono indicate analiticamente dal Consorzio alla p. 2 della nota del 4.7.2014 e adombrate quali “cause di forza maggiore” richiamandosi al comma 2 dell'art. 10 del contratto di affidamento. Trattasi da un lato dell'opposizione dell'Enel alla concessione della derivazione di acqua per un uso idroelettrico, dall'altro degli eventi di natura tecnico-strutturale (crolli delle gallerie e dissesto delle infrastrutture) i quali verificatisi tra il 1996 e il 1998 non hanno consentito di disporre dei volumi di acqua necessari per il funzionamento della Centrale. Su queste criticità si sofferma ampiamente anche il CTU il quale correttamente rimette al Collegio arbitrale la valutazione della natura giuridica delle stesse.

Osserva questo Collegio arbitrale che il richiamo al comma 2 dell'art. 10 del contratto di affidamento non appare pertinente al fine della valutazione di tali eventi come causa di forza maggiore per escludere ogni responsabilità del Consorzio in quanto la clausola si riferisce esclusivamente alla possibile variazione della data di inizio della conduzione della Centrale e sempre che vi fosse in tal senso un accordo tra le parti. Incidentalmente va detto che, non risultando un tale accordo in atti, il termine per l'inizio della conduzione della Centrale era ed è rimasto quello di dodici mesi dall'aggiudicazione della gara.

Si deve comunque valutare se da un punto di vista giuridico tali situazioni di dissesto e/o tali accadimenti possano essere considerate alla stessa stregua di una o più cause di impossibilità non imputabili al debitore (qui, il Consorzio) che ai sensi dell'art. 1256 c. c. estinguono l'obbligazione. Ritiene questo Collegio arbitrale che per alcune di esse non si possa parlare di cause di forza maggiore trattandosi di accadimenti verificatisi prima della conclusione del contratto sicché è concettualmente non condivisibile l'assimilazione delle stesse ad un'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al Consorzio.

Ma alle medesime conclusioni, sia pure per ragioni del tutto diverse, questo Collegio arbitrale ritiene di giungere per quanto riguarda l'altra causa di forza maggiore invocata dal Consorzio, cioè l'opposizione dell'Enel alla concessione della derivazione di acqua per uso idroelettrico (trasmessa al Genio Civile in data 10.12.2010). Infatti, a prescindere dalla circostanza, più volte evidenziata, che la Centrale Miraglia avrebbe dovuto entrare in funzione dodici mesi a far data dall'aggiudicazione della gara, cioè ben

quattro anni prima dell'intervenuta opposizione dell'Enel, sicché non si può invocare la circostanza dell'opposizione per escludere ogni responsabilità di parte resistente, appare singolare che tale circostanza sia stata invocata solo in occasione della nota del 4.7.2014 e che prima di tale momento non sia stata fatta presente, né eccepita a parte ricorrente, che aveva anch'essa uno specifico interesse a ottenere la disponibilità delle risorse idriche necessarie per l'attivazione della Centrale.

Questa mancanza di informazione sorprende tanto più che nella corrispondenza con parte ricorrente, in particolare nella nota del 14.6.2013 il Consorzio aveva informato l'ATI delle attività svolte per ottenere la concessione idrica con particolare riguardo alle valutazioni tecnico-economiche per il ripristino della funzionalità dell'intero tratto della condotta allacciante Ancipa-Pozzillo, mentre nessuna menzione è stata fatta dell'opposizione dell'Enel nella suddetta nota del 14.6.2013.

Di fronte a questo silenzio, nella replica del 4.7.2014 alla diffida ad adempiere di parte ricorrente, il successivo riferimento all'opposizione come causa di forza maggiore per escludere ogni responsabilità del Consorzio per il mancato avviamento della Centrale, appare nulla di più che un pretesto, che conferma il comportamento non ortodosso nella gestione del rapporto contrattuale da parte del Consorzio fin dalla stipula del contratto di affidamento ed evidenziando per di più la gestione irrituale dello stesso dal medesimo momento.

In secondo luogo, fa specie anche il fatto della "completa mancanza da parte del Consorzio di richieste, solleciti e contestazioni di natura tecnica nei confronti dell'ATI sui lavori di manutenzione durante la loro esecuzione,

nonché l'assenza di qualsivoglia funzione di controllo sugli stessi e di intervento, nonostante l'ATI aveva dichiarato che erano stati completati". Appare poco più di un pretesto anche l'assunto che i lavori di manutenzione straordinaria della Centrale "sembra che ... non siano stati realizzati", avanzato solo in occasione della nota del 4.7.2014. Se vi erano delle contestazioni da fare, queste avrebbero dovuto essere formulate già nel corso dei lavori o al più tardi alla scadenza del termine per l'ultimazione degli stessi che avrebbero dovuto avvenire entro dodici mesi dalla data dell'aggiudicazione della gara, cioè a far data dal 27.9.2006 quando è stata fattala comunicazione da parte del Consorzio all'ATI dell'intervenuta aggiudicazione, non già eccipite solo dopo la diffida ad adempiere dell'ATI. Questi aspetti sono stati rilevati e sottolineati dal CTU, il quale ha ritenuto la stipula del contratto da parte del Consorzio "intempestiva irragionevole ed immotivata, ... per la mancanza di dovuti presupposti tecnici ed operativi per l'alimentazione idrica della Centrale nel contesto del sistema Salso-Simeto" (v. pp. 45-46 CTU). Osserva ancora il CTU che la mancanza di tale essenziale requisito ha posto in difficoltà il Consorzio nei confronti dell'ATI fin dall'inizio del rapporto contrattuale in quanto "al completamento dei lavori di manutenzione della Centrale fissato entro il 28/09/2007, sarebbe risultato inadempiente per la indisponibilità della indispensabile risorsa idrica, come poi puntualmente verificatosi" (v. p. 45 CTU).

**6.5.2.** A questa gestione informale e irrituale del rapporto contrattuale non è rimasto estraneo l'ATI, come anche qui non ha mancato di evidenziare il CTU indicando analiticamente le criticità del comportamento di parte ricorrente.

In particolare, sottolinea il CTU, anche l'ATI non ha rispettato la normativa vigente e le prescrizioni contrattuali, omettendo di provvedere a emettere: a) "la documentazione di rito sulla sicurezza del cantiere e dei lavoratori"; b) "il progetto esecutivo degli interventi di manutenzione previsto al punto 8.7 del bando e ribadito al punto B2 del Capitolato Tecnico Contrattuale. Aggiunge il CTU che tale progettazione, ancorché limitata trattandosi di interventi di manutenzione, consistendo sostanzialmente in una più dettagliata descrizione delle specifiche indicate nel Capitolato Tecnico Contrattuale, era comunque necessaria al fine di verificare la corretta esecuzione dell'obbligazione contrattuale dell'ATI di rimettere in condizioni di esercizio della centrale idroelettrica" (v. testualmente p. 59 CTU).

Questi comportamenti delle parti che hanno gestito in modo così informale e irrituale il rapporto contrattuale fin dall'inizio dello stesso costituiscono indice per l'accertamento delle responsabilità di ciascuna di esse.

#### 7. LA QUESTIONE DELLA MANCANZA DEI PIANI DI SICUREZZA NEL CONTRATTO DI AFFIDAMENTO.

Si è visto poc'anzi nel precedente punto 6.5.2. che il CTU, nell'evidenziare le criticità del comportamento dell'ATI nella gestione del rapporto contrattuale, ha incidentalmente rilevato la mancanza della "documentazione di rito sulla sicurezza del cantiere e dei lavoratori"; concordando con i CCTTPP sull'assoggettabilità del contratto di affidamento alla normativa di cui alla legge 109 dell'11.2.1994 (Legge quadro in materia di lavori pubblici). Nel bando di gara è detto espressamente al punto 8.7 che "il gestore dovrà elaborare a propria cura e spese ... i piani di sicurezza dovuti ai sensi di legge ... art. 31 Legge 109/1994 ... e sue modifiche e integrazioni". La

norma (il punto 8.7) non è riprodotta nel contratto di affidamento del 14.11.2006, né nell'allegato Capitolato Tecnico. La questione della nullità del contratto di affidamento per mancata allegazione del piano di sicurezza non è stata mai oggetto di discussione tra le parti ed è venuta alla ribalta solo in occasione del deposito della CTU del 15.9.2023, né il CTU né i CCT\*TPP si sono posti il problema delle conseguenze di questa mancata allegazione per quanto riguarda la validità del contratto.

Nella Camera di Consiglio del 28.11.2023, fissata per la decisione sul merito delle domande di arbitrato, uno degli Arbitri, l'Ing. Lorenzo Motta, ha sostenuto la perdurante vigenza della legge n. 109/1994 alla data di pubblicazione del bando di gara al fine della verifica della nullità del contratto di affidamento alla luce del disposto di cui al comma 3 dell'art. 31 della suddetta legge. Un altro Arbitro, il Prof. Francesco Vetrò, ha ritenuto invece che il comma 3 dell'art. 31 non fosse applicabile al contratto di affidamento *de quo* in primo luogo a causa dell'intervenuta abrogazione della Legge n. 109/1994 alla data di pubblicazione del bando di gara; in secondo luogo, a causa dell'inapplicabilità della norma al contratto di affidamento. Il primo dei due suddetti arbitri ha fatto presente che la legge n. 109/1994 era rimasta in vigore nel territorio della Regione siciliana fino alla sua abrogazione con la legge regionale n. 12 del 12.7.2011, con la conseguenza della nullità del contratto di affidamento per la mancata allegazione del piano di sicurezza. Nella medesima Camera di consiglio il Presidente del Collegio, preso atto delle considerazioni svolte dagli altri due arbitri e tenuto conto che la questione della nullità del contratto di affidamento, sollevata formalmente dall'Ing. Motta per la prima volta nella suddetta Camera di

Consiglio, era dirimente per la decisione del procedimento arbitrale, ha invitato i due suddetti arbitri a presentare le proprie osservazioni stante l'evidente contrasto tra le rispettive posizioni e pertanto è stata fissata all'unanimità una nuova Camera di consiglio per decidere la questione pregiudiziale della nullità del contratto di affidamento prima di affrontare il merito delle domande di arbitrato. Entrambi gli arbitri hanno fatto pervenire al Presidente del Collegio e ciascuno di essi all'altro, nel rispetto del principio del contraddittorio, le proprie osservazioni.

Il Collegio arbitrale, preso atto dell'ultrattività della legge n. 109/1994 nell'ambito della Regione siciliana all'epoca della pubblicazione del bando di gara, ha ritenuto a maggioranza con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, da un lato che la nullità di un contratto è rilevabile di ufficio, ma dall'altro che si tratta di un potere e non già di un obbligo del giudice (art. 1421 c.c.). Applicando questi principi al caso di specie, la nullità del contratto di affidamento per la mancanza del piano di sicurezza non è automatica, ma è rimessa alla discrezionalità del giudice quando la nullità non sia stata eccepita da nessuna delle parti.

Il Collegio arbitrale, a maggioranza con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, ritiene che una declaratoria di nullità di ufficio non sarebbe opportuna né possibile nel caso di specie stante il disposto del comma 2 dell'art. 101 c.p.c. che obbliga il giudice a concedere alle parti un termine non inferiore a venti giorni per la presentazione di memorie difensive sul punto specifico di una questione rilevata di ufficio. Tale termine, osserva ancora il Collegio arbitrale a maggioranza, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, ha lo scopo di salvaguardare il diritto di difesa

sancito dall'art. 24 Cost. e di assicurare il principio del contraddittorio tra le parti quando una questione rilevata di uffici non sia stata sollevata, né discussa tra le parti. Proprio questa è la *ratio* del disposto del comma 2, dell'art. 101 c.p.c. anche secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte di Cassazione (da ultimo v. Cass., Sez. III, 5.9.2023 n. 25849). L'inosservanza del disposto del comma 2 dell'art. 101 c.p.c. comporta la nullità della declaratoria di ufficio di una questione non sollevata dalle parti quale è quella della nullità del contratto di affidamento per la mancata allegazione del piano di sicurezza. Nel caso di specie la declaratoria di nullità del contratto di affidamento sarebbe oltretutto tecnicamente impossibile in quanto il termine minimo inderogabile di venti giorni per la presentazione di memorie difensive verrebbe a coincidere con il termine per il deposito del lodo ( per entrambi il 27.12.2023) decorso il quale questo Collegio arbitrale verrebbe a decadere e non potrebbe compiere alcuna attività processuale, men che mai pronunciare la nullità del contratto di affidamento per cui è causa.

Per la maggioranza del Collegio arbitrale con l'opinione dissenziente di un Arbitro, l'Ing. Motta, vi è una seconda considerazione che porta a escludere nel caso di specie l'applicabilità del comma 3 dell'art. 31 nonostante la sua previsione al punto 8.2 del bando di gara. Il contratto di affidamento in gestione della Centrale elettrica non è un contratto di appalto, né un contratto di concessione, le due uniche tipologie contrattuali alle quali fa riferimento la norma per decretarne la nullità se privi del piano di sicurezza. E ciò non tanto per la denominazione del contratto dal momento che la sua natura giuridica non dipende dal *nomen iuris* che ne abbiano dato le parti,

quanto dall'oggetto dello stesso. Nel caso di specie ritiene a maggioranza il Collegio arbitrale, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, che non si tratti di un contratto di appalto di lavori pubblici non avendo a oggetto la sola esecuzione di lavori pubblici o la progettazione esecutiva unitamente all'esecuzione di lavori pubblici (art. 15, comma 2, Legge reg. siciliana 2.8.2002 n. 7) senza contare che la componente di impiantistica o tecnologica dei lavori deve essere superiore al 50% del valore dell'opera per potersi parlare di "lavori pubblici" e nel caso di specie non lo è. Non si tratta neanche per la maggioranza del Collegio arbitrale, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, di concessione di lavori pubblici non avendo a oggetto il contratto di affidamento *de quo* "la progettazione definitiva, al progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici o di pubblica utilità e o di lavori a essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica" (art. 15, comma 6, Legge Reg. siciliana n. 7/2002).

Osserva conclusivamente e a maggioranza il Collegio arbitrale, con l'opinione dissenziente dell'arbitro Ing. Motta, che appare ulteriormente significativa per escludere l'applicabilità del comma 3 dell'art. 31 al contratto di affidamento la circostanza che le parti non si siano mai poste il problema di una sua nullità per la mancata allegazione del piano di sicurezza e che si siano comportate nel corso del rapporto contrattuale come se il contratto fosse valido ed efficace, dando allo stesso volontaria esecuzione.

#### **8. SUL MERITO DELLE DOMANDE DI ARBITRATO. LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO.**

Passando al merito delle domande di arbitrato, parte ricorrente ha chiesto

con il quesito n. 1 la risoluzione del contratto di affidamento del 14.11.2006 adducendo un duplice inadempimento del Consorzio.

Del primo di essi, l'aver indetto la gara pubblica pure essendo a conoscenza dei crolli e dei dissesti nelle infrastrutture "avvenuti tra il 1986 e il 1998 e non riparati al tempo della gara", ha fatto già giustizia questo Collegio arbitrale al precedente punto n. 6.2 evidenziandone all'unanimità l'infondatezza ai fini della risoluzione del contratto di affidamento per inadempimento trattandosi di fatti verificatisi anteriormente alla stipula del contratto sicché sono non conducenti per giustificare la richiesta di un rimedio risolutorio. Diverso è il discorso per le altre censure di parte ricorrente (violazione dell'art. 10 del contratto per non essersi il Consorzio attivato entro il termine di 12 mesi dall'aggiudicazione della gara al fine di ottenere la concessione per l'uso idroelettrico dell'acqua; negligente gestione del rapporto contrattuale da parte del Consorzio nonostante la fattiva collaborazione di parte ricorrente) sulla cui fondatezza già si è detto nei precedenti punti nn. 6.3, 6.4, 6.5 e 6.5.1, ai quali espressamente si rinvia anche per quanto riguarda le argomentazioni ivi svolte che sono da intendersi qui integralmente trascritte.

8.1. Parte ricorrente ha lamentato di avere subito ingenti danni per il comportamento del Consorzio chiedendo un risarcimento degli stessi nella misura complessiva di € 6.455.384,00 pari alla quota di sua spettanza e commisurata alla gestione della Centrale nel trentennio dal 2008 al 2037, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali.

Tale importo è comprensivo di una serie di voci:

- a) lucro cessante per mancati utili nella misura complessivi di €

5.826.757,00;

- b) lucro cessante per il mancato impiego degli utili di gestione della centrale Miraglia, quantificato in € 407.590,00;
- c) danno curriculare per l'impossibilità di far valere nelle future contrattazioni i requisiti economici-finanziari che sarebbero derivati dalla corretta e tempestiva gestione della Centrale, quantificato in € 42.000,00;
- d) danno emergente per i costi sostenuti per la partecipazione alla gara e per le opere necessarie alla riattivazione, manutenzione e messa in esercizio della Centrale, quantificato in € 179.037,00, che secondo il CTU sarebbe stato rideterminato in € 172.345,73 nell'elenco analitico delle spese sostenute (allegato n. 6 alla CTP ETS).

Osserva preliminarmente questo Collegio arbitrale che non appare condivisibile la decurtazione operata dal CTU nella misura del 10% sulle voci di danno in quanto la richiesta di parte ricorrente fin dalla domanda di arbitrato si riferisce alla sola quota di spettanza ETS.

Del pari, non appare condivisibile la determinazione nel periodo da valutare per la quantificazione del danno, che deve essere limitato alla data della risoluzione del contratto per effetto della diffida ad adempiere dell'8.3.2014 (30 giorni dalla data del 13.3.2014 dal ricevimento della diffida, cioè il contratto di affidamento è da intendersi risolto dal 13.4.2014). Non ha alcun fondamento neanche in linea di principio la pretesa di parte ricorrente della risarcibilità di un danno maturato dopo tale data, in altre parole, è un fuor d'opera calcolare i danni per l'intero trentennio a far data dall'1.1.2008, cioè

far coincidere il periodo del risarcimento dei danni con la durata programmata della gestione della Centrale. Un contratto risolto con diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* non può produrre ulteriori effetti per il periodo successivo alla risoluzione di diritto, come dimostrato dal disposto normativo che, dopo la scadenza infruttuosa del termine intimato per l'adempimento, la parte non adempiente non può più adempiere alla sua obbligazione (*arg. ex ultimo comma, art. 1453 c.c.*) In altre parole, nessun danno è risarcibile a far data dal 13.4.2014.

Quanto all'inizio del periodo di mancata produzione degli utili, è da condividersi la considerazione del CTU che ha sottolineato che “non sono disponibili ... informazioni tecniche ed operative che permettano di affermare con certezza che a quella data la Centrale fosse in grado di funzionare regolarmente, in quanto non risulta eseguita la verifica della corretta esecuzione degli interventi di manutenzione previsti nel Capitolato tecnico, né si ha notizia di eventuali ulteriori operazioni di manutenzione rispetto a quelle previste contrattualmente, che si fossero dimostrate necessarie per la rimessa in servizio della Centrale”. Tuttavia, alla luce della comunicazione dell'ATI con la nota del 17.7.2007 nella quale si prevedeva “di poter rendere operativo a tutti gli effetti l'impianto entro il quarto trimestre dell'anno in corso”, si deve escludere ogni riconoscimento di danno risarcibile per il mancato utilizzo della Centrale prima della data in cui secondo parte ricorrente quest'ultima sarebbe stata pronta a entrare in esercizio, cioè prima dell'1.1.2008. In altre parole, nel condividere il ragionamento del CTU, il periodo in cui si sarebbe prodotto il danno per la mancata produzione di energia elettrica della Centrale è quello che va

dall'1.1.2008 al 13.4.2014.

Il CTU ha prospettato anche una seconda ipotesi, in cui il periodo di maturazione del danno andrebbe correlato per quanto riguarda il *dies ad quem* alla frana che nel 2009 aveva posto fuori uso in maniera irreversibile l'acquedotto di scarico delle acque dalla Centrale Miraglia (mt. 436 l.m) all'invaso di Pozzillo (mt. 366 lm). Questa ipotesi è stata ritenuta condivisibile da entrambi i CCTTPP (v. pp. 75,78 e 82-83 CTU). In tal caso il periodo di riferimento per la maturazione del danno sarebbe quello che va all'1.1.2008 al 31.12.2009.

Questa interpretazione ha però un presupposto ineludibile: la natura di causa di forza maggiore della frana del 2009. A tale proposito si è già detto nel precedente punto 6.5.1 che il Consorzio ha invocato una serie di cause ostative di forza maggiore per respingere le pretese di parte ricorrente e, comunque, ogni sua responsabilità nella causazione del danno lamentato da parte ricorrente. Queste cause ostative sono state indicate analiticamente nella nota del Consorzio del 4.7.2014 e sono da un lato l'opposizione dell'ENEL alla concessione della derivazione per uso idroelettrico, dall'altro alcuni eventi di natura tecnico strutturale (crolli delle gallerie e dissesto delle infrastrutture) verificatisi tra il 1996 e il 1998. Nella nota del 4.7.2014 si fa riferimento in modo estremamente generico anche a un evento che aveva interessato una centrale di proprietà del Consorzio di Catania, senza però ulteriori specificazioni. Questo Collegio arbitrale ha escluso per tali accadimenti la natura di cause di forza maggiore per le ragioni svolte nel ricordato punto 6.5.1, che sono da intendersi qui integralmente trascritte e alle quali espressamente si rinvia. Si tratta, infatti, di cause ostative, alcune

delle quali (problemi strutturali interessanti la galleria Troina-Radicone fin dal 1997) che si sono verificate ben prima la stipula del contratto di affidamento e che, pertanto, non possono essere assimilate a cause di forza maggiore; altre sono state invocate solo con la nota del 4.7.2014 in risposta alla comunicazione della diffida ad adempiere di parte ricorrente (l'opposizione dell'ENEL) sicché appaiono strumentali rispetto alla diffida ad adempiere e finalizzate a escludere ogni responsabilità del Consorzio per la gestione non ortodossa e irrituale del rapporto contrattuale fin dalla stipula del contratto di affidamento.

Va soggiunto che della frana del 2009, che ha interessato l'acquedotto di scarico delle acque dalla Centrale Mitraglia all'invaso di Pozzillo, si parla negli scritti difensivi del Consorzio esclusivamente nelle note conclusive del 10.10.2023, ove alla p. 124 si riproduce testualmente la p. 56 della CTU. Questo riferimento della frana del 2009 è da considerarsi tardivo in quanto avrebbe dovuto essere fatto valere con la memoria di costituzione di parte ricorrente. È vero che la qualificazione di un fatto alla stregua di causa di forza maggiore è una prerogativa del Giudice, ma una tale qualificazione presuppone che vi sia stato un contraddittorio tra le parti. In mancanza di una specifica domanda e/o eccezione del Consorzio, una qualificazione di un fatto formulata in sede di decisione sulle domande di arbitrato, significa andare *ultra petita partium* non essendo stata avanzata, né eccepita con il primo scritto difensivo di parte resistente, né nei successivi scritti difensivi prodotti prima della CTU.

**8.3.** A) Conseguentemente, considerando quale periodo di riferimento quello che va dall'1.1.2008 al 13.4.2014 (scadenza del termine intimato con la

diffida ad adempiere), il Collegio arbitrale a maggioranza, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, fa propria la quantificazione del danno per i mancati utili, fatta dal CTU in € 503.400,00 per quanto riguarda la quota di spettanza ETS quale lucro cessante per la mancata produzione di energia elettrica negli anni 2008/2014. Poiché il *dies ad quem* non è quello della nota del Consorzio del 4.7.2014 bensì quello precedente del 13.3.2014 (scadenza del termine intimato con la diffida ad adempiere), i giorni da calcolare per il 2014 non sono 184 bensì 103, sicché l'importo di questa voce di danno si riduce da € 503.00,00 a € 484.000,00.

B) Quanto alla voce di danno per mancato impiego degli utili, per la maggioranza del Collegio arbitrale, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, seguendo la medesima metodologia la richiesta di parte ricorrente di € 407.590,00 va ridotta seguendo le considerazioni del CTU a € 83.332,14, da decurtarsi ulteriormente a € 82.000,00 arrotondato se si considera anche qui che per l'anno 2014 i giorni di riferimento non sono 184 bensì 103.

C) Quanto alla voce di danno per non aver potuto far valere nelle future contrattazioni i requisiti economico-finanziari derivati dalla corretta e tempestiva gestione della Centrale, il cui importo da parte ricorrente era stato quantificato in € 42.000,00, tale richiesta è stata ritenuta non ammissibile dal CTU (v. pp. 71-72 CTU) il cui ragionamento questo Collegio arbitrale all'unanimità ritiene condivisibile. Infatti, fino alla data di risoluzione del contratto di affidamento, l'ATI era legittimato ad avvalersi della qualifica di affidatario della gestione della Centrale Miraglia, sicché nulla ha perduto in termini di referenze professionali, né in termini di

mancata certificazione di fatturato per lavori ai fini della qualifica SOA dal momento che nel contratto di cui è causa non era previsto alcun corrispettivo per l'esecuzione dei lavori necessari per l'avviamento della Centrale. Ma vi è di più. Non vi è alcuna prova, neanche documentale, di una perdita di chance per non aver potuto partecipare ad altre gare.

Ritiene, pertanto, questo Collegio arbitrale all'unanimità che non sia ammissibile alcun risarcimento per una ipotetica perdita di chance (c.d. danno curriculare).

D) Parte ricorrente ha chiesto anche il risarcimento del danno emergente per le spese sostenute dal 2007 al 10.4.2018 per un importo complessivo di € 179.037,00 poi ricalcolato in € 172.345,73 come da dettaglio analitico delle spese sostenute (allegato n. 6 documentazione CTP ETS). Trattasi delle spese vive per la partecipazione alla gara e per la gestione del contratto.

Preliminarmente va osservato che l'importo richiesto va decurtato delle spese sostenute dopo il 13.4.2014 non potendosi ammettere un rimborso di spese sostenute dopo la risoluzione del contratto di affidamento.

Al punto 3 d) del bando di gara era esclusa una "indennità di migliororia" per i lavori di manutenzione straordinaria per la rifunzionalizzazione dell'impianto e che tale principio è stato ribadito all'art. 15, ult. comma, del contratto di affidamento per tutti i casi di cessazione della gestione dell'impianto. Il Collegio arbitrale a maggioranza, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, ritiene di condividere le considerazioni svolte dal CTU a p. 73 della relazione peritale, il quale, dopo aver detto che tali costi "erano destinati a essere riassorbiti ... nell'ambito del risultato economico derivante dall'operazione di vendita dell'energia elettrica

prodotta negli anni di gestione della Centrale”, ha precisato che è altrettanto vero che, una volta intervenuta la risoluzione del contratto, la quale nel nostro ordinamento ha efficacia retroattiva, questi costi “sono risultati infruttuosi venendosi a determinare una oggettiva situazione di «danno emergente» per la parte che li ha sostenuti”.

Va soggiunto che nella domanda di arbitrato mancava pressochè interamente la documentazione contabile delle spese sostenute da parte ricorrente, essendovi solo un elenco informale con descrizione sommaria della tipologia di spese dell’indicazione del fornitore e dell’importo e dell’anno di ciascuno dei costi di cui si chiedeva il rimborso. Nel corso delle operazioni peritali il CTP di parte ricorrente, su specifica richiesta del CTU, ha prodotto una serie di documenti contabili (contenuti nell’allegato F) quali l’elenco dei bonifici, il resoconto bancario, e una tabella bonifici a dimostrazione della coerenza della singola spesa con le operazioni di manutenzione previste in contratto. Sulla base di questa documentazione il CTU ha verificato che i singoli costi erano pertinenti al riavvio e alla manutenzione della Centrale e che erano stati effettivamente sostenuti e regolarmente fatturati.

In definitiva, il CTU ha ritenuto ammissibili i costi che risultavano fatturati e pagati, i quali sono stati quantificati complessivamente in € 128.484,54 previa rivalutazione degli stessi in conformità degli indici ISTAT a far data dal mese di luglio 2006 al 2014. Il Collegio arbitrale a maggioranza, con l’opinione dissenziente dell’arbitro Ingegnere Motta, condivide appieno il ragionamento del CTU e la quantificazione delle spese sostenute nella misura complessiva di € 116.575,20 che con la rivalutazione monetaria

diventa di € 128.484,54.

Su tutte le somme come sopra determinate sono dovuti la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dal giorno della domanda di arbitrato, come richiesto da parte ricorrente con il quesito n. 1 della domanda stessa.

**8.3.** Ritiene questo Collegio Arbitrale all'unanimità che per un equo contemperamento degli interessi delle parti si debba tener conto, al fine della quantificazione complessiva dei danni subiti da parte ricorrente, anche del comportamento di quest'ultima durante l'intera vigenza del rapporto contrattuale.

Richiamando quanto già detto al precedente punto 6.5.2. sulla gestione informale e irrituale del rapporto contrattuale anche da parte dell'ATI, il quale non ha rispettato la normativa vigente e le prescrizioni contrattuali, e rinviando espressamente a quanto ivi argomentato che deve considerarsi qui integralmente trascritto, ritiene questo Collegio Arbitrale che l'ATI non abbia fatto quanto era in suo potere per eliminare o almeno ridurre le conseguenze pregiudizievoli del comportamento negligente e non ortodosso di parte resistente, sicché il risarcimento per le voci di danno da lucro cessante come sopra determinato dal CTU, debba essere diminuito ai sensi dell'art. 1227 c.c. (*compensatio lucri cum damno*). Soppesando il comportamento di ciascuna delle parti, ritiene questo Collegio Arbitrale a maggioranza, con l'opinione dissenziente, dell'Arbitro Ing. Motta, che parte ricorrente sia da considerarsi corresponsabile della informale e irrituale gestione del rapporto contrattuale nella misura di 1/3, sicché nella misura di 1/3 deve essere ridotto l'importo del risarcimento per le due voci di lucro cessante (mancata produzione degli utili ove la quantificazione sopra indicata di € 484.000,00

va ridotta di 1/3 pari a € 161.000,00 arrotondato; quanto al mancato utilizzo degli utili l'importo sopra indicato di € 82.000,00 va anch'esso ridotto di 1/3 pari a € 27.000,00 arrotondato).

Ritiene, invece, questo Collegio Arbitrale sempre a maggioranza e con l'opinione dissenziente dell'arbitro Ing. Motta, che debba rimaner fermo l'importo di € 128.484,54 riconosciuto per le spese sostenute, trattandosi di un dato oggettivo e inconfutabile accertato dal CTU sulla base della documentazione contabile in atti. Del pari rimangono ferme sulle somme così rideterminate la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dal giorno della domanda di arbitrato al saldo.

#### **9. SUL LE SPESE DI FUNZIONAMENTO DEL COLLEGIO ARBITRALE E LE SPESE DI DIFESA.**

L'esito complessivo di questo procedimento arbitrale si riflette sul regime delle spese di funzionamento del Collegio arbitrale, compresi gli onorari degli arbitri e il compenso per il CTU, nonché sul regime delle spese di difesa, tutte da determinarsi analiticamente con separata ordinanza.

Il Collegio all'unanimità liquida le spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, compresi gli onorari degli Arbitri, le spese vive documentate da ciascuno degli Arbitri, il e compenso per il Segretario del Collegio Arbitrale e il costo per l'espletamento della CTU, nella misura indicata con separata ordinanza e da porsi a carico di entrambe le parti ciascuna nella misura della metà, fermo il vincolo di solidarietà tra le parti.

Il Collegio, infine, sempre all'unanimità compensa integralmente tra le parti le spese di difesa.

**P.Q.M.**

Il Collegio Arbitrale, definitivamente pronunciando sulla controversia sottoposta al suo esame, a maggioranza con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, così provvede:

- 1) dichiara all'unanimità la propria competenza a decidere sulla domanda di arbitrato formulata da ETS in relazione agli obblighi delle parti derivanti dal contratto di affidamento in gestione della Centrale elettrica Miraglia;
- 2) dichiara all'unanimità la legittimazione attiva di parte ricorrente rigettando l'eccezione del Consorzio per le ragioni svolte al punto 6 del presente lodo;
- 3) accoglie a maggioranza, e con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, per le ragioni e nei limiti sopra indicati nei motivi della decisione, la domanda formulata da parte ricorrente con il quesito n. 1;
- 4) rigetta a maggioranza, e con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, le domande e le eccezioni formulate dal Consorzio per le ragioni svolte nei motivi della decisione;
- 5) quanto al quesito n. 2 della domanda di arbitrato, pone a carico di entrambe le parti, ciascuna per la metà e fermo restando il vincolo di solidarietà tra le stesse, le spese di funzionamento del Collegio Arbitrale compresi gli onorari degli Arbitri oltre al rimborso spese 15%, agli altri accessori di legge, le spese vive documentate sostenute da ciascuno degli Arbitri, il compenso del Segretario del Collegio Arbitrale e il costo per l'espletamento della CTU, che liquida come da separata ordinanza;

6) compensa integralmente tra le parti le spese di difesa.

Assorbite ogni ulteriore domanda, eccezione e deduzione.

Così deciso dagli Arbitri a maggioranza, con l'opinione dissenziente dell'Arbitro Ing. Motta, in conferenza personale nelle riunioni del 7 dicembre 2021, 29 aprile 2022, 6 giugno 2022, 28 giugno 2022, 13 ottobre 2022, 14 febbraio 2023, 13 marzo 2023, 15 maggio 2023, 31 maggio 2023, 20 luglio 2023, 28 novembre 2023 e 4 dicembre 2023, in Roma, sede dell'arbitrato presso la Camera Arbitrale, e sottoscritto in 3 originali, nella data e luogo indicati a fianco di ciascuna sottoscrizione.

Prof. Avv. Enrico Moscati

Dott. Ing. Lorenzo Motta

Prov. Avv. Francesco Vetrò