

CAMERA ARBITRALE ANAC

R.G.A. 11/2022

LODO ARBITRALE

pronunciato dal Collegio arbitrale composto dai Sigg.ri:

avv. Antonio Oricchio (Arbitro con funzioni di Presidente)

avv. Alessandro Botto (Arbitro)

avv. Gianluigi Pellegrino (Arbitro)

nella controversia insorta

TRA

Comune di Alseno, con sede legale in Alseno (PC) 29010, P.zza XXV Aprile, 1 C.F. 00215780339 e P. IVA 0021578033 (in seguito, anche solo il “**Comune**”), in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore Sig. Davide Zucchi autorizzato a stare in giudizio con delibera Giunta Comunale n. 46 del 30.05.2022 (doc. 1), rappresentato e difeso dall’Avvocato Sergio Cesare Cereda (C.F. CRDSGC60R12E507X; pec. sergiocesare.cereda@milano.pecavvocati.it; fax 02.86450080) del Foro di Milano, giusta procura in calce al presente atto, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano 20121, Via San Simpliciano n. 5 / PEC: sergiocesare.cereda@milanopecavvocati.it;

E

SOCIETÀ IMPIANTI METANO S.R.L., con sede legale in Vaiano Cremasco (CR), via Nelson Mandela, 1, cod. fisc. E P.IVA n. 01584260192 (in seguito, anche solo “**SIME**” o la “**Società**”), in persona del legale rappresentante, Stefano Canesi, rappresentata e difesa, anche in via disgiunta, giusta delega allegata al presente atto, dagli avv.ti Fabio Todarello (c.f. TDRFBA70S23D976K; pec: fabio.todarello@milano.pecavvocati.it) e Andrea Conforto (c.f. CNFNDR74P05I829Z; pec: andrea.conforto@milano.pecavvocati.it) i quali eleggono domicilio presso il loro studio in Milano, Piazza Velasca n. 4 / PEC: fabio.todarello@milano.pecavvocati.it; andrea.conforto@milano.pecavvocati.it;

PRONUNCIATO NELLA CONTROVERSIA INSORTA IN RIFERIMENTO

a lavori, servizi e forniture.

FATTO

1. Con atto introduttivo di arbitrato e nomina di arbitro notificato in data 12 settembre 2022 alla SIME, il Comune esponeva che:

“aveva indetto una gara avente ad oggetto l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nel territorio comunale (n. CIG 05675358B0) con bando di gara pubblicato sulla

GUUE n. S 222 del 10/12/2010 a cui la SIME Srl (società di capitali che esercita attività di distribuzione di gas naturale ai clienti finali) aveva partecipato, aggiudicandosi la gara.

La Società SIME Srl e il Comune di Alseno avevano così sottoscritto il contratto di servizio rep. n. 1784 in data 30/04/2011 (doc. 2) il quale prevede all'art. 3.1 che il corrispettivo per l'affidamento della concessione, così come risulta dall'offerta economica della Società (doc. 3), sia pari al 51% sull'ultimo vincolo sui ricavi annuo. Nel contratto di servizio inoltre l'articolo 8 prevede gli Interventi di sviluppo previsti nel piano industriale, il quale è stato presentato in gara dalla società SIME Srl (doc. 4).

Dopo la stipula del contratto però la Società, a partire dall'anno 2012 e proseguendo per gli anni 2013 e 2014, non pagava i canoni previsti dal Contratto di servizio e inoltre non provvedeva all'esecuzione degli interventi che si era impegnata a realizzare nell'offerta di gara (nonostante le numerose richieste di messa in mora e di richiesta di esecuzione inviate dal comune, cfr. doc. 15). In particolare la SIME si era lamentata con il Comune, tramite nota del 23/11/2012 protocollo n. 39484 (doc. 5), della circostanza che i ricavi conseguiti dalla società negli anni dal 2011 al 2014 fossero stati inferiori a quelli attesi in base alle previsioni ingenerati dall'indicazione data nel bando di gara del VRT riconosciuto al gestore nell'anno, così volendo giustificare gli inadempimenti contrattuali che si accingeva a porre in essere. Alla nota di sospensione dei canoni e degli investimenti della SIME il Comune prontamente rispondeva il 13/12/2012 (doc. 6) affermando, in relazione alle tariffe applicate, che lo stesso "non può opporsi direttamente ad un provvedimento dell'AEEG che ha effetti giuridici diretti solo nei confronti di Sime", quindi sollecitando l'azione della concessionaria. Inoltre il Comune affermava che "anche ogni avallo in merito ad una "sospensione" del piano degli investimenti non può che soggiacere alla formalizzazione di tutti gli adempimenti di cui al punto precedente". Successivamente con nota protocollo n. 7640 del 4/11/2014 (doc.7) il Comune tornava a richiedere il corrispettivo annuo pattuito ai sensi dell'art. 3 del Contratto di servizio per gli anni 2012, 2013 e 2014. In realtà la riduzione tariffaria non era in alcun modo ascrivibile alla condotta del Comune né in sede di gara né in sede della pregressa gestione; essendo invece da riferirsi alla condotta della SIME. In particolare l'ARERA a partire dal 2009/2010 aveva proceduto, in assenza di dati, a valorizzare le componenti tariffarie d'ufficio (doc. 9) secondo la Delibera ARERA n. 152/2011, modalità che tuttavia garantiva un minor gettito. Di fronte a tale situazione era possibile presentare un'istanza di rideterminazione delle tariffe, diligentemente e prontamente presentata dal comune per i periodi di sua competenza (doc. 10). Si osservi che tale richiesta deve essere formulata per ogni annualità, ad opera del

gestore, ma SIME, pur essendo un operatore professionale, ha per alcuni anni in cui ha operato come gestore omesso di svolgere tale attività e di conseguenza ha percepito i minori introiti lamentati. Paradossalmente ha posto rimedio alla situazione grazie alle informazioni, di cortesia, fornite dal Comune che per i periodi di sua competenza ha utilizzato i servizi di un consulente. Con tale istanza infatti, il VRT per gli anni di competenza del Comune si è nuovamente innalzato. La comunicazione dell'ARERA aveva altresì evidenziato che per il periodo successivo al 2011 di competenza di Sime sarebbe stata necessaria la presentazione da parte di questa di un'istanza di applicazione delle tariffe d'ufficio. A quel punto il Comune sollecitava la Società, che inespiegabilmente non vi aveva provveduto, a presentare tale istanza. (doc. 11). A fronte della presentazione di detta istanza, l'ARERA rideterminava l'importo delle tariffe che ritornava ai valori "storici". Inoltre deve osservarsi che, anche laddove vi fosse stata un'erronea condotta da parte del Comune, ciò non avrebbe comunque legittimato il concessionario a non adempiere agli impegni assunti, quali il mancato pagamento di tre annualità di canone ed il notevole ritardo nella realizzazione degli interventi".

2. Il Comune proseguiva, poi, nell'atto introduttivo del giudizio arbitrale accennando alla *"copiosa corrispondenza tra il Comune e SIME Srl per cercare una soluzione transattiva"* e rilevando che *"non si è mai giunti ad alcun tipo di accordo, in particolare perché la SIME Srl insisteva sulla rideterminazione dell'entità e delle tempistiche di realizzazione degli investimenti e sulla diminuzione del canone spettante al Comune (doc. 12), mentre il Comune richiedeva (doc. 13) il pagamento dei canoni e concedeva, in ottica collaborativa, la propria disponibilità a rivedere la tempistica degli investimenti e il programma ma mantenendone il totale complessivo pari ad Euro 1.028.806,04"*.

3. Secondo la prospettazione del Comune, *"in buona sostanza dunque, a seguito di tale estenuante vicenda, il risultato era stato il seguente:*

A. il mancato pagamento dei canoni dovuti per gli anni 2012, 2013 e 2014 da parte di SIME Srl al Comune di Alseno (per complessivi 261.385,00 Euro - per l'anno 2012 sono dovuti a solo titolo di canone euro 85.600,00, per il 2013 euro 86.925,00 e per il 2014 euro 88.860,00);

B. la mancata realizzazione degli investimenti offerti in sede di gara e secondo la tempistica ivi indicata dovuti ai sensi del Contratto di servizio (per complessivi 818.936,31 Euro - al 31/07/2018 ne risultavano realizzati, come da comunicazione del Concessionario (doc. 14 pagina 2), solo per euro 209.869,73 a fronte di una proposta di euro 1.028.806,04 – doc. 4; mentre al 31/12/2018 ne risultavano mancanti ancora 818.587,31 Euro - doc. 16; mentre al 31/12/2020 ne risultavano mancanti ancora 227.342,00 Euro, – doc. 17; e al 31.12.2021 ne

risultavano mancanti ancora 163.503,00 Euro – doc. 23)”, apparendo, quindi, che dalle questioni legate alla determinazione delle tariffe non poteva trarsi alcun argomento per far venir meno gli obblighi convenzionali assunti da SIME.

4. Il Comune, dunque, ha adito TAR per l’Emilia Romagna - Parma per *“la condanna della SIME Srl alla realizzazione degli investimenti previsti nel contratto di servizio così come offerti in gara; la condanna della SIME Srl al pagamento al Comune delle penali previste dal contratto di servizio incluse quelle che matureranno in corso di causa; la condanna della SIME Srl al risarcimento degli ulteriori danni subiti e subendi da parte del Comune”*. Tanto con ricorso notificato in data 17.05.2019 (doc. 18) alla Società SIME e depositato in data 20.05.2019 e iscritto al NRG 140/2019.

5. Il Comune esponeva, quindi, che *“l’oggetto del giudizio incardinato al TAR riguardava la richiesta di condanna all’esecuzione degli interventi non realizzati dalla società e il pagamento delle relative penali, non era invece richiesto il pagamento del canone e i danni conseguenti incidenti sullo stesso. Il ricorso è stato presentato al Giudice amministrativo sul presupposto che ci si trovasse di fronte ad una sua competenza inderogabile e quindi impermeabile alla clausola compromissoria”*.

6. Il Comune, precisava che il TAR adito, con sentenza n. 271/2021 (doc. 19), aveva dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, anche alla luce della mutata giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione.

7. A questo punto, il Comune, essendo presente nel contratto di servizio rep. n. 1784 del 30.04.2011 la clausola compromissoria (cfr. art. 32 doc. 2) secondo cui *“le controversie in ordine all’interpretazione e all’esecuzione del presente contratto sono deferite al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 7 del D. Lgs. n. 205/00, ad esclusione di quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi che, ai sensi della sentenza n. 204/04 della Corte Costituzionale, saranno devolute ad un collegio arbitrale composto da tre membri, di cui uno nominato dal gestore, uno dal titolare e uno di comune accordo tra i detti arbitri o dal Presidente del Tribunale competente. Il collegio arbitrale costituito ai sensi del precedente comma giudica secondo diritto”*, ha promosso la presente procedura arbitrale ai sensi di quanto disposto dagli artt. 209 e 210 del d.lgs. 50/2016.

8. Alla stregua di tutto ciò innanzi esposto il Comune, quindi, considerava - in relazione alla domanda di condanna all’esecuzione degli interventi ancora da realizzare - quanto segue:

“Come anticipato nel fatto al punto 8 lettera A Sime ha realizzato, seppur con notevole ritardo rispetto a quanto previsto, alcuni degli interventi offerti in gara. Per quanto riguarda le

conseguenze del ritardo nella realizzazione si rimanda al capitolo seguente, mentre di seguito si provvede a fornire l'elenco degli interventi NON ANCORA REALIZZATI e in ordine ai quali si insiste conseguentemente per la condanna all'adempimento. Gli interventi in questione sono agevolmente individuabili confrontando:

- da una parte il documento 4 ossia l'offerta tecnica proposta in gara da SIME che raccoglie tutti gli interventi che dovevano realizzarsi (con le rispettive date di "scadenza") e in forza dei quali ha ottenuto l'aggiudicazione del servizio;
- dall'altra il documento 23 contenente la scheda riassuntiva aggiornata al 31/12/2021 (fornita al Comune dalla stessa SIME) riportante l'elenco degli interventi sia quelli realizzati che quelli non ancora eseguiti.

Da tale secondo elenco si evidenziano gli interventi che devono essere ancora posti in essere.

1.2. In particolare, "incrociando" i due documenti si ottiene – per l'appunto – l'elenco degli interventi ancora da realizzarsi. Nello specifico (e sempre utilizzando le "classificazioni" riportate nell'offerta tecnica, sub doc. 4) trattasi dei seguenti:

1. tra gli interventi di sviluppo di cui al punto B.1.2. dell'offerta non sono ancora stati realizzati:

- per quanto riguarda la lettera A:

- Intervento C - Via Emilia Ovest – Ambito 2 Alseno;
- Intervento E - Via Emilia Ovest – Ambito 7 Alseno;
- Intervento F - Strada Salsediana – Ambito 1 Castelnuovo F.;
- Intervento G - Strada Provinciale per Chiaravalle – Ambito 1 Chiaravalle;
- Intervento H - Via Stazione loc. Stazione – Ambito 1 e 2 Alseno-Stazione;
- Intervento I - Strada del Molinazzo loc. Lusurasco – Ambito 1 Lusurasco;

- per quanto riguarda la lettera C: • Formazione di nuovi punti di misura;

2. tra gli interventi di manutenzione di cui al punto B.1.3. dell'offerta non sono ancora stati realizzati:

- per quanto riguarda la lettera A interventi sulla Cabina Remi 1[^] Presa – Moronasco:

- Opere edili Costruzione impianto contro le scariche atmosferiche;

- per quanto riguarda la lettera A Interventi sulla Cabina Remi 2[^] Presa – Lusurasco:

- Opere edili Costruzione impianto contro le scariche atmosferiche;

- per quanto riguarda la lettera B:

- Messa a norma tubazioni posate a profondità non conforme;

- per quanto riguarda la lettera D:

- *Inserimento giunti dielettrici;*
- *per quanto riguarda la lettera E:*
 - *Spostamento contatori da interno abitazione ad esterno;*
- *per quanto riguarda la lettera F:*
 - *Formazione punto di misura per il rilievo in continuo della pressione nei terminali della rete;*

3. *tra gli interventi di innovazione tecnologica di cui al punto B.1.4. dell'offerta non sono ancora stati realizzati:*

- *lettera B Gruppo di Riduzione Finale "G.R.F.";*
- *per quanto riguarda la lettera D:*
 - *Telecontrollo pressione nei punti terminali della rete;*
 - *Telecontrollo rilevazione in continuo tenore odorizzante.*

Al riguardo viene preso in considerazione l'elenco sopra indicato in quanto controparte non ha dato evidenza di aver compiuto interventi successivi a quelli indicati nell'elenco sopra richiamato. 1.3. Si chiede pertanto (come specificato al quesito I) che SIME venga condannata a realizzare i suddetti interventi nel minor tempo possibile, apparendo chiaro il vincolo convenzionale (vedi art. 8 del contratto di servizio) da cui sorge tale obbligo".

9. In ordine alla domanda di condanna al pagamento delle penali previste a carico di SIME per la mancata realizzazione degli investimenti previsti dal contratto, il Comune ha esposto quanto segue:

"in merito al ritardo nella realizzazione degli investimenti, si evidenzia che l'art. 27 comma 1 del contratto di servizio (doc. 2) prevede che in caso di ritardo nella realizzazione degli interventi di cui agli art. 8 (interventi di sviluppo previsti nel piano industriale), 9 (realizzazione di ulteriori interventi di sviluppo) e 10 (interventi di manutenzione) il concessionario debba pagare una «penale pari a 50,00 (Euro) per ogni giorno di ritardo, fatto salvo il risarcimento degli ulteriori danni». 2.2. Quindi la scrivente ritiene che in conseguenza le penali debbano essere "conteggiate" partendo dalla data di scadenza di ogni intervento (come risultante dall'offerta tecnica sub doc. 4). 2.3. Ciò premesso, le penali dovute per la mancata realizzazione degli investimenti, tenendo conto degli interventi nel frattempo realizzati risultano essere pari a un importo complessivo di Euro 6.388.750,00 così calcolato:

Penale: 50 euro al giorno

Dies a quo: data entro cui realizzare gli investimenti (come risultanti da offerta tecnica, doc. 4)

Dies ad quem: il termine è ovviamente variabile (a seconda dell'intervento):

- *Per gli interventi ad oggi non realizzati - ai fini del presente calcolo - si considera la data indicativa del 12.09.2022. La domanda si estende anche in relazione alle penali maturate da tale momento sino alla prima data utile tra quella di consegna delle opere (laddove realizzate) e quella di precisazione delle conclusioni della presente causa. Con riserva in questo secondo caso di agire in separata sede per gli importi che dovessero maturare successivamente;*
- *Per gli interventi realizzati in ritardo rispetto alle scadenze contrattuali, si considera la data di fine lavori indicata da SIME*

N.B: per gli interventi realizzati ma per i quali SIME non ha riportato la data esatta di fine lavori (giorno/mese/anno) (cfr. doc. 20) bensì solo genericamente l'annualità (es: 2019,2020), si considera – ai fini del calcolo della penale - come se siano stati terminati al 31.12 dell'anno indicato moltiplicando l'importo giornaliero della penale per i giorni intercorrenti fra il dies a quo e il dies ad quem (come visto, variabile a seconda dell'intervento), l'importo complessivo alla data del 12.09.2022 che ne risulta, e di cui si domanda il pagamento, ammonta a Euro 6.388.750,00 (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002).

2.4. In conseguenza si chiede pertanto (come specificato al quesito II) che SIME venga condannata al pagamento in favore del Comune delle penali previste dal contratto di servizio ex art. 27 del contratto di servizio rep. n. 1784 del 30/04/2011, pari a 50 euro al giorno per ogni giorno di ritardo rispetto alla data di scadenza di ogni intervento come risultante dall'offerta tecnica presentata in gara (doc. 4). L'importo delle penali richieste, oltre a quelle che matureranno in corso di causa, calcolate al 12.09.2022 è pari a Euro 6.388.750,00 (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002). Si specifica che la domanda si estende anche al pagamento delle penali via via maturande in corso di causa. Apparendo chiaro il vincolo convenzionale (vedi. Art. 27 del contratto di servizio) da cui tale obbligo sorge”.

10. Il Comune, con riferimento alla domanda di condanna al pagamento dei canoni da corrispondere al Comune per gli anni 2012, 2013 e 2014 ha esposto quanto segue:

“Come anticipato nel fatto, punto 8 lettera B, la società non ha versato i canoni dovuti per gli anni 2012, 2013 e 2014 al Comune di Alseno. La quantificazione dei canoni deve avvenire ai sensi dell'art. 3.1 del contratto di servizio rep. n. 1784 del 30/04/2011 (doc. 2), il quale prevede all'art. 3.1 che il corrispettivo per l'affidamento della concessione, così come risulta

dall'offerta economica della Società (doc. 3), sia pari al 51% sull'ultimo vincolo sui ricavi annuo. Quindi:

- per l'anno 2012 il canone dovuto è pari a Euro 85.600,00 (essendo il VRT di riferimento pari a Euro 167.843,00);*
- per l'anno 2013 il canone dovuto è pari a Euro 86.925,00 (essendo il VRT di riferimento pari a Euro 170.441,00);*
- per l'anno 2014 il canone dovuto è pari a Euro 88.860,00 (essendo il VRT di riferimento pari a Euro 174.237,00).*

3.2. Si chiede pertanto (come specificato al quesito III) che SIME venga condannata al pagamento dei canoni per gli anni 2012, 2013 e 2014 per complessivi 261.385,001 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore 1. Tale importo è stato determinato applicando il 51%, (quale canone annuo ai sensi dell'art. 3 contratto di servizio) al Vincoli dei Ricavi (VRT) approvati da ARERA nei rispettivi anni, cifra che risulterà accertata in corso di causa, apparendo chiaro il vincolo convenzionale (vedi art. 3.1 del contratto di servizio) da cui tale obbligo sorge”.

11. Relativamente alla domanda di condanna al risarcimento del danno subito dal Comune in relazione ai mancati introiti sul canone per mancata effettuazione degli investimenti, il Comune medesimo ha dedotto quanto segue:

“Come conseguenza della mancata realizzazione degli investimenti nei tempi previsti, il Comune ha altresì subito un danno poiché gli investimenti avrebbero comportato un incremento del riconoscimento tariffario da parte dell'ARERA, del quale il Comune avrebbe ricevuto il 51% (in quanto il VRT dipende dagli investimenti), considerando il tasso di remunerazione del capitale investito fissato dall'Autorità con proprie delibere in relazione all'anno tariffario di riferimento. Al fine di quantificare questo danno occorre partire dalla remunerazione che sarebbe stata riconosciuta in tariffa, che parte dal costo dell'investimento. Evidentemente nel caso di specie, non essendo stato effettuato l'investimento, non può essere svolto un calcolo basato sui costi effettivi, dovendosi invece fare riferimento ai costi indicati nell'offerta per quanto riguarda i costi dell'investimento. Nondimeno si potrà meglio specificare e definire tale dato in corso di causa, potendo ritenersi opportuna una consulenza che lo determini. Per quanto riguarda invece il mancato introito lo stesso viene calcolato a partire dall'anno in cui avrebbero dovuto essere realizzati gli interventi (così come indicati nell'offerta) fino alla data di realizzazione per gli interventi realizzati. Per gli interventi non realizzati invece il mancato introito è stato calcolato dalla data in cui gli stessi avrebbero dovuto essere compiuti fino al

31.12.2021, restando inteso che per questi il mancato introito continua a maturare anche in corso di causa. Ciò sta a significare che il Comune non ha beneficiato del 51% di quanto sarebbe stato riconosciuto dall'Autorità se fossero stati eseguiti tutti gli investimenti previsti nel contratto, e che dunque il Comune ha avuto un minor canone complessivo al 31/12/2021 di 370.077,16 Euro. 4.2. Si chiede pertanto (come specificato al quesito IV) che SIME venga condannata al pagamento del danno subito dal comune per complessivi 370.077,16 Euro (oltre rivalutazione). Tale importo è stato calcolato indicativamente in quanto, per poter calcolare con precisione il mancato adeguamento del Vincolo dei Ricavi a partire dall'anno 2011 ad oggi occorrerebbe avere a disposizione dei dati che sono nella sola disponibilità del Gestore, ossia: i costi reali degli investimenti eseguiti dalla Società e comunicati ad ARERA e l'anno di realizzazione (tali dati infatti devono essere comunicati all'ARERA e devono essere dichiarati completi e veritieri e corrispondenti ai valori contenuti nei libri contabili obbligatori della società). Il Comune, non avendo a disposizione tali dati ha ipotizzato che gli investimenti previsti fossero stati realizzati tutti dal 2013 al 2016 con i costi indicati nell'offerta, ricalcolando quindi il Vincolo dei Ricavi (e conseguentemente il Canone da riconoscersi al Comune) nel periodo intercorrente tra l'anno 2015 e l'anno 2021 (con) interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa. Apparendo chiaro il vincolo convenzionale (vedi art. 3.1 e art. 8 del contratto di servizio) da cui tale obbligo sorge”.

12. Quanto alla domanda di condanna al risarcimento del danno subito dal Comune in relazione ai mancati introiti sul canone per gli anni dal 2011 al 2014 in relazione alla mancata corretta determinazione della tariffa, veniva nell'atto introduttivo del giudizio osservato quanto segue:

“Inoltre il Comune ha subito un ulteriore danno economico di cui si richiede il risarcimento. Come si è visto il canone del Comune è pari a una % del VRT. Ebbene negli anni di competenza della SIME dal 2011 al 2014 il VRT aveva subito un crollo (tali VRT erano pari a: Euro 169.100 per il 2011, 167.847 per il 2012, 167.847 per il 2013) rispetto al VRT indicato nei documenti di gara riferito all'anno 2007/2008 e pari a 248.322 (doc. 8).

5.2. Il minor VRT per gli anni dal 2011 al 2014 è imputabile alla SIME per quanto segue. Infatti:

- la società SIME solo a Febbraio 2016 presentò istanza di rideterminazione delle tariffe d'ufficio all'ARERA;

- l'istanza fu accettata dall'Autorità la quale però, dichiarò espressamente che «tale istanza ha evidenziato l'incompletezza della stratificazione dei costi storici resi disponibili all'Autorità e di conseguenza sussistono le condizioni per l'applicazione della tariffa d'ufficio ai sensi dell'art. 7 comma 5 della RTDG 2009 -2012» (Deliberazione n. 99/2016/R/Gas pag. 7 doc. 21), a dimostrazione dell'incompleta documentazione fornita dalla SIME per gli anni precedenti;
- in accoglimento della suddetta istanza, l'ARERA approvò le nuove tariffe dall'anno 2015, che registrarono un aumento di oltre 110.000 Euro/anno rispetto agli anni dal 2011 al 2014.

Tutto ciò dimostra come il Comune di Alseno abbia subito un danno dal 2011 al 2014 a causa di SIME e della sua scelta di applicare per quegli anni le tariffe basate su costi storici incompleti comunicati all'Autorità. Il danno subito dal comune tra il 2011 e il 2014 è quindi quantificabile in Euro 219.225,00 (Cfr. Delibere ARERA n. 450/2012; n. 553/2012 (modificata dalla n. 328/2013); n. 132/2014; n. 98/2016). Tale correzione tariffaria ha avuto per SIME effetto a partire dagli anni successivi alla presentazione dell'istanza, in applicazione di tali principi esposti nella RTDG 2014-2019 (doc. 22). In ogni caso la domanda riguarda la differenza tra il VRT approvato per gli anni 2012, 2013 e 2014 e quello che sarebbe stato approvato qualora ci fossero state le dovute comunicazioni da parte della SIME.

5.3. Si chiede pertanto (come specificato al quesito V) che SIME venga condannata al pagamento del danno subito dal comune per complessivi 219.225,005 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa. Apparendo chiaro il vincolo convenzionale (vedi art. 3.1 del contratto di servizio) da cui tale obbligo sorge”.

13. Tutto ciò esposto, premesso e considerato, il Comune ha promosso la procedura arbitrale sottoponendo al Collegio Arbitrale i quesiti il cui testo si riporta di seguito:

“QUESITO I: Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME Srl alla realizzazione degli investimenti previsti nel contratto di servizio così come offerti in gara e non ancora conclusi ai sensi di quanto indicato al Capitolo I, ossia: Tra gli interventi di sviluppo di cui al punto B.1.2. dell'offerta non sono ancora stati realizzati: - Per quanto riguarda la lettera A: • Intervento C - Via Emilia Ovest – Ambito 2 Alseno; • Intervento E - Via Emilia Ovest – Ambito 7 Alseno; • Intervento F - Strada Salsediana – Ambito 1 Castelnuovo F.; • Intervento G - Strada Provinciale per Chiaravalle – Ambito 1 Chiaravalle; • Intervento H - Via Stazione loc. Stazione – Ambito 1 e 2 Alseno-Stazione; • Intervento I - Strada del Molinazzo loc. Lusurasco – Ambito 1 Lusurasco. - Per quanto riguarda la lettera C: • Formazione di nuovi punti di misura; 5 Tale importo è stato calcolato assumendo per gli anni 2012, 2013 e 2014 il

VRT medio degli anni 2009 e 2010, approvato da ARERA come da tariffe d'ufficio e sottraendo la differenza con il VRT approvato per gli anni dal 2012 al 2014. Non si è tenuto conto dell'anno 2011 in quanto la gestione della società Sime è iniziata nei primi giorni di maggio 2011, e all'art. 3 del Contratto era stato previsto un Canone, per l'anno parziale, pari ad Euro 85.008,00, regolarmente riconosciuto al Comune. 5. Tra gli interventi di manutenzione di cui al punto B.1.3. dell'offerta non sono ancora stati realizzati: - Per quanto riguarda la lettera A Interventi sulla Cabina Remi 1^ Presa - Moronasco • Opere edili Costruzione impianto contro le scariche atmosferiche. - Per quanto riguarda la lettera A Interventi sulla Cabina Remi 2^ Presa - Lusasasco • Opere edili Costruzione impianto contro le scariche atmosferiche. - Per quanto riguarda la lettera B: • Messa a norma tubazioni posate a profondità non conforme. - Per quanto riguarda la lettera D: • Inserimento giunti dielettrici. - Per quanto riguarda la lettera E: • Spostamento contatori da interno abitazione ad esterno. - Per quanto riguarda la lettera F: • Formazione punto di misura per il rilievo in continuo della pressione nei terminali della rete 6. Tra gli interventi di innovazione tecnologica di cui al punto B.1.4. dell'offerta non sono ancora stati realizzati: - Lettera B Gruppo di Riduzione Finale "G.R.F." - Per quanto riguarda la lettera D: • Telecontrollo pressione nei punti terminali della rete; • Telecontrollo rilevazione in continuo tenore odorizzante";

“QUESITO II: Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME Srl al pagamento al Comune delle penali previste dal contratto di servizio ex art. 27 del contratto di servizio rep. n. 1784 del 30/04/2011, pari a 50 euro al giorno per ogni giorno di ritardo rispetto alla data di scadenza di ogni intervento come risultante dall'offerta tecnica presentata in gara (doc. 4), incluse quelle che matureranno in corso di causa. Al 12.09.2022 l'importo delle penali richieste è pari a Euro 6.388.750,00 (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa, nonché quelle che matureranno in corso di causa”;

“QUESITO III: Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME a pagare al Comune i canoni dovuti da contratto per gli anni 2012, 2013 e 2014 per complessivi 261.385,00 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa”;

“QUESITO IV: Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME a pagare al Comune il danno subito (in termine di minor canone di concessione percepito) derivante dalla mancata effettuazione nei termini degli investimenti per complessivi 370.077,16 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore

cifra che risulterà accertata in corso di causa, per le annualità dal 2011 (data di avvio della concessione) a oggi, oltre a quanto maturerà in corso di causa”;

“QUESITO V: Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME a pagare al Comune il danno subito (in termine di minor canone di concessione percepito) derivante dalla mancata corretta determinazione della tariffa per gli anni dal 2011 al 2014 per complessivi 219.225,00 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa. Ovviamente ci si rimette al Collegio in relazione all'opportunità di disporre, in relazione ai suddetti quesiti, apposita CTU”.

14. Nello stesso atto di accesso arbitrale il Comune, richiamata la Delibera di Giunta Comunale n. 46 del 30.05.2022 designava, quale arbitro di parte, l'Avv. Gianluigi Pellegrino, del foro di Lecce, ed invitata la SIME a nominare l'arbitro di propria designazione entro i termini di legge (art. 810 c.p.c. ossia 20 giorni) e di contratto, con avvertenza che, in caso di inutile decorso degli stessi, si sarebbe provveduto a richiederne la nomina in sostituzione con ricorso al Presidente del Tribunale competente ai sensi dell'art. 810 c.p.c..

15. In riscontro all'atto introduttivo di arbitrato del Comune, la SIME, con memoria notificata, designava - quale proprio arbitro di parte - l'avv. prof. Alessandro Botto del foro di Roma e contestava le avverse pretese, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

(i) rigettare tutte le domande proposte dal Comune nei confronti di SIME in quanto infondate in fatto ed in diritto e sprovviste di qualsivoglia supporto probatorio;

(ii) con vittoria di spese e competenze, oltre accessori di legge, e con tutti gli oneri del procedimento arbitrale posti a carico esclusivo di controparte.

16. La suddetta Società, con la memoria del 30 giugno 2023, domandava al Collegio Arbitrale di:

“2) accertare e dichiarare che il canone concessorio spettante al Comune di Alseno per l'anno 2011, limitatamente agli otto mesi di gestione del servizio svolto da SIME dall'1.5.2011 al 31.12.2011, ammonta ad € 56.835,29 oltre IVA e, per l'effetto, condannare il Comune di Alseno a restituire a SIME l'importo di € 28.172,71, oltre iva, da questa indebitamente versato a saldo della fattura n. 75 del 30.4.2011, e/o altro maggiore e/o minore 19 importo che codesto Collegio riterrà dovuto, maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo”.

17. In data 19 dicembre 2022, in Roma alla via Minghetti n. 10, presso la Camera Arbitrale si costituiva il Collegio Arbitrale nelle persone dei predetti Arbitri, i quali - giusti i predetti atti

di designazione e le nomine della Camerale Arbitrale ANAC, di cui in atti, nonché l'accettazione delle medesime nomine - davano inizio all'attività dell'organo arbitrale.

18. Il Collegio, fermo il termine - ai sensi di legge e salvo proroghe - per la pronuncia del lodo, con procedimento regolato secondo le norme di cui al codice di procedura civile ed al d.lgs. n. 50/2016, provvedeva, quindi, a fissare l'udienza - in presenza - delle parti al fine di procedere al tentativo di conciliazione della insorta controversia, conciliazione di poi non andata a buon fine, come dato atto dalle parti con comunicazione del 2 maggio 2023.

Va evidenziato che, nel corso del procedimento, le parti stesse svolgevano reiterate istanze di proroghe dei termini via via concessi in date - rispettivamente - 16 febbraio, 21 marzo, 25 maggio e 7 luglio 2023, tutte con espresso consenso alla proroga, a norma dell'art. 816-bis c.p.c., del termine per il deposito del lodo di entità pari ai rinvii di volta in volta richiesti e concessi.

Venivano, pertanto, concessi - sempre su istanze delle parti - rinvii dal 20.2.2023 al 21.03.2023, dal 22.03.2023 al 21.04.2023, dal 27.05.2023 al 16.07.2023 e, infine, dal 17.07.2023 al 30.09.2023.

19. A seguito della succitata comunicazione delle parti in data 2 maggio 2023, il Collegio assegnava termini per il deposito di memorie e repliche difensive conclusive, specificando anche - in sede di accoglimento dell'ultima anzidetta istanza di rinvio formulata dalle parti - che, comunque dopo il 30 settembre 2023, si sarebbe provveduto alla decisione della controversia.

20. All'udienza del 10 ottobre 2023 il Collegio procedeva, quindi, conseguentemente disponendo la delibazione del lodo.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio deve prendere atto della comunicazione congiunta delle parti, di cui alla seconda memoria autorizzata, con la quale è stato messo a conoscenza dell'intervenuto accordo transattivo (parziale) della controversia.

In particolare, risulta comunicato dalle parti, le quali ne hanno reciprocamente dato atto, il fatto che col succitato accordo è cessata la materia del contendere in ordine ai quesiti I e III formulati nell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, *“fermo restando l'interesse alla prosecuzione e definizione dell'arbitrato in ordine ai restanti quesiti”*.

2. Sempre in via preliminare, il Collegio osserva quanto segue.

La controversia, dopo i vari rinvii di cui in narrativa, appare matura per la decisione.

Non risulta, dunque, necessario l'espletamento dei, pur richiesti, incumbenti istruttori, né si ravvisa la necessità di “*comparse conclusionali*”, atti - di regola - estranei al procedimento arbitrale e, comunque, ultronei e non necessari in aggiunta alle memorie autorizzate, più che sufficienti ed idonee al completo esercizio del diritto di difesa nel pieno contraddittorio delle parti.

Peraltro, il noto principio, costituzionalmente garantito, della ragionevole durata del processo (e, quindi, del procedimento arbitrale) impone oggi la decisione della controversia rimessa al giudizio del Collegio.

3. Passando al merito della controversia, il Collegio, esaminate le memorie difensive e la documentazione prodotta dalle parti, osserva e statuisce quanto segue.

SUI QUESITI I E III

4. Alla stregua dell'accordo transattivo parziale di cui si è riferito in narrativa, va dichiarata cessata la materia del contendere con riguardo ai due epigrafati quesiti.

SUL QUESITO II

5. Come *supra* richiamato, il Comune ha formulato il seguente Quesito II, come precisato nella memoria difensiva del 30 giugno 2023: “*Voglia l'onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME Srl al pagamento al Comune delle penali previste dal contratto di servizio ex art. 27 del contratto di servizio rep. N. 1784 del 30/04/2011, pari a 50 euro al giorno per ogni giorno di ritardo rispetto alla data di scadenza di ogni intervento come risultante dall'offerta tecnica presentata in gara ..., per complessivi Euro 4.917.450,00 (oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o della somma che verrà determinata e quantificata nel corso dell'arbitrato anche all'esito di eventuale apposita CTU, o ritenuta di giustizia, oltre agli interessi legali nella misura di cui al d. lgs. 231/2002 ed al danno da rivalutazione monetaria*”.

La SIME, a sua volta, ha chiesto il rigetto della domanda.

5.1. Il Comune, a sostegno della propria domanda, ha esposto che la Società non avrebbe eseguito gli interventi di sviluppo della rete infrastrutturale secondo il cronoprogramma del piano industriale, offerto in sede di gara, venendo così meno agli impegni assunti ai sensi del contratto di servizio sottoscritto con lo stesso Comune.

Per quanto rileva in questa sede, dagli atti depositati dalle parti emerge quanto segue:

(i) a partire da dicembre 2012, il Comune ha contestato alla Società inadempimenti contrattuali di diversa natura, tra cui anche il ritardo nella implementazione degli investimenti previsti nel piano industriale offerto in sede di gara;

(ii) la Società, a propria volta, ha replicato che:

(a) il piano industriale offerto dalla Società era stato formulato sulla base dei valori tariffari comunicati dallo stesso Comune in sede di gara;

(b) tali valori tariffari sono stati *medio tempore* ridefiniti da ARERA in misura significativamente inferiore rispetto a quella indicata negli atti di gara, a partire dalla delibera n. 450 del 2012;

(c) tale significativa decurtazione era stata causata dalla mancata tempestiva e completa comunicazione di dati rilevanti all'Autorità di regolazione nel corso del precedente periodo di gestione del servizio;

(d) il nuovo piano tariffario aveva prodotto una situazione di vero e proprio squilibrio economico nella gestione del servizio in cui gli oneri economici a carico della Società (comprensivi degli investimenti infrastrutturali previsti nel piano industriale) erano superiori agli stessi ricavi e impediva l'equilibrio economico-finanziario della gestione del servizio nel suo complesso, così come originariamente strutturato dalla Società in base ai valori tariffari indicati dal Comune in sede di gara.

5.2. Alla luce di tali premesse, il Collegio, per poter decidere sul Quesito II, ritiene opportuno preliminarmente richiamare la disciplina dettata in materia di inadempimenti contrattuali dal contratto di servizio:

(i) ai sensi dell'art. 8 (interventi di sviluppo previsti nel piano industriale e condizione di devoluzione a fine affidamento): “*8.1. Il gestore è tenuto a realizzare, assumendone gli oneri economici, di cronoprogramma ed organizzativi, tutti gli interventi di sviluppo delle reti e degli impianti previsti nel piano industriale da esso offerto in sede di gara*”;

(ii) ai sensi dell'art. 26 (contestazione degli inadempimenti e diffida ad adempiere): “*26.1 Gli inadempimenti contrattuali sono contestati mediante l'invio, con plico raccomandato, di una lettera di addebito corredata dalla documentazione a supporto e, se necessario, dall'intimazione ad adottare le misure atte a rimuovere gli effetti dell'inadempimento. [...] 26.2 Entro trenta giorni dal ricevimento della lettera di addebito, la parte cui l'addebito è imputato può inviare all'altra parte [...] le proprie osservazioni 26.3 Tenuto conto delle eventuali osservazioni, la parte non inadempiente diffida la parte inadempiente a provvedere, fissandogli un congruo termine*”;

(iii) ai sensi dell'art. 27 (conseguenze degli inadempimenti – garanzia fideiussoria): “*27.1 In caso di ritardo della realizzazione degli interventi di cui agli articoli 8, 9 e 10, l'inutile*

decorrenza del termine fissato a norma del comma 26.2 comporta il pagamento di una penale pari a 50,00 per ogni giorno di ritardo, fatto salvo il risarcimento degli ulteriori danni”.

5.3. Il Collegio ritiene che sulla base delle previsioni contrattuali, la domanda proposta dal Comune, con il Quesito II, non possa trovare accoglimento.

Ed infatti dalla citata disciplina dettata dal contratto di servizio emerge la chiara volontà delle parti di assoggettare la contestazione degli inadempienti contrattuali, ai fini dell'applicazione delle penali, ad una precisa ed articolata procedura. Tale volontà contrattuale risulta essere pienamente coerente con la funzione della clausola penale, intesa quale misura di *extrema ratio*, che segna l'evoluzione del rapporto dalla fase fisiologica di esecuzione del contratto a quella, invece, patologica e configura una formalizzazione procedimentalizzata alla irrogazione di misure risarcitorie anche con finalità di deterrenza ai fini del corretto adempimento contrattuale.

Il contratto di servizio prevede infatti che:

- (i) gli inadempimenti devono essere formalmente contestati a mezzo di raccomandata e con una specifica lettera di addebito supportata da idonea documentazione;
- (ii) la parte inadempiente ha la facoltà di presentare le proprie osservazioni nei confronti della parte adempiente nel termine di 30 giorni;
- (iii) solo all'esito dell'esame delle osservazioni, la parte non inadempiente può formalizzare la diffida, affidando alla propria controparte un congruo termine per adempiere;
- (iv) solo in caso di inutile decorrenza del sopracitato termine, è applicata la penale contrattuale.

Il procedimento concordato tra le parti è chiaramente ispirato al principio del contraddittorio e prevede determinate garanzie a tutela sia della parte adempiente, sia di quella inadempiente.

Infatti, ai sensi della disciplina pattizia, la contestazione dell'addebito deve avvenire con una comunicazione che ha la funzione di circoscrivere il contraddittorio tra le parti alle specifiche contestazioni formalizzate con la lettera di addebito; inoltre, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio:

- (i) alla parte inadempiente è garantita la facoltà di motivare e giustificare gli inadempimenti contestati, prima che le penali contrattuali siano effettivamente applicate;
- (ii) è comunque garantita l'applicazione delle penali in favore della parte adempiente entro un termine ragionevole (30 giorni) dalla prima lettera di contestazione laddove controparte non abbia inteso partecipare al contraddittorio;

(iii) peraltro, è evidente, ad avviso del Collegio, che la parte nei confronti della quale è contestato l'inadempimento ai sensi delle previsioni contrattuali è in tal modo posta nelle condizioni di valutare le conseguenze del proprio (eventuale) inadempimento anche alla luce della circostanza che la controparte sta in concreto attivando le procedure previste dal contratto anche al fine di richiedere l'applicazione della penale e, conseguentemente, conformare il proprio operato, ad esempio interrompendo l'inadempimento (anche eventualmente al fine di ridurre la possibile incidenza delle penali) oppure proseguendovi nella consapevolezza però di dover appunto fare fronte alle penali come contrattualmente previste (sempre, bene inteso, che l'inadempimento vi sia). Correlativamente, l'assenza delle ridette procedure di addebito non pone la parte "inadempiente" nella cennata consapevolezza, così inibendo che la assuntivamente "danneggiata" e adempiente se ha ommesso l'attivazione degli addebiti possa poi instare per le corrispettive penali.

5.4. Ciò chiarito, dagli atti di giudizio emerge che la procedura di addebito delle inadempienze da parte del Comune nei confronti della Società non si è realizzata secondo le previsioni contrattuali.

Come eccepito infatti dalla SIME, circostanza non smentita dal Comune, quest'ultimo non ha mai formalizzato nei confronti della prima alcuna diffida ad adempiere in conformità alla disciplina contrattuale. In base alla disciplina pattizia, e coerentemente con la *ratio* della previsione negoziale di cui al precedente p. 5.3 (iii), solo la formalizzazione della diffida a seguito del contraddittorio con la SIME e con assegnazione di un congruo termine per adempiere avrebbe validamente consentito al Comune di applicare le penali contrattuali.

Sul punto, non si rivelano persuasive le argomentazioni del Comune, secondo cui *"la situazione era delineata e appariva superfluo gravare inutilmente le parti imponendogli di ripetere la procedura ad ogni singola scadenza, stante l'evidenza che ci si trovasse di fronte ad una problematica genetica che non poteva essere risolta caso per caso. Ripetendo per ogni investimento la procedura di cui all'art. 26 della Convenzione, ci si sarebbe trovati di fronte ad una sorte di rappresentazione rituale in cui a fronte della medesima contestazione vi sarebbe stata la stessa risposta completamente avulsa dal singolo intervento"* (seconda memoria difensiva del 30 settembre 2023, par. 3.2).

A tale proposito si oppongono, infatti, due ordini di rilievi:

(i) in primo luogo, le "preoccupazioni" del Comune circa l'aggravio procedurale a carico delle parti in relazione agli allegati inadempimenti non rappresenta una valida motivazione per

derogare *motu proprio* alla procedura di cui al citato art. 26, stante anche la sua evidenziata finalità;

(ii) sotto altro profilo, ciò che il Comune ha definito un “superfluo gravame” a carico delle parti, costituisce, al contrario, una specifica “garanzia” che la disciplina contrattuale riconosce al concessionario, sempre in guisa della richiamata *ratio* della disciplina medesima.

5.5. Per ragioni di completezza, il Collegio ritiene utile richiamare anche l’ordinanza del 31 dicembre 2018, rep. n. 1735/18 emessa dal Tribunale di Piacenza, in esito al reclamo ex art. 669-*terdecies* presentato dalla Società avverso l’escussione della garanzia da parte del Comune, con cui è stato ordinato alla banca emittente di astenersi dal pagamento della fideiussione. Anche in quella circostanza, infatti, il Tribunale, per ragioni che il Collegio ritiene condivisibili, ha osservato che *“la difesa della società reclamante appare condivisibile quando – sempre ai fini della valutazione del fumus – eccepisce la violazione di quanto previsto dagli artt. 26 e 27 con riferimento alla procedura da seguire nel caso di contestazione alla società odierna reclamante degli inadempimenti alla stessa addebitati e successiva escussione della garanzia fideiussoria. È certamente vero che gli inadempimenti dal Comune di Alseno alla Società Impianti Metano s.r.l. ed esplicitati nella lettera 27/6/2018 inviata a Banca Intesa Sanpaolo (mancato pagamento canoni relativi al triennio 2012-2014 e mancata realizzazione della maggior parte degli investimenti previsti) aveva formato oggetto – da anni – di un ampio ed articolato carteggio e confronto tra le parti in causa ma tutto questo non si vede come ed in che modo esonerava il Comune di Alseno dal seguire la procedura dettagliatamente prevista da detti articolati, nel rispetto anche della tempistica ivi prevista”*.

SUL QUESITO IV

6. Con il Quesito IV, il Comune, come precisato nella memoria difensiva del 30 giugno 2023, ha chiesto: *“Voglia l’onorevole Collegio Arbitrale adito condannare la SIME a pagare al Comune il danno subito (in termine di minor canone di concessione percepito) derivante dalla mancata effettuazione nei termini degli investimenti per complessivi 370.000,00 (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. n. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa, per le annualità dal 2011 (data di avvio della concessione) a oggi, oltre a quanto maturerà in corso di causa”*. La SIME, a propria volta, ha chiesto il rigetto di tale domanda.

6.1. Prima di entrare nel merito della questione, il Collegio ritiene utile ricordare in estrema sintesi che nell’ambito dei contratti di gestione del servizio di distribuzione del gas, quale quello di specie:

- (i) il canone annuo da riconoscere all'ente concedente è pari ad una quota del c.d. Vincolo ai Ricavi della Distribuzione (il "VRD") che viene definito da ARERA per la remunerazione dell'attività economica connessa alla gestione del servizio;
- (ii) secondo la metodologia di calcolo adottata da ARERA, tale parametro viene calcolato tenendo in considerazione (i) costi operativi, (ii) capitale investito e (iii) relativo ammortamento;
- (iii) a partire dal 2009, per la valorizzazione della voce sub (ii) relativa al capitale investito è stato introdotto il criterio del costo storico rivalutato e da ciò consegue che tale voce è determinata in funzione del valore dell'investimento per la realizzazione, il potenziamento e la manutenzione dell'infrastruttura.

6.2. Alla luce di tali coordinate di sistema, il Collegio ritiene fondata nell'*an* la pretesa risarcitoria avanzata dal Comune con il Quesito IV.

A tale riguardo, si osserva che è pacifico tra le parti che la Società, nei primi anni di gestione, non ha effettuato gli investimenti secondo le tempistiche previste nel cronoprogramma del piano industriale offerto in sede di gara e che, dunque, si era obbligata a garantire con la sottoscrizione del contratto di servizio.

Le motivazioni addotte da SIME per giustificare i ritardi nella realizzazione degli investimenti (*rectius* evitare che gli stessi possano essere considerati ad essa imputabili) sono reputate dal Collegio non persuasive.

Posto che il canone dovuto all'ente concedente è condizionato dall'ammontare degli investimenti, il Collegio rileva che, a fronte dei minori investimenti realizzati da SIME, rispetto a quelli che avrebbe dovuto realizzare ai sensi del contratto di servizio, il Comune ha subito oggettivamente un danno nella misura in cui non gli è stata riconosciuta la (maggiore) quota di canone, cui avrebbe avuto diritto se SIME avesse realizzato gli investimenti per i quali si era impegnata, secondo la tempistica del cronoprogramma.

Sul punto, non sono condivisibili le contro-deduzioni della Società fondate sulla circostanza per cui (i) gli investimenti - sia pure con tempistiche diverse - sono stati comunque realizzati e (ii) al termine del rapporto concessorio il Comune avrà comunque ricevuto un importo in linea con l'offerta originaria della Società, tenuto conto della estensione della durata della concessione, oltre il termine originariamente previsto, e sino alla selezione del nuovo concessionario.

Tali rilievi, infatti, non scalfiscono la circostanza per cui il rispetto del cronoprogramma degli investimenti, cui era tenuta la Società, avrebbe in ogni caso garantito un maggior incasso

per il Comune e per un maggior lasso di tempo e, comunque, in epoca anteriore, essendo pertanto irrilevante l'estensione della durata della concessione.

6.3. Il danno appare dunque certo nell'*an*; tuttavia, il Collegio ritiene necessario decurtare la quantificazione del danno proposta dal Comune, come quantificato sulla base della perizia tecnica depositata in atti, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227, c.c..

Emerge dagli atti del procedimento, infatti, che vi è stata una diminuzione dei ricavi del concessionario e, di conseguenza, del canone da versare al Comune, oltre che a causa dei mancati investimenti da parte della Società, anche a causa del comportamento assunto dal Comune nel corso della precedente gestione del servizio (come si vedrà *infra*), non avendo quest'ultimo conservato e comunicato in maniera completa ad ARERA alcuni dati relativi all'infrastruttura e rilevanti ai fini della corretta determinazione dei parametri cui si fonda la quantificazione dei ricavi del concessionario.

Tenuto conto di ciò e della notevole difficoltà di compiere una precisa quantificazione del danno, il Collegio, anche ai sensi dell'art. 1226 c.c., ritiene di poter liquidare il danno in via equitativa in **Euro 250.000,00**, somma comprensiva di rivalutazione, oltre interessi legali (circa la non applicabilità del d.lgs. n. 231/2002 si veda *infra*) dalla domanda sino alla presente pronuncia, sulla medesima somma devalutata al momento dell'atto introduttivo del presente arbitrato, nonché interessi sulla risultante somma complessiva dal lodo fino all'effettivo soddisfo.

SUL QUESITO V

7. Con il Quesito V, come precisato nella memoria difensiva del 30 giugno 2023, il Comune ha chiesto al Collegio di *“condannare la SIME a pagare al Comune il danno subito (in termine di minor canone di concessione percepito) derivante dalla mancata corretta determinazione della tariffa per gli anni dal 2011 al 2014 per complessivi 163.954,46 Euro (oltre rivalutazione e interessi legali, nella misura di cui al d. lgs. 231/2002) o alla maggiore o minore cifra che risulterà accertata in corso di causa”*. La Società si è opposta a tale domanda.

7.1. Il tema controverso tra le parti riguarda l'applicazione del meccanismo tariffario - per utilizzare la medesima terminologia impiegata negli scritti difensivi dalle parti - “puntuale” in luogo di quello “parametrico” (la c.d. tariffa d'ufficio) per le annualità dal 2011 al 2014. In particolare, dagli atti del procedimento emerge che quest'ultimo meccanismo, in relazione al caso di specie, sarebbe stato ben più remunerativo rispetto a quanto in concreto applicato. In base alla tesi del Comune, l'applicazione del meccanismo tariffario meno redditizio sarebbe

addebitabile alla SIME, che avrebbe mancato di formulare tempestivamente l'apposita istanza di applicazione della tariffa d'ufficio.

7.2. A tale riguardo, appare utile premettere qualche breve cenno in merito al sistema tariffario rilevante nelle annualità in esame.

Come *supra* già esposto, con la Deliberazione n. 159/2008 l'Autorità di regolazione del settore aveva modificato il meccanismo di remunerazione degli investimenti sugli impianti da riconoscere, quale componente tariffaria, ai concessionari, introducendo il c.d. criterio del costo storico rivalutato.

La piena implementazione del nuovo criterio ha richiesto la raccolta, da parte dell'Autorità, delle informazioni contabili relative agli investimenti afferenti ciascuna infrastruttura al fine di ricostruire i c.d. dati storici stratificati. A tal fine, i concessionari erano tenuti a presentare i dati rilevanti all'Autorità entro il 15 ottobre di ciascun anno, unitamente alla richiesta di determinazione della tariffa per il periodo annuale di riferimento.

È necessario osservare che, seppure la mancata comunicazione dei dati era sanzionabile dall'Autorità ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c) della legge n. 481/1995, tale onere di comunicazione non implicava anche l'obbligo per i concessionari di sottostare in ogni caso al meccanismo tariffario "puntuale". Era, infatti, espressamente prevista l'applicazione del meccanismo "parametrico" nei casi in cui non fossero disponibili, in tutto o in parte, i dati necessari per la corretta determinazione delle componenti tariffarie (cfr. art. 7.6, All. A, Del. N. 159/2009: *"Nei casi di cui al precedente comma 7.5 si procede alla determinazione d'ufficio della tariffa di riferimento, limitatamente alle componenti per le quali non si dispone della documentazione completa, sulla base del valore della quota parte del vincolo calcolato per l'anno termico 2007-2008 a copertura dei costi di capitale, corretto per le variazioni relative all'anno 2007, al netto dei costi di capitale relativi ai cespiti centralizzati ed effettuando una decurtazione a forfait del 10% sul risultato così ottenuto con efficacia fino all'esercizio in cui saranno resi disponibili i dati relativi ai costi sostenuti per lo svolgimento del servizio"*).

Appare al Collegio chiara la strutturazione del quadro regolatorio di riferimento che - da un lato - onera i concessionari della comunicazione dei dati rilevanti e - dall'altro - prevede in ogni caso un meccanismo tariffario residuale in tutti quei casi in cui i dati necessari ai fini dell'applicazione del nuovo criterio non sono disponibili e/o sufficienti; ciò ragionevolmente al fine di non addebitare al concessionario eventuali carenze organizzative sulla corretta tenuta di simili dati contabili da parte dei precedenti concessionari e/o enti.

7.3. Tenuto conto di tali coordinate di sistema, i fatti che rilevano ai fini della decisione possono essere riassunti come segue.

- (i) in relazione agli anni 2009 e 2010, in cui la gestione del servizio era in capo al Comune, quest'ultimo non aveva provveduto a richiedere all'Autorità la determinazione delle tariffe né aveva fornito i dati contabili richiesti ai fini della ricostruzione dei dati storici stratificati;
- (ii) una volta subentrata nella gestione, la Società, al fine di adempiere al sopradetto adempimento comunicativo, ha fornito all'Autorità alcuni dati relativi ai costi degli investimenti effettuati sull'infrastruttura a partire dal 2002; tali dati erano stati, a loro volta, resi alla Società, su propria richiesta, da un funzionario del Comune che, in assenza di apposita contabilità attinente all'infrastruttura, li aveva estrapolati desumendoli dall'inventario dei beni immateriali del Comune;
- (iii) i dati comunicati dalla Società (e poi impiegati dall'Autorità ai fini della determinazione tariffaria secondo il meccanismo "puntuale") erano inevitabilmente parziali rispetto alla finalità cui erano destinati, considerato anche che lo sviluppo dell'impianto risale al 1950, come anche attestato dalla medesima Autorità (cfr. nota ARERA del 18 settembre 2015); ciò ha comportato una scarsa valorizzazione della componente tariffaria relativa alla remunerazione degli investimenti;
- (iv) a seguito di tale riduzione, il Comune ha comunicato all'Autorità la necessità di provvedere alla rideterminazione d'ufficio delle tariffe a partire dal 2009; in riscontro a tale comunicazione, l'Autorità ha confermato la possibilità di accogliere l'istanza, formulata dal medesimo Comune, con riferimento alle sole annualità in cui lo stesso ente era gestore del servizio (2009 e 2010), eccependo per le restanti annualità che *"sul piano formale, [fosse] necessario che l'istanza di applicazione della tariffa d'ufficio [venisse] presentata dall'attuale gestore del servizio"*, rilevando altresì che *"in questo caso i criteri di ufficio ... [avrebbero trovato] applicazione a partire dall'anno successivo a quello di presentazione dell'istanza, in coerenza con le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 3, della RTDG"* (cfr. ancora nota ARERA del 18 settembre 2015);
- (v) solo in esito a tali eventi, la Società ha poi presentato l'istanza di rideterminazione della tariffa secondo il meccanismo "puntuale" (cfr. istanza del 29 dicembre 2015), che è stata accolta dall'Autorità con la Deliberazione 99/2016/R/GAS *"con decorrenza dall'anno tariffe 2015"* sull'espresso rilievo per cui *"l'istanza di determinazione tariffaria d'ufficio presentata dall'impresa distributrice 226-S.I.M.E. S.P.A. con riferimento alla località 4627-ALSENO ... ha reso evidente l'incompletezza della stratificazione dei costi storici resi disponibili"*

all’Autorità e che, di conseguenza, sussistono le condizioni per l’applicazione della tariffa d’ufficio ai sensi dell’art. 7, comma 5, della RTDG 2009-2012” .

Alla luce di tale ricostruzione, il Collegio ritiene che il danno reclamato dal Comune sia fondato nell’*an* e sia, in larga misura, imputabile alla condotta della Società, tenuto conto che:

- (i) la Società ha mancato di richiedere tempestivamente all’Autorità l’applicazione delle tariffe d’ufficio;
- (ii) come accertato dalla stessa Autorità, nel caso di specie sussistevano i presupposti per l’applicazione del meccanismo tariffario “parametrico” in considerazione della scarsa qualità dei dati contabili disponibili sull’infrastruttura;
- (iii) ancora, come riconosciuto dalla medesima Autorità, la Società era l’unica titolata a presentare l’istanza *de qua* ai fini della rideterminazione delle tariffe per le annualità dal 2011 al 2014 quale gestore *pro-tempore* del servizio.

7.4. Ciò considerato, il Collegio ritiene, comunque, opportuno ridurre anche in questo caso in via equitativa l’ammontare del danno reclamato dal Comune, ai sensi dell’art. 1226 e dell’art. 1227 c.c., in considerazione di una evidente compartecipazione alla causazione del danno sia per aver il Comune comunicato alla Società dei dati comunque inesatti sia, in generale, per la carente rendicontazione contabile nella sua precedente gestione dell’infrastruttura che ha condotto a tali eventi.

Tenuto conto di ciò e della notevole difficoltà di compiere una precisa quantificazione del danno, il Collegio, anche ai sensi dell’art. 1226 c.c., ritiene di poter liquidare il danno in via equitativa in **Euro 100.000,00**, somma comprensiva di rivalutazione, oltre interessi legali (circa la non applicabilità del d.lgs. n. 231/2002 si veda *infra*) dalla domanda fino alla presente pronuncia, sulla stessa somma devalutata al momento dell’atto introduttivo del presente arbitrato, nonché interessi legali sulla risultante somma complessiva dal lodo sino all’effettivo soddisfo.

**SULL’APPLICAZIONE DEGLI INTERESSI LEGALI NELLA MISURA DI CUI AL D. LGS. N. 231/2002
IN RELAZIONE AI QUESITI QUARTO E QUINTO**

8. Con i Quesiti IV e V, il Comune ha chiesto anche la condanna della SIME al pagamento degli interessi legali nella misura di cui al d.lgs. n. 231/2002.

Il Collegio ritiene che tale richiesta debba essere respinta.

La disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2002, infatti, trova applicazione esclusivamente nell’ambito delle “transazioni commerciali” e, dunque, non può trovare applicazione del caso di specie per le ragioni che ci si appresta ad esaminare.

In base alla giurisprudenza formatasi in materia, il rapporto contrattuale intercorrente tra l'operatore economico privato e la pubblica amministrazione è qualificabile come "transazione commerciale" esclusivamente al ricorrere delle seguenti condizioni:

- (i) il contratto tra imprese e pubblica amministrazione si sostanzia nella "*consegna di merci o la prestazione di servizi [...] verso il pagamento di un corrispettivo*" (Cass. civ., Sez. II, 31 marzo 2022, ord. n. 10528; Cass. civ., Sez. Unite, 20 novembre 2020, sent. n. 26496);
- (ii) il rapporto contrattuale non deve avere natura concessoria e/o essere fondato sull'esercizio del potere autoritativo da parte della pubblica amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2015, sent. n. 5291) e deve svolgersi in regime di concorrenza (Trib. Palermo, 15 novembre 2022, n. 4663).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, il Collegio ritiene che il contratto di servizio intercorrente tra il Comune e la SIME non abbia ad oggetto una "transazione commerciale", tenuto conto della sostanziale prevalenza della componente pubblicistica che connota l'oggetto del contratto di servizio. Tale circostanza è peraltro confermata proprio dalla disciplina contrattuale e segnatamente dalle seguenti previsioni:

- (i) **art. 2.2:** "*Il servizio di distribuzione del gas naturale, ivi compresa l'attività di posa delle condotte di trasporto del gas fino ai punti di riconsegna del medesimo agli utenti finali, misuratore compreso, è esercitato con diritto di esclusiva dal gestore su tutto il territorio comunale*";
- (ii) **art. 13.1:** "*Le modalità di svolgimento del servizio sono disciplinate dai provvedimenti dell'Autorità in materia di: a) sicurezza e continuità del servizio; b) livelli specifici e generali di qualità commerciale; c) tariffe per l'erogazione del servizio; d) condizioni di accesso e di erogazione del servizio; e) criteri tecnico-economici per la realizzazione delle opere necessarie all'allacciamento*";
- (iii) **art. 21:** "*Per l'erogazione del servizio, il gestore applica le opzioni tariffarie determinate sulla base dei provvedimenti periodicamente emanati dall'Autorità. Non possono essere offerte opzioni tariffarie non approvate dall'Autorità*"

A ciò, comunque, si aggiunga che il titolo giuridico di attribuzione delle voci di cui ai quesiti IV e V trova fondamento nell'alveo della tutela risarcitoria e non in quello del pagamento di un corrispettivo, qual è l'evidente presupposto fondante della tutela di cui al citato d. lgs. 231/2002.

SULLE DOMANDE PROPOSTE DALLA SOCIETÀ

9. Agli atti risulta anche una domanda proposta dalla Società, con cui la medesima ha chiesto al Collegio: (i) di accertare e dichiarare che il canone concessorio spettante al Comune per il 2011 ammontasse a € 56.835,29, oltre iva; e, conseguentemente, (ii) di condannare il Comune alla restituzione di € 28.172,71, oltre iva, quale quota differenziale rispetto al canone già versato al Comune per il 2011 e pari ad € 85.008,00 a saldo della fattura n. 75 del 30 aprile 2011.

9.1. Il Collegio, doverosamente esaminata anche tale istanza, ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità proposta dal Comune con la seconda memoria difensiva del 30 settembre 2023.

Tale richiesta si sostanzia, infatti, in una vera e propria domanda riconvenzionale, che è stata formulata per la prima volta dalla Società solo con la (prima) memoria illustrativa del 30 giugno 2023.

Il Collegio rileva, infatti, che ai sensi dell'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016, il presente giudizio arbitrale è soggetto alle disposizioni del codice di procedura civile, salve le espresse deroghe contenute nel medesimo d.lgs. n. 50/2016.

Trova, pertanto, applicazione nel presente giudizio l'art. 167 c.p.c., secondo cui il convenuto deve proporre a pena di decadenza le eventuali domande riconvenzionali che non sono rilevabili d'ufficio con il primo atto difensivo di costituzione in giudizio che, nel caso di specie, è rappresentato dall'atto di nomina del proprio arbitro.

In questo senso depone anche quanto previsto dalla Guida operativa ai procedimenti amministrati dalla Camera arbitrale, che all'art. 9.4 dispone espressamente: "*L'atto di resistenza contiene: (i) nome e domicilio del convenuto; (ii) controdeduzioni; (iii) proposizione delle eventuali domande riconvenzionali con l'indicazione del relativo valore economico; (iv) designazione dell'arbitro di propria competenza*".

La domanda della Società è, pertanto, inammissibile.

SULLE SPESE

Considerata la soccombenza reciproca delle parti, il Collegio dispone la compensazione delle spese della procedura, ai sensi degli artt. 209, comma 20, d.lgs. n. 50/2016 e 92, comma 2, c.p.c. I compensi dei componenti del Collegio, a carico delle parti con vincolo di solidarietà ai sensi dell'art. 209, comma 21, d.lgs. n. 50/2016, saranno liquidati dal Consiglio della Camera Arbitrale, così come l'ammontare delle spese della procedura.

Le parti sono tenute, con vincolo di solidarietà, a versare ad ANAC a cura degli arbitri e nel termine di 15 giorni dal deposito del lodo arbitrale un contributo pari all'uno per mille del valore della controversia già accertato negli atti della procedura arbitrale.

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale, composto come in epigrafe, definitivamente pronunciando in ordine alla controversia in oggetto, disattesa ogni contraria istanza:

- dichiara l'intervenuta cessazione della materia del contendere in ordine ai Quesiti I e III;
- respinge, per le ragioni di cui in motivazione, la domanda proposta dal Comune di condanna della Società al pagamento delle penali previste dal contratto di servizio stipulato tra le parti (Quesito II);
- in accoglimento parziale del Quesito IV proposto dal Comune, condanna, per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione, la Società al pagamento di Euro 250.000,00, somma comprensiva di rivalutazione, oltre interessi legali dalla domanda sino alla presente pronuncia, sulla medesima somma devalutata al momento dell'atto introduttivo del presente arbitrato, nonché interessi sulla risultante somma complessiva dal lodo fino all'effettivo soddisfo, in favore del Comune a titolo di risarcimento del danno subito in relazione ai mancati introiti sul canone per mancata effettuazione degli investimenti secondo il cronoprogramma previsto dalla concessione;
- in parziale accoglimento del Quesito V proposto dal Comune, condanna, per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione, la Società al pagamento di Euro 100.000,00, somma comprensiva di rivalutazione, oltre interessi legali dalla domanda fino alla presente pronuncia, sulla stessa somma devalutata al momento dell'atto introduttivo del presente arbitrato, nonché interessi legali sulla risultante somma complessiva dal lodo sino all'effettivo soddisfo, in favore del Comune a titolo di risarcimento del danno subito in relazione ai mancati introiti sul canone per la mancata corretta determinazione della tariffa per gli anni dal 2011 al 2014;
- spese di lite compensate;
- dichiara le parti tenute a versare, con il vincolo di solidarietà, un contributo ad ANAC a cura degli arbitri e a carico delle parti, pari all'uno per mille del valore della controversia come già accertato negli atti della procedura arbitrale, nel termine di 15 giorni dal deposito del lodo arbitrale, nonché le spese del Collegio Arbitrale.

Così è deciso in Roma, in esito all'udienza del 10 ottobre 2023, all'unanimità dei componenti del Collegio Arbitrale, i quali tutti formano il presente lodo in originale digitale e lo sottoscrivono con firma digitale.

Si riportano, di seguito, i codici identificativi delle marche per l'assolvimento delle imposta di bollo delle copie di legge del provvedimento :

- 01220575895002 ;
- 01220575894991 ;
- 01220575894980 .

Avv. Alessandro Botto

Avv. Antonio Oricchio

Avv. Gianluigi Pellegrino