

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE
LODO ARBITRALE

PRONUNCIATO DAL COLLEGIO ARBITRALE

con sede in Perugia presso la sezione regionale dell'Osservatorio regionale di Perugia in piazza Partigiani n. 1, a seguito dell'atto di nomina della Camera arbitrale dell'Anac in data 29 luglio 2020

COMPOSTO DA

Ing. Alberto Mastrangelo (Arbitro con funzioni di Presidente)

Avv. Stefano De Marinis (Arbitro di parte istante)

Prof. Mauro Bove (Arbitro di parte resistente)

NEL PROCEDIMENTO ARBITRALE R.G.A. 6/20

TRA

CONSENERGIAgreen – Consorzio per lo sviluppo delle energie rinnovabili nell'area dell'ex centrale ENEL di Pietrafitta, C.F. 94138200541 P. I.V.A. 03238780542, nella persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante pro-tempore Dott. Filiberto Graziani, con sede in Panicale (PG) via P. Togliatti 1/C, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dall'Avv. Paolo Battistelli del Foro di Perugia (C.F.: BTIPLA76C12G478X) e dall'Avv. Roberta Gramaccioni del Foro di Spoleto (C.F.: GRMRRT75E70D653H), elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Paolo Battistelli, sito in Tavernelle di Panicale (PG) via Togliatti 1/C nonché presso i seguenti indirizzi PEC: paolo.battistelli@avvocatiperugiapec.it – roberta.gramaccioni@avvocatispoletto.legalmail.it, su cui dichiara di voler ricevere tutte le notificazioni e le comunicazioni relative alla presente procedura che potranno essere effettuate, oltre che presso al domicilio eletto, anche mediante trasmissione al numero di fax: 075/8355896;

-parte istante-

E

GREEN UTILITY SPA (C.F.: 02886140546) con sede in Roma, via Ennio Quirino Visconti 20, nella persona del Legale rappresentante pro tempore, Presidente del CdA avv. Silvio Gentile rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dall'Avv. Marco Lucio Campiani (C.F.: CMPMCL55B10H501K) e dall'Avv. Stefano Guerrieri (C.F.: GRRSFN56H29G478C) del Foro di Perugia, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Stefano Guerrieri, sito in Perugia via del Cotogno 1 nonché presso i seguenti indirizzi PEC: marcolucio.campiani@avvocatiperugiapec.it – stefano.guerrieri@avvocatiperugiapec.it, su cui dichiara di voler ricevere tutte le notificazioni e le comunicazioni relative alla presente procedura;

SOLARLIGHT ITALIA srl in LIQUIDAZIONE (C.F.: 03121830545) con sede in Massa Martana (PG), località Cimacolle, nella persona del Liquidatore Legale rappresentante pro tempore, sig. Giuseppe Moscatelli rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dall'Avv. Marco Lucio Campiani (C.F.: CMPMCL55B10H501K) e dall'Avv. Stefano Guerrieri (C.F.: GRRSFN56H29G478C) del Foro di Perugia, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Stefano Guerrieri, sito in Perugia via del Cotogno 1 nonché presso i seguenti indirizzi PEC: marcolucio.campiani@avvocatiperugiapec.it – stefano.guerrieri@avvocatiperugiapec.it, su cui dichiara di voler ricevere tutte le notificazioni e le comunicazioni relative alla presente procedura;

SINERGIA spa in LIQUIDAZIONE (C.F.: 01175590544) con sede in Perugia, via F.lli Cairoli 24, nella persona del Presidente del Collegio dei Liquidatori e Legale rappresentante pro tempore, dott. Nicola Lorito rappresentata e difesa dall'Avv. Rodolfo Tomassoni (C.F.: TMSRLF64D20G478E) del Foro di Perugia, elettivamente domiciliata presso il suo studio, sito in Perugia via Baldo 7, nonché presso i seguenti indirizzi PEC: rodolfo.tomassoni@avvocatiperugiapec.it, su cui dichiara di voler ricevere tutte le notificazioni e le comunicazioni relative alla presente procedura;

-parti resistenti-

IN RELAZIONE

alla controversia insorta relativamente all'esecuzione del “*Contratto di funzionamento e manutenzione O&M impianto fotovoltaico della potenza di 3.990 KWP da realizzarsi in località Pietrafitta, nel Comune di Piegato (PG)*”,

stipulato tra il Consenergiagreen e l'R.T.I. composto da Imet spa (capogruppo e mandataria), Solarlight srl (mandante), Green Utility spa (mandante, Sienergia spa (mandante, in data 20/12/2011.

VISTA

la clausola compromissoria risultante dall'art. 20 del contratto rilevante dal seguente tenore: *«Se qualsiasi controversia o divergenza di qualsiasi natura si pone in relazione al presente contratto O & M. le parti tentano entro 30 giorni di calendario di risolvere tale controversia, in prima istanza, attraverso discussioni, per mezzo di rappresentanti debitamente autorizzati dalle parti. Se una risoluzione amichevole della controversia non è possibile, tutte le controversie derivanti in relazione al presente contratto O & M o ad esso collegate, comprese quelle relative alla sua interpretazione, validità. Esecuzione o risoluzione dovranno essere risolte in base alle regole per l'arbitrato della Camera arbitrale di Perugia, secondo la procedura ordinaria, da un arbitro unico o da un tribunale arbitrale in conformità con le regole di cui sopra. Il luogo dell'arbitrato sarà Perugia, la lingua dell'arbitrato sarà l'italiano, resta convenuto che i mezzi di prova possono essere liberamente forniti in inglese e/o in italiano. In caso di disaccordo sulla nomina dell'arbitro unico, esso deve essere nominato dal presidente della Camera arbitrale di Perugia. Nel caso in cui più di un procedimento arbitrale è avviato in conformità con le disposizioni del presente contratto O & M, tutti i procedimenti sono riuniti al primo procedimento arbitrale e, se necessario, l'arbitro unico deve essere affiancato dal Presidente della corte d'appello (Perugia) arbitri nominati dalle parti. In tal caso l'arbitro unico o il Collegio arbitrale ha il diritto di emettere lodi arbitrali parziali in relazione a taluni aspetti della controversia tra le parti, e se gli arbitri ritengono che siano pronte per una decisione separata. Il lodo arbitrale può essere annullato e dichiarato nullo, ma solo nei casi stabiliti dalla legge applicabile. L'arbitrato sarà rituale e condotto in conformità della legge (rituale e secondo diritto). Le parti si impegnano a rispettare il lodo arbitrale.»*

CHE

l'arbitrato ha natura rituale, il procedimento è soggetto alla legge italiana, in particolare a quella relativa agli arbitrati presso ANAC, e la decisione è stata presa secondo diritto,

IL COLLEGIO EMETTE

il seguente lodo arbitrale dopo che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti gli arbitri.

FATTO

Nella domanda introduttiva l'attore ripercorreva la vicenda in oggetto fin dal bando di gara del 26.11.2010 per la realizzazione e la manutenzione dell'impianto fotovoltaico di cui è questione, ricordando l'aggiudicazione di gara e la stipula dei relativi contratti con R.T.I. formato da IMET spa, capogruppo e mandataria, e come mandanti SOLARLIGHT srl, GREEN UTILITY spa e SIENERGIA spa, fra cui il contratto di funzionamento e manutenzione (O&M) del 20.12.2011, di durata ventennale, che prevedeva, a fronte della manutenzione dell'impianto, la responsabilità solidale dei membri del R.T.I. orizzontale per tutte le obbligazioni contrattuali ed il pagamento da parte della stazione appaltante dell'importo annuo di euro 248.037,00, corrispettivo della prestazione che comprendeva il funzionamento ed ogni forma di controllo e manutenzione, nonché la garanzia di un rendimento minimo annuo, assicurato da apposita penalità per rendimento inferiore alle attese (underperformance).

Il 24 aprile 2016, continuava l'attore, veniva dichiarato il fallimento di IMET spa, che non veniva comunicato a CONSENERGIAGreen da nessuna delle mandanti, le quali non continuarono a gestire l'impianto, pur essendovi tenute in base al contratto. Poco dopo l'attore, venuto a sapere del detto fallimento e dell'interruzione nel funzionamento dell'impianto, a causa del mancato assolvimento della manutenzione (si ricorda in particolare il distacco della fornitura Enel per il mancato pagamento delle bollette da parte del R.T.I., che ha causato il blocco dell'impianto), con nota del 6 giugno 2016 esercitava il recesso dal contratto O&M con riserva di chiedere i danni, avendo le negligenze intervenute provocato danni all'impianto, strutturalmente e per la sua produttività.

Quindi l'attore narrava del tentativo amichevole di conciliazione non andato a buon fine, fino alla lettera di Green Utility spa del 23 febbraio 2017 con la quale si negava ogni responsabilità, fondandosi su una scrittura privata del 27.12.2011 con cui i membri del R.T.I. avevano stabilito che la manutenzione dell'impianto sarebbe stata svolta dalla sola mandataria, atto che, sempre a detta dell'attore, era nullo per violazione di norme imperative (art. 37 del d.lgs. 163/2006) e comunque a lui inopponibile.

A seguito di tali vicende l'attore commissionava consulenza di parte, redatta dal dott. Ing. Matteo Passeri, e successivamente instaurava procedimento per accertamento tecnico preventivo innanzi al tribunale di Perugia, nel quale il CTU confermava la sussistenza di gravissimi inadempimenti quantificando i danni subiti

dal Consorzio in euro 422.619,38, di cui euro 344.300,25 causate prevalentemente da mancate produzioni o perdite ed euro 78.319,13 necessari per il ripristino della funzionalità dell'impianto. Fra l'altro il CTU evidenziava inadempienze anche per gli anni 2013 e 2014, che hanno provocato danni manifestatisi anche successivamente. Non avendo ricevuto i richiesti pagamenti, l'attore attivava la clausola compromissoria contenuta nell'art. 20 del relativo contratto, precisando come l'arbitrato dovesse essere disciplinato dagli articoli 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016.

Quindi l'attore approfondiva ulteriormente sia il profilo della responsabilità solidale delle convenute sia l'elenco delle inadempienze, precisando come esse avessero provocato rilevanti perdite di produzione, non solo nel 2016, ma anche negli anni 2013 e 2014, a fronte di un rendimento minimo che i membri del R.T.I. avevano garantito nel contratto, tutti aspetti confermati dal CTU dott. Ing. Antonio Picardi.

Alla domanda replicavano le convenute nell'atto di resistenza e designazione di arbitro, le quali, dopo aver preliminarmente contestato ogni argomentazione e domanda dell'attore, sollevavano innanzitutto due questioni di rito. Con la prima si sosteneva l'improcedibilità della domanda arbitrale per il mancato tentativo di accordo bonario di cui all'art. 205 del d.lgs. n. 50/2016. Con la seconda si contestava la nullità, invalidità e/o inefficacia della clausola compromissoria, sulla base dell'art. 209 del medesimo articolato, alla luce del quale è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara. Invero, si notava, nel caso di specie, non solo il bando non prevedeva la competenza arbitrale, ma addirittura la escludeva esplicitamente, indicando la competenza del foro di Perugia. Senza considerare, poi, che la divergenza tra previsioni del bando e previsione del contratto doveva e deve prevalere la previsione del bando, come prevede l'art- 1-bis del Contratto.

Nel merito le convenute sostenevano che i problemi derivavano solo dalla condotta dell'attore. Il fallimento di IMET è stato subito conosciuto dall'attore, almeno per il fatto che la relativa sentenza è stata iscritta nel registro delle imprese lo stesso giorno della pubblicazione (29.04.2016). Quanto al rapporto con Enel, il fallimento IMET inoltrava in data 20.05.2016 la comunicazione di Enel per cui dal 01.06.2016 sarebbe stata sospesa l'erogazione di energia elettrica, comunicando al contempo che il fallimento non poteva subentrare.

Insomma, era la tesi delle convenute, se l'attore aveva saputo tempestivamente della situazione e dell'imminente distacco Enel, avendo tutto il tempo per subentrare ed evitare quel distacco, poi l'interruzione di funzionamento dell'impianto non avrebbe potuto essere imputata ad altri se non a Consenergia e così i danni conseguenti, che certo non sono derivati da negligenze degli anni precedenti.

Del resto, continuavano le convenute, con lettera del 06.06.2016 l'attore recede dal contratto ai sensi del relativo art. 14.3, ossia per fallimento del contraente e non per inadempimenti, mai contestati prima né indicati nell'atto di recesso. Se controparte avesse avuto motivo di lamentare inadempienze avrebbe attivato la clausola di cui all'art. 14.4 del contratto, contestando ex art. 1454 c.c. le inadempienze e dando termine di 30 giorni per porvi rimedio, cosa che non è avvenuta. Al contrario è stato l'attore a non adempiere al pagamento del canone dovuto in 68.329,75 €, maturato alla data del 29.04.2016. Senza considerare il fatto, continuavano le convenute, che Green Utility si era offerta di subentrare alla mandataria fin dal 08.05.2015.

Quanto alla CTU utilizzata dall'attore, le convenute rilevavano che in essa non si spiegava la ragione per ritenere che l'impianto non funzionasse all'epoca del recesso del contratto (2 anni prima dell'ispezione) e la ragione per ritenere che il parziale malfunzionamento fosse dovuto più agli ultimi mesi di presunta mancata manutenzione di IMET piuttosto che ai successivi 2 anni di presunta mancata manutenzione di Consenergia. Infine le convenute si attivavano per una duplice chiamata in causa di Generali Italia e del subappaltatore e chiedevano CTU.

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

Il Collegio (nominato con delibera del Consiglio della Camera Arbitrale presso l'ANAC del 29 luglio 2020) si è costituito in prima convocazione in data **22.09.2020** e ha fissato l'udienza del 06.10.2020 per la comparizione delle parti, ai fini dell'esperimento del tentativo di pacifico componimento della vertenza. Nel relativo verbale il Collegio fissava regole procedurali, tra cui il principio della sinteticità degli atti nonché la previsione di poter ammettere testimonianze tecniche.

All'udienza del **06.10.2020**, il Collegio stabiliva, in accordo con le parti, che le stesse provvedano tra loro al tentativo di conciliazione e in caso di accordo addivengano alla redazione di idoneo atto fissando l'udienza successiva al 23.11.2020 per il prosieguo del tentativo. In funzione del tentativo di conciliazione in corso e

in base alla volontà espressa dalle parti, il Collegio determina una proroga al 06.07.2021 del termine per il deposito del Lodo, fissato con udienza di costituzione al 20.05.2021.

All'udienza del **23.11.2020** le parti dichiarano di aver avviato i contatti finalizzati alla conciliazione della controversia ma di non aver ancora determinato un esito. Il Collegio, sentite le parti e approfonditi i rispettivi limiti e disponibilità, ritiene utile estendere il tempo per l'esperimento del tentativo e, in accordo con le parti, fissa la successiva udienza in data 18.01.2021. In funzione del tentativo in corso e in base alla volontà espressa dalle parti, il Collegio proroga al 31/08/2021 il termine per il deposito del Lodo.

All'udienza del **18.01.2021** le convenute dichiarano di aver trasmesso un parere condiviso finalizzato alla proposta di conciliazione come anticipato in sede di udienza del 23.11.2020. La parte attrice, ricevuto quanto sopra, richiede un'estensione della fase di conciliazione utile alla valutazione e approfondimento dei termini della proposta in parola. Il Collegio, vista la posizione unanime di tutte le parti, ritenendo utile estendere il tempo per l'esperimento del tentativo in essere, accoglie la richiesta per consentire alle parti di finalizzare l'eventuale conciliazione. In accordo con le parti il Collegio fissa quindi la successiva udienza in data 22.03.2021. In funzione dell'estensione della durata del tentativo in corso e in base alla volontà espressa dalle parti, il Collegio determina una proroga al 05.11.2021 del termine per il deposito del Lodo.

All'udienza del **22.03.2021** il Collegio, sentite le parti in merito, prende atto che il tentativo di conciliazione non ha sortito effetto e determina di avviare la fase di trattazione confermando la data per il deposito del Lodo al 05.11.2021 come fissato nell'udienza precedente. Il Collegio, in accordo con le parti presenti, stabiliva: 1) il termine del 05.05.2021 *«per la presentazione della prima memoria integrativa affinché le parti, ferme restando le domande proposte, possano, a pena di decadenza, rilevare nuove questioni (fatti costitutivi nonché fatti impeditivi modificativi ed estintivi relativi ai diritti fatti valere), produrre ulteriori documenti ovvero presentare nuove istanze istruttorie»;* 2) il termine del 28.05.2021 per la presentazione della seconda memoria integrativa *«al solo fine di eventuali controrepliche per rispondere ai mezzi di attacco e difesa avversari sia in termini di allegazione, rilevazione questioni che attività istruttorie»;* 3) la fissazione dell'udienza al 30.06.2021 per eventuali provvedimenti necessari ovvero, in caso di maturità della causa, per l'immediata precisazione delle conclusioni con eventuale successivo termine per memorie conclusionali, in caso di richiesta di parte ovvero di valutazione del Collegio.

Nella sua **prima memoria integrativa** l'Attore innanzitutto contestava l'eccezione di improcedibilità per mancato esperimento della procedura di accordo bonario per tre ragioni: 1) per mancanza del presupposto della formulazione di riserve; 2) perché l'importo controverso è inferiore al 10 % del contratto; 3) perché essa ha provato in tutti i modi un componimento senza successo. In secondo luogo si contestava l'eccezione attinente all'operatività della clausola compromissoria perché: 1) il contratto può prevedere clausole compromissorie non previamente inserite nel bando; 2) la relativa clausola è stata inserita a seguito di libera trattativa tra le parti ed essa, quindi, fonda la competenza arbitrale; 3) quanto alla mancanza di autorizzazione della SA, l'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006, vigente al momento della stipula, non lo prevedeva e comunque l'inserimento successivo dell'autorizzazione ha determinato una sopravvenuta inefficacia sanabile e poi in concreto sanata; 4) le stesse convenute hanno ritenuto sussistente la competenza arbitrale quando l'hanno eccepita di fronte al Giudice nel procedimento per ATP.

Quanto al merito, innanzitutto l'attore rilevava come il caso si inquadri in uno schema orizzontale di R.T.I. per cui tutte le parti sono responsabili in solido per le obbligazioni assunte, come emerge dall'atto costitutivo del R.T.I. e dai contratti in gioco. Di conseguenza la scrittura privata del 27.12.2011, quale accordo interno tra le convenute ed IMET, era nulla e comunque inopponibile alla SA.

Quindi ribadiva l'imputabilità dei danni a comportamenti dei convenuti prima e dopo il fallimento IMET, al quale proposito citava l'art. 37/18 del d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale in caso di fallimento della mandataria la SA può proseguire con operatore costituitosi mandatario nei modi di legge, se ci sono le condizioni, oppure recedere, previsione che implica il permanere del contratto fino al recesso: è in questo iato temporale tra il fallimento e il recesso che le convenute avrebbero comunque dovuto provvedere, in quanto responsabili in solido, tra le altre cose anche a sanare la morosità con Enel, il cui distacco ha provocato parte dei danni lamentati. Insomma, continuava l'attore, dopo il fallimento IMET le convenute non hanno fatto ciò che avrebbero dovuto. Né per proseguire il contratto poteva bastare una astratta manifestazione di volontà di Green Utility.

Peraltro, continuava l'attore, col fallimento di IMET la SA aveva la facoltà di proseguire il Contratto, ove le mandanti avessero costituito un nuovo R.T.I., non essendovi tra l'altro alcun diritto di queste a tale

prosecuzione. Per cui il recesso della SA deve ritenersi atto legittimo, effettuato in occasione del detto fallimento, ma contenente anche contestazioni di inadempimento delle controparti, con riserva di agire per i danni.

Quindi, tornando sul grave problema del distacco della fornitura Enel, l'attore ribadiva come spettasse alle controparti pagare le bollette e fare la voltura, al fine di evitare tale distacco per morosità. Visto l'art. 37, co. 5, del d.lgs. n. 163/2006 le mandanti erano responsabili in solido verso Enel e verso la SA, che del resto non avrebbe potuto provvedere perché: 1) non era il contraente nel contratto di fornitura Enel, 2) non poteva pagare per le società convenute senza rischiare l'imputazione di danno erariale, 3) avrebbe dovuto fare una gara per stipulare un nuovo contratto di fornitura, per la quale non c'era il tempo visto che aveva ricevuto la notizia solo a fine maggio del fatto che a giugno ci sarebbe stato il distacco per morosità. Il problema si sarebbe evitato se le controparti avessero rispettato il contratto che imponeva loro precisi obblighi di fare, tra i quali anche l'obbligo di garantire un rendimento minimo sanzionato da una clausola penale, nonché l'obbligo di restituire l'impianto in buone condizioni, obbligo che non è stato rispettato, vista la restituzione di un impianto non operativo per il distacco Enel ed anche senza un magazzino con pezzi di ricambio. Ragioni, queste, che impongono anche il rigetto della domanda riconvenzionale attinente ai canoni da ricevere, visto che le convenute non hanno svolto alcun servizio. Infine, l'attore acconsentiva alla chiamata in causa della compagnia assicurativa e si opponeva all'ammissione di una CTU, perché ritenuta inutile dopo il tempo passato.

Nella loro **prima memoria integrativa** le **Convenute** innanzitutto insistevano sulle già sollevate eccezioni pregiudiziali di rito: sia quella attinente all'improcedibilità della domanda per mancata attivazione della procedura per accordo bonario sia quella attinente alla nullità, invalidità e/o inefficacia della clausola compromissoria.

Nel merito le Convenute rilevavano che il recesso della SA per il fallimento IMET era illegittimo, perché essa, alla luce dell'art. 37, co. 18 del d.lgs. n. 163/2006, avrebbe prima di tutto dovuto verificare la possibilità di proseguire il rapporto, per poter solo in via residuale recedere dal contratto. Invero, si continuava, ANAC ritiene che all'originaria mandataria se ne sostituisca un'altra con i dovuti requisiti e il Consiglio di Stato

afferma che la SA non può gradire o non gradire la modifica, ma deve verificare la sussistenza dei requisiti della nuova mandataria, non potendo opporre un immotivato rifiuto. E qui la SA ha scelto la via del recesso senza prima verificare se Green Utility avesse i requisiti per il subentro.

Sull'illegittimità del recesso si insisteva molto, innanzitutto ripercorrendo le motivazioni avversarie, affermando la SA che: 1) ne aveva facoltà, 2) un cambio delle cose non era possibile "in corsa", dovendosi semmai effettuare un nuovo bando 3) Green Utility non aveva i requisiti, 4) le convenute non hanno seguito le procedure per la modificazione soggettiva, ma hanno solo perso tempo. A queste ragioni le convenute, dopo aver rilevato l'ambiguità del recesso nella sua causale, oscillandosi tra la causa del fallimento e quella dell'inadempimento, opponevano la sua illegittimità perché: 1) era nell'interesse pubblico proseguire il contratto in presenza delle condizioni, 2) la SA non è minimamente preoccupata di verificare tali condizioni rispetto a Green Utility, 3) Green Utility nel giugno 2016 aveva i requisiti professionali e di dimensione economica, nonché altri requisiti attestati al tempo con autodichiarazione dell'AD avv. Silvio Gentile. Tale illegittimo recesso dà diritto alle convenute a quanto prevede l'art. 1671 c.c., tra cui un mancato guadagno che è stato quantificato nella relazione dell'ing. Marzulli in euro 538.160,00 per Green Utility e 403.520,00 in favore di ciascuna delle altre due convenute, somme che qui vengono richieste in via riconvenzionale, anche al fine della compensazione. Si insisteva, quindi, sulla richiesta di CTU.

Nella sua **seconda memoria integrativa** l'Attore innanzitutto ribatte alle eccezioni pregiudiziali di rito, sostenendone l'infondatezza.

Anche nel merito l'attore, rilevando come l'art. 14.3 del contratto prevedesse il recesso in caso di fallimento o liquidazione del contraente, ribadiva la sua posizione, contestando inadempienze delle controparti, ossia, fra l'altro, che per 37 giorni le controparti non hanno costituito un nuovo R.T.I. e hanno abbandonato l'impianto in loro possesso né hanno pagato i fornitori, con il conseguente, grave, distacco Enel.

Comunque, ribadiva l'attore, la prosecuzione del rapporto, nella facoltà e non nell'obbligo della SA, non era possibile perché: 1) si sarebbe dovuto costituire un nuovo R.T.I., 2) la SA si sarebbe trovata di fronte due società inattive e Green Utility che non svolge lavori di manutenzione né ha i requisiti e, comunque, se anche li avesse, cosa che dovrebbe essere provata da una autodichiarazione che non ha alcun valore

probatorio, non li aveva al tempo della gara. Peraltro, continuava l'attore, la domanda riconvenzionale delle convenute fondata sui danni da illegittimo recesso è tardiva, perché tempestivamente è stata proposta solo la domanda riconvenzionale attinente ai canoni.

Nella **seconda memoria integrativa** le **Convenute**, dopo aver insistito sulle già illustrate eccezioni pregiudiziali di rito, nel merito insistevano sull'illegittimità del recesso della SA., sollevando anche il dubbio per cui un simile percorso sia stato intrapreso dalla SA per liberarsi di un contratto ritenuto troppo oneroso e gestire in autonomia l'impianto. Né, continuavano, è vero che la prosecuzione avrebbe richiesto la costituzione di un nuovo R.T.I. Green Utility si è offerta per il subentro fin dal 2015 e poi dopo il fallimento IMET, possibilità prevista dall'art. 4 dell'atto costitutivo del R.T.I., atto ben noto alla SA, che però ha sempre respinto l'offerta. Né ci sono state negli anni precedenti le gravi negligenze imputate alle convenute, come fra l'altro emerge chiaramente da una missiva che l'attore ha inviato al Mediocredito italiano spa il 13 maggio 2015 per predisporre lo sblocco dei pagamenti relativi al contratto O&M, nella quale si attestava la corretta esecuzione del contratto di manutenzione da parte della R.T.I.

In conclusione, secondo la tesi delle convenute, l'impianto avrebbe funzionato benissimo fino al 2016, come dimostrato dalla mancanza di contestazioni in quel periodo nonché dai documenti che hanno sia la SA sia IMET dei quali si chiede al Collegio di ordinare la esibizione. Si insisteva, quindi sulla richiesta di CTU e si chiedeva prova testimoniale per dimostrare che l'R.T.I. abbia ben operato fino a quando ha avuto l'impianto.

All'udienza del **30.06.2021** il Collegio esclude le chiamate in causa: della compagnia assicurativa, visto il mancato esito dell'interpello nei suoi confronti da parte delle convenute, e del subappaltatore data la mancata autorizzazione da parte dell'attore.

Veniva quindi verbalizzata la contestazione dell'attore in ordine all'ammissibilità delle prove testimoniali richieste dalle convenute, in quanto tardive ed in violazione del principio del contraddittorio, nonché alla tardività della produzione della missiva del 13 maggio 2015, nonché la tardività della domanda riconvenzionale. Si opponeva l'avv. Campiani sostenendo che quella missiva è stata depositata come supporto alla richiesta di CTU e che la domanda riconvenzionale era già stata fatta prima della seconda memoria integrativa.

Il Collegio, col voto contrario del prof. Bove, assume ordinanza istruttoria con la quale: 1) si rigetta la richiesta di prova testimoniale, 2) si autorizzava l'acquisizione della documentazione richiesta dalle resistenti e ordinava alla SA e a IMET la produzione entro il 30 luglio 2021, 3) si rigettava l'istanza per CTU, 4) si chiedeva alle parti di depositare memoria integrativa al 30 settembre 2021 per definire le posizioni rispetto alla CTU dell'ing. Picardi, computando i danni, e per definire la posizione sulla domanda riconvenzionale. Si dava quindi termine al 30 ottobre 2021 per una seconda memoria integrativa. Il Collegio autorizzava l'assunzione di testimonianza qualificata del redattore dei pareri che le parti potevano allegare. L'avv. Gramaccioni contestava il provvedimento. Si fissava udienza al 25.11.2021 e in accordo con le parti si fissava termine per la pronuncia del lodo al 05.03.2022.

Nella sua **prima memoria istruttoria**, corredata fra l'altro di un parere tecnico dell'ing. Passeri, l'**Attore** insisteva nella richiesta di revoca dell'ordinanza istruttoria, nonché nell'affermazione della tardività della domanda riconvenzionale delle convenute contenuta nella prima memoria integrativa e della produzione della missiva del 13 maggio 2015 avvenuta con la seconda memoria integrativa.

Quanto alla fondatezza della sua domanda l'attore ribadiva che essa è già provata nell'avvenuta CTU in sede di ATP, nella quale emerge come non vi siano state ragioni che potessero giustificare una diminuzione di rendimento dell'impianto negli anni di riferimento, danni ai quali si dovrebbe aggiungere il valore del magazzino di pezzi di ricambio di proprietà della SA e a questa non restituiti.

Quanto al percorso istruttorio tracciato dal Collegio, esso, oltre a contraddire le preclusioni già da esso stabilite, fa emergere prove che non sono previste dal codice di procedura civile, non sono state richieste da alcuno e mancano di quesiti, impedendo anche la conoscenza delle persone da sentire. In definitiva, continuava l'attore, trattasi di scelta che viola il principio del contraddittorio.

Nella loro **prima memoria istruttoria**, corredata fra l'altro di un parere tecnico dell'ing. Marzulli, le **Convenute** contestavano il *modus procedendi* e il risultato della CTU utilizzata da controparte, si rivelava, quale unico vero fondamento della sua domanda. In essa vi era una quantificazione dei danni non richiesta dal giudice ed inoltre effettuata solo nella perizia finale, dopo che il CT nelle bozze aveva escluso problemi prima del 2016, con la conseguenza che le convenute stesse non si sono potute difendere.

In realtà, si continuava, prima della rottura non vi è stato alcun danno e dopo di essa, quindi dal giugno del 2016, i danni non sono imputabili alle convenute, che non avevano più l'impianto.

Quanto alla presunta tardività della domanda riconvenzionale ulteriore, i convenuti rilevavano come essa fosse già contenuta nell'atto di resistenza, essendosi solo proceduto ad una sua più precisa quantificazione nella prima memoria integrativa. E poi al più, si rilevava, in quest'ultimo atto poteva trattarsi di un'attività in sanatoria di una domanda irritualmente già proposta e non di una domanda nuova. Si insisteva, quindi, su di essa e si quantificavano i danni da illegittimo recesso.

Nella sua **seconda memoria istruttoria** l'attore, insistendo sulla sua posizione, rilevava come il danno da mancato rendimento sia sempre stato contestato e poi sia stato affermato in ATP, sia nell'*an debeatur* sia nella sua quantificazione. Mai, si notava, è stato violato in ATP il diritto di difesa delle convenute, le quali invece avrebbero violato il diritto di difesa dell'attore in questo giudizio depositando documenti e facendo richieste istruttorie a preclusioni già maturate, quando la SA non poteva più replicare. I documenti così acquisiti non sarebbero qui utilizzabili né lo sarebbero per mezzo del parere dell'ing. Marzulli. E così anche i danni derivanti dal distacco Enel sono imputabili alle convenute per le ragioni già dette e qui ribadite.

Quanto alla dibattuta domanda riconvenzionale delle convenute, continuava l'attore, non si può parlare di alcuna sanatoria di una domanda già proposta nell'atto di resistenza, perché in questo in realtà le convenute hanno sollevato propriamente un'eccezione di compensazione e comunque legata ai canoni di gestione.

In questa sede l'attore esplicitava poi, per la prima volta, la richiesta di restituzione degli importi pagati per servizi non resi dall'R.T.I. nel corso dell'esecuzione del Contratto relativi ai servizi di vigilanza.

Nella loro **seconda memoria istruttoria** le convenute, sostanzialmente insistendo sulle loro posizioni, in particolare ribadivano l'ammissibilità della discussa domanda riconvenzionale e la ritualità del contestato documento prodotto con la seconda memoria integrativa.

Successivamente, all'udienza del **25.11.2021**, dopo la verbalizzazione di contestazioni di ritualità reciprocamente sollevate dalle parti, il Collegio, sulla scorta di quanto stabilito all'udienza del 30.06.2021, proponeva di procedere all'assunzione delle testimonianze tecniche dei redattori dei pareri di parte con il

metodo della *cross examination*. Emersa discussione sul punto, in accordo con tutte le parti si decideva di non procedere all'assunzione istruttoria

Il Collegio, quindi, sempre in accordo con le parti, ritenuta la causa matura per la decisione, chiedeva la precisazione delle conclusioni, da trasmettere con foglio separato entro il 30.11.2021 a mezzo PEC. Il Collegio, poi, sempre in accordo con le parti, assegnava termine al 31.01.2022 per il deposito della memoria conclusionale, **con esclusione di ogni questione o mezzo istruttorio nuovo.**

Nelle **memorie conclusionali** le parti hanno confermato e ribadito tutte le eccezioni, domande e questioni di rito espresse nel pregresso del procedimento precisando le posizioni già espresse e in alcuni casi sviluppando nuove considerazioni.

In particolare **l'Attore** formulava opposizione all'eccezione di violazione dell'integrità del contraddittorio per mancata estensione dell'arbitrato al Fallimento IMET sollevata dalle Convenute.

Precisazioni sull'esito dell'ATP del 2017 e sulla fase istruttoria nel presente procedimento

Preliminarmente alla trattazione del merito occorre fornire alcune precisazioni sugli esiti dell'ATP del 2017 e sugli approfondimenti ad essa relativi conseguiti nel corso del presente procedimento.

Il Collegio osserva, a partire dalla documentazione agli atti, che nessuna delle parti ha mai eccepito nulla sul rilievo dello stato di fatto, sui dati raccolti e sui metodi di analisi adottati dal CTU in ATP. Le contestazioni espresse dai CTP delle attuali convenute si sono limitate alla richiesta di revisione di alcune quantificazioni e all'attribuzione delle responsabilità.

Il Collegio ha tuttavia rilevato un difetto di contraddittorio nel momento in cui, rispetto alla bozza di CTU, nell'edizione definitiva il CTU ha introdotto la valutazione dei danni da sottoproduzione relativi al 2013 e 2014 in favore di parte attrice. Le attuali convenute non avevano pertanto avuto modo di formulare proprie osservazioni in merito. A fronte di ciò il Collegio ha voluto disporre le memorie integrative anche per dare modo alle convenute di articolare la loro replica in merito alla CTU definitiva di ATP.

Per il resto il **Collegio ha considerato la CTU in ATP esaustiva e completa** per quanto riguarda i rilievi e le valutazioni economiche **ancorché**, come si vedrà nel seguito, **non concordi in toto con il CTU relativamente all'attribuzione di responsabilità e alla quantificazione dei danni risarcibili**.

Per questo motivo, stante la completezza dei rilievi tecnici condotti nel 2017 e la presenza di tutti gli elementi necessari per l'imputabilità delle responsabilità, secondo il giudizio dello scrivente Collegio, la reiterazione della CTU è stata giudicata superflua. Tale reiterazione avrebbe peraltro inciso sui tempi e costi del procedimento pur non potendo apportare significative informazioni nuove rispetto al rilievo sullo stato di fatto condotto nel 2017 e non contestato dalle Parti in fase di ATP.

In ultimo si precisa che tutte le valutazioni del *quantum* sono estratte dalla Relazione Peritale del CTU in ATP la quale ha permesso, grazie ad una approfondita disamina di svariate ipotesi di quantificazione, l'individuazione delle quantificazioni allineate alle questioni di diritto senza alcun conteggio aggiuntivo.

Altresì va precisato che il Collegio, onde favorire il contraddittorio e approfondire le questioni di cui sopra, nonché l'oggetto della domanda riconvenzionale espressa dalle convenute, ha proposto nel corso della fase istruttoria la possibilità di testimonianza qualificata che tuttavia le parti non hanno inteso utilizzare.

In tale ultima fase di istruttoria disposta in sede di udienza del 30/06/2021 le parti hanno avanzato reciproche contestazioni e richieste al Collegio di revoca delle disposizioni o di espunzione di memorie legali e tecniche dal Fascicolo d'Ufficio. Tali richieste, sempre unilaterali, sono trattate specificamente al capitolo 2 dei motivi della decisione.

DOMANDE PROPOSTE DALLE PARTI

Per la parte **attrice** (nel seguito anche Consenergia):

Dica l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, ritenuta la propria competenza a dirimere la presente controversia, la piena procedibilità e ammissibilità della domanda di arbitrato, la validità ed efficacia della clausola compromissoria e disattesa ogni contraria istanza, eccezione o deduzione, se, alla luce di quanto esposto con gli scritti difensivi:

1. *in riferimento all'impianto fotovoltaico di cui in premessa, sito in Piegaro (PG), loc. Pietrafitta, ed al contratto di manutenzione O&M sottoscritto il 20.12.2011, le criticità descritte negli atti e documenti depositati sono ascrivibili alle odierne controparti;*
2. *in caso affermativo, rilevato il grave inadempimento contrattuale delle controparti, condannare, in solido tra loro, SOLARLIGHT ITALIA SRL in liquidazione (CF: 03121830545), in persona del legale rappresentante pro tempore, SI(E)NERGLA SPA in liquidazione (CF: 01175590544), in persona del legale rappresentante pro tempore e GREEN UTILITY SPA (CF: 02886140546), in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi da CONSENERGLAgreen – Consorzio per lo sviluppo delle energie rinnovabili nell'area dell'ex centrale Enel di Pietrafitta per i titoli e le causali addotte in parte motiva, determinato nell'importo di euro **422.619,38**, come da relazione peritale del CTU dott. Ing. Antonio Picardi resa nel procedimento per Accertamento tecnico preventivo innanzi al tribunale di Perugia, oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge, dal dovuto al saldo effettivo ad a rifondere al Consorzio euro **44.366,62**, oltre interessi dal dovuto al saldo per le spese descritte in atti sostenute a causa dell'inadempimento e della mancata collaborazione delle controparti: euro 5.328,96 per CTP relativa al procedimento per ATP di fronte al Tribunale di Perugia; 15.610,00 per spese legali e consulenza tecnica in fase stragiudiziale; 7.212,40 per spese legali nel procedimento per ATP; 16.215,26 quale compenso liquidato al CTU che il tribunale di Perugia ha provvisoriamente posto a carico del Consorzio;*
3. *in via gradata, liquidino gli arbitri l'importo risarcitorio e le spese da rifondere al Consorzio di cui al quesito 2, maggiori o minori che risulteranno in corso di giudizio o ritenuti di giustizia, condannando i chiamati, in solido tra loro, a pagarli al Consorzio, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.*
4. *Dicano gli arbitri se i chiamati con il loro comportamento hanno reso necessario il presente giudizio e, in caso affermativo, condannarli in solido tra loro, al pagamento delle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, compreso l'onorario per i singoli componenti, nonché alle spese sostenute da CONSENERGLAgreen – Consorzio per lo sviluppo delle energie rinnovabili nell'area dell'ex centrale Enel di Pietrafitta per il presente giudizio ed ai compensi professionali per i suoi difensori*

Si ribadisce la richiesta di revocare – con riserva d'impugnazione – l'ordine di esibizione dei “Report dell'impianto fotovoltaico Valnestore in località Piegaro (PG) relativi agli anni 2012-2013 e 2015” e la concessione di un termine per memoria

integrativa e di un secondo termine per seconda memoria integrativa di replica, oltre alla testimonianza qualificata dei redattori del parere tecnico, di cui al verbale del 30.06.2021, per quanto già argomentato in atti. Si dichiara di non accettare il contraddittorio in ordine alle domande nuove e/o diverse formulate da controparte.

Per la parte **convenuta GREEN UTILITY SPA** (nel seguito anche Green Utility):

previa contestazione integrale della memoria autorizzata di replica di controparte e della memoria tecnica di replica depositata irritualmente e di cui si chiede l'espunzione dal presente giudizio non potendosi tenere alcun conto, voglia l'Ecc.mo Collegio arbitrale adito, ogni contraria istanza, eccezione e domanda disattesa, accogliere le seguenti conclusioni:

- 1. in via preliminare e pregiudiziale, per i motivi esposti in narrativa nell'atto di resistenza e designazione di arbitro e nella memoria di costituzione, dichiarare l'improcedibilità e/o inammissibilità della domanda arbitrale;*
- 2. sempre in via preliminare e pregiudiziale, accertare e dichiarare la nullità, invalidità e comunque inefficacia dell'invocata clausola compromissoria inserita nel contratto di funzionamento e manutenzione del 20 dicembre 2011;*
- 3. nel merito, si chiede il rigetto di tutte le domande ex adverso proposte in quanto infondate in fatto e in diritto e comunque non provate;*
- 4. in via riconvenzionale, accertare l'importo dovuto alla resistente a titolo di risarcimento e/o indennità a seguito del recesso do CONSENERGLAgreen, che si indica in euro **538.160,00**, oltre all'importo di euro **22.776,56** pari alla quota di 1/3 dei canoni di complessivi euro **68.329,70**, maturati dal 30 aprile 2016 e non ancora pagati; quindi, per l'effetto, condannare la ricorrente al pagamento della complessiva somma pari ad euro **560.936.56** o della diversa cifra che verrà accertata in giudizio;*
- 5. in via subordinata, in ogni caso, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale dell'avversa domanda, in via riconvenzionale, si chiede procedersi alla compensazione (anche solo parziale) del credito spettante a Green Utility spa con quanto eventualmente accertato come dovuto da parte ricorrente.*

Con condanna della controparte alle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, ivi compreso l'onorario spettante ai singoli componenti ed alle spese di difesa.

Per la parte **convenuta SOLARLIGHT ITALIA spa in liquidazione** (nel seguito anche Solarlight):

previa contestazione integrale della memoria autorizzata di replica di controparte e della memoria tecnica di replica depositata irritualmente e di cui si chiede l'espunzione dal presente giudizio non potendosi tenere alcun conto, voglia l'Ecc.mo Collegio arbitrale adito, ogni contraria istanza, eccezione e domanda disattesa, accogliere le seguenti conclusioni:

- 1. in via preliminare e pregiudiziale, per i motivi esposti in narrativa nell'atto di resistenza e designazione di arbitro e nella memoria di costituzione, dichiarare l'improcedibilità e/o inammissibilità della domanda arbitrale;*
- 2. sempre in via preliminare e pregiudiziale, accertare e dichiarare la nullità, invalidità e comunque inefficacia dell'invocata clausola compromissoria inserita nel contratto di funzionamento e manutenzione del 20 dicembre 2011;*
- 3. nel merito, si chiede il rigetto di tutte le domande ex adverso proposte in quanto infondate in fatto e in diritto e comunque non provate;*
- 4. in via riconvenzionale, accertare l'importo dovuto alla resistente a titolo di risarcimento e/o indennità a seguito del recesso da CONSENERGIAgreen, che si indica in euro **403.620,00**, oltre all'importo di euro **22.776,56** pari alla quota di 1/3 dei canoni di complessivi euro **68.329,70**, maturati dal 30 aprile 2016 e non ancora pagati; quindi, per l'effetto, condannare la ricorrente al pagamento della complessiva somma pari ad euro **426.395,56** o della diversa cifra che verrà accertata in giudizio;*
- 5. in via subordinata, in ogni caso, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale dell'avversa domanda, in via riconvenzionale, si chiede procedersi alla compensazione (anche solo parziale) del credito spettante a Solar Light srl con quanto eventualmente accertato come dovuto da parte ricorrente.*

Con condanna della controparte alle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, ivi compreso l'onorario spettante ai singoli componenti ed alle spese di difesa.

Per la parte **convenuta SIENERGIA spa in liquidazione** (nel seguito anche Sienergia):

preliminarmente contestando la memoria autorizzata di replica di controparte e la irritualità della memoria tecnica di replica depositata da CONSENERGIAgreen, non essendo stata mai autorizzata dal Collegio e di cui si chiede pertanto l'espunzione dal fascicolo del presente giudizio non potendosi tenere alcun conto, voglia l'Ecc.mo Collegio arbitrale adito, ogni contraria istanza, eccezione e domanda disattesa, accogliere le seguenti conclusioni:

1. *in via preliminare e pregiudiziale, per i motivi esposti in narrativa nell'atto di resistenza e designazione di arbitro e nella memoria di costituzione, dichiarare l'improcedibilità e/o inammissibilità della domanda arbitrale;*
2. *sempre in via preliminare e pregiudiziale, accertare e dichiarare la nullità, invalidità e comunque inefficacia dell'invocata clausola compromissoria inserita nel contratto di funzionamento e manutenzione del 20 dicembre 2011;*
3. *nel merito, si chiede il rigetto di tutte le domande ex adverso proposte in quanto infondate in fatto e in diritto e comunque non provate;*
4. *in via riconvenzionale, accertare l'importo dovuto alla resistente a titolo di risarcimento e/o indennità a seguito del recesso do CONSENERGIAgreen, che si indica in euro **403.620,00**, oltre all'importo di euro **22.776,56** pari alla quota di 1/3 dei canoni di complessivi euro **68.329,70**, maturati dal 30 aprile 2016 e non ancora pagati; quindi, per l'effetto, condannare la ricorrente al pagamento della complessiva somma pari ad euro **426.395,56** o della diversa cifra che verrà accertata in giudizio;*
5. *in via subordinata, in ogni caso, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale dell'avversa domanda, in via riconvenzionale, si chiede procedersi alla compensazione (anche solo parziale) del credito spettante a Solar Light srl con quanto eventualmente accertato come dovuto da parte ricorrente.*

Con condanna della controparte alle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, ivi compreso l'onorario spettante ai singoli componenti ed alle spese di difesa. Dichiaro di non accettare il contraddittorio su eventuali nuove domande formulate dalla ricorrente in questa sede.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1 Eccezioni preliminari

Si affrontano anzitutto, per ragioni logiche e giuridiche, le eccezioni preliminari sollevate dalle Convenute.

1.1 Eccezione di improcedibilità della domanda arbitrale per mancata attivazione della procedura di accordo bonario

In sintesi le **Convenute** sostengono la tesi di improcedibilità della domanda arbitrale per il mancato esperimento della procedura di Accordo Bonario ex artt. 205 e 206 d.lgs. 50/2016 in forza dei disposti dell'art. 216 comma 22 del d.lgs. 50/2016 che afferma: *“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 art. 209, co. 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della entrata in vigore del presente codice”.

In tal senso argomentano che l'eccezione di ultrattività di cui al citato art. 216 estenda l'obbligo di esperimento della procedura di Accordo Bonario anche ai contratti, come quello in oggetto, stipulati sotto vigenza del d.lgs. 163/2006. La posizione delle Convenute converge quindi verso la natura di *obbligo preventivo* dell'espletamento dell'Accordo Bonario rispetto alla procedibilità della domanda arbitrale ex art. 209. Essendo i tentativi di componimento bonario promossi da Consenergia nel 2016 non qualificabili secondo le procedure di legge le Convenute ritengono non esperito il tentativo ex artt. 205 e 206 d.lgs. 50/2016 pertanto la domanda arbitrale risulterebbe improcedibile.

Consenergia ha ritenuto, nel corso del procedimento, infondata l'eccezione in quanto: 1) il comma 22 dell'art. 216 del D.lgs. 50/2016 estende solo la nuova procedura di Arbitrato ai contratti pubblici stipulati durante la vigenza del vecchio Codice e non si applica ad altri istituti previsti o richiamati dall'art. 209 (requisiti di validità della clausola arbitrale, procedura di accordo bonario ecc.) 2) sono assenti i presupposti di legge per l'esperimento dell'Accordo Bonario (di cui agli artt. 240/22 d.lgs. n. 163/2006 e 205 del d.lgs. n. 50/2016) ovvero sia la formulazione di riserve apposte dall'Appaltatore in contabilità; 3) l'accordo bonario, previsto per gli appalti di lavori, è facoltativo e non obbligatorio negli appalti di servizi ed è applicabile *“a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto, verbalizzate nei documenti contabili”* 4) nel caso di specie, l'importo controverso è comunque inferiore al 10% dell'importo contrattuale.

Il **Collegio** si esprime osservando che il comma 22 dell'art. 216 del D.lgs. 50/2016 ha il solo obiettivo di rendere applicabile l'arbitrato - istituto finalizzato alla rapida risoluzione dei contenziosi in precedenza lungamente soggetto a critiche - nella formula appositamente prevista e disciplinata dall'articolo 209 del codice dei contratti, cioè quella c.d. “amministrata” presso l'ANAC, anche ai contratti pubblici le cui procedure di affidamento fossero iniziate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

Ciò posto, **considerato che parte attrice è una stazione appaltante**, la disciplina in questione non prevede in alcun modo che l'accesso a tale modalità di risoluzione del contenzioso sia condizionato dal preventivo passaggio attraverso una procedura di accordo bonario: il richiamo agli articoli 205 e 206 che vi

compare (al comma 1) non ha certo natura limitante considerata la chiara dizione del dato normativo che nell'evocare la deducibilità in arbitri delle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, vi comprende quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

Inconferenti appaiono, quindi, gli ulteriori argomenti spesi sul punto dalle parti incluso quanto relativo alla necessità di iscrivere riserve, che rappresentano queste sì condizione per l'attivazione dell'accordo bonario, opzione come è noto riservata alla sola figura dell'appaltatore, ruolo che qui Consenergia non riveste, né, tantomeno alla necessaria quantificazione minima delle stesse

Il Collegio respinge l'eccezione d'improcedibilità della domanda arbitrale.

1.2 Eccezione di nullità, invalidità e/o inefficacia della clausola compromissoria

Le **Convenute**, atteso che il Bando di Gara del 22/11/2010 alla sez. VI punto 3 esclude la clausola arbitrale, rilevano un contrasto con le disposizioni dell'art. 241 d.lgs. 163/2006 in relazione all'obbligo di previsione della clausola arbitrale in sede di bando e della non ricsuzione della stessa nella medesima sede. Le Convenute ritengono quindi inderogabile la disposizione del Bando richiamando peraltro anche l'art. 1-bis del contratto O&M il quale afferma la prevalenza sul contratto della documentazione di gara. Reputano inoltre necessaria l'emissione di preventivo atto di autorizzazione della S.A. per apporre la clausola arbitrale in funzione della stesura dell'art. 241 d.lgs. 163/2006 assunta dopo la stipula del contratto con l'art. 1, co. 19 e 25 della L. 190/2012 e in forza, sent. n. 108/2015 della Corte Cost. In ultimo ritengono dirimente la clausola di autorizzazione all'arbitrato richiesta dall'art. 209 del D.Lgs. 50/2016 al comma 3 mancando l'autorizzazione motivata della SA preliminare all'inserimento nel bando.

Consenergia ritiene infondata l'eccezione in quanto: 1) è ammessa la derogabilità delle previsioni del Bando di Gara; 2) il Bando di Gara non fa parte della documentazione di gara; 3) le caratteristiche dell'arbitrato sono oggi definite dall'art. 209 d.lgs 50/2016; 4) non ritiene necessaria l'emissione di preventivo atto di autorizzazione della S.A. per apporre la clausola arbitrale in funzione della stesura dell'art. 241 d.lgs. 163/2006 vigente all'epoca della stipula del Contratto; 5) ritiene inconferente il riferimento

all'autorizzazione all'arbitrato richiesta dall'art. 209 del D.Lgs. 50/2016 comma 3, in quanto tale norma non è applicabile al bando di gara in oggetto.

Il **Collegio** non può accogliere l'eccezione con la quale si contesta la competenza del tribunale arbitrale, a causa di una asserita nullità/invalidità/inefficacia della convenzione di arbitrato chiaramente contenuta nell'art. 20 del contratto regolare il funzionamento e la manutenzione dell'impianto (c.d. contratto O&M).

Al riguardo, si deve, in principio, evidenziare come all'atto della pubblicazione del bando, la normativa applicabile (art.241, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006) recava espressamente il canone della derogabilità, in sede contrattuale, della disciplina arbitrale fissata dalla stazione appaltante in sede di bando; ciò in base a previsioni tutt'oggi applicabili in quanto riprodotte dall'art.209, comma 2, d.lgs. 50/2016. Detto canone non può essere messo in discussione, vieppiù laddove la derogabilità risulti esercitata a favore della modalità privilegiata dal Codice quale alternativa al rito civile, cioè l'arbitrato c.d. amministrato gestito in seno all'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

Né, in senso diverso, rileva sul punto quanto oggi dispone il comma 3 dell'articolo 209, sulla necessità che l'inserzione della clausola sia autorizzata con motivazione dall'organo di Governo. A riguardo, sebbene, come già visto, l'articolo 216, comma 22, del d.lgs. 50/2016 disponga che le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applichino anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del codice, va considerato che tale previsione è stata introdotta successivamente tanto al bando che al contratto che qui rilevano, con la conseguenza che di tale obbligo sarebbe tecnicamente impossibile tener conto ora per allora, allo scopo di condizionare il ricorso al giudizio arbitrale. Nello stesso senso, non può altresì non rilevare come la citata previsione, che richiama l'intervento dell'organo di governo della stazione appaltante per la preventiva autorizzazione dell'inserimento dell'opzione arbitrale nel bando, si spiega per il fatto che la redazione del bando non è, di regola, attività gestita a livello di vertice della committenza; in questo caso, viceversa, trattasi di clausola inserita nel contratto che ne conferma la condivisione a livello di vertice in forza dell'autorizzazione e della sottoscrizione del relativo testo dall'amministratore unico di Consenergia.

Data quindi la validità dell'opzione contrattuale verso lo strumento arbitrale, opzione rivendicata dalle parti convenute anche in sede di ATP, al momento tale strumento non può essere altro che quello attivato, ovvero quello amministrato presso l'Anac, né esiste obiezione su tale specifica formula da parte delle convenute.

Né, infine, rileva il fatto che, nella specie, fosse il bando ad escludere la competenza arbitrale in favore del Tribunale di Perugia e che l'art. 1-bis del contratto sia stato evocato dalle Convenute per il fatto che in caso di contrasto tra contratto e documenti di gara dovessero prevalere quest'ultimi.

A parte quanto già detto in ordine alla derogabilità pattizia delle indicazioni di bando in materia di arbitrato, che non muta nell'ipotesi in cui il contratto introduca, e non escluda l'opzione arbitrale, va rilevato che la citata norma contrattuale (articolo 1 bis) ha il solo scopo di regolare il funzionamento e la manutenzione dell'impianto (cosiddetto O&M) per limitare le divergenze delle prestazioni da effettuare rispetto ai parametri di offerta, tant'è che la stessa definisce quali "documenti di gara" solo gli "*elaborati tecnici offerti in sede di gara*" senza citare mai il bando né, tantomeno, le relative previsioni.

Per le ragioni fin qui esposte relative alla negoziabilità ex lege della clausola, risulta, infine, irrilevante anche la giurisprudenza richiamata dalle Convenute (Cass. Civ. sez. I 21592/2014) in quanto non sono state nella specie modificate condizioni essenziali delineate nel bando di gara né sono stati introdotti oneri non valutati al momento dell'offerta in carico all'aggiudicatario. La stessa Corte, del resto, ha statuito che le modifiche introdotte in contratto, accettate dal l'aggiudicatario, non possono essere ruscate successivamente con riferimento alla fase di gara il cui contenuto è definitivamente superato e sostituito in toto dalle condizioni del contratto sottoscritto (Cass. Civ., Sez. I, 4259/2019).

In base alle motivazioni che precedono il Collegio respinge l'eccezione d'incompetenza del tribunale arbitrale.

1.3 Eccezione di violazione di integrità del contraddittorio

Nelle comparse delle Convenute è evidenziata la mancata inclusione della fallita IMET (mandataria del R.T.I.) ma nei successivi atti non viene nuovamente proposta la tematica né si chiede la chiamata del Fallimento IMET nell'arbitrato.

L'eccezione è in ogni caso da rigettare in forza delle disposizioni dell'art. 37, co. 5, del D.Lgs. 163/2006, oggi riprodotte all'art.48, comma 5, del d.lgs. 50/2016, per cui *“L'offerta dei concorrenti raggruppati (..) determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante...”* e del dell'art. 37, co. 16, del D.Lgs. 163/2006, riprodotte anch'esse all'art.48, comma 15, d.lgs. 50/2016, per cui alla Mandataria spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle Mandanti fino all'estinzione del rapporto (avvenuta nel caso in esame nel 2016) e *“(..) La S.A., tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.”*

In questo senso qui non emerge, quindi, alcun caso di applicazione dell'istituto del litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 c.p.c., trattandosi di obbligazioni solidali, la cui violazione implicherebbe propriamente un difetto di integrità del contraddittorio. Né la contestazione delle convenute in ordine alla loro carenza di responsabilità può fondare un'eccezione di carenza di legittimazione processuale passiva, attinendo essa piuttosto al merito della lite. In altri termini è del tutto legittimo che le convenute neghino ogni possibilità di imputare loro degli obblighi, ma questa difesa riguarda il merito e non il rito della controversia e fonda, se provata, una richiesta di rigetto, appunto, in merito della domanda avversaria, come del resto esse poi chiedono nei loro atti. **È dunque da rigettare anche l'eccezione pregiudiziale di rito inerente alla presunta violazione dell'integrità del contraddittorio**, ancorché le convenute non hanno insistito su di essa fino alla fine del giudizio.

2 Questioni rituali

Come anticipato nella descrizione dello svolgimento del procedimento, nel corso di esso le parti hanno sollevato numerose questioni di rito; nello specifico Consenergia ha richiesto con i quesiti 5 e 6:

- l'inammissibilità della domanda e dell'eccezione di risarcimento formulata dalle Convenute in via riconvenzionale nella Seconda Memoria Integrativa
- la revoca dell'ordinanza di esibizione dei report di impianto, delle memorie istruttorie e pareri tecnici connessi disposti nell'udienza del 30.06.2021,

Al riguardo, il Collegio è dell'avviso che la **domanda riconvenzionale** proposta dalle convenute in merito ai danni derivanti da una presunta illegittimità del recesso da parte dell'attore, è da ritenersi tardiva, perché

proposta dopo il maturare delle disposte preclusioni che erano state stabilite. Né ha fondamento la tesi per cui nella memoria che la contiene in realtà si sarebbe sanato il vizio di una domanda già proposta nell'atto di resistenza, perché trattandosi di diritti eteroindividuati (crediti pecuniari) qui la domanda fondata su una fattispecie costitutiva del tutto diversa da quella prima spesa individua un diverso diritto. Né è possibile ritenere che nella richiesta generica di ogni danno sia contenuto ogni possibile credito.

In sintesi il Collegio è dell'avviso che nella memoria integrativa i convenuti abbiano fatto valere una pretesa che prima e tempestivamente non era stata sollevata ed ogni apparente “sanatoria” (che peraltro non potrebbe che avere effetti *ex nunc*, essendo in gioco, in ipotesi, un vizio attinente alla *editio actionis*) implica in realtà una domanda nuova. Tali rilievi non escludono, però, l'utilizzabilità della pretesa in funzione di compensazione, nell'eventualità di una sua fondatezza, perché il presunto controcredito vantato, se non poteva legittimare una domanda ormai tardiva, ben poteva fondare un'eccezione di compensazione, ancora ammissibile. Senza considerare il fatto che, a partire dall'atto di resistenza, la scelta processuale dei convenuti non era del tutto chiara, ma che essa, in ogni caso e a prescindere da ogni altro rilievo, mirava certamente e innanzitutto all'obiettivo della compensazione avverso le pretese pecuniarie dell'avversario.

Quanto alle **eccezioni relative all'ordinanza istruttoria**, l'attore, in buona sostanza, lamenta la violazione del principio del contraddittorio, nel momento in cui il Collegio ha ammesso prove non previste dal codice processuale né richieste da una parte, oltretutto senza quesiti né conoscenza delle persone che sarebbero state sentite. Questa eccezione da ritenersi assorbita, in quanto come avrà modo di emergere più avanti, i dati rivenienti da detta attività istruttoria non hanno avuto rilievo alcuno ai fini della presente decisione, che quindi ne prescinde in toto, è comunque **da rigettare** perché: 1) rinviando a pareri firmati e allegati sarebbero stati sentiti i tecnici firmatari sull'oggetto del loro lavoro, per cui ben si sarebbe saputo su cosa parlare e con chi; 2) il mezzo di prova qualificabile come testimonianza tecnica era previsto come possibile nel verbale di costituzione; 3) nel giudizio arbitrale è concesso agli arbitri il potere di disporre d'ufficio mezzi di prova, anche atipici, con i limiti dati dal divieto di scienza privata e dall'osservanza del principio della parità delle armi, valori che non si vede come sarebbero stati vulnerati dalla scelta assunta dal Collegio.

Con il quesito 7 le Convenute hanno, viceversa, richiesto l'**espunzione dal giudizio della memoria legale e tecnica di replica** (seconda memoria integrativa) disposta in udienza del 30.06.2021.

In merito il Collegio osserva che la seconda memoria integrativa non aveva alcuna limitazione nella natura delle repliche e nulla ostava all'espressione di ulteriore replica tecnica in risposta alle osservazioni parimenti tecniche allegate alla prima memoria istruttoria nel pieno rispetto del principio del contraddittorio.

Anche questa eccezione è da rigettare.

3 Ascrivibilità delle criticità alle convenute,

Entrando nel merito della trattazione, il Collegio intende procedere, in risposta ai quesiti 1 di Consenergia e 3 delle Convenute, accertando i fatti che hanno condotto al recesso, la legittimità dello stesso e del mancato subentro delle mandanti e in conseguenza definire l'attribuzione della responsabilità relativa ai danni lamentati dalla Ricorrente nonché la ammissibilità delle domande riconvenzionali.

3.1 Stato del Contratto O&M e dell'RTI anteriormente al recesso

Da quanto agli atti si rileva che fino a tutto il 2015 il Contratto O&M (di seguito solo Contratto) procedeva regolarmente e le problematiche emergenti erano gestite in via bonaria senza segnalazione da parte di Consenergia di inadempimenti riferibili, in particolare, all'art. 12 del Contratto - SANZIONI PER UNDERPERFORMANCE che recita:

“12.1 Fatti salvi i diritti previsti dalla legge applicabile, le Parti convengono espressamente che, per quanto riguarda l'impianto: nel caso in cui il Rendimento effettivo dell'impianto sia inferiore al Rendimento Garantito a causa di motivazioni che non siano dovuti a eventi di forza maggiore, il Contraente è tenuto a versare una sanzione al COMMITTENTE calcolata come segue: l'energia (kWh) persa a causa delta differenza tra il Rendimento Garantito e il Rendimento effettivo dell'impianto moltiplicata per la potenza di picco installata, moltiplicati per la somma di i) gli incentivi concessi dal fornitore di energia elettrica (Gestore dei Servizi Elettrici SpA) ai sensi del quarto Conto Energia DM 05.05.2011 o successive modificazioni ii), il valore medio del prezzo AEEG osservato durante il periodo in questione, in vigore da quando il ritardo si verifica e modificato, indicizzati in conformità con detti regolamenti AEEG.

La penalità per scarso rendimento è calcolata secondo la seguente formula:

$Penalità (Euro) = kWh\ perso \times tariffa\ GSE + (kWh\ perso - aux\ kWh) \times tariffa\ AEEG$ (per l'anno di riferimento)
dove il kWh perso è definito nell'allegato 2. Si precisa che con il termine aux kWh si indicano gli eventuali consumi degli impianti ausiliari.

12.2 Le somme dovute a titolo di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 12.1 di cui sopra, dovranno essere **pagate dal Contraente, dietro richiesta esplicita da parte del COMMITTENTE** entro 90 giorni dalla richiesta medesima, fatta salva la possibilità di compensare il risarcimento con gli importi dovuti al Contraente ai sensi del presente Contratto O & M.

12.3 Il pagamento degli importi dovuti a titolo di risarcimento dei danni ai sensi dell'articolo 12.1, non esime il Contraente dall'assolvere i suoi obblighi in modo coerente e diligente in conformità con il Contratto O & M.

12.4 Le Parti riconoscono, inoltre, ai sensi dell'articolo 1382 del codice civile, che l'importo della sanzione di cui al precedente comma 12.2 è equo e ragionevole e copre l'importo totale di tutte le perdite, dirette o indirette, subite dal COMMITTENTE come conseguenza del mancato raggiungimento del Rendimento Garantito. Pertanto, il Contraente rinuncia preventivamente a qualsiasi richiesta volta ad ottenere alcuna riduzione della pena determinata ai sensi del presente paragrafo.”

Giova preliminarmente approfondire la ratio dell'art. 12 sopra richiamato: l'applicazione della penale per minor performance è basata sulla verifica della produzione dell'impianto nel corso di un intero anno solare (a prescindere dal mese di partenza) in quanto la variabilità delle condizioni di insolazione cresce al diminuire dell'intervallo di tempo osservato e dipende fortemente dalle condizioni meteo locali.

Trattandosi di un impianto fotovoltaico la cui prestazione, soggetta a verifica rispetto al Rendimento Garantito (definito all'art. 6 del Contratto), è fortemente variabile a seconda dei mesi (incidenza radiazione solare, coperture nuvolosa) la penale sul Rendimento Garantito non può che essere riferita ad un anno solare intero. Ciò a prescindere dal mese di inizio o fine dell'anno stesso. Sarebbe infatti parimenti valido definire il Rendimento Garantito da luglio a luglio come da gennaio a gennaio. Per completezza si conviene che l'anno solare di verifica del raggiungimento del RMG va da gennaio a gennaio coincidendo sostanzialmente con l'attivazione del Contratto O&M (di seguito solo Contratto) del 20.12.2011.

Tale impostazione consente un ragionevole confronto tra una produzione minima attesa (sancita appunto dall'art. 6 del Contratto) e la normale variabilità delle condizioni di insolazione.

In sede di ATP il CTU calcola il valore delle perdite dell'impianto nel 2016 e negli anni antecedenti. Nello specifico il CTU procede all'analisi delle minori produzioni dell'impianto rispetto al Rendimento Garantito di cui all'articolo 6 del Contratto anche relativamente agli anni 2013 e 2014 individuando un rendimento inferiore all'atteso e calcolando la relativa penale per underperformance ex art. 12 del Contratto.

Risulta tuttavia che, nonostante in due occasioni la performance sia risultata inferiore alle attese, a fronte, probabilmente, della presentazione di giustificazioni da parte dell'R.T.I. (alcune delle quali agli atti ma non sufficienti a dirimere la questione e senza riscontro da parte attrice), l'attore non ha mai esercitato il proprio diritto all'applicazione dell'art. 12, affermando peraltro, fino al 2015, che l'operato di IMET era scevro da inadempimenti Contrattuali dando di conseguenza corso al regolare pagamento delle prestazioni. Parimenti non sono presenti agli atti documenti che testimonino, prima dell'atto di recesso, il rilievo da parte di Consenergia di inadempienze nell'esecuzione del Contratto da parte dell'R.T.I.

Quanto osservato consente di escludere, in base a principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei contratti, la configurabilità dei danni lamentati da parte attrice relativamente alle minori produzioni od inadempimenti negli anni antecedenti al 2016.

In effetti il recesso in data 06.06.2016 fa riferimento al fermo impianto in corso per mancato adempimento del R.T.I. ma non menziona né circostanza pregresse motivazioni di inadempimento. La *ratio* dell'atto, incardinato sull'art. 14.3 del Contratto è infatti rivolta a tutelare la Stazione Appaltante da successivi maggiori danni legati alla situazione di fallimento della Mandataria venuta ad aggiungersi alla liquidazione di Sienergia. Anche qui non emergono elementi tali da far apparire fondate domande risarcitorie anteriori al 2016. Si rinvia invece al paragrafo 3.3 per l'analisi del limite di responsabilità e della conseguente attribuzione dei danni da sottoproduzione e per inadempimento relativi al 2016.

Al fine di concludere la disamina dello stato del Contratto prima del recesso si riepilogano le condizioni delle società in R.T.I.:

- IMET spa, in quota 40% e Mandataria è fallita il 26.04.2016. In ragione dell'Accordo Interno (al R.T.I.) del 27/11/2011 IMET era *de facto* l'unico soggetto del raggruppamento a fornire i servizi del Contratto.
- Green Utility in quota 20% e Mandante non aveva nessuna procedura concorsuale in essere.
- Sienergia in quota 20% e Mandante era inattiva dal 2015 e soggetta a procedura di liquidazione dal 2014,
- Solarlight in quota 20% e Mandante era inattiva dal 31/01/2013 e priva di dipendenti

Per il menzionato **Accordo Interno** nessuna delle mandatarie risultava partecipare alle prestazioni al contratto. Tale accordo stabilisce infatti che solo IMET avrebbe mantenuto l'impianto e riscosso i canoni mentre le mandanti a fronte di un "indennizzo" di € 160.000,00 ciascuna sarebbero uscite dal contratto.

Nel merito si rileva che la scrittura privata interna del 27.12.2011, con cui i membri del R.T.I. stabilivano che solo la Mandataria avrebbe gestito l'impianto, non è opponibile alla Stazione Appaltante come mezzo per sgravare di responsabilità le Mandanti, che avevano assunto un'obbligazione in solido.

Ai fini della presente trattazione, **l'Accordo Interno**, mai noto a Consenergia durante l'esecuzione del Contratto, **non è in alcun modo rilevante e pertanto non produce effetto alcuno sulle responsabilità in capo ai componenti del R.T.I. e sulla conseguente attribuzione dei danni.**

Ai componenti del R.T.I. infatti, si applica l'art. 37, co. 5, del D.lgs. 163/2006, per cui "*L'offerta dei concorrenti raggruppati (..) determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante...*". La responsabilità solidale delle ditte esecutrici verso Consenergia è affermata anche nell'atto costitutivo del R.T.I. e nel Contratto con la Stazione Appaltante.

L'Accordo Interno quindi oltre a costituire atto in contrasto con l'art. 37, co. 9, D.lgs. 163/2006 e l'art. 92 del D.P.R. 207/2010 e a non escludere la responsabilità solidale, avrebbe comunque dovuto essere comunicato alla Stazione Appaltante che, a propria volta, avrebbe dovuto autorizzare una ripartizione di ruoli diversa rispetto a quella di gara e/o di contratto, con conseguente rideterminazione degli ambiti di responsabilità dei singoli componenti del R.T.I. D'altro canto, anche laddove tale comunicazione fosse intervenuta, giammai la Stazione Appaltante avrebbe potuto autorizzare l'esclusione delle mandanti da qualsivoglia ruolo e responsabilità per la fase di gestione e manutenzione dell'impianto posto che, come la

giurisprudenza ha da tempo messo in luce, la possibilità di modifica “interna” delle quote di esecuzione può avvenire *solo purché vi sia, a tal fine, l'autorizzazione della Stazione Appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate* (così Ad. Pl, 27 marzo 2019, n.6).

Il suddetto principio di diritto rileva, ai fini del decidere, sotto un duplice punto di vista: a) l'esclusione della responsabilità solidale delle mandanti in sede di gestione dell'attività di conduzione e manutenzione dell'impianto non è stata mai comunicata né, tantomeno, sottoposta ad autorizzazione della stazione appaltante, quindi ad essa è comunque inopponibile; b) la carenza dei requisiti richiesti per la gestione dell'impianto in capo a Green Utility (*vedi infra*) esclude, al di là di qualsiasi altra ragione, la possibilità di configurare sotto qualsiasi forma (affidamento diretto, posta la dissoluzione dell'originario rapporto facente capo al raggruppamento per il venir meno anche di tutte le altre componenti) la prosecuzione del rapporto con la stessa. Ciò al di là degli inadempimenti contrattuali da parte delle mandanti che al venir meno delle capacità di IMET, per il fallimento, non intervenivano per garantire comunque collaborazione contrattuale nei confronti della Stazione Appaltante.

Per quanto poi attiene alla posizione di Sienergia nel presente procedimento il dibattuto **recesso della stessa dall'R.T.I.** o meglio la facoltà di recesso con relativa manleva da parte di IMET che si deduce dall'Atto del 08.02.2012, circostanza che non risulta comunicata, né quindi accettata, dalla stazione appaltante per quanto agli atti e per quanto asserito da Sienergia nella propria Memoria Conclusionale alle pagg. 17 e 18, è a tutti gli effetti ininfluenza posto che Sienergia è a tutti gli effetti convenuta in qualità di componente responsabile in solido dell'originario R.T.I.

3.2 Legittimità del recesso e del mancato subentro

Le **Convenute** contestano l'**illegittimità del recesso** operato da Consenergia con riferimento all'art. 14.3 del Contratto affermando che il fallimento dovrebbe riguardare l'intero R.T.I. e non solo la singola società IMET spa (mandataria). Precisano inoltre che la situazione di liquidazione volontaria (a cui sono soggette Sienergia e Solarlight) non costituisce preclusione alla partecipazione ad appalti pubblici.

Le convenute sostengono poi che il recesso da parte di Consenergia sia stato dettato da motivazioni di utilità piuttosto che di necessità o ottemperanza a disposizioni di contratto o di legge.

Le convenute fanno altresì riferimento all'interpretazione dell'art. 37 comma 18 del d.lgs. 163/2006 relativamente all'assenza di preclusioni per Consenergia a proseguire il rapporto con un nuovo soggetto mandatario, in presenza dei requisiti di quest'ultimo, per le attività ancora da eseguire. Sostengono quindi che la disposizione normativa configuri un diritto in capo alle mandatarie alla prosecuzione del contratto.

Le Convenute argomentano che le ipotesi "eccezionali" per la modifica dei soggetti dell'R.T.I. in situazioni di fallimento abbiano il fine di tutelare gli operatori economici da vicende soggettive di uno o più dei componenti dell'R.T.I. In tal senso subordinano la facoltà di recesso dal contratto alla sola mancanza dei requisiti delle restanti componenti del R.T.I. per i quali impongono la verifica di sussistenza. A parere delle Convenute quindi Consenergia ha omesso la verifica delle qualifiche di Green Utility quale possibile mandataria al fine di proseguire il contratto con l'R.T.I. originario e ha preteso immotivatamente la costituzione di un nuovo R.T.I. non ritenendo sufficiente la richiesta inviata da Green Utility fin dal 2015.

Consenergia afferma la piena legittimità del recesso ex art. 14.3 del Contratto argomentando 1) di aver inutilmente atteso azioni propositive da parte delle mandanti delle quali solo una (Green Utility) risultava attiva mentre l'impianto permaneva in stato di fermo produttivo; 2) visto l'aumentare giornaliero del danno da fermo per necessità di tutela del bene pubblico è dovuta intervenire e solo con il recesso ha potuto intestarsi i contratti di fornitura di energia ed effettuare le necessarie manutenzioni per la ripresa della produzione; 3) ribadisce la facoltà della Stazione Appaltante di procedere alla prosecuzione dell'appalto ma previa costituzione a mandatario di un nuovo R.T.I. di un nuovo operatore economico nei modi previsti dal Codice, cosa che non è avvenuta anche per l'assenza del consenso di BIIS quale membro finanziatore necessario ex art. 160-bis, co. 3, D.lgs. 163/2006. Risultava inoltre non espresso il consenso delle altre mandatarie Sienergia e Solarlight in effetti mai pervenuto.

Consenergia conclude che il legittimo recesso operato per tutelare il bene e l'interesse pubblico non preveda risarcimenti o indennizzi di sorta, né faccia rinvio a norme che li prevedono.

Circa la **facoltà o il dovere di autorizzare il subentro del nuovo R.T.I.** le **Convenute** affermano che Consenergia avesse l'obbligo, verificati positivamente i requisiti del nuovo R.T.I., di procedere alla prosecuzione del rapporto. Ritengono che non fosse necessaria la costituzione di nuovo R.T.I. con

subentrante mandataria in possesso dei requisiti né che la approvazione dovesse essere preceduta dalla verifica dei medesimi. Green Utility afferma che sarebbe stata sufficiente la sua richiesta di subentro come statuito dallo stesso Atto di Costituzione del R.T.I. all'art. 4.

Green Utility sostiene quindi che la sua proposta sia stata arbitrariamente ed illegittimamente respinta.

Consenergia motiva il mancato subentro con riferimento alla assenza dei requisiti di professionalità e moralità richiesti negli appalti pubblici argomentando che: 1) Sienergia era in liquidazione - motivo di recesso per la S.A. ex art. 14.3 del contratto O&M 2) Sienergia e Solarlight erano inattive e la giurisprudenza corrente chiarisce che non si può assegnare un appalto pubblico a Società inattive; 3) nessuna impresa aveva idoneità professionale per gestire l'impianto in termini di

- iscrizione alla C.C.I.A.A. accompagnata da esperienza concreta nello specifico settore di attività
- possesso della *“notevole esperienza nella manutenzione di impianti fotovoltaici”* -richiesta dal contratto O&M nelle Premesse (lett. D)) ed all'art.1.2
- possesso degli ulteriori requisiti di professionalità richiesti e dichiarati dal R.T.I. nel Contratto premesse lettera D): *“l'organizzazione necessaria, il personale, i macchinari e le attrezzature e quant'altro sia necessario per lo svolgimento dei servizi specificati nel presente Contratto”*

Inoltre Consenergia in relazione ai requisiti di moralità professionale richiesti dal Codice dei Contratti Consenergia: 1) richiama il comma 1 dell'art. 38, D.lgs. 163/2006 relativamente alla continuità del possesso dei requisiti di partecipazione per tutto il periodo di esecuzione e al dovere di verifica dei requisiti medesimi da parte della Stazione Appaltante; 2) sottolinea poi la grave negligenza, malafede ed errore grave delle convenute relativamente all'Accordo Interno del 27.12.2011 che risulta:

- in violazione degli art. 92 D.P.R. 207/2010 e art. 37, co. 9 e 13, D.lgs. 163/2006, dell'art. 37, e contrario agli orientamenti giurisprudenziali in materia
- inopponibile al fine di escludere la solidarietà dei danni prodotti alla S.A., all'oscuro degli accordi presi;
- rilevante penalmente ai sensi dell'art. 355 C.P. o 356 C.P.28,

- una dichiarazione confessoria dell'inadempimento totale delle obbligazioni contrattuali da parte delle mandanti e quindi rilevante ex art. 38 del D.lgs. 163/2006, come “grave negligenza o malafede”;
- rilevante per l'esercizio del potere sanzionatorio di ANAC verso le controparti.

Sottolinea in ultimo la *“situazione di totale abbandono dell'impianto -alla cui manutenzione le controparti dovevano provvedere per il 60% [...], per lo stato di inattività di 2 mandanti (Solarlight e Sienergia) dichiarato in un periodo in cui dovevano essere invece attive per eseguire il contratto e per il fatto che le mandanti non avevano sanato la morosità con ENEL (pur essendovi tenute ex art. 37, co. 5, del D.lgs. 163/2006) e/o fatto una voltura per evitare il blocco dell'impianto.”*

Sul tema della legittimità del recesso del 06.06.2016 e del mancato subentro così si esprime il **Collegio**.

L'atto di recesso fa riferimento all'art. 14.3 del Contratto *“Il Committente ha in ogni caso diritto di recedere totalmente dal Contratto qualora il Contraente si trovi in stato di **fallimento o liquidazione**. A norma dell'art. 81, secondo comma, del regio decreto legge 267/1942 come modificato dal decreto legislativo 5/2006, il Contraente riconosce che la qualifica soggettiva del Contraente è una delle condizioni che determinano l'esecuzione di questo contratto O&M.”*

Parimenti, nel medesimo atto, viene lamentato l'inadempimento del R.T.I. in considerazione dello stato di non funzionamento in cui si trovava l'impianto per cause distintamente riferite a mancate prestazioni a carico del titolare del Contratto di O&M e mancato assolvimento degli obblighi manutentivi.

Tanto premesso viene anzitutto in evidenza quanto dispone (e disponeva) la legge sul punto relativo all'ipotesi di fallimento dell'impresa capogruppo laddove affidatario di un appalto pubblico risulti essere un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (cosiddetto R.T.I.).

L'articolo 48, comma 17, del Codice dei contratti, di cui al d.lgs. n.50 del 2016, così come allo stesso modo disponeva l'articolo 37, comma 18, del precedente codice (d.lgs. n.163 del 2006) vigente all'epoca della stipula del contratto, prevede espressamente che *“in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ... ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”*.

Il dato normativo dispone, dunque, in modo abbastanza chiaro che: la prosecuzione con altro operatore, nella specie con i (due) mandanti superstiti, costituisce una mera possibilità, non già un obbligo; siffatta prosecuzione, frutto di valutazione discrezionale, è comunque condizionata all'esistenza dei requisiti di qualificazione necessari a portare a termine le prestazioni oggetto del Contratto, il cui parametro valutativo non può peraltro non tenere conto di quanto a suo tempo previsto dal Bando, quale condizione di accesso alla gara disposta per l'individuazione dell'operatore economico affidatario; laddove tali condizioni non sussistano la Stazione Appaltante è obbligata a risolvere il contratto senza ulteriori valutazioni; in caso di prosecuzione ammessa e valutata di interesse si tratterebbe comunque di dar vita ad un nuovo R.T.I.

Orbene risulta di tutta evidenza come, nel caso di specie, nulla possa addebitarsi alla committente Consenergia in ordine alla mancata attivazione di detta facoltà.

Premesso anzitutto che l'esercizio di un potere discrezionale implica la valutazione dell'interesse pubblico, esercizio al quale è preposto, nel caso di specie, il solo committente che ne è portatore, non certo l'operatore privato, il giudice al quale sottoporre eventuali contestazioni sulle scelte in tal senso operate sarebbe stato, semmai, quello amministrativo, non certo quello arbitrale, privo di competenza al riguardo, argomento che di per sé sarebbe già dirimente.

Va detto inoltre che, come ribadito anche dall'ANAC con Delibera 334/2016, fallita la mandataria, la prosecuzione con un nuovo R.T.I. è possibile se si accerta il “*possesso delle qualificazioni necessarie e purché non diminuiscano le garanzie a favore dell'Amministrazione*”. Orbene dalla documentazione in atti, risulta anzitutto come Green Utility si sia proposta per la prosecuzione del rapporto *uti singula*, non certo quale capogruppo mandataria delle residue mandanti, di cui una in liquidazione e l'altra non operativa da tempo, ciò che di per sé reca una diminuzione di garanzie a favore della committenza.

Inoltre l'ipotesi di procedere con la sola Green Utility esclude l'applicabilità delle evocate disposizioni di cui al comma 17 dell'articolo 48, al caso di specie, dovendosi al riguardo parlare non di prosecuzione del rapporto con altro operatore costituito mandatario, bensì di affidamento diretto, ai sensi del successivo articolo 63 del d.lgs. 50/2016.

Nel dichiararsi in possesso dei requisiti, poi, Green Utility non ha mai fatto riferimento, per quelli speciali, a quanto al riguardo richiesto dal bando, limitandosi a dichiarare solo il possesso di una serie di requisiti di ordine generale, tra i quali quelli fissati in via generale dall'articolo 80 del d.lgs. 50/2016, senza menzionare neanche una congruente iscrizione alla Camera di Commercio (dichiarazione Green Utility 07.06.2016).

Specie in relazione a questi ultimi, vanno, peraltro, considerate le contestazioni di inadempienza che l'atto di recesso, ancorché fondato sul fallimento della capogruppo IMET in virtù dell'espresso richiamo alla clausola 14.3 del contratto di O&M che vi compare, in ogni caso reca.

In sintesi, per quanto sopra osservato il Collegio ritiene legittimo il recesso operato da Consenergia a seguito del fallimento della IMET, capogruppo del raggruppamento temporaneo affidatario del contratto di manutenzione e gestione dell'impianto fotovoltaico e l'inconfigurabilità di qualsiasi diritto, in capo alla convenuta Green Utility, così come ad altre mandanti alla prosecuzione del contratto a loro favore.

3.3 Limiti di responsabilità nell'intorno dell'atto di recesso

A valle del proprio fallimento del 29.04.2016 che ha legittimato il committente al recesso dal Contratto, in data 20.05.2016 IMET comunicava a Consenergia, *inter alia*, il prossimo distacco per morosità della fornitura BT da parte di ENEL che avrebbe comportato, a inizio giugno, lo spegnimento dell'impianto e la conseguente interruzione della produzione. Non risultano azioni intraprese in merito da Consenergia che tuttavia non era in possesso dell'impianto e non era a conoscenza dell'Accordo Interno e della conseguente assenza delle mandanti dalla gestione dell'impianto.

Allo stesso modo **le Convenute**, facenti parti dell'R.T.I., ancorché a loro avviso non più responsabili per il Contratto (si veda il paragrafo 3.1 relativamente alla natura dell'Accordo Interno), **non intervenivano in alcun modo in violazione dei principi di correttezza e buona fede, degli obblighi contrattuali e normativi (art. 37, co. 5, del D.lgs. 163/2006).**

In data 07.06.2016 l'impianto cessava la produzione, come rilevato dal CTU, per l'avvenuto distacco delle forniture ausiliarie ENEL, fino alla ripresa, a valle di nuovo contratto di fornitura tra ENEL e Consenergia in data 12.07.2016.

La parte che aveva contrattualmente la possibilità e obbligo di sanare la morosità della fornitura elettrica degli ausiliari era l'R.T.I. del quale facevano parte indubbiamente le Convenzute.

Queste ultime avrebbero dovuto perlomeno, in forza degli obblighi contrattuali, mantenere in esercizio ed efficienza l'impianto a partire dal fallimento IMET consentendo a Consenergia, in caso di recesso, di volturare la fornitura ENEL senza interruzioni della produzione.

Non solo, in accordo con i servizi contrattuali e in linea con l'art. 14.6 del Contratto relativo alla riconsegna dell'impianto per cessazione del rapporto, alla data del recesso avrebbe dovuto essere garantita:

- la continuità della fornitura di corrente ausiliaria e di tutte le utenze nonché del servizio di vigilanza,
- la perfetta manutenzione delle opere come peraltro correttamente individuato dal CTU in ATP,
- il mantenimento del magazzino ricambi previsto dall'art. 8.2.

Gli obblighi di cui sopra vanno valutati anche per quanto concerne gli adempimenti che scadono al termine del contratto, in base allo stato di fatto all'atto del recesso.

A livello di principio, in forza della responsabilità solidale che qui governa il rapporto committente - ditte appaltatrici in R.T.I., il fallimento della capogruppo concentra sulle mandanti le responsabilità per comportamenti, adempimenti o meno, posti in essere anche dalla sola capogruppo nello specifico:

- se la capogruppo aveva fino al momento del fallimento correttamente condotto gli impianti nulla potrà esser loro richiesto per tale titolo, diversamente dovranno risponderne anche se non hanno svolto al riguardo attività alcuna,
- sempre in solido, le mandanti dovranno poi rispondere anche dei comportamenti propri, anche successivi al fallimento (ad esempio non aver provveduto in proprio a pagare le bollette dell'Enel per impedire il distacco, non aver consentito la più celere riconsegna degli impianti con il subentro di Consenergia nel rapporto con il/i fornitore ecc.)

A tali fini, nel seguito della trattazione saranno esaminate le risultanze dell'ATP del 2017 e verranno identificate le responsabilità e i danni conseguenti.

Al riguardo, merita una breve riflessione il tema del **magazzino ricambi** per accertare l'assenza dello stesso e definire se questo possa aver comportato impatti successivi al recesso: la questione del magazzino ricambi non è stata oggetto di trattazione in ATP e non è presente tra i quesiti posti al CTU. La domanda risarcitoria viene esplicitata per la prima volta in sede di prima memoria istruttoria di Consenergia e quantificata nel parere tecnico ivi allegato. Agli atti non sono presenti documenti probatori che permettano di accertare la mancata consegna del magazzino ricambi nel 2016 (si pensi ad esempio ad un verbale di constatazione / consegna dei ricambi o ad una richiesta della Stazione Appaltante di riconsegna o almeno, visto il valore ingente del magazzino e la possibile relazione dello stesso con le mancate produzioni, l'inserimento del quesito in ATP). Esiste solo un riferimento ad un sopralluogo (positivo) del 05.03.2015 presso un magazzino di IMET che attesta la presenza dei ricambi.

Il Collegio, rigetta la domanda in rito perché tardiva e comunque, anche a prescindere da ciò, essa, ai sensi dell'art. 2697 c.c., sarebbe in ogni caso da rigettare in merito mancandone la prova. Non è infatti possibile stabilire cosa sia accaduto tra il 2015, unica testimonianza dell'esistenza dei ricambi e la data odierna. Non è dunque nemmeno possibile accertare danni conseguenti alla presunta mancata consegna dei ricambi medesimi.

In merito all'applicabilità della **penale per underperformance nel 2016** va valutata in relazione alle oggettive responsabilità delle parti nel tempo: la valutazione dell'adempimento, o meno, rispetto alle obbligazioni contrattuali dell'intero raggruppamento viene anticipato al momento del recesso anche per quegli obblighi i cui termini di adempimento erano fissati successivamente.

L'applicazione della penale contrattuale *tout court* alle Convenute risulterebbe infatti, ad avviso del Collegio, contaminata dalla presenza di periodi di gestione sotto la responsabilità di Consenergia e da fattori legati alla variabilità stagionale del rendimento dell'impianto, questi ultimi chiaramente non ascrivibili all'R.T.I.

Per l'anno 2016 in cui si è registrato il recesso, in data 06.06.2016, il calcolo della penale, secondo le disposizioni dell'art. 12, non può essere applicato all'anno intero in quanto non è possibile ripartire con tale strumento le responsabilità per la minor produzione tra Consenergia, titolare dell'impianto dal 06.06.16 e l'R.T.I. che lo gestiva in precedenza, quindi alle Convenute. Lo stesso CTU provvede a decurtare alcune

quote di mancata produzione dal monte complessivo della penale per fatti e circostanze non dipendenti dalle Convenute.

È possibile tuttavia fare riferimento, al fine di identificare il periodo temporale di responsabilità dell'R.T.I., alle verifiche condotte dal CTU nella sua Relazione Finale dal momento che distingue, nella trattazione del calcolo delle perdite per rendimento garantito da pagina 86 in avanti, per l'anno 2016, la penalità per il solo periodo antecedente al recesso quantificandola analiticamente fino al 06.06.2016. Si anticipa quindi al 6 giugno, anziché a fine anno, la valutazione della minor produzione ex art.12 del Contratto 2016.

È inoltre corretto osservare che la responsabilità del R.T.I. non si esaurisce alla data del recesso ma che lo stesso fosse responsabile di tutti i danni derivanti da vizi, errori o omissioni legati al suo operato durante la validità del contratto che si estendono oltre la data del recesso stessa. In questo modo si valuta l'impatto dannoso (mancata produzione) dato dai comportamenti inadempienti anteriori all'atto del recesso (mancato pagamento delle bollette che ha indotto il distacco degli ausiliari).

Per questo motivo è corretto imputare anche all'R.T.I. i danni per mancata produzione calcolati nel periodo di distacco delle alimentazioni ausiliarie da parte di ENEL intercorrente tra il 07/06/2016 e il 12/07/16.

I successivi fermi impianti del 2016 così determinati dal CTU: "Perdite *per i 14 fusibili - NON PERTINENTE - distacco dal 23/07/2016 al 01/08/2016 NON PERTINENTE - distacco dal 29/08/2016 al 09/09/2016 NON PERTINENTE*" sono invece correttamente individuati dal CTU in ATP come estranei alle responsabilità delle Convenute.

4 Quantificazione dei danni subiti da Consenergia

Si procede ora, in forza delle valutazioni espresse in precedenza, alla determinazione del quantum per ciascuna delle voci di danno ammissibili esposte dalle parti con riferimento ai quesiti 2 e 3 della Ricorrente e 4 e 5 delle Convenute.

4.1 Quantificazione del danno da mancata produzione o underperformance

Il CTU dell'ATP correttamente individua una ripartizione meticolosa dei danni da mancata produttività dell'impianto per permettere in sede di giudizio di merito la corretta attribuzione delle responsabilità.

Per quanto concerne gli anni 2013 e 2014 il CTU individua un potenziale danno da underperformance di 113.058,80 €. Con riferimento alle valutazioni espresse al paragrafo 3.1 **la richiesta risarcitoria è infondata e non ammessa a risarcimento.**

Per quanto concerne il 2016 il CTU in ATP distingue i danni antecedenti al recesso da quelli posteriori. Con riferimento alle considerazioni di cui al paragrafo 3.3 si determina quanto segue.

Il CTU valutava il danno per il distacco dell'impianto tra il 07/06/16 e il 12/07/16 in **161.228,32 €** (tabella a pag. 108 della Relazione finale). Il periodo di inattività è confermato dagli all. 14 e 15 alla CTU dove si evidenziano le produzioni giornaliere ed i giorni di fermo confrontati in relazione con le produzioni di cui al Rendimento Garantito. **Il danno è ammissibile a risarcimento.**

Il danno da under performance riferito all'intero 2016, sebbene mitigato da parte del CTU per gli eventi estranei alle responsabilità delle Convenute, non può essere addebitato integralmente alle stesse secondo i parametri di valutazione della penale art. 12 come specificato al paragrafo 3.3.

In relazione alla quantificazione parziale del danno redatta dal CTU per il periodo dell'anno fino al 06.06.2016 (data del recesso) il Collegio ritiene corretta la quantificazione parziale espressa nella Relazione Peritale sulla base delle valutazioni economiche alle pagine 89-90 per un importo derivato dalla tabella 9.2.4.aj pari a **35.534,13 €**. Tale valutazione considera il solo periodo anteriore al recesso e confronta i dati di produzione (all. 14 e 15 alla CTU e tab. 9.2.4 g), con la produzione attesa o c.d. producibilità garantita dell'anno 2016, ovvero i 1230 kwh/kw anno, in maniera proporzionale all'effettivo andamento climatico stagionale e dello specifico anno come da tabella 9.2.4 ak della relazione finale. **Il danno è ammissibile a risarcimento.**

In definitiva il Collegio determina in 196.762,45 € il danno cagionato dalle Convenute a Consenergia per le perdite di produzione e ammesso a risarcimento.

4.2 Quantificazione dei danni per ripristino dell'impianto

Come chiarito al paragrafo 3.3 all'atto del recesso l'impianto avrebbe dovuto essere riconsegnato al Committente in condizioni di esercizio e in stato di perfetta manutenzione. Consenergia lamentava in sede

di ATP numerose carenze vizi e difetti irrisolti che il CTU ha puntualmente esaminato e quantificato. Come argomentato al paragrafo 3.3 tali aspetti, qualora riconducibili alla responsabilità dell'RTI, oggi rappresentato dalle convenute, costituiscono oggetto di domanda risarcitoria ammissibile.

Con riferimento alle conclusioni del CTU e alle critiche dei CTP delle parti in ATP, puntualmente riprese dalle convenute nel presente procedimento, il Collegio esprime le seguenti determinazioni.

a) Le voci considerate non pertinenti o non classificabili dal CTU non sono riprese in quanto il Collegio concorda con la posizione del CTU.

b) Le voci considerate pertinenti e dunque oggetto di risarcimento del danno per responsabilità delle convenute sono di seguito analizzate impiegando la stessa numerazione del CTU in ATP.

Voce 9.2.1. *“L'impianto di videosorveglianza ed illuminazione non risulta funzionante”*:

Il CTU ritiene riconducibile alle responsabilità delle Convenute lo stato degli impianti TVCC e Illuminazione e individua costi per il ripristino del sistema TVCC in **27.923,50 €** e dell'impianto di illuminazione in **8.071,61 €**. Il Collegio concorda sulla assegnazione e sulla quantificazione del danno da parte del CTU in particolare per i motivi di cui al cap. 11.2 della Relazione Peritale.

Voce 9.2.2. *“Il sistema di antifurto risulta inadeguato e non funzionante.”*

Il CTU ritiene riconducibile alle responsabilità delle Convenute lo stato dei cavi anti effrazione e individua costi per il ripristino in 37.751,68 € per la parte anti intrusione e 5.551,98 € per la parte di centrale ma ritiene questi ultimi non riconducibili alle responsabilità del R.T.I. Il Collegio concorda sulla assegnazione ma non sulla quantificazione del danno. Il CTU stima il ripristino completo del sistema antieffrazione che tuttavia risulta solo parzialmente danneggiato o assente. Il CTP delle Convenute stimava il danno al massimo al 10% del valore determinato dal CTU. Il Collegio determina equa la misura del 50% rispetto al costo di rifacimento della parte antintrusione (pari a 18.875,84 €) e concorda nel non ritenere pertinente l'addebito relativo alla centrale ancora funzionante nell'ottobre 2016. Il tutto per un valore di **18.875,84 €**.

Voce 9.2.3. *“L'UPS installato nella cabina MT/BT non risulta funzionante”*

Il CTU ritiene riconducibile alle responsabilità delle Convenute il non funzionamento dell'apparato e quantifica i costi di sostituzione in **3.046,69 €**. Il Collegio concorda sulla assegnazione e sulla quantificazione del danno.

Voce 9.2.8 “... n. 8 moduli fotovoltaici con il vetro danneggiato...”

Il CTU ritiene riconducibile alle responsabilità delle Convenute la mancata sostituzione dei pannelli e quantifica i costi di sostituzione in **1.525,65 €**. Il Collegio concorda sulla assegnazione e sulla quantificazione del danno.

Voce 9.2.10 “L’inverter 1 della Cabina C presenta n. 4 cassette non funzionanti con conseguente perdita di potenza.”

Il CTU non individua danni per sostituzione/ripristino in quanto l'intervento è stato eseguito in garanzia tuttavia individua un danno indiretto per mancata produzione che include all'interno delle perdite del 2016 calcolate su base annuale. Dalle indagini nel corso della CTU non è stato possibile individuare il momento del guasto ma solo il rilievo dello stesso (22.06.2016) e di ripristino (14.11.2016). Stante l'impossibilità di attribuire diversamente la responsabilità il CTU si limita a ritenere che i cassette dell'inverter (così come i fusibili) abbiano iniziato a non funzionare a partire dalla stessa data del 22/06/2016 e ritenere le perdite incluse nella penale annuale. Il Collegio non dispone di ulteriori elementi probatori per valutare diversamente. Non è dato sapere peraltro, stante la mancanza di documentazione probatoria, se sia possibile collegare l'underperformance all'assenza del magazzino ricambi.

A tal proposito **non si ammette a risarcimento la mancata riconsegna del magazzino ricambi per le motivazioni di cui al paragrafo 3.3.** Si osserva inoltre che la consegna del magazzino ricambi, non accertabile in base agli atti, non influirebbe sull'ammissibilità dei danni rilevati all'atto del recesso in quanto, per le obbligazioni contrattuali, l'impianto avrebbe dovuto essere consegnato in perfette condizioni e con la disponibilità di tutti i ricambi.

Infine non risultano ammissibili le richieste introdotte da Consenergia relative alla **restituzione degli importi pagati per servizi non resi** riferita alla presunta cessazione del servizio di vigilanza a partire dal 2013. La domanda è stata avanzata senza possibilità di contraddittorio ed è formulata in via presuntiva senza

prova del danno riferendosi solo alla cessazione di un contratto di vigilanza ma non alla dimostrazione della mancata prestazione.

In definitiva il Collegio determina, sommando le voci oggetto del presente capitolo, in 59.443,29 € i danni riconoscibili per il ripristino dell'impianto derivanti da responsabilità delle Convenute.

5 Quantificazione delle domande riconvenzionali delle Convenute

Sin dalla comparsa in arbitrato le Convenute opponevano alle domande risarcitorie dell'attrice il mancato versamento all'R.T.I. della quota parte del canone contrattuale di cui all'art. 8.1.1 del Contratto relativa ai primi 4 mesi del 2016 in cui la operava ancora la Mandante IMET.

Non risultano agli atti: rilievi di inadempimento da parte dell'attrice antecedenti l'atto di recesso, vizi e difetti dell'impianto che abbiano arrecato danni dimostrati o dimostrabili nel periodo antecedente il fallimento di IMET. Le opposizioni alla domanda delle Convenute da parte di Consenergia non forniscono ulteriore prova documentale alla tesi sostenuta nelle prime due memorie secondo cui nulla fosse dovuto e nemmeno alla tesi di cui alla quarta memoria (peraltro priva di contraddittorio come prima evidenziato) secondo cui siano invece da restituire somme all'Attore per prestazioni non svolte dal R.T.I. nel periodo contrattuale.

Nel Contratto l'art. 14.5 prevede che in tutti i casi di risoluzione sia comunque dovuto il canone per le porzioni di anno solare di esecuzione delle prestazioni (*"...soli pagamenti maturati per i Servizi effettivamente svolti fino alla data del recesso, al netto degli importi già versati e delle eventuali sanzioni applicabili"*)

Il Collegio ritiene ammissibile a riconoscimento la quota del canone annuale relativa ai primi 4 mesi del 2016 pari a **68.329,68 € in favore del R.T.I.**

Le prestazioni asseritamente non svolte dalle convenute (fornitura ENEL, tagli erba, vigilanza) indicate da Consenergia non sono detraibili dal valore di cui sopra in quanto: 1) per il mancato pagamento della fornitura ENEL, posteriore al fallimento, mentre i canoni si riferiscono al periodo anteriore, i danni sono già quantificati in relazione alle underperformance e al distacco di giugno/luglio 2016; 2) i tagli dell'erba nei primi 4 mesi dell'anno non vengono svolti (l'erba non cresce) e pertanto il rilievo avrebbe senso per i mesi

maggio / giugno per cui tuttavia non sono stati versati né richiesti i canoni; 3) la tematica della vigilanza sollevata dall'attore è tardiva (vedasi il capitolo 4.2).

Non rileva, ai fini del riconoscimento la posizione di IMET spa che nel periodo dal 01/01/2016 al 30/04/2016 era di fatto l'unica società attiva in forza dell'Accordo Interno del 27/11/2011 e per stessa ammissione delle mandanti queste erano escluse da qualsivoglia attività.

In merito all'ammissibilità della **domanda riconvenzionale** delle Convenute per danni da illegittimità del recesso, stante l'accertata legittimità del recesso e l'insussistenza di alcun dovere della Committenza di attivare il subentro (si veda il paragrafo 3.2) **la domanda è respinta**. La domanda peraltro è priva di ogni riscontro oggettivo e documentale tale da ritenere la motivazione e la quantificazione presentata quale valida costituzione di prova del danno.

In definitiva il Collegio determina nella misura di 68.329,68 € le somme dovute da Consenergia e ne dispone la compensazione rispetto ai danni da questa subiti, di cui al capitolo 4.

6 Quantificazione del danno da interesse e rivalutazione

Occorre ora dare risposta alla domanda di rivalutazione monetaria dell'importo risarcitorio formulata sia dall'Attore che dalle Convenute. Il valore complessivo del danno subito da Consenergia ammonta a 256.205,74 € (somma delle voci del capitolo 4) a cui sottrarre in compensazione parziale il credito spettante alle convenute di cui al capitolo 5 pari a 68.329,68 € per un importo finale di **187.875,99 €**.

L'importo dedotto è di natura risarcitoria ed è richiesto proprio per riparare ad un danno – anche in termini di mancato guadagno (così come previsto dall'art. 1223 c.c.). Per dottrina e giurisprudenza costanti la tipica ipotesi di obbligazione di valore è quella avente ad oggetto il risarcimento del danno delle obbligazioni diverse da quelle pecuniarie in quanto il suo ammontare deve essere equivalente al valore effettivo e non nominale del danno da reintegrare.

In tal senso, da ultimo, si è espressa la Suprema Corte, secondo la quale *“In materia di inadempimento contrattuale, l'obbligazione di risarcimento del danno configura un debito di valore, sicché, qualora si provveda all'integrale rivalutazione del credito relativo al maggior danno fino alla data della liquidazione, secondo gli indici di deprezzamento della moneta, gli*

interessi legali sulla somma rivalutata dovranno essere calcolati dalla data della liquidazione, poiché altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto in caso di tempestivo adempimento della obbligazione” (Cass., Sez. III, 20 aprile 2020, n. 7948; cfr. anche Cass., Sez. III, 6 ottobre 2016, n.19987).

Conseguentemente, il risarcimento del danno, quantificato nel caso in esame in **187.875,99 €**, e richiesto a ristoro dell'inadempimento di obbligazione non pecuniaria, va rivalutato in base agli indici ISTAT alla data di emissione del lodo arbitrale, e sulla somma rivalutata, dalla data del lodo, decorreranno gli interessi legali sino al soddisfo.

VALORE DELLA CONTROVERSIA

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 209, comma 12, d.lgs. 50/2016, il Collegio arbitrale è chiamato a determinare in via definitiva il valore della controversia a tal fine, l'art. 1, co. 3, d.m. MIT 31 gennaio 2018 dispone che *“per valore della controversia si intende la somma aritmetica delle richieste economiche in conto capitale contenute nelle domande comunque decise dal Collegio, con l'aggiunta, ove richiesti, degli interessi e della rivalutazione monetaria calcolati sino al giorno della proposizione della domanda”*; il successivo co. 5 precisa che: *“Ai fini della determinazione del valore della controversia, le domande riconvenzionali si sommano alle domande principali. Non si sommano le domande proposte in via subordinata o alternativa”*.

Il Collegio, pertanto, tenuto conto di quanto dispone l'art. 1 del d.m. MIT 31 gennaio 2018, in considerazione di tutte le richieste economiche contenute nelle domande, comunque decise dal Collegio, determina in **1.836.349,06 € il valore della controversia** e in euro 1.836,35 € la somma pari all'uno per mille del valore della controversia che le parti debbono, con vincolo di solidarietà, versare ad ANAC entro il termine di quindici giorni dal deposito del lodo.

Le spese di lite e le spese di funzionamento e competenze del Collegio.

Con riferimento alla quantificazione delle spese sostenute dalle parti per i procedimenti il Collegio:

- a norma dell'art. 92 c.p.c. e 209, co. 20, D.lgs. 50/2016 in ragione del parziale accoglimento delle domande di parte ricorrente, compensa integralmente le spese giudiziali.

- ripartisce, altresì, nella misura del 80% in capo alle Convenute e 20% in capo all'Attore, fermo il vincolo di solidarietà di cui all'art. 209, co. 21, del d.lgs. n. 50/2016, il compenso dovuto agli Arbitri e le spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, in conformità a quanto sarà liquidato con separato provvedimento dal Consiglio della Camera Arbitrale ANAC. La ripartizione è calcolata sulla base dell'incidenza percentuale degli importi riconosciuti a ciascuna delle parti, ovverosia complessivi 256.205,74 € in favore di Consenergia e 68.329,68 € in favore delle Convenute, in rapporto al valore totale delle somme riconosciute pari a $256.205,74 \text{ €} + 68.329,68 \text{ €} = 324.535,49 \text{ €}$.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, come innanzi composto, definitivamente pronunciando in ordine alle controversie insorte tra l'Attore e le Convenute, così decide:

- rigetta l'eccezione di improcedibilità avanzata dalle Convenute;
- rigetta l'eccezione di incompetenza avanzata dalle Convenute;
- rigetta l'eccezione di violazione dell'integrità del contraddittorio;
- accerta e dichiara parzialmente la responsabilità delle Convenute per le minori produzioni dell'impianto, così come circoscritte nei motivi della decisione e le condanna al risarcimento del danno a favore dell'Attore nella misura di **196.762,45 €**;
- accerta e dichiara parzialmente la responsabilità delle Convenute per i danni da ripristino dell'impianto, così come dettagliato nei motivi della decisione e le condanna al risarcimento del danno a favore dell'Attore nella misura di **35.534,13 €**;
- accerta e dichiara ammissibile la richiesta delle convenute relativa al pagamento dei canoni di gestione dei primi mesi del 2016 così come dettagliato nei motivi della decisione e procede in compensazione per un importo di **68.329,68 €** e la ammette a compensazione dei danni di cui ai punti precedenti;
- stabilisce il pagamento in favore dell'attore di **187.875,99 €** oltre rivalutazione monetaria da determinarsi in base agli indici ISTAT sino alla data di emissione del lodo arbitrale, data dalla quale, sulla somma rivalutata, decorreranno gli interessi legali sino al soddisfo;

- rigetta, per le ragioni di cui in motivazione, ogni altra domanda ed eccezione delle parti;
- compensa integralmente tra le parti le spese giudiziali;
- compensa altresì, nella misura del 80% in capo alle Convenute e 20% in capo all'Attore, fermo il vincolo di solidarietà di cui all'art. 209, co. 21, del d.lgs. n. 50/2016, il compenso dovuto agli Arbitri e le spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, in conformità a quanto sarà liquidato con separato provvedimento dal Consiglio della Camera Arbitrale Anac.

Il presente Lodo, redatto in cinque copie in originale (uno per ciascuna delle parti oltre l'originale per il fascicolo d'ufficio), a seguito di conferenza personale tra gli Arbitri, è deliberato a maggioranza, con voto contrario del Prof. Bove motivato come in nota allegata in calce, è sottoscritto in Perugia in data 24/02/2022.

Presidente ing. Alberto Mastrangelo

Arbitro avv. Stefano De Marinis

Arbitro prof. Mauro Bove

Motivato dissenso del prof. Bove

Mettendo da parte le questioni pregiudiziali di rito, sulle quali ritengo che, se appariva certamente infondata l'eccezione di incompetenza del tribunale arbitrale, più dubbia si presentava quella d'improcedibilità, i motivi del mio dissenso attengono soprattutto al merito e sono essenzialmente due.

Il primo attiene all'affermazione di responsabilità delle convenute e alla quantificazione del danno liquidato a favore della parte attrice. A ben vedere tutto l'impianto di questa si fonda sulla CTU precedentemente espletata in sede di ATP, fonte di convincimento per il tribunale arbitrale che, essendo stata ampiamente contestata dalle convenute sia nel merito sia nel *modus procedendi*, non appariva del tutto solida, ragione per la quale sarebbe stato opportuno svolgere un'ulteriore attività istruttoria, in particolare una nuova CTU, scelta che a maggioranza il tribunale arbitrale non ha voluto adottare. Del resto lo stesso tribunale arbitrale non ha scelto di seguire del tutto i percorsi di quella CTU, nel momento in cui ha ritenuto escluse le responsabilità delle convenute per gli anni antecedenti al 2016. Ma poi si è voluto quantificare un danno che pare eccessivo, visto che al più si poteva imputare qualcosa alle convenute (pur considerando l'inerzia dell'attore già avvertito che ci sarebbe stato il distacco ENEL) solo nel brevissimo periodo successivo al fallimento IMET e antecedente al recesso dell'attore. Ciò a mio parere emergeva dalla narrazione e dalle carte dell'arbitrato, nonché dalla rilevante considerazione che il detto recesso non avvenne per inadempimento, bensì solo per quel fallimento, senza, quindi, specificare le inadempienze né dando termine di messa in mora, come pur prevedeva l'art. 14.1 e 4 del contratto di manutenzione.

Ed, inoltre, a ciò il tribunale avrebbe dovuto attenersi strettamente (sia nella valutazione dell'*an* sia nella determinazione del *quantum*), nel momento in cui ha scelto di rigettare le istanze istruttorie delle convenute, tese proprio a provare la mancanza (o al più la diversa quantificazione) di loro responsabilità. Invero è principio consolidato quello per cui si ha una violazione del principio del contraddittorio se si nega una tesi difensiva dopo aver rigettato le istanze istruttorie fatte proprio al fine di sostenere quella tesi.

Il secondo motivo di dissenso attiene al rigetto della pretesa delle convenute in ordine a danni derivanti dall'illegittimità del recesso di parte attrice, sostenendo quelle, a differenza di questa, che la S.A. avrebbe dovuto preferire la continuazione del rapporto sostituendo GreenUtility come mandataria, con ciò

ipotizzando la configurabilità di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo a fronte del potere discrezionale di una pubblica amministrazione. Questo era certamente un nodo arduo da sciogliere. Ma diverse contraddizioni che sono emerse nell'impianto argomentativo dell'attore dovevano trovare miglior chiarimento. Perché la S.A. prima nega che le convenute avessero diritto alla prosecuzione del rapporto, stando solo ad essa la scelta, e poi rileva che esse non avevano i dovuti requisiti e che nulla esse avrebbero fatto per quel risultato? Perché la S.A. afferma un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti e al contempo riconosce che esso non vale in caso di fallimento della capogruppo? Perché la S.A. nega la possibilità di una rinegoziazione, con la necessità di una nuova gara, e poi imputa alle controparti di non aver fatto nulla di concreto per consentire quella rinegoziazione a suo dire impossibile? Perché la S.A. cita l'art. 37, comma 18, del d.lgs. 163/2006 a suo favore quando sembra che questa voglia piuttosto ammettere la prosecuzione di un rapporto sostituendo il mandatario?

Tutti questi dubbi non mi sembra che siano stati adeguatamente sciolti, anche a causa del problema di fondo dovuto a mio parere ad un'insufficienza istruttoria. E la questione era rilevante per l'esito della lite perché la pretesa avanzata dalle convenute, se effettivamente appariva irrituale come domanda riconvenzionale, in quanto sollevata tardivamente e perché non sembra sostenibile la tesi delle convenute che si richiama alla categoria dell'attività in sanatoria di una domanda già prima proposta (quantomeno perché i vizi attinenti alla *editio actionis*, qui inerenti ad un diritto c.d. eteroindividuato, cioè individuato anche per mezzo della necessaria *causa petendi*, sono al più sanabili con effetti ex nunc), era tuttavia del tutto ammissibile come fondante un'eccezione di compensazione, che il collegio ha rigettato.