

IL COLLEGIO ARBITRALE

Composto dai Sigg.ri:

Avv. Gregorio Critelli	Presidente
Avv. Antonio Lamberti	Arbitro
Avv. Prof. Nicola Rascio	Arbitro

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

LODO ARBITRALE DEFINITIVO

TRA

La **SOCIETÀ AGORÀ 6 S.P.A.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Allodi, giusta procura speciale a margine della domanda di arbitrato notificata il 26-30 luglio 2018, e dall'Avv. Antonio Donnarumma, giusta procura in calce all'atto di costituzione di nuovo difensore del 18 marzo 2021, ed elettivamente domiciliato presso il loro Studio in Napoli, alla Piazza Giovanni Bovio, 22

E

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

IN RELAZIONE

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

IN DIPENDENZA

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

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Collegio ha esaminato e conosciuto la domanda principale della Società Agorà 6 S.p.A. (di seguito la **Società**) nonché le eccezioni e la domanda riconvenzionale del Comune Napoli (di seguito più brevemente il **Comune**) in occasione della pronuncia del lodo arbitrale parziale sottoscritto in data 20-25 maggio 2020 e depositato il 26 maggio 2020 con il quale ha così statuito:

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

della conclusione di cui al punto 1, altresì dell'eccezione di cui al punto 2) delle conclusioni della prima memoria difensiva del Comune di Napoli;

- 4) dispone, per le ragioni di cui in motivazione, la prosecuzione del giudizio e ordina, con separata ordinanza, lo svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio;*
- 5) riserva al lodo definitivo ogni altra questione, in forma di domanda o di eccezione, che non risulti decisa o dichiarata assorbita dalla presente pronuncia parziale;*
- 6) rimanda al lodo definitivo la pronuncia sulle spese di difesa nonché la determinazione di ripartizione delle spese di funzionamento del Collegio e degli onorari degli Arbitri.*

Pertanto la narrazione del contesto processuale in cui matura la decisione definitiva, raccolta nel presente lodo arbitrale, si può concentrare sulle questioni che non hanno costituito oggetto di decisione da parte di questo Collegio.

Anche in tal caso il Collegio ritiene di dover appuntare le rispettive posizioni di parte attrice e convenuta riproducendo fedelmente e raccogliendo di seguito il contenuto della domanda di arbitrato della Società e della prima memoria difensiva del Comune nella parte in cui illustrano le rispettive ragioni limitatamente alle questioni oggetto dell'attuale ambito del sindacato del Collegio.

La domanda di arbitrato viene raccolta come segue nelle parti di attuale e immediato rilievo.

“Segue. L'entità dei danni e costi sostenuti, in uno con le proporzioni ed importanza dell'operazione (che costituisce uno dei nodi per il recupero e investimento dell'intera città) hanno spinto, prima di giungere all'odierna domanda d'arbitrato, a chiedere, con nota dell'11/05/2018, formalmente al

Comune di provare a formare un tavolo di incontro ove valutare se e quali potessero essere le condizioni di un possibile accordo.

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

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

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

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

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

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

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

In base ai detti criteri le somme dovute risultano essere pari a complessivi

Euro 21.940.000, oltre euro 7.525.552,30 per spese e costi sostenuti.

Inoltre, come sopra visto, il concessionario avrebbe dovuto ricevere, come contributo l'importo di euro 57.000.000,00 oltre IVA, costituito da aree edificabili. Agorà 6 ha quindi il diritto di ricevere un risarcimento (pari almeno al 10%) sul valore di dette aree e sulla mancata trasformazione delle stesse. L'edificazione delle aree cedute dal Comune avrebbe avuto un valore complessivo di circa euro 119.546.967,50

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

b) Controversie.

... ..

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

Quesiti

- 1) Dica il Collegio [omissis];*
- 2) Dica il Collegio se alla Agorà 6 siano dovuti, in conseguenza della detta risoluzione, tutti gli oneri e danni, come previsti dall'art.25 della Convenzione, ammontanti a complessivi Euro 29.440.000,00, oltre ad Euro 17.654.967,00 per il mancato guadagno sulle aree oggetto del contributo, ovvero quelle somme maggiori o minori che risulteranno in seguito al presente giudizio anche secondo equità e pronunci in conformità;*
- 3) Dica il Collegio arbitrale se su tutte le somme che saranno riconosciute in esito al presente giudizio siano dovuti gli interessi, anche anatocistici, e la rivalutazione monetaria, ne determini l'ammontare e pronunci in conformità;*

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

Il Comune di Napoli, con memoria del 7 giugno 2019, deduceva quanto segue nelle parti di attuale e più immediato rilievo.

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

.....

V) Contestazione del quantum.

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

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

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

-Più in dettaglio, non sono state eseguite opere, per cui non si comprende come possa essere richiesto il primo importo, benché apoditticamente indicato né come possa essere maturato alcunché a titolo di penali; inoltre, si rileva come il computo delle penali non è esplicitato attraverso operazioni matematiche che

spieghino il criterio di valutazione adottato, ad esempio: non essendo mai stati avviati i lavori in concessione, è evidente che non possano essere valutati indennizzi a terzi, potenzialmente derivanti dal danno prodotto dalla concessionaria medesima, né quelli inerenti il valore delle aree cedute, né le opere "calde" da gestire (incluse locazioni, ricavi dalla vendita o tariffe dei parcheggi), né i ricavi scaturenti dall'alienazione a terzi, in quanto questi ultimi rappresentano contributi finalizzati al ristoro di un eventuale investimento mai posto in essere dalla contraente e non già ad un guadagno. Di tal che si sarebbe al cospetto di una ingiustificata locupletazione.

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

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

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

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

- Inoltre, il preteso mancato guadagno si riferisce ad un arco temporale

lungo decenni, perciò se viene attualizzato ad oggi, esso non può che essere proporzionalmente ridotto.

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

VI) Fermo quanto sopra, va aggiunto che parte istante ha ricevuto in via provvisoria l'affidamento dell'area ex mercato ortofrutticolo al fine di migliorare le condizioni di traffico e parcheggio della zona adiacente il nuovo Palazzo di Giustizia. Pertanto ha proceduto a realizzare un parcheggio provvisorio, previsto per 540 posti auto e 270 posti moto, su di una superficie di 12.0000 mq, che è ancora oggi attivo e che rappresenta una importante fonte di ricavi per la concessionaria. Il parcheggio non creava ostacolo al cronoprogramma, e i costi di realizzazione sarebbero stati assorbiti dalle tariffe.

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

.....”.

Sulla base delle questioni non decise dal lodo parziale, dianzi sintetizzate con il richiamo agli scritti difensivi originari delle parti, con ordinanza del 28 maggio 2020 il Collegio disponeva Consulenza Tecnica d'Ufficio secondo i seguenti quesiti:

- (i) descrivere l'operazione commerciale-edilizia che era possibile eseguire sull'area sulla base del progetto approvato e delle prospettazioni economico-finanziarie contenute nel PEF 2010,*

riferendo in disparte la opportuna comparazione di detto risultato alla situazione alla data della domanda di risoluzione della Convenzione avanzata dal Concessionario (26 luglio 2018);

(ii) accertare e quantificare, in linea con l'art.25 della Convenzione, le somme spettanti al Concessionario in conseguenza della risoluzione della Convenzione, descrivendo puntualmente il metodo, i parametri adottati e i sistemi e/o le stime dei procedimenti di calcolo delle somme spettanti al medesimo, anche procedendo altresì ad una verifica dei dati e dei valori riportati negli scritti difensivi di parte attrice e nei documenti allegati, nonché dei circostanziati rilievi sul quantum esposti da parte convenuta negli scritti difensivi e nei documenti allegati.

Inoltre nella stessa ordinanza il Collegio dichiarava prorogato il termine di pronuncia del lodo arbitrale al 26 maggio 2021, in virtù della ricorrenza delle ipotesi legali di proroga ai sensi dell'art.820 c.p.c..

A seguito della nomina da parte del Consiglio della Camera del Consulente di Ufficio, nella persona dell'Ing. Marcello Di Lauro, il Collegio fissava l'udienza per il conferimento dell'incarico che si teneva il 9 luglio 2021 in videoconferenza nell'aula virtuale messa a disposizione dalla Camera Arbitrale.

In detta ultima udienza il Consulente accettava l'incarico conferito, sulla base dei quesiti descritti nell'ordinanza del 28 maggio 2020 e prestava la formula di impegno. Le parti designavano i propri periti di parte. Nella stessa udienza il Collegio fissava l'agenda del subprocedimento peritale con la ultima scadenza per il deposito della Relazione definitiva al 31 dicembre 2020.

Con ordinanza del 27 ottobre 2020, il Collegio, sulla base della richiesta di

proroga avanzata dal CTU, rideterminava l'agenda del subprocedimento peritale con ultima scadenza per il deposito della Relazione definitiva al 31 gennaio 2021. Nella stessa ordinanza, avendo ricevuto le dichiarazioni delle parti per la proroga del termine di pronuncia del lodo al 31 luglio 2021, il Collegio dichiarava prorogato il termine di pronuncia del lodo, in conformità alle dichiarazioni ricevute.

Con ordinanza del 1 febbraio 2021, il Collegio, preso atto del deposito della Relazione definitiva del Consulente del 25 gennaio precedente, assegnava alle parti i termini del 1 e del 15 marzo 2021 per il deposito degli scritti conclusivi che entrambe le parti facevano pervenire.

Nell'udienza di discussione del 24 marzo 2021, estesa anche ai periti di parte ed al CTU, le parti discutevano oralmente la causa anche con riguardo agli esiti dell'istruttoria espletata ed al contenuto della Relazione definitiva depositata.

Il Collegio nell'udienza riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio anzitutto deve riferire che sulle questioni da decidere si registrano due eventi significativi consumati in occasione degli scritti difensivi conclusivi.

IL PRIMO riguarda le conclusioni rassegnate dalla Società che nella memoria del 1° marzo 2021 ha ridotto la domanda risarcitoria pervenendo alla richiesta di importo di euro 6.742.483,53 a titolo di costi sostenuti e di importo di euro 19.424.710,00 per indennizzo da mancato guadagno composto da euro 8.416.297,50 in relazione ai lavori ed euro 11.008.412,50 in relazione ai servizi.

Il Collegio riconosce nella proposizione della precisazione delle conclusioni portata dalla Società, nella richiamata memoria del 1° marzo 2021, piena ritualità anzitutto a motivo della configurazione del procedimento arbitrale

nel quale non è applicabile il regime delle decadenze e delle preclusioni tipico del giudizio ordinario di cognizione, salvo quelle prescritte nella clausola arbitrale che nel nostro caso, non si registrano; inoltre deve opinarsi che nello stesso giudizio ordinario di cognizione resta sempre consentita l'attività di riduzione della quantificazione della domanda che non va soggetta al rigoroso regime preclusivo.

IL SECONDO riguarda l'eccezione di nullità contenuta nello scritto conclusivo del Comune del 1° marzo 2021 con riferimento al patto convenuto nell'art.25, comma 2, lettera c).

Il Comune ritiene che la previsione contenuta in detta norma pattizia sia in contrasto con l'art.158 D.Lgs. n.163/2006 nella parte in cui la prima congiunge con una 'e' il riconoscimento del mancato guadagno sulle opere non eseguite e quello del mancato guadagno sui servizi non eseguiti, mentre invece la norma legale contiene un 'ovvero' in luogo della 'e'; ciò implicherebbe, ad avviso del Comune la previsione di un indennizzo doppio, contrario al contenuto della norma legale ove interpretata nel senso ammesso dal Comune ed ove qualificata come norma imperativa.

Riservata la disamina della questione di nullità al seguito, qui mette conto appuntare che l'eccezione di nullità è anzitutto rituale nonostante sia stata esposta per la prima volta nello scritto conclusivo; ciò in funzione del principale argomento che il rilievo della nullità può essere esposto in ogni stato e grado e anche d'ufficio secondo un indirizzo della giurisprudenza che conferma e conforta la convinzione del Collegio circa la piena ritualità dell'eccezione.

Pure deve restare disatteso ad avviso del Collegio il rilievo di inammissibilità della detta eccezione di nullità sollevato dalla Società, nella memoria di replica del 12 marzo 2021, relativo alla eccepita formazione di giudicato sulla determinazione dell'indennizzo portata nel lodo parziale reso tra le

parti da questo Collegio, giudicato che paralizzerebbe anche l'eccezione di nullità.

La Società argomenta che l'esame comparato dell'atto di impugnazione con il contenuto del lodo parziale faccia emergere la rinuncia ad impugnare la questione circa l'applicazione dell'art.25 Convenzione.

Il rilievo, seppure non eccentrico, resta infondato in quanto si basa sull'errato presupposto che il lodo parziale abbia pronunciato con efficacia di giudicato in ordine all'applicazione dell'art.25 della Convenzione. Invero il Collegio non ravvisa nel lodo parziale alcun elemento che faccia ritenere che la questione sia stata trattata nello stesso lodo parziale con contenuto decisorio suscettibile di giudicato.

Quindi il Collegio ritiene che l'eccezione di nullità sia rituale e vada decisa nel merito.

Il Collegio affronta le domande attribuendo alle stesse un ordine logico-processuale assicurando priorità a quella che ha carattere preliminare.

Con questo metodo la rassegna dei contrapposti argomenti delle parti consente di individuare l'ambito del *thema decidendum* nelle seguenti questioni:

- a) la nullità dell'art.25 Convenzione, comma 2, lettera c);
- b) l'esistenza del danno relativo ai costi sostenuti dal Concessionario e sua determinazione;
- c) l'esistenza di un danno relativo al mancato guadagno del Concessionario e sua determinazione;
- d) la rilevanza da attribuire alla effettiva gestione del parcheggio provvisorio da parte della Società ed agli introiti conseguiti per detta gestione;
- e) la determinazione degli oneri accessori di carattere economico-finanziario sulle somme riconosciute a titolo di capitale.

A. QUESTIONE DI NULLITÀ DELL'ART.25, COMMA 2 LETTERA C)

DELLA CONVENZIONE

La questione di nullità sollevata dal Comune postula la incompatibilità tra il dettato della norma legale ed il regolamento contrattuale. Il dettato normativo è quello portato dall'art.158 D.lgs 163/2006; il regolamento contrattuale è quello consegnato nella clausola di cui all'art.25, comma 2 lettera c).

Siffatta incompatibilità, secondo la prospettazione del Comune, implica che (i) la norma legale debba essere letta secondo l'esegesi che ne propone parte convenuta, esegesi che presuppone un contrasto; e che (ii) la norma legale abbia carattere imperativo e, quindi, risulti inderogabile e prevalente sulla pattizia.

Il Comune argomenta che il contrasto tra norma legale e pattizia risieda nella circostanza che la parola 'ovvero' utilizzata nella norma legale imporrebbe che per l'indennizzo a titolo di mancato guadagno si debba ammettere un metodo alternativo; mentre la norma pattizia consentirebbe di praticare un metodo congiuntivo e riconoscere il mancato guadagno sul valore delle opere oltre a quello sul valore dei servizi.

Il Collegio ritiene che il rilievo di nullità non risulti fondato perché deve restare negato il presupposto del contrasto tra norma legale e quella pattizia ove si accolga la corretta interpretazione della norma legale stessa.

Invero l'eccezione – seppure ampiamente argomentata, sotto il distinto profilo della imperatività delle norme dell'appalto pubblico, con richiamo di contributi giurisprudenziali – con riguardo, invece, all'assunto contrasto tra discipline, pare affidarsi solo all'argomento linguistico-lessicale che imporrebbe di considerare il conflitto tra 'ovvero' della disciplina normativa e la 'e' della disciplina pattizia.

Il concetto di alternatività dell'indennizzo, posto dall'interpretazione dell'art.158 D.Lgs. n.163/2006 da parte del Comune, non risulta altrimenti

supportato invece da alcun argomento esegetico-ricostruttivo dell'istituto del *project financing* (di seguito *PF*) né da contributi giurisprudenziali o da elementi tecnico-scientifici che avvalorino siffatta interpretazione.

Ebbene il Collegio ritiene invece che si debba condurre un'adeguata ricostruzione della *ratio* della norma legale con riguardo sia al profilo sistematico dell'istituto giuridico di interesse sia comparativo con l'istituto della concessione.

L'introduzione nel nostro ordinamento del *PF* poi trasfusa nel Codice degli appalti, nella versione portata dal D.lgs 163/2006, mira a consentire, o meglio, a favorire l'apporto di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche ed in questa ottica è inquadrato nell'ambito della più generale figura della concessione di lavori e di gestione. Ed invero il *PF* suppone che l'amministrazione commetta la concessione della costruzione e gestione dell'opera all'affidatario; la sua particolare connotazione riviene dalla esistenza di rapporti di varia natura tra finanziatori ed il promotore affidatario. È stato correttamente notato che i proventi rivenienti dall'utilizzazione dell'opera e le ulteriori entrate previste a diverso titolo (contributi dell'amministrazione stessa) nonché le utilità economiche indotte devono essere adeguate in guisa da soddisfare nel tempo gli investimenti effettuati. La dottrina e la giurisprudenza (Amorosino e Sciuto, *La disciplina del pf nella nuova legge sugli appalti*; Consiglio di Stato; V, 10 novembre 2005, n.6287) hanno appuntato come elemento distintivo dell'istituto che la scelta del promotore di finanziare un progetto tenga in conto, come fattore di valutazione dirimente, la capacità di autofinanziarsi e la necessità che il progetto produca flussi di cassa positivi in grado di compensare i flussi negativi dei finanziamenti.

Ebbene è innegabile il merito di osservare che il *PF* presenta proprio nella componente gestoria del servizio l'elemento capace di produrre nel tempo i proventi che possono ristorare e remunerare il capitale impiegato nella fase di

realizzazione dell'opera (Cianflone e Giovanni, L'appalto di opere pubbliche, Ed xxii, par.98).

La valorizzazione di questi elementi che costituiscono l'architettura del negozio giuridico consente alla nostra indagine di attribuire assoluto e dirimente valore al documento che riproduce e sintetizza la rappresentazione economico-finanziaria del negozio stesso ovvero sia il piano economico finanziario PEF o meglio il suo contenuto.

Questo cardine interpretativo-sistematico non può essere omissivo ed anzi deve guidare il Collegio nella interpretazione dell'art.158 D.lgs 163/2006, norma che gestisce la patologia del negozio giuridico in argomento.

Il Collegio deve riferire che, il non agevole approdo interpretativo di seguito espresso, ha anche valutato come non irrilevanti le criticità suscitate dalla disposizione in argomento per la sua anomalia di disciplinare due distinte ipotesi (la revoca e l'inadempimento dell'amministrazione) accomunate nel medesimo regime risarcitorio. Infatti gli interpreti (Mariani, Menaldi e Associati, Il Project financing nel Codice dei Contratti, pagg. 673-677) hanno discusso sull'argomento che la limitazione di responsabilità del concedente laddove può risultare giustificata in caso di esercizio del recesso *ad nutum* previsto, non appare altrettanto ragionevole nel caso di inadempimento colposo. In tal caso il concessionario, pur subendo un illecito contrattuale, sopporta le conseguenze economiche restandogli negato l'integrale risarcimento del danno.

Risulta evidente al Collegio che la norma in commento costituisca un'evidente deroga ai criteri generali di liquidazione del danno da illecito contrattuale, ciò pure in modo disarmonico con la tendenza all'avvicinamento dell'amministrazione al contraente di diritto comune – ma deve restare escluso che essa, anche nell'anomalia di regolare ipotesi giuridiche radicalmente differenti, non

possa ammettere una interpretazione più aderente e fedele alla *ratio* dell'istituto ma debba invece restare appagata in una lettura di profilo linguistico-lessicale senza alcun ancora nel diritto, anzi debba restare in balia delle varietà di significati non univoci che assumono le parole nella lingua italiana.

Ebbene ritiene il Collegio che seppure la determinazione di detto pregiudizio trova nell'art 158 D.lgs 163/2006 una limitazione certa ed inequivocabile, rispetto alla norma di diritto comune, nella adozione del parametro della misura del 10%, non altrettanto certo ed inequivocabile appare invece il valore su cui applicare detto parametro.

Il Collegio individuato, come detto, il cardine del negozio giuridico nell'equilibrio-finanziario dell'operazione del promotore e dato per noto che l'equilibrio ha nel PEF il documento rappresentativo, non può mancare di osservare che la norma per restare fedele alla *ratio* dell'istituto, consente all'interprete di applicare in linea astratta il parametro del 10% senza distinzione né alternatività sul valore delle opere e sul valore dei servizi.

Solo l'interprete del caso concreto potrà escludere uno dei due valori sui cui applicare il parametro ove, dall'esame del PEF, resti escluso il perseguimento della loro congiunta realizzazione.

Siffatta interpretazione (confortata pure dall'uso, nella norma legale, della congiunzione "ovvero", la quale – diversamente, ad es., da "oppure" – non ha necessariamente valore disgiuntivo, potendo piuttosto svolgere funzione esplicativa) ad avviso del Collegio, pratica un registro esegetico più consono e gode inoltre di un precedente conforme (TAR Veneto, sentenza n.210/2011) nella assai scarsa produzione giurisprudenziale in tema.

Un ulteriore argomento con cui il Collegio ha confrontato la propria interpretazione è dato dalla comparazione del regime normativo in argomento con

quello per il caso di risoluzione della concessione di costruzioni e gestione.

È certamente noto al Collegio che pur raccordandosi con la disciplina della concessione, il *PF* configura nell'ambito di essa una sorta di *ius singulare*, tuttavia l'interprete non può mancare di appuntare che nella concessione di costruzione e gestione – e in modo non dissimile nel contratto di appalto – mancando una normativa di diritto speciale per i casi di inadempimento della PA – superfluo dire che sono regolati solo la revoca nonché la risoluzione per inadempimento del privato – trova applicazione la disciplina di diritto comune secondo la funzione integrativa garantita dall'art.2 D.lgs 163/2006 che dispone “*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art.1 si svolge nel rispetto altresì delle disposizioni stabilite dal codice civile*”.

Ebbene essendo quindi garantita la integrale funzione reintegrativa del danno subito nelle ipotesi di concessione assumerebbe valore distonico rispetto al sistema concepito dal Codice – tenuto conto che la distinzione tra concessionario e promotore è data solo dalla funzione dell'investimento finanziario – un'interpretazione della norma in argomento diversa e più ristretta rispetto a quella ammessa dal Collegio.

Il ricorso alla interpretazione logico-sistematica della lettera c dell'art. 158 fin qui seguita è peraltro scelta imposta dalla inidoneità dell'interpretazione letterale a pervenire ad un ragionevole *conclusum*. La funzione della norma in scrutinio è quella di dettare la disciplina regolatrice del contrasto nascente dalla risoluzione del contratto per colpa del concedente, funzione che può dirsi raggiunta solo se, all'esito della sua applicazione, si pervenga ad un regolamento certo e giusto. Non così avviene nella specie ove si attribuisca, come proposto dal Comune, al lemma “ovvero” valore di congiunzione disgiuntiva. All'indicata

lettura consegue la formulazione di due ipotesi alternative per le quali al concessionario spetti o il 10% del valore delle opere ancora da eseguire o il 10% dei ricavi del servizio ancora da gestire. Per tale via, intanto, il contrasto tra le parti non potrebbe essere risolto in quanto la norma non dispone quale delle due parti abbia il potere della scelta né questa potrebbe essere demandata al giudice impedito dalla mancanza di disposizione normativa sul punto. A conclusione non meno irragionevole si perviene, d'altra parte, ove si ritenga che la scelta sia stata operata dal legislatore con la previsione di ipotesi non solo alternative ma anche successive con l'implicita conseguenza che vada fatta applicazione della prima ipotesi (esistenza di opere da completare) che sarebbe prevalente ed escludente la seconda (servizio ancora da esercire) e della seconda solo al verificarsi della inesistenza di opere da completare. Una siffatta applicazione condurrebbe, peraltro, a riconoscere al concessionario, se sia rimasto il 10% delle opere da completare, solo il 10% del valore delle stesse e non altro. Ove, invece, non ci fossero opere da completare, in applicazione della seconda ipotesi normativa, egli avrebbe diritto ad un indennizzo pari al 10% dei ricavi del servizio non esercito. L'indicata lettura conduce, dunque, ad un irragionevole approdo perché opera una disparità di trattamento in ragione di una circostanza (conclusione delle opere) del tutto irrilevante o al più marginale al fine della quantificazione del danno subito e per di più attribuendo il trattamento migliore a chi, avendo completato le opere, ha già conseguito, con l'esecuzione delle stesse, il guadagno almeno del 10%, al quale somma l'indennizzo sul servizio non esercito, indennizzo negato a chi le opere non abbia ancora completato anche per quantità minima. L'indicata interpretazione conduce, dunque, a dubitare della costituzionalità della norma, questione che qui non si raccoglie aderendo al principio più volte sancito dalla Corte (sentenze nn. 356 del 1996, 308 del 2008; ordinanze nn. 85 e 464 del 2007, 15 del 2011) per il quale la questione sussiste non

quando della norma sia possibile una interpretazione non conforme a Costituzione ma solo quando della stessa non sia possibile una interpretazione ad essa conforme, quale quella fin qui seguita, principio che fonda l'obbligo del giudice di operare una interpretazione adeguatrice (sentenze nn. 322 e 432 del 2007; ordinanze nn. 226 del 2008 e 146, 310 e 338 del 2009, 110, 192 e 322 del 2010, 15 e 101 del 2011).

Pertanto il Collegio conclude nel senso di non individuare alcuna ipotesi di conflitto tra norme alla base dell'eccezione di nullità avanzata dal Comune.

Ravvisa il Collegio che la questione circa la corretta esegesi della norma legale, lasciando esclusa l'ipotesi di contrasto tra norma legale e norma pattizia, esime il Collegio dallo scrutinio circa la natura imperativa della norma legale.

L'eccezione di nullità deve restare disattesa.

B. QUESTIONE CIRCA L'ESISTENZA DEL DANNO PER I COSTI SOSTENUTI DAL CONCESSIONARIO E SUA DETERMINAZIONE

Il Collegio passa in rassegna la domanda risarcitoria della Società con riferimento ai costi sostenuti al fine della verifica circa l'esistenza del danno e la sua corretta quantificazione.

La questione del rimborso dei costi è stata esposta dalla Società con riferimento all'art.25, comma 2, lettera a) Convenzione che coincide con l'art.158, comma 2, lettera a), D.lgs 163/2006. Nel contraddittorio delle parti la questione è stata sempre dibattuta con riguardo a detta clausola pattizia e normativa.

Ritiene il Collegio che la questione vada invece riferita all'art.25, comma 2, lettera b), seconda parte (*“altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione”*). Convenzione che coincide con l'art.158, comma 2, lettera b), D.lgs 163/2006. Invero la diversa sussunzione, ad avviso del Collegio, si fonda sul fatto che *‘i costi effettivamente sostenuti dal concessionario’*

di cui alla lettera a) appaiono più verosimilmente quelli relativi esclusivamente alla realizzazione delle opere, oggetto di detta clausola; ed infatti nella clausola c'è una esatta ed espressa correlazione tra *“il valore delle opere realizzate ..., nel caso in cui l'opera non abbia superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario”*. È certo invece nel caso di specie che le opere non sono state realizzate neppure in parte e che nessun costo è stato sostenuto dal concessionario con riguardo alla realizzazione.

L'esame delle voci di costo oggetto di domanda, della documentazione di supporto nonché del contenuto del confronto processuale e tecnico delle parti sulla questione convincono il Collegio che la più corretta sussunzione sia quella dell'art.25, comma 2, lettera b) Convenzione coincidente con l'art.158, comma 2, lettera b), Dlgs 163/2006.

Siffatta precisazione non muta la natura ed il carattere del rimborso assicurato dalla norma che infatti dispone che al Concessionario vadano riconosciuti *‘gli altri costi sostenuti e da sostenere in conseguenza della risoluzione’*.

Entrando nel merito della questione il Collegio deve tener conto delle risultanze della impegnativa istruttoria condotta sul punto sulla base della ponderosa documentazione allegata alla Relazione tecnica prodotta dalla Società con la seconda memoria difensiva, depositata il 10 settembre 2019.

Il Collegio ha incaricato il CTU del vaglio di siffatte voci di costi ed il Consulente, nella sua Relazione del 22 gennaio 2021, dedica un'ampia esposizione alla questione (paragrafo 4.2.1, pagg.35-36; paragrafo 4.2.2. pagg.37-47) nel corso della quale il Consulente riferisce anzitutto che *“La richiesta della Società concessionaria è esposta e provata con gli allegati alla relazione tecnica prodotta (all.n.4 II memoria/Agorà), specificatamente nell'allegato O e nei tomi dal n.1 al*

n.20”.

Il Consulente, dopo aver passato in rassegna e descritto le categorie di cui si compongono le singole voci di costo, perviene alla quantificazione dell'importo di euro 5.618.423,53 per l'edilizia pubblica oltre all'importo di euro 1.124.060,00 per l'edilizia privata.

Nella Relazione il Consulente riferisce e prende posizione in ordine alle osservazioni mosse dai periti di parte nel subprocedimento peritale, osservazioni peraltro riprodotte nelle difese conclusive delle parti.

Il Collegio anzitutto deve evidenziare che per quanto riguarda la domanda di rimborso dei costi, nel corso del processo, anche all'esito delle risultanze della Relazione del CTU, le parti sono pervenute ad una non indifferente coincidenza di posizione, poiché a fronte del valore complessivo della domanda ridotta nella memoria conclusiva della Società ad euro 6.742.483,53, il Comune nella propria memoria conclusiva ha riconosciuto ammissibili costi fino ad euro 4.008.531,46.

Il Collegio agevolmente può individuare la residua distanza con riferimento (i) alle spese indirette ed (ii) alle spese per l'edilizia privata.

Ed invero sono i due elementi della quantificazione di distanza tra le parti sui quali il CTU ha fornito una ricostruzione alternativa, non mancando di fornire lumi di convincimento per la soluzione definitiva riservata al Collegio.

Il CTU infatti sulla questione delle spese indirette esprime parere favorevole, osservando che la norma non opera alcuna distinzione tra costi diretti ed indiretti e soprattutto riferisce che “...nel caso in esame non sono emerse attività poste in essere da Agorà 6 diverse da quelle previste dalla concessione” (pag.36 Relazione) sicché il Collegio si convince che tutti i costi indiretti sostenuti dalla concessionaria debbano essere riconosciuti anche tenuto conto che la corretta sussunzione di siffatti costi sotto l'art.25, lettera b) impedisce che in caso di

risoluzione della convenzione costi quali le spese di contratto, le garanzie prestate, organizzazione e funzionamento della società di progetto non debbano trovare riconoscimento poiché sono strettamente funzionali all'esecuzione della Convenzione e resterebbero altrimenti a carico del concessionario esente da colpa per la risoluzione della Convenzione stessa.

Con riguardo invece alle spese per l'edilizia privata il CTU ha espresso (pag.35 Relazione) due dati tecnici che convincono il Collegio della spettanza del rimborso anche di dette spese: la interconnessione sul piano tecnico urbanistico tra le opere di edilizia privata e le opere pubbliche; la necessaria contestualità delle progettazioni pubblica e privata per il rispetto dei tempi ristretti previsti nel PEF.

Il Collegio pertanto, sulla base dei riscontri probatori e del vaglio tecnico del CTU, che risulta adeguatamente motivato e dal quale non c'è ragione di discostarsi, riconosce che la Società ha sopportato costi per l'importo di euro 6.742.483,53 che devono essere oggetto di rimborso da parte del Comune ai sensi dell'art.25, comma 2, lettera b) Convenzione, in modo conforme alla norma di legge di identico contenuto.

C. QUESTIONE CIRCA L'ESISTENZA DEL DANNO DA MANCATO GUADAGNO DEL CONCESSIONARIO E SUA DETERMINAZIONE

Chiarita la questione relativa all'astratta configurabilità presente nella norma pattizia, in armonia con la norma legale, di un mancato guadagno sulle opere e sui servizi, il Collegio deve scendere sul piano concreto e valutare l'effettivo pregiudizio subito dal concessionario nelle due distinte sfere in cui si sarebbe prodotto il risultato dell'operazione secondo la rappresentazione del PEF.

Non vi è dubbio che il PEF costituisca il documento su cui si concentra la determinazione del Collegio non solo e soltanto perché la norma pattizia e/o legale compie ad esso espresso rinvio ma soprattutto perché è certo che costituisce sotto il

piano logico-giuridico lo schema economico-finanziario dell'operazione secondo la prospettazione stessa del promotore; siffatto schema che non può che costituire il cardine di valutazione nella ipotesi di determinazione del danno conseguente al fallimento incolpevole per il promotore dell'operazione medesima.

Il Collegio ha quindi incaricato il CTU di condurre una vera e propria ricostruzione dell'operazione sulla base delle prospettazioni economico-finanziarie contenute nel PEF 2010 e nella Relazione è emerso un quadro assai chiaro, ragionato e utile a formare il convincimento del Collegio circa la sussistenza di un danno da mancato guadagno che il concessionario ha subito in relazione sia alla mancata realizzazione delle opere sia alla mancata gestione dei servizi.

In disparte la già definita questione interpretativa della norma ammissiva del mancato guadagno dei due plessi economici dell'operazione, appare necessario anzitutto escludere che nel caso concreto il riconoscimento del mancato utile sui servizi possa costituire una duplicazione del danno rispetto a quello sulle opere. Invero il rilievo su cui il insiste Comune, cercando di cavalcare quella riflessione, priva di rango scientifico, che il CTU aveva lasciato nella Relazione (senza peraltro che ciò abbia impedito al CTU di proporre, con valore invece tecnico-scientifico, una ricostruzione analitica dei ricavi di gestione) non ha alcun merito sotto il piano logico-giuridico.

Ed invero dalla lettura del PEF (pagg.2 e 3), come confermata dal CTU (pag.17-20 Relazione), emerge che l'investimento del promotore veniva coperto in parte dal contributo del Comune (mediante gli strumenti della cessione delle aree e dell'edilizia convenzionata) ed in parte proprio dalle utilità della gestione i cui ricavi esposti nel PEF erano capaci di ricomprende ogni fattore economico negativo e garantire un utile al promotore. Al contempo la stessa lettura del PEF, come condotta dal CTU (pag.15) nonché della Convenzione (artt.4, 18, 20 e 22),

convince che la voce 'Lavori' esposta negli impegni di capitale (pagg.2 e 3 del PEF) deve farsi coincidere con il valore delle opere e non con il costo nudo dei lavori, valore che pertanto è equiparato al corrispettivo d'appalto e quindi ricomprende anche l'utile. In breve l'operazione, secondo la perfetta logica del *PF*, nell'equilibrio del PEF, consentiva al promotore di conseguire l'utile sui ricavi della gestione e al contempo faceva conseguire l'utile sul valore delle opere proprio per il fatto stesso che l'impiego di capitale (per la cui funzione era stato fatto l'investimento recuperato dai ricavi della gestione oltre che dal contributo del Comune) non considerava il costo dei lavori bensì il valore delle opere e quindi ammetteva il recupero sia del costo sia dell'utile sulla costruzione.

Con riferimento alla quantificazione del mancato guadagno il Collegio apprezza la ricostruzione che il CTU offre nella Relazione (paragrafo 4.2.3. e anche 4.2.6. e 4.2.7.) che deve essere vagliata partitamente con riferimento al mancato utile sulle opere e a quello sui servizi.

Con riferimento alle opere, il CTU assume il valore complessivo delle opere esposte nel PEF 2010 e sottrae il valore dell'opera costituita dal parcheggio provvisorio e perviene all'importo di euro 84.162.975,00 su cui applica il parametro del 10% di indennizzo pari ad euro 8.416.297,50.

Si deve riferire che su siffatta conclusione si registra il rilievo critico del Comune relativo alla mancata sottrazione dal valore complessivo delle opere di quelle cosiddette 'fredde'. Tuttavia il CTU, ancor prima nella Bozza di Relazione e poi nella Relazione definitiva, in occasione della risposta alle Osservazioni del perito del Comune, ha ribadito la valutazione unitaria delle opere oggetto di concessione e ha precisato che la distinzione tra opere calde e opere fredde restava rilevante ai soli fini della modalità di pagamento del corrispettivo.

Il Collegio ritiene che il ragionamento del CTU, munito di crisma tecnico-

scientifico ed adeguatamente motivato risulti convincente e debba restare accolto e condurre al riconoscimento in favore della Società dell'importo di euro 8.416.297,50 a titolo di mancato guadagno sul valore delle opere.

Con riferimento ai servizi, il CTU espone il metodo della sua indagine, i cui valori sono stati estratti dal PEF e con riferimento alle opere calde infatti lo stesso CTU aveva escluso che i ricavi relativi alle cessioni immobiliari, previsti nel PEF senza alcun ricarico rispetto al valore di stima, possano essere annoverati tra i servizi e concorrano a determinare l'importo su cui calcolare l'indennizzo da mancato guadagno. Peraltro nell'Appendice D alla Relazione il CTU raccoglie e sintetizza le voci dei ricavi, per categoria e per annualità fino al termine della concessione (anno 2037) per il complessivo importo di euro 110.084.125,00. Pervenuto a questo valore il CTU procede ad attualizzare l'importo alla data di inizio del periodo di esercizio e perviene all'importo di euro 39.646.551,97 sul quale applica il parametro del 10% pervenendo così all'importo di euro 3.964.655,20 per il mancato guadagno sui servizi.

Si deve anche in tal caso riferire che su siffatta conclusione non si registra alcun appunto del Comune ma invece una forte censura da parte della Società con riferimento alla scelta da parte del CTU di adottare l'attualizzazione. Sul tema, che ha natura squisitamente tecnico-scientifica anche di carattere finanziario, il CTU, in occasione della risposta alle Osservazioni del perito della Società nella Relazione definitiva ed ancora nella discussione svolta nell'udienza del 24 marzo 2021, nel contraddittorio anche con i periti di parte, ha ribadito la necessità del ricorso al metodo dell'attualizzazione dei ricavi quale strumento di adeguamento dei valori economici che si verificano nel tempo (periodo di 27 anni della concessione) ed ha trattato ed escluso la percorribilità (i) di utilizzare una data di attualizzazione diversa da quella dell'epoca a cui il PEF risale, (ii) di utilizzare un tasso diverso da

quello accolto nel PEF.

Il Collegio ritiene che gli argomenti spesi dal CTU, risultino immuni da vizi ed adeguatamente articolati e motivati, ed appaiano convincenti e sono idonei ad essere recepiti ai fini della determinazione del mancato guadagno sul valore dei servizi che il Collegio, quindi, riconosce in favore della Società nell'importo di euro 3.964.655,20.

D. QUESTIONE CIRCA LA RILEVANZA DA ATTRIBUIRE AL RISULTATO ECONOMICO DELLA GESTIONE DEL PARCHEGGIO PROVVISORIO

Il Collegio, deve esaminare la questione sollevata dal Comune con riferimento all'eccezione di compensazione relativa al parcheggio provvisorio, questione che non è stata decisa da questo Collegio in occasione del lodo parziale né che può dirsi assorbita e/o superata dalle statuizioni in esso contenute.

Anzi il Collegio in occasione dell'ordinanza istruttoria con la quale è stata disposta la Consulenza tecnica ha appuntato la questione tanto che i quesiti conferiti al CTU comprendevano la verifica *“dei dati e dei valori riportati negli scritti di parte attrice ...nonché dei circostanziati rilievi sul quantum esposti da parte convenuta negli scritti difensivi”*.

Il Collegio conosce la questione dalla narrazione degli scritti del Comune che chiede che nella valutazione dell'indennizzo della Società vadano tenuti in conto in detrazione i proventi costituiti dalla gestione del parcheggio provvisorio. Si tratta dell'opera costituita dal parcheggio provvisorio al servizio del Tribunale di Napoli sulla quale sin dalla originaria formazione del contraddittorio è rimasto pacifico tra le parti che il parcheggio è stato progettato, realizzato e gestito dalla Società, con sopportazione dei costi di realizzazione e gestione e conseguente incasso esclusivo dei proventi della gestione.

Il tema del parcheggio provvisorio è stato esaminato dal CTU che ne fa

illustrazione nella sua Relazione (paragrafo 4.2.4. pagg.49-53), mettendo in luce i seguenti dati ed elementi interessanti per la decisione sul punto:

- il parcheggio è stato progettato e realizzato e poi successivamente ampliato ed è stato gestito da Agorà fino al momento della presa in gestione da parte di ANM in data 3 agosto 2020;
- dal PEF 2010 gli oneri della realizzazione del parcheggio sono stati considerati nell'ambito dell'importo dei lavori;
- il parcheggio si inserisce nell'intervento oggetto di causa;
- la compensazione tra costi e ricavi secondo la previsione di Agorà era di breve durata per gli anni 2009/2010 rispetto alla effettiva durata di gestione protratta fino al 3 agosto 2020;
- i ricavi del parcheggio sono stati tratti dai bilanci della Società;
- i costi di progettazione e costruzione del parcheggio sono distinti e non sono stati considerati nel rimborso dei costi generali.

La conclusione del CTU circa una differenza tra costi e ricavi – autonoma da tutti gli altri costi e ricavi considerati nella Relazione – relativi al parcheggio provvisorio perviene all'importo di euro 1.337.937,23 (per maggiori ricavi) che sintetizza la ricostruzione contabile e l'analitico esame dei costi per categorie nelle Appendici E/1 ed E/2 allegate alla Relazione.

Peraltro le conclusioni del CTU sul tema del parcheggio provvisorio non sono state oggetto di rilievi critici delle parti la cui contesa sul punto è concentrata solo sulla questione se detti ricavi debbano o meno essere tenuti in conto nella determinazione del quantum.

Sulla base della chiara e convincente ricostruzione condotta dal CTU, rimasta priva di censure, circa il perimetro ed il contenuto della prestazione relativa al parcheggio provvisorio ed ai suoi riflessi di natura economica, il Collegio ritiene

che la interazione tra i ricavi del parcheggio provvisorio e l'indennizzo a titolo di mancato guadagno presenta tutti i caratteri distintivi dell'istituto della *compensatio lucri cum damno*, secondo la ricostruzione dell'istituto offerta di recente dalla pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. S.U. n.12564/2018).

Infatti il Collegio ravvisa che ricorra la *compensatio* proprio perché tanto il pregiudizio quanto l'incremento discendono entrambi con rapporto immediato e diretto dallo stesso fatto restando escluso che il beneficio della Società sia frutto di scelte autonome del danneggiato o come l'effetto di eventi che si sarebbero in ogni caso prodotti a prescindere dall'illecito.

Pertanto il Collegio in ossequio al principio di cosiddetta indifferenza (il risarcimento non può creare nel danneggiato un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito) deve riconoscere la detraibilità del lucro quantificato in modo analitico ed adeguatamente motivato dal CTU, senza censure delle parti, nell'importo di euro 1.337.937,23.

Per effetto dell'operare della *compensatio* il Collegio deve ammettere che essa opera sull'indennizzo per mancato guadagno e concorre alla sua riduzione nell'importo corrispondente al valore della *compensatio* e fa pervenire al minor valore di euro 11.043.015,50 (euro 8.416.297,50 + euro 3.964.655,20 - euro 1.337.937,23) che costituisce l'effettivo mancato guadagno in applicazione della norma, epurato della componente lucrativa che lo stesso illecito ha generato.

E. QUESTIONI SULLA DOMANDA ACCESSORIA

Resta ora da valutare la domanda accessoria collegata al riconoscimento del rimborso dei costi sostenuti e dell'indennizzo a titolo di mancato utile.

Ebbene il Collegio ha esaminato le articolate ed assai divergenti posizioni che le parti hanno assunto sulle diverse questioni e:

quanto al rimborso dei costi sostenuti ritiene il Collegio che detta somma

costituisca debito sul quale riconoscere gli interessi legali, con esclusione motivata delle alternative ipotesi (i) di praticare i tassi di cui al D.lgs 231/2002 poiché ammissibili nell'appalto pubblico con riferimento solo ai crediti di natura corrispettiva; (ii) di applicare l'art.1284, comma 4, cod. civ. in assenza di una originaria natura pecuniaria dell'obbligazione che resta esclusa nel caso di specie.

Gli interessi andranno riconosciuti dalla data della domanda fino a quella dell'effettivo soddisfo.

quanto all'indennizzo da mancato guadagno come ridotto per effetto della compensatio lucri cum danno ritiene il Collegio che detta somma costituisca debito sul quale riconoscere la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sulla somma via via rivalutata secondo gli insegnamenti in materia di risarcimento da illecito contrattuale.

La rivalutazione e gli interessi andranno riconosciuti dalla domanda fino alla data della pronuncia mentre da detta data decorreranno gli interessi legali.

F. DISCIPLINA DELLE SPESE

In considerazione della soccombenza reciproca, ma prevalente del Comune (pure in ragione della riduzione della domanda operata in corso di giudizio da Agorà), il Collegio ritiene sussistenti le condizioni per compensare solo parzialmente, ossia nei limiti di un terzo, le spese di difesa (come quantificate in dispositivo) nonché le spese di funzionamento del Collegio e degli onorari degli Arbitri, ponendole per i residui due terzi a carico del Comune.

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale, definitivamente pronunciando:

- 1) dichiara ammissibile e rigetta nel merito l'eccezione di nullità sollevata dal Comune di Napoli in relazione all'art.25, comma 2, lettera c) della Convenzione;

- 2) in accoglimento parziale della domanda attrice, riconosce il Comune di Napoli responsabile del pregiudizio patito dalla Società in conseguenza della risoluzione per inadempimento della Convenzione e dichiara lo stesso Comune di Napoli tenuto al risarcimento del danno in favore della Società Agorà s.p.a. quantificato (a) nell'importo di euro 6.742.483 a titolo di rimborso dei costi sostenuti, oltre (b) nell'importo di euro 12.380.952,70 a titolo di indennizzo per risarcimento per mancato guadagno rispettivamente per euro 8.416.297,50 e per euro 3.964.655,20 sulle opere e sui servizi, secondo quanto espresso in motivazione;
- 3) accoglie l'eccezione di cui al punto 7 delle conclusioni esposte nella prima memoria difensiva del Comune di Napoli, relativa ai ricavi di gestione del parcheggio provvisorio e accerta che la Società Agorà ha acquisito un vantaggio economico quantificato nell'importo di euro 1.337.937,23, che riduce, fino alla concorrenza di detto importo, il valore del risarcimento per mancato guadagno;
- 4) per l'effetto, condanna il Comune di Napoli al pagamento in favore della Società Agorà S.p.A. dell'importo di euro 6.742.483,00, a titolo di rimborso dei costi sostenuti, oltre agli interessi legali dalla data della domanda alla data del soddisfo;
- 5) condanna altresì il Comune di Napoli al pagamento in favore della Società Agorà S.p.A. dell'importo di euro 11.043.015,50 – quale differenza tra il valore del risarcimento per mancato guadagno ed il vantaggio economico acquisito di cui al precedente punto 3) – oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali sulla somma rivalutata dalla data della domanda alla data della presente pronuncia ed altresì ai soli interessi legali dalla presente pronuncia sino alla data del soddisfo;

6) compensa tra le parti le spese di difesa nonché le spese di funzionamento del Collegio e degli onorari degli Arbitri nei limiti di un terzo, ponendole per i residui due terzi a carico del Comune e quantificando quelle di difesa, nella predetta misura di due terzi, in € 50.000,00 per compensi, oltre alle spese generali (15%) e agli altri accessori di legge se e in quanto dovuti, nonché ponendo nella predetta misura di due terzi a carico del Comune le spese e gli oneri di legge compreso il contributo previsto dall'art.209, comma 12, Codice dei Contratti pubblici; compensa sempre nella stessa misura di un terzo le spese di Consulenza Tecnica d'Ufficio, ponendo i residui due terzi a carico del Comune, rispetto alla quantificazione complessiva riservata alla decisione della Camera Arbitrale.

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

Così deciso dal Collegio all'unanimità, con la partecipazione di tutti gli Arbitri nelle conferenze tenute in videoconferenza su piattaforma telematica nei giorni 1 aprile, 9 aprile, 16 aprile, 30 aprile, 7 maggio e 28 maggio 2021 nonché in conferenza personale il 31 maggio 2021; e, quindi, letto, confermato e sottoscritto da ciascun componente del Collegio Arbitrale nelle date indicate al fianco di ciascuna sottoscrizione.

Avv. Gregorio Critelli	Presidente
Avv. Antonio Lamberti	Arbitro
Avv. Prof. Nicola Rascio	Arbitro

Data di deposito 7 giugno 2021