



CORTE DI APPELLO DI LECCE

prima sezione civile

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

La Corte di Appello riunita in camera di consiglio nella seguente composizione

Dr.Riccardo Mele presidente est.

Dr.Maurizio Petrelli consigliere

Dr.ssa Virginia Zuppetta consigliere

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n° 956 del ruolo generale delle cause dell'anno 2022

TRA

Parte_1 (C.F. *P.IVA_1*) rappresentato e difeso dall'avv.Ernesto Sticchi Damiani
e dall'avv.Lucio Longo

APPELLANTI

Controparte_1 **P.I.** *P.IVA_2*),

Controparte_2 (**P.I.** *P.IVA_3*), entrambe rappresentate e difese
dall'avv.Marcello Marcuccio e dall'avv.Roberto Fersini

APPELLATE

nonché

Controparte_3

[...]

[...]

Controparte_4

Controparte_5

[...]

CITATI PER EVENTUALE INTERVENTO VOLONTARIO

CONTUMACI

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

I fatti che hanno dato luogo al processo sono come di seguito esposti nel lodo oggetto di impugnazione:

“con ricorso notificato il 23 ottobre 2020 la società Controparte_1 e la società Parte_2 esponevano che: a) con domanda di arbitrato, notificata al comune di Parte_1 in data 10 dicembre 1998, avevano sottoposto al costituendo collegio arbitrale, tra gli altri, i seguenti quesiti: “quesito n.1: dica il collegio arbitrale se e in quale misura i richiamati provvedimenti del Parte_3 per l'emergenza rifiuti hanno alterato l'equilibrio contrattuale ... individuando l'entità dell'indennizzo che spetterebbe” oltre accessori “rappresentati dalla svalutazione monetaria e dagli interessi” “e ciò ai soli ed esclusivi fini dell'individuazione dei parametri necessari per la fissazione del termine di durata della proroga”; “quesito n.2: dica il collegio arbitrale se, in conseguenza di quanto accertato in risposta al precedente quesito n.1, il Parte_1 sia tenuto ... a riequilibrare il sinallagma contrattuale ... per il solo tramite della proroga del termine di scadenza della concessione ed individui l'entità di tale proroga; b) che con lodo del 9 novembre 2010, divenuto definitivo per mancata impugnazione, il collegio arbitrale aveva dichiarato che “la somma occorrente per riequilibrare il sinallagma contrattuale ammontava ad euro 11.325.489,68, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali quantificati in euro 1.019.986,33” riconoscendo il contempo che il riequilibrio del sino al poteva essere ripristinato mediante una proroga del termine di scadenza della concessione per 27 anni e sei mesi. Le società istanti riferivano, altresì, che, non avendo il Parte_1 inteso di dare esecuzione al suindicato lodo arbitrale, avevano instaurato il giudizio di ottemperanza davanti al Tar del Lazio, che, rilevando che il lodo arbitrale conteneva una pronuncia di accertamento insuscettibile di esecuzione, aveva rigettato una domanda con sentenza n. 4525 del 2015, successivamente confermata dal consiglio di Stato. Le ricorrenti deducevano, quindi: a) di avere adito con ricorso ex articolo 702 bis c.p.c. il giudice ordinario per l'attuazione del proprio diritto al ripristino dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto contrattuale concessorio con conseguente condanna del Parte_1 al pagamento della somma di euro 11.325.428,68 per sorte capitale ed euro 1.019.986,33 per accessori nonché dell'importo corrispondente all'ulteriore risarcimento dei danni oltre rivalutazione ed interessi legali; b) che nel giudizio instaurato davanti al tribunale il Parte_1 aveva eccepito l'inammissibilità delle domande proposte nei suoi confronti in quanto rientranti nella cognizione arbitrale in esecuzione della clausola compromissoria contenuta nella

convenzione di concessione rep. N. 472/1999, così come integrata e modificata dalla convenzione rep. n. 1028/2009;
c) che l'adito tribunale, dando atto dell'esistenza della clausola compromissoria a cui aveva fatto riferimento il [...]

Parte_1 , indicava la competenza arbitrale ai fini dell'esame della domanda di condanna al pagamento delle somme occorrenti per il ristabilimento del riequilibrio del sinallagma contrattuale. Le società Parte_4

[...] dichiarando, quindi, il proprio interesse ad ottenere dal costituendo collegio arbitrale, la condanna del [...]

Parte_1 al ripristino del sinallagma contrattuale nei termini e modalità risultanti dal lodo 9 novembre 2010 definitivo per mancata impugnazione, rilevando che, quando alla misura è quantificazione dell'accertato equilibrio conseguente ai maggiori costi ed oneri sostenuti dalle concessionarie nell'esecuzione del servizio, oggetto della concessione tali maggiori costi di investimento e gestione ammontavano ad euro 11.325.488,68. Tutto ciò premesso, le società ricorrenti dichiaravano di voler dare corso al procedimento arbitrale per ottenere le declaratoria di condanna del [...]

Parte_1 al pagamento delle somme riconosciute con il lodo del 9 novembre 2010 nella misura di euro 11.325.488,68 sorte capitale ed euro 1.019.986,33 per accessori, nonché delle ulteriori somme spettanti "a titolo di risarcimento dei danni causati dalla svalutazione monetaria oltre agli interessi dalla data degli eventi denunciati" e "degli ulteriori danni causati dalla mancata disponibilità delle somme" accertate come dovute. Il Parte_1 con memoria di replica depositata il 21 giugno 2021 resisteva alle domande avanzate nei suoi confronti. Precise dalle parti le conclusioni, la causa veniva riservata per la decisione. Con il lodo non definitivo del 7.2.2022 venivano esaminate e decise, con pronuncia di rigetto, le eccezioni dedotte dall'Amministrazione resistente riguardanti la composizione del Collegio Arbitrale (e precisamente le asserite incompatibilità del presidente del collegio, l'affermata nullità del procedimento di nomina del secondo arbitro nominato dal presidente del tribunale, la dedotta incompatibilità del secondo arbitro nominato dal presidente del tribunale e da ultimo la asserita illegittimità del procedimento di nomina del presidente del collegio effettuata dal presidente del tribunale)".

Con lodo definitivo pronunciato il 28 luglio 2022 il collegio arbitrale rigettò e ritenne infondate:

- l'eccezione di litispendenza sollevata con riferimento al giudizio iniziato innanzi al tribunale di Lecce per ottenere il ripristino dell'equilibrio sinallagmatico e la condanna al pagamento delle somme riconosciute come dovute;
- la questione relativa alla non compromettibilità della controversia introdotta con il lodo, trattandosi di controversia in materia di concessione di servizi pubblici per la quale il ricorso all'arbitrato era vietato ai sensi della l.n.205/00 con riferimento alle convenzioni stipulate in data anteriore alla sua entrata in vigore;
- la dedotta inefficacia della clausola arbitrale per il decorso di dieci anni dall'inizio della gestione del servizio da parte delle società ricorrenti, con conseguente scadenza della concessione, come, peraltro accertato dal TAR Lecce con sentenza n.1492/19;

- la inammissibilità dell'arbitrato in difetto di autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, autorizzazione richiesta dall'art.1 comma 19 l.n.190/12;
- difetto di legittimazione passiva del comune, legittimazione passiva che andava individuata in capo al commissario regionale per l'emergenza ambientale o al consorzio ATO/Le1 o ancora ad CP_5 il secondo subentrato nella titolarità del contratto cui CP_5 è succeduta dopo la sua messa in liquidazione.

Nel merito della causa il collegio arbitrale accolse la domanda e condannò il Pt_1 al pagamento di € 11.325.488,68 e di € 1.019.986,33 in favore delle società ricorrenti, nonché al pagamento del compenso in favore degli arbitri e delle spese processuali in favore delle società ricorrenti.

Avverso la sentenza parziale e quella definitiva il Pt_1 ha proposto appello fondato sui motivi che saranno di seguito esaminati ed ha concluso chiedendo dichiararsi, in via principale, l'inesistenza dei due lodi e, in via subordinata, la nullità degli stessi, con la revoca, in sede rescissoria, della statuizione di condanna, con vittoria delle spese di lite.

Si sono costituite Parte_4 resistendo alla impugnazione della quale hanno chiesto il rigetto con conferma delle due pronunce assunte all'esito dell'arbitrato.

All'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni le parti hanno concluso riportandosi alle richieste rassegnate nei propri precedenti scritti difensivi e la corte, concessi termini ex art.190 cod.proc.civ. per il deposito di memorie conclusive, ha riservato la decisione.

Facendo seguito alla richiesta tempestivamente formulata da entrambe le parti, le stesse hanno rinnovato la richiesta di discussione con le memorie di replica.

Fissata udienza ed esaurita la discussione orale al termine della quale ciascuna parte ha tenuto ferme le conclusioni già rassegnate, la corte ha nuovamente riservato la decisione.

Con il primo motivo di appello – rubricato “*violazione degli artt.99, 100 e 324 cod.proc.civ.; violazione art.24 Cost.; violazione art.2907 e art.2909 cod.civ.; violazione art.143 comma 8 del codice dei contratti pubblici (D.l.vo 12.4.2006 n.163); violazione artt.101 102 cod.proc.civ. con riferimento all'art.829 cod.proc.civ. nn.1, 2, 3, 4 e 9*” – l'appellante censura la decisione degli arbitri nella parte in cui “*ha rigettato l'eccezione di 'non compromettibilità' della controversia, di competenza, invece, del Giudice amministrativo, assumendo che tale eccezione doveva essere posta nel procedimento arbitrale che aveva portato al lodo del 09.11.2010 o in sede di impugnazione dello stesso davanti alla Corte di Appello*”. Osserva il comune che l'eccezione sollevata avrebbe potuto anche essere rilevata d'ufficio e che il contratto concluso tra il comune e gli appellati era un tipico contratto pubblico ex art.3 d.l.vo n.50/16 necessariamente preceduto da gara mediante pubblico incanto o

licitazione privata. Lamenta l'appellante che il collegio ha ommesso di verificare *“se rispondeva al vero che vi era ormai un lodo definitivo che avesse accertato un credito delle ricorrenti, da potersi imputare come correlativo obbligo del comune (...) e, quindi, possibile oggetto di una pronuncia di condanna al pagamento”*. Rileva come:

- il comune aveva eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto all'azione di condanna;
- il collegio arbitrale non si fosse preoccupato di verificare se *“si fosse veramente consumato un giudicato circa un credito che potesse essere prodromico ad altra sentenza di condanna”*, verifica per la quale sarebbe bastato, senza alcuna difficoltà, *“esaminare compiutamente il precedente giudizio arbitrale”*;
- le stesse ricorrenti avessero fatto presente che le modifiche sostanziali al progetto presentato in sede di gara – ed in ragione delle quali era stato richiesto un riequilibrio nel sinallagma contrattuale - erano derivate da una serie di *“circostanze e provvedimenti del commissario delegato per l'emergenza ambientale della CP_5”* rispetto alle quali il comune era del tutto estraneo;
- il Pt_1 e le società appellate avessero modificato la clausola compromissoria contenuta nella convenzione stipulata nel 1999 e come, conseguentemente, le società appellate avessero modificato i quesiti contenuti nella domanda di arbitrato già in precedenza introdotta, nel senso di escludere la domanda di condanna, limitando la richiesta ad una pronuncia di accertamento dell'indennizzo loro spettante e della proroga della durata del contratto tale da *“riequilibrare il sinallagma contrattuale, sotto il profilo economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, per il solo tramite della proroga del termine della scadenza della concessione”*, individuando l'entità della proroga. La domanda era quindi finalizzata ad ottenere dagli arbitri una decisione che accertasse *“l'entità della indennità dovuta onde poter stabilire gli anni di proroga del contratto necessari a riequilibrare il sinallagma contrattuale”*, tanto nei limiti di quanto previsto dall'art.143 comma 8 d.l.vo n.163/06 che accorda una tutela solo mediante la proroga della durata del contratto e non attraverso il pagamento di una somma di denaro.

Con il secondo motivo – rubricato *“sulla nullità della clausola compromissoria; sulla non compromettibilità della controversia; violazione dell'art.5 legge n.1034 del 1971; inesistenza e/o nullità del lodo parziale e definitivo, con riferimento all'art.829 cod.proc.civ. nn.1, 3 e 4”* – il comune censura i lodi rilevando come, nel caso di specie, vertendosi in materia di concessione e gestione di opere pubbliche perfezionatasi anteriormente alla entrata in vigore della l.n.205/00, difettasse in radice la *potestas decidendi* degli arbitri. Sul punto la consolidata giurisprudenza della suprema corte ha più volte ribadito come *“in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche e in riferimento alla compromettibilità in arbitri delle relative controversie,*

concernenti concessioni anteriori alla l.n.205 del 2000 è esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato, con conseguente nullità della clausola compromissoria, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art.5 della l.n.1034 del 1971".

Con il terzo motivo – rubricato *“inesistenza e/o nullità della clausola arbitrale, non compromettibilità della controversia all'arbitrato di diritto comune. Nullità o inesistenza del lodo. Violazione dell'arbitrato amministrato e, quindi, degli artt.209, 210, 216 comma 22 del d.lgs.50/2016, dell'art.127 d.lgs n.56/2017, con riferimento all'art.829 nn.1, 2, 3, 4, 11 e 12”* – il comune rileva che, ove mai fosse stata consentita la compromettibilità della controversia, si sarebbe dovuto dar luogo al cd. Arbitrato amministrato ai sensi degli artt.209 e 210 d.l.vo n.50/16. Ribadisce, pertanto, la incompatibilità del presidente del collegio in quanto magistrato a riposo, qualifica questa che, ai sensi dell'art.209 richiamato, avrebbe impedito la nomina del presidente quale componente del collegio. Osserva come la motivazione addotta per escludere la dedotta incompatibilità sarebbe una motivazione meramente apparente. Si evidenzia come, da una ricostruzione sistematica della normativa in tema di arbitrato in materia di lavori pubblici emerge una continua oscillazione delle scelte del legislatore tra la possibilità e l'obbligatorietà di ricorrere all'uso di clausole compromissorie. Da ultimo, con il codice dei contratti pubblici (d.l.vo n.50/16), veniva disposta una normativa speciale con tratti distintivi sia rispetto alla disciplina dell'arbitrato delineata dal codice di rito, sia rispetto a quella delineata nel codice del processo amministrativo. Se, infatti, per un verso la scelta di ricorrere all'arbitrato è facoltativa, per altro verso il legislatore impone come unico modello di arbitrato quello obbligatoriamente amministrato dalla camera arbitrale per i contratti pubblici. Nel susseguirsi di modifiche normative l'appellante individua la normativa applicabile al caso di specie in quella contenuta nell'art.19 l.n.109/94 che limitava la concessione di lavori pubblici alla sola ipotesi in cui, oltre alla realizzazione dell'opera, fosse prevista anche la sua gestione, nonché in quella contenuta nell'art.32 della l.n.109/94 che escludeva che per la scelta del terzo arbitro si applicassero le norme del codice di rito, così da doversi escludere la possibilità di devolvere la controversia ad un arbitrato 'libero' di diritto comune. L'art.10 della l.n.415/98 prevedeva poi che, laddove fosse ammesso il deferimento in arbitri, il giudizio dovesse essere demandato ad un collegio arbitrale costituito presso la camera arbitrale per i lavori pubblici.

Con il quarto motivo – rubricato *“violazione art.810 cod.proc.civ. per palese incompatibilità del secondo arbitro con riferimento all'art.829 n.2”* – si deduce la nullità della nomina del secondo arbitro avvenuta da parte del presidente del tribunale su ricorso della società appellate ex art. 810 cod.proc.civ., dopo che il comune non aveva nominato un proprio arbitro. Rileva l'appellante che:

- il ricorso non era stato notificato, se non dopo la nomina,

- il ricorso non riportava, come avrebbe dovuto, né la clausola compromissoria, in modo da consentire al presidente di verificarne l'esistenza e la legittimità, né i quesiti proposti.

Con il quinto motivo – rubricato “*arbitrato imposto per legge- violazione art.24 T.U. n.2578/1925 Violazione artt.899 e 100 cod.proc.civ.; violazione art.24 Cost. con riferimento all'art.829 cod.proc.civ. nn.2, 3 e 4*” – il comune rileva come la convenzione – art.21 – facendo riferimento all'arbitrato come strumento per la risoluzione di ogni controversia, richiamasse l'art.24 T.U.n.2578/1925 così che all'arbitrato doveva riconoscersi un carattere obbligatorio. Sotto tale profilo, in più occasioni, la corte costituzionale aveva affermato che “*le ipotesi di arbitrato previste dalla legge sono illegittime solo se hanno carattere obbligatorio e cioè se impongono alle parti il ricorso all'arbitrato, senza riconoscere il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria*”.

Con il sesto motivo – rubricato “*violazione art.809 e 810 cod.proc.civ.; violazione art.77 d.l.vo n.50/16 con riferimento all'art.829 cod.proc.civ. nn.2, 3, 9 e 12*” – il comune censura la decisione degli arbitri nella parte in cui ha escluso che ricorressero ipotesi di incompatibilità dell'avv.Alessandro Orlandini quale componente del collegio. Osserva in proposito l'appellante come la decisione impugnata nel limitarsi a sostenere che l'avv.Orlandini non avesse mai prestato attività libero-professionale in favore delle società appellate, avesse trascurato di considerare che l'avv.Orlandini aveva fatto “*parte della commissione di gara e quindi aveva svolto attività legale che, inevitabilmente aveva riguardato la predisposizione della documentazione, l'assistenza alle operazioni di gara, la risoluzione di eventuali problematiche di gara, ma soprattutto l'aggiudicazione della gara a* **Parte_4** *anche con il suo voto e parere*”. Ricorreva, pertanto, la dedotta situazione di incompatibilità alla luce del chiaro disposto dell'art.74 d.l.vo n.50/16 secondo cui “*i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*”.

Con il settimo motivo – rubricato “*violazione art.810 cod.proc.civ.; violazione degli artt.209 e 210 del codice dei contratti pubblici (d.l.vo n.50 del 18 aprile 2016) con riferimento all'art.829 cod.proc.civ. nn.1, 2, 3 e 4*” - il comune rileva come la clausola compromissoria, con riferimento ai criteri per la nomina degli arbitri disponeva: “*ogni parte provvederà alla nomina del proprio arbitro e il terzo arbitro, che svolgerà le funzioni di presidente del collegio arbitrale nominato congiuntamente dalle parti. Resta inteso tra le parti che in caso di mancato accordo tra le stesse in ordine alla scelta/ nomina del terzo arbitro e/ o in caso di inerzia la nomina sarà effettuata secondo le modalità previste dalla legge su istanza della parte più diligente*”. Osserva l'appellante come nella scelta degli arbitri non si sia seguito il criterio dettato dalla convenzione. Ed infatti, non avendo il comune provveduto alla nomina del proprio arbitro alla cui designazione, nella persona dell'avv.Orlandini, aveva provveduto il presidente del tribunale, la scelta del terzo arbitro – presidente del collegio – sarebbe dovuta avvenire a cura dei due arbitri, invece, come già visto, i ricorrenti avevano fatto richiesta di nomina al presidente

del tribunale, “*senza dare alcuna possibilità al* **Parte_1** *ed al suo arbitro di nominare congiuntamente il terzo arbitro*”. Il comune censura la decisione degli arbitri che hanno rigettato l’eccezione ritenendo corretto l’operato dei due arbitri nell’individuare il terzo arbitro, presidente, dal momento che essi avevano concordemente deciso di rimettere la nomina al presidente del tribunale, ciò che escludeva che da parte loro vi fosse una manifestazione di volontà necessaria per la nomina del terzo componente. Rileva l’appellante come la convenzione consentiva la nomina da parte del presidente del tribunale solo in caso di mancato accordo degli arbitri già nominati, mentre nel caso concreto, nessun disaccordo vi era stato tale da legittimare il ricorso al criterio alternativo.

Con l’ottavo motivo – rubricato “*nullità del lodo parziale e definitivo con riferimento all’art.829 cod.proc.civ. n.4 per violazione degli artt.819, 817 e 39 cod.proc.civ. sulla litispendenza di cause aventi identico petitum e causa petendi*” – il comune sostiene che, in considerazione della pendenza di un giudizio iniziato dalle appellate innanzi al tribunale di Lecce con ricorso ex art.702 bis cod.proc.civ. in data 31 ottobre 2016, essendo detto giudizio non ancora definito, “*il procedimento arbitrale doveva essere dichiarato inammissibile e comunque improcedibile*”

Con il nono motivo – rubricato “*inesistenza del lodo del 9 novembre 2010 e di quello parziale e definitivo oggetto di impugnazione. Violazione art.161 cod.proc.civ. con riferimento all’art.829 nn.1, 2, 3 e 4*” – l’appellante censura le decisioni impugnate nella parte in cui hanno rigettato l’eccezione di non compromettibilità della controversia per effetto del giudicato che sulla eccezione si è formato a seguito della pronuncia – tra le medesime parti – del lodo in data 9 novembre 2010. Rileva il comune come il lodo sia affetto da inesistenza o nullità radicale le quali “*costituiscono un mero fatto e sono pertanto insuscettibili di passare in giudicato, potendo esserne dedotto il radicale vizio in ogni sede e tempo, anche mediante un’autonoma azione di accertamento*”.

Con il decimo motivo – rubricato “*nullità della clausola arbitrale di cui all’art.21 della convenzione rep.472/1999, come modificata con atto rep.1028 del 24 novembre 2009, per il decorso di dieci anni decorrenti dall’inizio della gestione, come anche statuito dal TAR Lecce con sentenza n.1492/2019, con riferimento all’art.829 cod.proc.civ. nn.1, 2, 3 e 4*” – lamenta la non corretta interpretazione data dal collegio alla convenzione, nella parte in cui deferisce ad arbitri “*‘ogni controversia che dovesse insorgere tra le parti durante la concessione’; quindi individua una precisa indicazione del limite temporale di validità ed efficacia della clausola compromissoria al solo intervallo di durata della medesima concessione, precludendo l’accesso alla procedura arbitrale in epoca successiva alla scadenza e successiva alla perdita di efficacia della concessione medesima. Per il collegio invece l’espressione ‘durante la concessione’ non definisce un arco temporale di operatività dell’arbitrato, bensì l’individuazione delle controversie devolvibili all’arbitrato*”. Sostiene il comune che, essendo la convenzione scaduta il 30 novembre 2010, come risulta accertato dal TAR Puglia con sentenza n.1429/19, la clausola compromissoria non avrebbe dovuto trovare applicazione. Né appare corretto il riferimento fatto dal collegio arbitrale alla

circostanza che l'affidamento dell'impianto era stato prorogato, dal momento che tale proroga era stata operata da **CP_6** al quale era poi succeduto **CP_5** così che, eventualmente, legittimati passivi avrebbero dovuto essere tali due soggetti e non il comune.

Con l'undicesimo motivo – rubricato *“violazione legge 6 novembre 2012 n.190; violazione d.l.vo 50/2016 ‘codice dei contratti pubblici’; non compromettibilità della controversia in assenza di un provvedimento dell’organo di governo dell’amministrazione; tanto con riferimento all’art.829 cod.proc.civ. nn.1, 2, 3 e 4”* – il comune appellante osserva come il collegio non abbia tenuto conto del fatto che, ai sensi dell’art.241 comma 1 d.l.vo n.163/06 come modificato dall’art.1 comma 19 l.n.190/12, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti da esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture possono essere deferite ad arbitri solo *“previa autorizzazione motivata da parte dell’organo di governo dell’amministrazione”*, autorizzazione che non è mai intervenuta da parte del comune. Questa norma era applicabile al caso in esame dal momento che il comma 25 dell’art.1 della l.n.190/12 escludeva dall’applicazione della nuova norma esclusivamente gli arbitrati autorizzati o conferiti prima del 28 novembre 2012, data di entrata in vigore della l.n.190/12. Questa disciplina è stata confermata successivamente dal d.l.vo n.50/16 che – art.209 comma 3 – ha previsto che *“è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell’avviso con cui è indetta la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell’invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell’organo di governo dell’amministrazione aggiudicatrice”*. Rileva il comune come la corte costituzionale – sent.n.108/15 – ha affermato la piena legittimità costituzionale della disciplina, osservando che la norma che impone la preventiva autorizzazione è una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti che trova perciò applicazione anche alle clausole compromissorie inserite in contratti conclusi prima della entrata in vigore della l.190/12.

Con il dodicesimo motivo – rubricato *“violazione dell’art.101 cod.proc.civ.; violazione art.2697 I comma cod.civ.; violazione art.824 bis cod.proc.civ.; tanto con riferimento all’art.829 nn.9, 10 e 11 cod.proc.civ.”* – il comune censura il lodo sotto il profilo della violazione del contraddittorio.

Il terzo e l'undicesimo motivo per il loro carattere assorbente vanno esaminati preliminarmente.

Essi sono fondati per quanto di seguito si dirà.

La convenzione in esecuzione della quale è sorta la controversia tra le parti si è perfezionata il 17 maggio 1999; essa prevedeva l'affidamento in concessione per la costruzione e la gestione di una piattaforma per il trattamento dei rifiuti nel territorio di **Parte_1**. Detta convenzione, per effetto della modifica introdotta in data 21 novembre 2009, prevedeva – art.21 – che *“ogni controversia che dovesse insorgere tra le parti durante la concessione in ordine alla validità e/o all’interpretazione e/o all’esecuzione del contratto di cui alla convenzione e delle eventuali sue successive integrazioni, e/o modificazioni saranno devolute alla decisione di*

un collegio arbitrale composto da tre arbitri rituali. Ogni parte procederà alla nomina del proprio arbitro e il terzo arbitro, che svolgerà le funzioni di presidente del collegio arbitrale, nominato congiuntamente dalle parti. Resta inteso tra le parti che in caso di mancato accordo tra le stesse in ordine alla scelta la nomina del terzo arbitro e/o in caso di inerzia la nomina sarà effettuata secondo le modalità previste dalla legge su istanza della parte più diligente". Secondo la previsione pattizia, dunque, l'arbitrato era obbligatorio, nel senso che precludeva la possibilità di agire innanzi all'autorità giudiziaria.

Rispetto a tale previsione va esaminato il disposto dell'art.1 comma 19 della l.n.190/12 in virtù del quale *"le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art.240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli"*. La norma è successiva alla convenzione ed alla clausola di arbitrato, sicché, secondo le regole generali in materia di irretroattività delle norme, essa non dovrebbe trovare applicazione al caso di specie. E tuttavia, il legislatore ha determinato l'applicabilità della norma, con riferimento non al perfezionarsi della convenzione di arbitrato, ma avuto riguardo al momento in cui l'arbitrato viene conferito (art.1 comma 25: *"le disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge"*). La scelta del legislatore è legata assai verosimilmente al disfavore con il quale era visto l'arbitrato, considerato che la disciplina richiamata riguarda *"disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, sicché era lasciata all'amministrazione – attraverso una espressa manifestazione di volontà del suo organo di governo – la scelta discrezionale di ricorrere o meno all'arbitrato, con conseguente assunzione di responsabilità della scelta.

La disciplina richiamata non era tuttavia in vigore al momento del deposito del ricorso da parte delle società appellate. Sia il comma 15 che il comma 25 dell'art.1 l.n.190/12 sono stati infatti abrogati dall'art.217 d.l.vo n.50/16, decreto che ha dettato una nuova disciplina in materia di arbitrato, sicché certamente la disciplina pregressa non può trovare applicazione all'arbitrato che ha dato luogo ai due lodi impugnati.

L'art.209 del d.l.vo cit. rese nuovamente possibile il ricorso all'arbitrato nelle *"controversie su diritti soggettivi derivanti dalla esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee"*. La clausola è nulla quando è *"inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice"*. Lo stesso articolo - comma 4 - contiene poi una disciplina di dettaglio sulle modalità attraverso le quali si compone il collegio arbitrale: ciascuna delle parti designa

un proprio arbitro e il terzo arbitro, il presidente del collegio, è designato dalla camera arbitrale di cui all'art.210. Il comma 7 dello stesso art.210 sanziona con la nullità *“la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6”*.

Anche in questo caso si pone un problema di applicazione della nuova disciplina ai rapporti già in essere. Il d.l.vo 50/16 ha dettato una apposita disciplina transitoria. L'art.216 nella formulazione applicabile *ratione temporis* con riferimento alla data di deposito del ricorso per arbitrato, distingue due diverse situazioni:

- il comma 1 si riferisce all'intero impianto normativo del decreto (*“fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi e avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte”*);
- il comma 22 si riferisce esclusivamente alle procedure di arbitrato e dispone che tali procedure, per come disciplinate dall'art.209 *“si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice”*.

Come visto in precedenza, i bandi contenenti gli avvisi di gara sono stati pubblicati in periodo di gran lunga precedente alla data (19 aprile 2016) di entrata in vigore del d.l.vo n.50/16, sicché la disciplina dell'arbitrato ex art.209 cit. avrebbe comunque dovuto trovare applicazione.

È pacifico che la procedura che ha portato alla formazione dei lodi impugnati non rispecchia per più aspetti le previsioni dell'art.209 (mancanza di autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, criteri e modalità di scelta e di nomina dei tre arbitri), con la inevitabile conseguenza che, ai sensi dell'art.210, va affermata la nullità della clausola compromissoria e dei lodi.

Non vale in senso contrario l'assunto degli appellati secondo cui, con riferimento alla dedotta questione di giurisdizione, si sarebbe formato il giudicato con la definitività del lodo depositato il 9 novembre 2010, considerato che nel corso di quella procedura non venne sollevata alcuna questione di compromettibilità della controversia.

Va in proposito osservato che tra il lodo definito il 9 novembre 2010 e i lodi impugnati non vi è perfetta ed assoluta coincidenza di *petitum* e *causa petendi*.

Ed infatti i quesiti posti con il primo lodo attenevano originariamente, in via principale, all'accertamento del diritto al pagamento di una somma a titolo di ristoro dei maggiori costi sopportati durante la gestione della concessione e alla condanna al pagamento di detta somma e, in via subordinata, all'accertamento del diritto della concessionaria alla proroga della durata del termine di scadenza della concessione e della durata della proroga in misura tale da rideterminare le nuove condizioni di equilibrio del sinallagma. Tali quesiti vennero poi modificati e si chiese al collegio di accertare se fosse o meno intervenuta una alterazione dell'equilibrio contrattuale per effetto dei provvedimenti adottati dall'autorità nel corso della esecuzione del contratto, di individuare l'indennizzo spettante a fronte di detta alterazione non in funzione di una condanna al pagamento dell'indennizzo, ma al solo fine *“della individuazione dei parametri necessari per la fissazione del termine di durata della richiesta proroga”*. La domanda era dunque di individuare il tempo della proroga della concessione tale da ricondurre in equilibrio le prestazioni poste a carico di ciascuna parte.

In accoglimento della – ed in stretta aderenza con la - domanda il lodo, verificato che si era prodotto un mutamento delle condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, accertato il diritto della concessionaria a far vale il riequilibrio del sinallagma pattuito, ha dichiarato che l'equilibrio del sinallagma avrebbe potuto essere ripristinato mediante una proroga del termine di scadenza della concessione per 27 anni e 6 mesi dalla scadenza.

I quesiti posti in occasione del secondo arbitrato, nella premessa che il primo lodo aveva *“accertato sia l'an, sia il quantum dello squilibrio nel sinallagma contrattuale tra le parti”*, (quantificato in € 11.325.488,68 per sorte capitale ed € 1.019.986,33 per accessori) erano mirati – nella volontà delle società appellate - a dare esecuzione al primo lodo, con la condanna del **Pt_1** al pagamento delle somme indicate.

Nel secondo lodo c'è dunque una domanda al pagamento di una somma di denaro del tutto estranea all'oggetto del primo lodo, nel quale la quantificazione di dette somme era solo incidentale e funzionale a stabilire – verificato il *quantum* prodotto dallo squilibrio del sinallagma – per quanti anni si sarebbe dovuta protrarre la proroga della concessione per eliminare detto squilibrio.

In secondo luogo va osservato come tra l'avvio del primo lodo e l'inizio del secondo luogo la normativa regolante la compromettibilità delle controversie relative ai contratti riguardanti l'esecuzione di lavori pubblici si sia radicalmente modificata, così che tra i due momenti non vi è alcuna coincidenza in ordine alle condizioni che consentono il ricorso all'arbitrato. Peraltro, la normativa applicabile per come innanzi individuata, non escludeva affatto la compromettibilità della controversia, così che non si pone affatto una questione di giurisdizione suscettibile di essere coperta dal giudicato, ma richiedeva – a pena di nullità delle convenzioni e del lodo – la verifica positiva dell'organo di governo dell'amministrazione con il rilascio dell'autorizzazione e dettagliate modalità nella formazione del collegio.

In conseguenza, dunque, va dichiarata la nullità sia della clausola della convenzione che regolava la possibilità e le modalità per decidere le controversie derivanti dalla esecuzione della convenzione mediante deferimento della questione in arbitri, sia, conseguentemente dei due lodi oggetto di impugnazione.

Considerata la complessità della materia e le continue modifiche legislative che sono intervenute nel tempo a regolarla, ricorrono giusti motivi per porre a carico delle parti nella misura del 50% per ciascuna le spese e competenze del collegio arbitrale e di segreteria, nonché per compensare per intero tra le parti le spese processuali del giudizio arbitrale e di questo grado.

Condanna **Controparte_7** **Controparte_2** alla restituzione in favore del **[...]**
Parte_1 delle somme ricevute in esecuzione dei lodi.

p.q.m.

la corte,

accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dei lodi depositati il 7 febbraio e il 28 luglio 2022, dichiara la nullità dell'art.21 della convenzione in data 17 maggio 1999 rep.472/1999 come modificata con convenzione rep.1028/2019 in data 24 novembre 2009 nonché la nullità dei predetti lodi.

Pone a carico delle parti nella misura del 50% per ciascuna le spese e le competenze del collegio arbitrale e di segreteria e compensa per intero tra le parti le spese processuali del giudizio innanzi agli arbitri e le spese di questo grado.

Lecce, 18 dicembre 2025.

Il presidente est.