



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MARSALA

SEZIONE CIVILE

In persona del giudice unico

Dr. Paolo Goggi

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di 1° grado iscritta al N. 1570 del ruolo contenzioso generale dell'anno 1998 posta in deliberazione all'udienza del 18.3.2005 (con termine per il deposito di comparse conclusionali e repliche di gg. 60+20) e vertente

tra

N.A. m.a. S.a.s., in persona del legale rappresentante R.F., elett. dom. ta in Marsala via S. Bilardello n. 26, presso lo studio dell'avv. Salvatore Bellafiore, che la rappresenta e difende insieme all'avv. Vincenzo Cucchiara per mandato a margine dell'atto di citazione

ATTRICE

e

Comune di M., in persona del Sindaco pro-tempore, elett. dom.to per la carica presso il Palazzo dei Pubblici Uffici, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Grazia Floridia, che lo rappresenta e difende per mandato a margine della comparsa di costituzione

CONVENUTO

OGGETTO

Contratto appalto

CONCLUSIONI

All'udienza del 18.3.2005 il procuratore di parte attrice concludeva, come da foglio a parte, nei seguenti termini:

“...chiedendo all'On.le Tribunale di Marsala l'integrale accoglimento della domanda formulata con l'atto di citazione introduttivo del presente giudizio. La relazione del CTU - unitamente alle precisazioni ed integrazioni formulate dal CT della parte attrice - ha fatto emergere la fondatezza della domanda della N.A. e l'ingiustificato rifiuto da parte del convenuto Comune di M. di ricevere i cassoni scarrabili, oggetto del contratto pubblico di

fornitura. Per quanto sopra, oltre che per quello che sarà in dettaglio esplicitato con i redigendi scritti conclusionali, si chiede che il Tribunale:

1. dichiarare senza motivo legittimo il rifiuto del convenuto di ricevere la prestazione;
2. di conseguenza, dichiarare di nessun effetto tra le parti la deliberazione della G.M. di Marsala n. 383 del 2.6.1998, disapplicandola;
3. condannare il Comune di M. – già posto in mora a seguito di offerta reale dei beni oggetto del contratto – a corrispondere alla N.A. il prezzo della fornitura, in uno agli interessi legali e di mora dal giorno dell'offerta reale;
4. condannare il Comune di M. a risarcire alla N.A. i danni conseguenti all'ingiustificato rifiuto di ricevere la prestazione, già parzialmente quantificati nella relazione di CTU;
5. condannare il Comune di M. al rimborso delle spese di lite – in seguito analiticamente descritte – comprese quelle della fase dell'offerta reale”.

Nessuno compariva per parte attrice.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione regolarmente notificato, la N.A. m.a. S.a.s. (di seguito N.A.), conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale il Comune di M., assumendo:

- 1) di essere stata aggiudicataria dell'appalto per la fornitura di n. 7 cassoni scarrabili a cielo aperto per la raccolta dei materiali provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti, giusta nota del Comune di M. del 24.9.97;
- 2) che le caratteristiche tecniche richieste erano puntualmente descritte nel capitolato speciale d'appalto;
- 3) che dopo la fornitura dei primi quattro cassonetti, il Comune di M. comunicava che il Direttore dei lavori aveva riscontrato alcune anomalie di funzionamento, in particolare attinenti all'eccessiva flessibilità alle sollecitazioni del cassone, caricato con Kg 12.500, giudizio negativo confermato in una successiva nota di riscontro alle contestazioni della attrice;
- 4) che il carico dei cassoni con Kg 12.500 di materiale era ingiustificato, in considerazione del peso unitario e del volume dei singoli materiali non ricompattati, oggetto della raccolta differenziata;
- 5) che, dopo il rifiuto del Comune - che aveva preannunciato la decadenza dall'appalto, poi pronunciata con delibera G.M. del 2.6.1998 - di ricevere la fornitura, la ditta procedeva all'offerta formale dei restanti cassoni, tramite Ufficiale giudiziario, presso l'Autoparco del Comune, a cui faceva seguito il rifiuto della stessa da parte dei funzionari comunali;

6) che, a fronte delle contestazioni sulla conformità al capitolato della fornitura, la ditta aveva fornito al convenuto ogni chiarimento ed era pertanto ingiustificato, ai sensi dell'art. 1206 c.c., il rifiuto del Comune di ricevere la prestazione, con conseguenza costituzione in mora dello stesso.

Tanto premesso, chiedeva che fosse dichiarato senza motivo legittimo il rifiuto del Comune di M. di ricevere la prestazione, con conseguente disapplicazione tra le parti della delibera della G.M. del 2.6.1998 e condanna del Comune al risarcimento di tutti i danni subiti dall'attrice a causa dell'ingiustificato rifiuto di ricevere la prestazione, nonché al pagamento di tutte le somme occorrenti per la custodia e la conservazione dei cassoni scarrabili; con vittoria di spese di lite.

Si costituiva la convenuta, eccependo in via preliminare il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. per essere la causa, avente ad oggetto i vizi di un atto amministrativo, di competenza del Giudice amministrativo; nel merito, che la valutazione della legittimità del rifiuto a ricevere la prestazione da parte dell'appaltante era da effettuare in relazione alla incompatibilità dei cassoni forniti, a causa della limitazione di carico a Kg 7.040, con la motrice per il carramento e lo scarramento degli stessi, come previsto dall'art. 1 del capitolato speciale d'appalto (c.s.a.), nonché a causa della violazione dell'art. 2 del c.s.a., che prescriveva che le attrezzature dovevano essere della migliore qualità esistente in commercio e rispondere alla più avanzata normativa europea, mentre il collaudo effettuato aveva riscontrato una deformazione del cassone, sintomo di cedimento strutturale, con distacco del gancio e caduta incontrollata di tutta l'attrezzatura; che il Comune aveva regolarmente denunciato, come da contratto, le anomalie riscontrate e si era reso disponibile anche ad una serie di interventi per irrobustire i cassonetti, senza ricevere collaborazione dall'attrice; che, comunque, l'offerta formale della debitrice non era idonea, in presenza di contestazioni del creditore, a produrre le conseguenze giuridiche invocate dall'attrice, la quale non aveva attivato il procedimento relativo alla mora del creditore e alla liberazione del debitore, risultando pertanto infondata la richiesta di rimborso della spesa per la conservazione dei cassoni.

Concludeva quindi, in via preliminare per la carenza di giurisdizione; nel merito per il rigetto delle domande di parte attrice e condanna della stessa a ritirare, a proprie spese i cassoni dai locali del Settore N.U. del Comune di M.; con vittoria delle spese di lite.

All'udienza di prima trattazione, ex art. 183 c.p.c., non comparivano le parti personalmente e non potevano espletarsi né il tentativo di conciliazione né l'interrogatorio libero.

Nel corso della stessa udienza e con le successive note ex art. 183, quinto comma, c.p.c., parte attrice chiedeva, a parziale modifica della domanda proposta con l'atto di citazione, la risoluzione del contratto per inadempimento del Comune, con ogni conseguente statuizione di legge in ordine alla condanna dello stesso al pagamento del prezzo contrattuale, nonché al risarcimento di tutti i danni subiti. Con note di replica, sempre ai sensi dell'art. 183, quinto comma, c.p.c., il convenuto eccepiva l'inammissibilità di tale domanda, in quanto domanda nuova per la quale non veniva accettato il contraddittorio e, nel merito, la nullità della domanda di parte attrice per assoluta indeterminatezza, incertezza e manifesta contraddizione della stessa.

La causa veniva istruita con l'acquisizione di documenti, l'espletamento di prova per testi e consulenza tecnica (seguita da altra convocazione del consulente a chiarimenti, con relazione scritta integrativa depositate in data 27 giugno 2003). Sulle conclusioni di cui in epigrafe, veniva trattenuta in decisione all'udienza del 18.3.2005 (con termine per il deposito di comparse conclusionali e repliche di gg. 60+20).

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare deve essere rigettata l'eccezione sollevata da parte convenuta di carenza di giurisdizione dell'A.G.O.

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 33, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, nel testo modificato dall'art. 7, l. 21 luglio 2000 n. 205, - che ha devoluto *ratione materiae* alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di pubbliche forniture - resta ferma, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le controversie sorte nella fase successiva alla conclusione del contratto, in quanto hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, sulle quali non hanno alcuna incidenza i poteri discrezionali autoritativi della p.a., nelle ipotesi, come quella di specie, in cui l'atto amministrativo denominato di "decadenza" dal precedente provvedimento di affidamento dell'appalto non è stato adottato per rimediare a vizi di legittimità coevi alla deliberazione di aggiudicazione, ma in considerazione delle difformità riscontrate nei beni oggetto di fornitura nella fase successiva alla conclusione della procedura concorsuale, trovandosi pertanto la p.a. in una posizione

paritaria con la ditta appaltatrice (cfr. Cass., Sez. Un. 31 marzo 2005 n. 6743; Cass. n. 9534/2004; Cons. Stato n. 2145/04; Tar Puglia n. 242/03, *Giur. merito* 2003, 1269).

Non è di ostacolo a tale conclusione l'argomento della sopravvivenza dell'atto amministrativo non impugnato nei termini decadenziali, in quanto il giudice ordinario ben può procedere alla disapplicazione dello stesso, nei rapporti tra le parti, in presenza di atti della p.a., emanati nella fase esecutiva del rapporto, che costituiscono una forma di autotutela ma che incidono su posizioni di diritto soggettivo dei contraenti privati con cui è stato stipulato il contratto di appalto (Cass. n. 19787/03).

Sempre in via preliminare deve essere rigettata la domanda, spiegata da parte attrice in sede di memoria conclusionale, di inutilizzabilità degli atti di controparte in assenza, al momento della costituzione in giudizio del Comune di M., di idoneo provvedimento autorizzativo della Giunta Municipale, in quanto, come affermato pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità e anche da una recente pronuncia di questo Tribunale (sent. n. 753/03), qualora l'ente convenuto provveda nel corso della causa a sanare il difetto di autorizzazione a stare in giudizio del Sindaco, depositando, come è accaduto nel caso di specie, la documentazione attestante l'autorizzazione a stare in giudizio rilasciata dalla Giunta, l'irregolarità viene meno, trattandosi di vizio di inefficacia della costituzione sanabile retroattivamente, a meno che non sia intervenuta una pronuncia del giudice di merito in ordine al riscontrato difetto di legittimazione (Cass. n. n. 14813/04; Cass. n. 10939/03; Cass. n. 13881/2001).

Quanto alla delimitazione del *thema decidendum*, si rileva che parte attrice, nell'atto introduttivo, ha formulato domanda di condanna del Comune di M. al risarcimento dei danni *propter moram* subiti a seguito del rifiuto di ricevere la prestazione dedotta in contratto, oltre al rimborso delle spese di custodia e conservazione dei beni rifiutati.

Con la memoria ex art. 183, quinto comma, c.p.c. ha poi integrato tale domanda iniziale con quelle aventi ad oggetto la risoluzione del rapporto contrattuale e la condanna dell'ente convenuto al pagamento delle somme dovute, introducendo due domande nuove in materia di diritti "eterodeterminati" (tra l'altro in contraddizione l'una con l'altra) sulle quali parte convenuta non ha accettato il contraddittorio. In tal modo le stesse devono ritenersi inammissibili, non potendosi applicare la deroga al divieto di *mutatio libelli* contemplata dall'art. 1453, secondo comma, c.c., che si riferisce solo alla facoltà di introdurre la domanda di risoluzione nel giudizio in cui sia stato chiesto l'adempimento della prestazione e non anche alle ipotesi, come quella in esame, in cui il *petitum* della domanda introduttiva

ha ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni, tra l'altro conseguenti al diverso profilo della *mora accipiendi* (*ex plurimis*, Cass. n. 4164/1999; Cass. n. 6161/2004).

L'abbandono della domanda di risoluzione del contratto da parte dell'attrice, che non ha riproposto la stessa in sede di precisazione delle conclusioni, rende necessaria la declaratoria di inammissibilità appena esaminata limitatamente alla domanda di condanna della convenuta al pagamento del prezzo della fornitura, anch'essa domanda nuova rispetto a quella di risarcimento dei danni formulata con l'atto di citazione, in quanto integrante un'azione del tutto diversa per *petitum* rispetto a quest'ultima.

In merito alla domanda di risarcimento dei danni *propter moram*, a cui deve ritenersi pertanto circoscritto il *thema decidendum*, si osserva che con la richiesta formulata in via pregiudiziale da parte attrice di accertare la mancanza di giustificazione del rifiuto opposto dal convenuto alla ricezione della fornitura dei cassoni scarrabili oggetto di offerta reale, l'istante ha introdotto il giudizio di convalida dell'offerta formale della prestazione, condizione di efficacia dell'offerta stessa, ai sensi dell'art. 1207, terzo comma, c.c., in assenza dell'accettazione del creditore. Al riguardo si osserva che non vi è contestazione da parte del convenuto in merito alla regolarità formale dell'offerta, non rilevando la generica censura, rivolta all'attrice nella comparsa di risposta, di mancata attivazione del procedimento di offerta formale, né quella tardiva e pertanto inammissibile in quanto contenuta nella comparsa conclusionale, di parziale esecuzione dell'offerta, limitatamente cioè alla consegna di uno dei tre cassoni residui.

Ciò che rimane invece controverso è la facoltà del creditore di rifiutare la prestazione offerta dal debitore in virtù del legittimo motivo costituito dalla asserita difformità dell'oggetto della offerta rispetto ai requisiti previsti nel capitolato speciale d'appalto, questione dalla cui risoluzione discende il riconoscimento o meno della efficacia della procedura di *mora accipiendi* promossa dalla ditta appaltatrice.

Le contestazioni mosse dall'ente appaltante attengono principalmente al mancato rispetto da parte della ditta appaltatrice degli artt. 1 e 2 del c.s.a., che contemplan rispettivamente la conformità dei cassoni con la motrice per il *carramento* e lo *scarramento* con gancio, di proprietà comunale (Iveco 190E38 tg. AJ279XA) e l'obbligo di fornitura di attrezzature della migliore qualità esistente in commercio nonché rispondenti alla più avanzata normativa europea.

Quanto al primo profilo, dagli accertamenti condotti dal CTU è emerso che "i cassoni rispettano le dimensioni richieste, la compatibilità con la motrice targata AJ279XA per

quanto riguarda il *carramento* e lo *scarramento*, risultano compatibili con gli autocarri satelliti e sono predisposti per la copertura con i teloni, etc.” (p. 8 prima relazione), ma è altresì emerso che: “relativamente a quanto riportato all’art. 1 dell’elenco prezzi, c’è da precisare che tali cassoni pur rispettando alcune caratteristiche principali, mancano di valvole di scarico liquidi e le porte posteriori mancano di opportune guarnizioni che ne garantiscono la tenuta stagna” (p. 8 prima relazione: tale circostanza è stata confermata anche nella seconda relazione peritale, in cui il CTU ha ribadito la correttezza dell’accertamento compiuto pur dando atto di aver compiuto un errore, riportando nella parte descrittiva l’esistenza delle valvole di scarico liquidi in realtà inesistenti: p.2 seconda relazione).

Sempre in merito alla conformità a quanto previsto dall’art. 1 del c.s.a. e dall’elenco prezzi, in cui si specifica che i cassoni dovevano servire per la raccolta differenziata dei rifiuti, il consulente ha poi accertato che “considerando che alcuni materiali, provenienti dalla raccolta differenziata, ben elencati e catalogati dalla normativa specifica (d.lgs. 5.2.97 n. 22 e successive) hanno un peso specifico elevato (vetro, metallo, ...batterie esauste, etc.) superiore a 600 Kg/mc., si ha di conseguenza che, riempiendo i cassoni con questi materiali, il peso totale del carico risulta di $22 \times 600 = 13.200$ Kg (dove 22 mc rappresenta il volume dei cassonetti), superiore alla portata massima dell’autocarro targato AJ279XA. Quindi, siccome la portata massima dell’autocarro, risultante dalla prova di carico, è di 12.960 Kg, al netto del cassonetto e, considerato che riempiendo il cassone scarrabile con materiali provenienti dalla raccolta differenziata si può raggiungere e superare tale portata, per ciò, in base all’uso dichiarato: *materiale proveniente dalla raccolta differenziata* e in base alla compatibilità richiesta con l’autocarro, è chiaro che i cassoni dovevano essere progettati per sopportare un carico massimo di almeno 12.960 Kg” (p. 9 prima relazione), mentre invece il carico massimo sopportabile e/o di verifica dei cassoni in esame è di Kg 6.700, come dichiarato dallo stesso ing. Giacalone, consulente di parte attrice, nel verbale di sopralluogo effettuato dal CTU il 29 luglio 2002” (p. 5 prima relazione).

Il consulente aggiunge inoltre, sempre in riferimento al massimo carico trasportabile, che nella progettazione dei cassoni, pur non rientrando gli stessi tra le “attrezzature intercambiabili”, definite dall’art. 1 del D.P.R. n. 459/96, secondo le norme di sicurezza di cui alla l. 5.11.1971 n. 1086, applicabile in assenza di norme specifiche, si sarebbe dovuto tener conto dell’opportunità di incrementare il massimo carico trasportabile, calcolato secondo i parametri sopra esaminati, di un’aliquota pari al 15% - 20 %, per tenere conto

delle sollecitazioni dinamiche che subiscono i cassoni in fase di “carramento” e “scarramento” (p. 11 prima relazione).

Infine il CTU, durante il sopralluogo effettuato il 5.7.2002, ha riscontrato sul cassone oggetto di collaudo la presenza di deformazioni - confermate anche dal teste Fardella, Direttore tecnico del Comune, il quale ha verificato personalmente la presenza di cedimenti strutturali a causa dello snervamento della struttura - precisando nella parte finale della prima relazione: “nel caso specifico è difficile dire se le deformazioni sui cassoni siano l’inizio dello snervamento o se ci troviamo nel secondo tratto, quello tra il limite elastico ed il limite di snervamento. In ogni caso sicuramente qualche elemento strutturale dei cassoni ha raggiunto e superato il limite elastico, limite che in una corretta progettazione, sicuramente, non si deve superare”.

Il Giudice condivide e fa proprie le conclusioni del CTU, per la scrupolosità con la quale sono stati acquisiti i dati di base e per la completezza del procedimento logico-tecnico seguito nella valutazione degli elementi così acquisiti, con particolare riferimento all’accertamento della incompatibilità dei cassonetti con l’autocarro di proprietà del comune che avrebbe dovuto accoglierli e trasportarli, la quale, in virtù dell’ampia formula contenuta nell’art. 1 del c.s.a., deve essere valutata non limitatamente alle dimensioni e ai volumi minimi dei cassonetti necessari per un utile caricamento e scaricamento, ma anche in riferimento alla portata di carico massima dell’autocarro e della possibilità che i cassoni potessero essere utilizzati per la raccolta differenziata di tutte le categorie di rifiuti indicate dalla normativa richiamata dal consulente (d.lgs. 5.2.1997 n. 22 e d. lgs. 8.11.1997 n. 389, in cui sono elencati in una tabella i rifiuti della raccolta differenziata che vanno dalla sottoclasse 1 alla sottoclasse 24), comprendenti anche quelli aventi densità e peso specifico maggiori, a prescindere dalle modalità concrete di raccolta differenziata dei rifiuti che potessero essere adottate dall’ente committente.

Dalle risultanze processuali ed in particolare dalla relazione tecnica emerge pertanto la difformità della fornitura oggetto del contratto di appalto rispetto alle prescrizioni del c.s.a., con particolare riferimento alla compatibilità dei cassoni, dal punto di vista della portata massima, con l’autocarro che li doveva trasportare e agli standard di sicurezza che dovevano essere rispettati nella progettazione, per far sì che gli stessi fossero conformi alla previsione contenuta nell’art. 2 del c.s.a., con particolare riferimento “alla migliore qualità esistente in commercio” e “alla più avanzata normativa europea” quali parametri di misura della

sussistenza delle caratteristiche tecniche necessarie per confermare l'aggiudicazione dell'appalto in sede di verifica in corso d'opera (prevista anch'essa nel c.s.a.).

Può pertanto ritenersi sussistente il motivo legittimo di rifiuto da parte dell'ente appaltante di ricevere la prestazione offerta dalla ditta attrice e, per l'effetto, deve rigettarsi la domanda spiegata da quest'ultima, non essendo convalidabile l'offerta reale e non essendosi pertanto prodotti gli effetti riconducibili, ai sensi dell'art. 1207 c.c., alla stessa.

Segue l'accoglimento della domanda, formulata in via riconvenzionale da parte convenuta, di condanna di parte attrice al ritiro a proprie spese dei cassoni, oggetto dell'offerta reale, dai locali del Settore N.U. del Comune di M., ove si trovano depositati

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

PQM

definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, ogni altra contraria istanza disattesa, così provvede:

1. dichiara inammissibile la domanda spiegata da parte attrice di condanna della parte convenuta al pagamento delle somme dovute in base al contratto d'appalto;
2. rigetta la domanda di parte attrice di condanna del convenuto al risarcimento dei danni e al pagamento delle spese di custodia e conservazione dei cassoni;
3. condanna parte attrice al ritiro a proprie spese dei cassoni oggetto dell'offerta reale dai locali del Settore N.U. del Comune di M., ove si trovano depositati;
4. condanna parte attrice al pagamento in favore del Comune di M. delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 5.431,00, di cui euro 371 per esborsi, ed euro 1.260 per competenze, oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Marsala, il 22.7.2005

Il Giudice
dott. Paolo Goggi