

COPIA
971/15

UFF LEGALE
DAT
RGT
SIND
P.B. Bil.
" LC PP
SEG

VISTO del
EG. GEN. e V. Seg.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

R.G. 618/2005
Cron./ 1361/15
Rep. 993/15
Ud.Disc. 14/05/2014
Decisa 07/01/2015
Minuta 11/03/2015
Depos. 02/09/15

COMUNE DI FABRIANO

Protocollo Generale
Nr.0046943 Data 26/10/2015
Tit. 05.01 Arrivo

La Corte di Appello di Ancona, composta dai Magistrati:

DR. FORMICONI STEFANO PRESIDENTE
DR.SSA ERCOLI MARIA IDA CONSIGLIERE REL.
DR..SSA GIANFELICE ANNALISA CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al N.R.G. 618/2005 promossa

DA

PENZI SPA COSTRUZIONUI ING. Pers.legale rappresentante ing.Penzi Vincenzo
rappresentato e difeso dagli Avv.ti Pauri Paolo e Magri Gian Carlo del foro di Roma ed
elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Ancona C.so Mazzini n.148

- Appellante -

A.C. 19.23
SULL'ORIENTAMENTO
Data 8 OTT. 2015
IL CONSIGLIERE

NEI CONFRONTI DI

COMUNE DI FABRIANO in persona del **Sindaco pro-tempore** rappresentato e difeso dall'Avv. Benvenuto Maurizio ed elettivamente domiciliato nel suo studio in Fabriano Via G.B.Miliani n.44 per delega in calce alla comparsa di costituzione

-Appellato-

ENEL DISTRIBUZIONE SPA con sede in Roma Via Ombrone n.2 rappresentata e difesa dagli Avv.ti Funes Carla, Carbone Luigi e Stefano Monachesi ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Ancona Via san Martino n.23 per delega a margine della comparsa di costituzione

-Appellato-

REGIONE MARCHE in persona del **Presidente pro tempore** rappresentato e difeso dall'Avv.Gabriella De Bernardinis ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della regione Marche con sede in Ancona P.zza Cavour per delega a margine della comparsa di costituzione

-Appellata-

ZONA TERRITORIALE N.6 DI FABRIANO ASUR MARCHE rappresentata e difesa dall'Avv.Ruggeri Geremia ed elettivamente domiciliata nel suo studio in Fabriano Via G.B.Miliani per delega in calce alla comparsa di costituzione

-Appellata-

Causa posta in decisione nell'udienza del 14/5/2014

Oggetto: Appalto di opere pubbliche cod.140021

CONCLUSIONI

Il difensore dell'appellante hanno concluso come da atto di appello

I difensori degli appellati hanno concluso come da comparse di costituzione

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato li 11.10.1996 la Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. (d'ora in poi Penzi) aveva convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Ancona, il Comune di Fabriano e, premesso di aver stipulato con l'ente convenuto contratto di appalto avente ad oggetto i lavori di ampliamento dell'Ospedale civile E. Profili di Fabriano, da eseguirsi nel termine di giorni 800 dalla data del verbale di consegna, per il corrispettivo di £ 5.190.020.000, aveva dedotto che alla stessa data di consegna dei lavori del 15.09.1994 ne era stata disposta la sospensione per la presenza di una linea elettrica di media tensione che impediva la realizzazione dell'opera commissionata e che solo con verbale del 18.07.1995, sottoscritto con riserva dall'appaltatrice, la Direzione dei Lavori ne aveva ordinato la ripresa; aveva fatto seguito l'iscrizione da parte dell'impresa nel registro di contabilità di riserve riguardanti i maggiori oneri e danni sofferti derivanti dalla suddetta sospensione per l'importo di complessive £ 2.417.022.481. Inoltre, in data 08.09.1995 la D.L. prendendo atto che l'esistenza di una strada interna all'ospedale impediva di fatto la ripresa dei lavori, ne verbalizzava l'ordine di deviazione per cui la ripresa dei lavori si era resa possibile soltanto in data 09.10.1995 mentre la contabilità era stata aggiornata con l'annotazione di ulteriori riserve riguardanti sia la mancata produzione lavorativa per il periodo dal 18.07.1995 al 09.10.1995 e quella concernente il mancato pagamento della somma di £ 519.022.000 dovuta per anticipazione.

A fronte di tali pretese, aveva proseguito l'impresa, il Comune di Fabriano, con delibera di giunta del 15.12.1995, aveva riconosciuto il diritto dell'impresa ad ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza della sospensione dei lavori nella misura di £ 358.175.314, senza però provvedere al relativo versamento di talché aveva chiesto la condanna dell'ente all'immediato pagamento, ai sensi dell'art. 186 *bis* c.p.c., della suddetta somma e al

pagamento dell'ulteriore importo di £ 2.368.143.705, così come dettagliatamente esposta nelle riserve iscritte in contabilità con rivalutazione delle somme ed interessi legali dalla domanda di arbitrato (inizialmente promosso ma poi abbandonato in ragione della pronuncia C.Cost. 09.05.1996 n. 152).

Il Comune di Fabriano, nel costituirsi in giudizio, aveva contestato la domanda deducendo che la presenza del palo e della linea elettrica di media tensione, ben visibili sul luogo di esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, aveva costituito l'unica circostanza che aveva determinato la sospensione dell'esecuzione dei lavori commissionati alla società attrice nel periodo dal 15.09.1994 al 18.07.1995, e che l'impresa appaltatrice in data 25.07.1994, aveva sottoscritto la dichiarazione di conoscenza della situazione dei luoghi con cui aveva in particolare affermato di essersi recata sui luoghi dove avrebbe dovuto eseguire i lavori e di aver preso conoscenza di tutte le condizioni locali rilevanti nella determinazione del prezzo di appalto e di aver giudicato il prezzo, nel suo complesso, remunerativo per cui la società attrice avrebbe dovuto già considerare tale situazione e, in particolare, i costi per la rimozione del palo e della linea, nella determinazione del prezzo dell'appalto e giudicato il prezzo nel suo complesso remunerativo. In ogni caso le riserve dovevano ritenersi del tutto inaccettabili perché non risultavano suffragate da alcuna prova e da specifici documenti.

Inoltre il Comune aveva contestato la sussistenza di qualsiasi accordo transattivo con la controparte rilevando che la delibera di giunta del 15.12.1995 conseguente all'apertura della procedura di cui all'art. 31 *bis* della L. 216/1995, non si era mai conclusa con l'adozione di atti vincolanti per le parti. Pertanto aveva chiesto il rigetto della domanda attrice e di essere autorizzata a chiamare in causa l'Enel s.p.a. chiedendone la dichiarazione di responsabilità risarcitoria e la conseguente condanna a garantire e tenere indenne il Comune di Fabriano per quanto dovuto all'appaltatrice.



Ritualmente chiamata in causa l'Enel s.p.a. si era costituita in giudizio evidenziando la mancanza di elementi fondanti la dedotta responsabilità per l'eventuale ritardo nell'esecuzione del contratto di appalto. Aveva, quindi, proseguito affermando che, in ogni caso, il Comune le aveva inoltrato la richiesta di spostamento del palo soltanto nell'agosto del 1994 provvedendo soltanto in data 20.09.1994 ad inviare la documentazione necessaria alla progettazione dello spostamento nonché provvedendo al pagamento degli oneri derivanti da tale intervento in data 08.02.1995 e che l'Enel, immediatamente dopo, aveva provveduto ad incaricare l'impresa esecutrice dei lavori che ne aveva terminato l'esecuzione il successivo 17.03.1995, per cui aveva chiesto il rigetto della domanda di manleva.

All'udienza del 03.02.1999 era stata disposta la riunione al presente giudizio di quello contraddistinto dal n. 1174/1997 r.g. introdotto con atto di citazione notificato in data 22.05.1997 dalla Penzi nei confronti del Comune di Fabriano con cui la società aveva chiesto la risoluzione del contratto di appalto ai sensi dell'art. 35, comma 4, del D.P.R. n. 1063/62 lamentando l'omesso pagamento da parte della committente, nel termine di gg. 60 dalla costituzione in mora, delle rate di acconto per somma superiore ad un quarto dell'importo contrattuale netto. La società aveva in particolare dedotto che il Comune si era limitato al versamento, in data 19.05.1996 ed in data 01.09.1996, delle somme di £ 493.051.900 e di £ 25.910.100 a titolo di anticipazione, omettendo il pagamento degli interessi moratori spettanti all'appaltatrice nella misura di £ 78.385.080, per il ritardato pagamento dell'anticipazione e del pagamento di qualsiasi altra somma dovuta a titolo di corrispettivo per i lavori eseguiti dall'impresa, somme per le quali aveva notificato alla committente in data 17.12.1996 atto di diffida per complessive £ 1.334.187.976.

Successivamente, in data 13.02.1997, la direzione dei lavori aveva contabilizzato, attraverso la predisposizione del 3° SAL, l'esecuzione dei lavori per complessive



£ 443.820.180 emettendo il relativo certificato di pagamento per complessive £ 520.671.319 comprensive della somma di £ 75 milioni per svincolo dei decimi e di £ 1.851.139 per note di economia. In mancanza del pagamento nel termine di giorni 30, secondo quanto previsto dall'art. 35, comma 2, del DPR 1063/62, dal certificato di pagamento emesso in riferimento al 3° SAL, la società aveva notificato al Comune ulteriore atto di diffida e messa in mora con cui aveva precisato di essere creditrice per i lavori eseguiti e contabilizzati della somma di £ 1.346.637.312 e che, superando tale somma il quarto dell'importo netto contrattuale pari a £ 1.297.505.000, aveva intimato il pagamento entro 60 giorni della somma ritenendosi in mancanza legittimata, ai sensi dell'art. 35, comma 4, DPR 1063/62, a richiedere giudizialmente la risoluzione del contratto.

Non avendo il Comune provveduto al versamento di tale somma ed avendo l'impresa maturato l'ulteriore credito per ulteriori lavori di £ 230.349.979, la società attrice, ritenendo integrati i presupposti per la richiesta di risoluzione del contratto, aveva avanzato siffatta domanda ai sensi dell'art. 35, comma 4, DPR 1063/62.

In subordine aveva chiesto dichiarare la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. stante la gravità dell'inadempimento del Comune per il mancato pagamento di tutte le rate maturate e per il comportamento colpevole tenuto durante l'esecuzione del contratto, o la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1467 c.c. in ragion dell'obiettiva onerosità per l'appaltatore nell'adempire alle obbligazioni assunte a fronte delle insostenibili difficoltà finanziarie determinate dal comportamento globale dell'amministrazione committente che non aveva pagato il corrispettivo.

Contestualmente alla dichiarazione di risoluzione aveva chiesto il pagamento della somma di £ 3.767.714.482, pari al valore venale dell'opera realizzata, ed il pagamento della somma di £ 3.246.874.036 a titolo di risarcimento del danno per la sospensione dei lavori.



Si costituiva in tale giudizio il Comune di Fabriano contestando la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di risoluzione del contratto con riferimento al mancato pagamento di acconti per importi superiori al quarto di quanto contrattualmente dovuto poiché in detta somma erano state ricomprese anche quelle corrispondenti agli interessi moratori e gli importi dovuti a norma dell'art. 21 del capitolato speciale di appalto mentre quelli non pagati non superavano il quarto dell'importo contrattuale netto. Aveva in ogni caso contestato la pretesa risarcitoria avanzata in relazione al ritardato pagamento degli acconti dovuti in quanto già con l'invito alla licitazione privata la società era stata avvisata del fatto che i lavori oggetto di appalto erano finanziati, a fondo perduto, dalla Regione Marche a favore della USL n. 11 e che, dunque, il pagamento del corrispettivo dovuto sarebbe stato effettuato dal Comune committente solo dopo l'avvenuta erogazione da parte della Regione Marche del finanziamento.

Infine aveva rilevato che il comportamento della società appaltatrice aveva determinato il venir meno del necessario rapporto di fiducia tra le parti che giustificava, ai sensi degli artt. 340 e 341 della L. 20.03.1865 n. 2248 all. F e dell'art. 22 del capitolato speciale di appalto, la richiesta di risoluzione del contratto per fatto e colpa della società attrice con conseguente condanna dell'attrice al risarcimento di tutti i danni subiti dalla committente per cui concludeva chiedendo, in via principale, il rigetto della domanda attrice e, in via riconvenzionale, la pronuncia di risoluzione del contratto per fatto e colpa della società appaltatrice. Inoltre aveva chiesto di essere autorizzata alla chiamata in causa della Regione Marche e della USL di Fabriano per essere garantito in ipotesi di accoglimento delle domande svolte dalla società attrice.

A seguito di rituale chiamata si costituiva la USL n. 6 di Fabriano contestando qualsiasi sua responsabilità in ordine agli asseriti ritardi nei pagamenti degli acconti nonché chiedendo il rigetto della domanda.



Con separata comparsa si era costituita la Regione Marche la quale aveva eccepito la nullità dell'atto di chiamata in causa in mancanza di qualsiasi indicazione degli elementi di fatto e di diritto, ed aveva eccepito sia il difetto di giurisdizione, in assenza di un dritto soggettivo in capo al Comune quanto all'erogazione del finanziamento, sia il proprio difetto di legittimazione passiva stante l'inconfigurabilità in capo all'ente pubblico finanziatore di qualsiasi responsabilità per l'inadempimento del contratto di appalto vincolante soltanto per l'ente finanziato. Nel merito aveva osservato di aver evaso il procedimento di finanziamento nei termini stabiliti dalla legge per l'espletamento delle attività poste in capo alla Regione, e di non poter essere certamente ritenuto responsabile dei danni lamentati dalla società appaltatrice per la forzata sospensione dei lavori; in ogni caso il Comune avrebbe potuto provvedere al versamento degli acconti sulla base degli stati di avanzamento in quanto la liquidazione degli stessi non era subordinata dalla legge alla effettiva corresponsione del finanziamento.

Con la memoria ex art. 183 c.p.c la società appaltatrice aveva chiesto anche le spese sostenute, nel periodo intercorso fra la notificazione dell'atto della domanda giudiziale di risoluzione contrattuale del 16.05.1997 fino alla ripresa del cantiere avvenuta in data 18.07.1998, per mantenere nel cantiere un guardiano per 24 ore, oltre che per l'attrezzatura e per i macchinari; inoltre aveva esteso nei confronti della Regione Marche tutte le domande introdotte in giudizio per l'ipotesi che il Tribunale l'avesse ritenuta responsabile dei fatti di causa.

In relazione a tale domanda la Regione Marche, con memoria depositata ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c., aveva sollevato eccezione di inammissibilità per tardività, mentre il Comune di Fabriano l'aveva contestata nel merito affermando che le spese richieste erano imputabili alla stessa scelta della società appaltatrice di rimanere nel possesso del cantiere nonostante l'intervenuta risoluzione del contratto.



Con ricorso depositato in data 06.07.2001 il Comune aveva chiesto procedersi ad accertamento tecnico preventivo in corso di causa disposto dal GI. con successivo provvedimento del 21.07.2001.

Si procedeva quindi all'istruttoria mediante espletamento delle prove testimoniali e di CTU, di cui era stata dichiarata la nullità con ordinanza 03.06.2004 con la quale era stata respinta anche la richiesta di rinnovazione della c.t.u.

Con sentenza in data 01.02.2005 il Tribunale adito, rigettava tutte le domande proposte dalla società attrice nei confronti del Comune di Fabriano, dichiarava inammissibili le domande proposte dalla società attrice nei confronti della Regione Marche, dichiarava la risoluzione del contratto di appalto stipulato dal Comune di Fabriano con la Costruzioni Ing. Poggi s.p.a. in data 21.11.1994 per inadempimento imputabile alla società attrice, rigettava la domanda risarcitoria proposta dal Comune di Fabriano nei confronti della società attrice che condannava al pagamento delle spese processuali in favore del Comune di Fabriano, della Regione Marche nonché di quelle di c.t.u. e di a.t.p.; infine condannava il Comune di Fabriano al pagamento delle spese processuali sostenute dagli altri terzi chiamati Enel e Usl n. 6.

Osservava il primo giudice che la domanda di adempimento proposta con il primo giudizio doveva ritenersi implicitamente rinunciata a seguito della proposizione della domanda di risoluzione svolta con l'atto introduttivo del secondo giudizio. Quanto alla domanda di risoluzione ex art. 35, u.c. DPR 1063/62, affermava che ai fini della determinazione dell'entità dell'inadempimento non doveva tenersi conto di tutti i crediti diversi da quelli per rate di acconto sul corrispettivo dovute in base allo stato di avanzamento dei lavori e, in particolare, dei crediti per interessi moratori e per svincolo delle ritenute di garanzia e che, al fine di determinare l'entità degli acconti effettivamente dovuti all'appaltatore, occorreva tener conto della misura delle anticipazioni già versate dalla committente secondo il sistema del graduale recupero con trattenute sugli acconti previsto

nell'ipotesi di risoluzione del vincolo. Quindi rilevava che, sulla base della stessa prospettazione di parte attrice in ordine all'ammontare dell'acconto preteso nell'atto di diffida intimato alla committente in data 15.03.1997, l'importo degli acconti dovuti sulla base dello stato di avanzamento dei lavori sarebbe risultato pari a £ 1.269.786.174, mentre le anticipazioni già ricevute risultavano pari, sulla base della documentazione prodotta dalla stessa società attrice, a complessive £ 565.706.180. Sulla base di tali dati il quarto dell'importo netto contrattuale risultava essere pari a £ 1.297.505.000 per cui il primo giudice escludeva la ricorrenza dei presupposti per la risoluzione del vincolo posto che l'inadempimento, quale presupposto della domanda di risoluzione ex art. 35 DPR 1063/62, poteva ritenersi integrato soltanto se l'importo delle somme effettivamente dovute a titolo di rate di acconto per le quali non era stato tempestivamente emesso il certificato o titolo di spesa avesse raggiunto il quarto di quello complessivo netto contrattuale.

Il primo giudice escludeva, altresì, che la domanda di risoluzione ai sensi del richiamato art. 35 risultasse fondata con riferimento all'asserito mancato pagamento nel termine di trenta giorni, previsto dal comma 2 della richiamata norma, della rata di acconto risultante come dovuta sulla base del 3° SAL posto che dal testo della diffida all'amministrazione committente in data 17.12.1996 risultava che la stessa non riguardava il mancato pagamento del 3° SAL, poiché l'atto faceva unicamente riferimento agli acconti dovuti in relazione al primo ed al secondo stato di avanzamento dei lavori. Aggiungeva, quindi, il primo giudice che mancava il presupposto della costituzione in mora dell'amministrazione con riferimento all'asserito ritardo nel pagamento del 3° SAL, che peraltro il Comune committente sosteneva essere stato redatto successivamente all'atto di diffida in questione, per invocare utilmente il rimedio della risoluzione del contratto sotto il profilo in esame.



Il primo giudice escludeva, altresì, la sussistenza dei presupposti per poter giungere alla dichiarazione di risoluzione ex art. 1453 c.c. per inadempimento della controparte, sia in relazione all'asserito mancato pagamento delle rate di acconto maturate, per difetto della gravità dell'inadempimento in quanto riguardante un importo inferiore a quello valutato dal legislatore come giustificante il ricorso allo specifico rimedio risolutorio previsto in relazione al contratto di appalto di opere pubbliche, sia in relazione all'asserito colpevole comportamento tenuto dalla committente durante l'esecuzione del contratto in relazione al lungo periodo di sospensione dei lavori, in quanto la circostanza posta a fondamento del dedotto inadempimento riguardava fatti preesistenti rispetto alla formazione del vincolo poiché il contratto era stato stipulato in data 21.11.1994 mentre la società appaltatrice, con dichiarazione in data 25.07.1994, aveva affermato di conoscere lo stato dei luoghi e gli aspetti rilevanti ai fini della realizzazione dell'opera oggetto dell'appalto ed aveva ottenuto la consegna dell'area interessata con contestuale ordine di sospensione dell'esecuzione dei lavori per la necessità di rimuovere il palo e la linea elettrica per cui doveva ritenersi che la presenza del palo da rimuovere rientrasse nell'ambito della normale valutazione di convenienza dell'affare rimessa alla parte al momento dell'assunzione dell'impegno.

Infine il primo giudice escludeva la sussistenza di un accordo transattivo con il Comune tanto più di fronte alle contestazioni dell'ente circa la positiva conclusione del procedimento ex art. 31 *bis*.

Inoltre dichiarava l'inammissibilità per novità delle domande svolte dalla società attrice nei confronti della Regione Marche soltanto all'udienza di trattazione (e non con la memoria ex art. 183 c.p.c.)

Il primo giudice riteneva, invece, la fondatezza della domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento della società svolta dal Comune in relazione all'ingiustificato abbandono del cantiere e all'interruzione



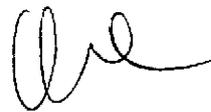
dell'esecuzione del contratto nonostante le sollecitazioni della direzione dei lavori affermando che il comportamento della società era risultato altamente litigioso (iscrizione di riserve già prima dell'assunzione del vincolo, richieste di versamento di quanto dovuto in ragione delle iscrizioni, attivazione di strumenti per procedere alla risoluzione del contratto), nonché con il tenere un atteggiamento ambiguo quanto alla sua volontà di prosecuzione del rapporto nonché vanificando il tentativo dell'amministrazione committente di riportare chiarezza nel rapporto attraverso la proposta bonaria di accordo sulle riserve non accettata dalla società appaltatrice.

Inoltre respingeva la domanda di risoluzione per inadempimento svolta dalla stesso Comune per colpa della società appaltatrice in assenza di prova.

Inoltre rilevato che la società appaltatrice aveva ricevuto nel corso del rapporto le somme dovute per le opere realizzate riteneva inutile disporre la c.t.u.

Dal rigetto delle domande principali faceva conseguire il rigetto di quelle di garanzia nei confronti dei terzi chiamati Enel s.p.a., Regione Marche, Usl n. 6 di Fabriano.

La Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. ha proposto appello avverso la richiamata sentenza deducendo i motivi di seguito esaminati e chiedendo, in accoglimento dell'appello e riforma della gravata sentenza, dichiarare risolto ex art. 35 quarto comma D.P.R. n. 1063/1962, il contratto di appalto n. 5040 intercorso tra le parti in data 21.11.1994 per fatto e colpa del Comune di Fabriano o, in subordine, per suo inadempimento ex art. 1453 c.c., o, in via subordinata, ex art. 1467 c.c. per eccessiva onerosità dovuta al colpevole comportamento della committente e per l'effetto condannare il Comune al pagamento della prestazione eseguita nella misura di euro 1.954.862,13, dei maggiori oneri o danni, nella misura di euro 2.154.909,11, con rivalutazione monetaria e vittoria delle spese di lite.



Le medesime conclusioni venivano svolte nei confronti della Regione Marche per l'ipotesi di suo riconoscimento di responsabilità o in quanto tenuta a manlevare il Comune di Fabriano; in via subordinata, ed in relazione alla sola domanda risarcitoria, chiedeva l'autonoma condanna per fatto e colpa della committente nella produzione dell'evento dannoso oltre interessi e rivalutazione monetaria; in ulteriore subordine ed in relazione alla domanda risarcitoria di cui all'atto di citazione 11.10.1996, condannare il convenuto Comune di Fabriano al pagamento della somma di euro 1.248.287,93, oltre interessi e rivalutazione monetaria. In via istruttoria ammettere le prove testimoniali di cui alla memoria 03.02.1999 e rinnovare la c.t.u.

Il Comune di Fabriano si costituiva in giudizio contestando i motivi di appello e proponendo appello incidentale. Quindi concludeva chiedendo in via istruttoria, ritenere la regolarità della CTU disposta in primo grado, ed ammettere *si opus*, tutte le richieste istruttorie già avanzate; nel merito rigettare l'appello e per l'effetto confermare la pronuncia di risoluzione per fatto, colpa ed inadempimento della società appaltatrice, e rigettare tutte le domande di parte attrice; in accoglimento dell'appello incidentale condannare la società Penzi al risarcimento dei danni nell'ammontare ritenuto di giustizia; in via incidentale subordinata, accogliere le domande di manleva nei confronti dell'Enel della AUSL n. 6, oggi ZT n. 6, con vittoria delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

La Regione Marche, nel costituirsi in giudizio, evidenziava la correttezza delle argomentazioni poste a fondamento della pronuncia di primo grado e concludeva chiedendo dichiarare il difetto di legittimazione passiva della Regione Marche e la conferma della gravata sentenza.

Si costituiva, altresì, l'Enel chiedendo la conferma della gravata sentenza ed il rigetto della domanda di manleva svolta dal Comune di Fabriano con condanna di quest'ultimo al pagamento delle spese.



La Zona Territoriale n. 6 di Fabriano, ASUR Marche, si costituiva in giudizio e concludeva chiedendo il rigetto di qualsiasi domanda svolta nei suoi confronti con totale conferma della gravata sentenza e con vittoria delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

Precisate le conclusioni, con ordinanza collegiale del 13.04.2011, la causa veniva rimessa in istruttoria per la ricostruzione del fascicolo d'ufficio di primo grado. Trattenuta nuovamente in decisione, con ordinanza collegiale del 03.04.2012 veniva disposta c.t.u. al fine di verificare la fondatezza delle riserve iscritte dalla Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. in conseguenza della sospensione dei lavori quantificando le eventuali minore somme dovute a tale titolo dal Comune, nonché di quantificare l'entità dell'opera realizzata prima della cessazione del rapporto, avuto riguardo sia al suo valore venale, sia ai prezzi contrattuali, sia i prezzi stessi considerando anche l'incidenza delle riserve.

All'esito della espletata c.t.u. le parti precisavano ulteriormente le loro conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo l'appellante Penzi ha censurato la gravata sentenza nella parte in cui il primo giudice aveva qualificato la domanda attrice di cui al giudizio principale come domanda di adempimento contrattuale affermando che invece si trattava di domanda di risarcimento del danno a seguito di colpevole comportamento della committente salvo, a tutto voler concedere, per la parte della domanda per la quale era stata richiesta l'emissione di ordinanza ex art. 181 *bis* c.p.c. e che era stata riconosciuta dalla committente ex art. 31 *bis* l. 109/1994.

Tale qualificazione, secondo quanto affermato dalla società appellante, aveva costituito l'erroneo presupposto dell'ulteriore affermazione riguardante l'implicita rinuncia della domanda di adempimento introdotta con il primo giudizio in conseguenza della introduzione della domanda di risoluzione di cui al secondo giudizio.



In realtà, secondo l'assunto dell'appellante, poiché le singole domande erano state formulate attraverso le riserve risultava chiaro che l'impresa avesse denunciato come illegittima la disposta sospensione e che la stessa integrasse la causa generatrice dei danni lamentati per il non esatto adempimento della prestazione da parte del debitore.

Con il medesimo motivo l'appellante ha poi rilevato che la violazione del disposto di cui al secondo comma dell'art. 1453 c.c. non è rilevabile d'ufficio e deve essere eccepita dalla parte convenuta nel giudizio di merito.

Il motivo risulta infondato e va, pertanto, respinto.

Nella fattispecie in esame è stato dapprima chiesto l'adempimento e poi la risoluzione del contratto di appalto. Il rilievo circa la non rilevabilità d'ufficio effettuato dalla società appellante attiene alla diversa ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 1453 c.c. riguardante il divieto di chiedere l'adempimento dopo aver chiesto la risoluzione in relazione alla quale la Suprema Corte ha, difatti, affermato che *il divieto posto dal secondo comma dell'art. 1453 cod. civ. di chiedere l'adempimento dopo aver chiesto la risoluzione del contratto è posto nell'interesse della controparte che da tale momento non è più tenuta ad adempiere. Pertanto la violazione di detta norma non è rilevabile d'ufficio, ma deve esser eccepita dal convenuto per la risoluzione, spettando solo al medesimo valutare se ancora adempiere* (Cass. 19.12.2000 n.15969).

Ma la società appellante ha contestato che con il primo giudizio sia stata svolta domanda di adempimento. Tale assunto risulta però smentito dalle stesse affermazioni della parte appellante che, nell'avanzare in primo grado la richiesta di riunione del giudizio avente ad oggetto la domanda di risoluzione a quello precedentemente proposto contro lo stesso Comune di Fabriano, aveva affermato sia con l'atto di citazione introduttivo del secondo giudizio che in sede di verbale di udienza che tale giudizio aveva *ad oggetto la domanda di adempimento del contratto di cui qui si chiede la risoluzione* (v. verbale

udienza 02.04.1998). Sempre a tale domanda aveva poi fatto riferimento il procuratore della società Penzi alla successiva udienza del 03.02.1999 allorché aveva chiesto la riunione della causa ... *avente per oggetto la domanda di adempimento del contratto per il quale nella presente causa è stata avanzata domanda di risoluzione*.

In ogni caso va rilevato che con l'atto introduttivo del giudizio principale la società Penzi aveva chiesto la condanna del Comune di Fabriano al pagamento della complessiva somma di £ 2.368.143.705, così come dettagliatamente indicata nelle riserve iscritte in contabilità, con rivalutazione delle somme riconosciute ed interessi legali dalla domanda di arbitrato, e che l'onere della riserva sussiste soltanto con riferimento alle pretese dell'appaltatore che si riflettono sul corrispettivo dovutogli (cfr. Cass. 17.09.2014 n. 19531) posto che la formulazione delle riserve a carico dell'appaltatore si esaurisce nella quantificazione di una pretesa di integrazione del corrispettivo (Cass.21.02.2006 n. 3768) sicché va condivisa la qualificazione giuridica operata dal primo giudice e le conseguenze da essa tratte.

Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto che l'apparente affermazione del Tribunale secondo cui la domanda ex art. 35 DPR 1063/1962 doveva essere respinta in quanto l'importo richiesto negli atti di diffida risultava inferiore al limite di legge, era fondata su due errori : 1) il primo riguardante l'importo netto delle rate di corrispettivo indicate dal Tribunale in £ 1.269.786.174 sulla base dell'atto di diffida di cui al doc. n. 31 in cui, al contrario, risultavano crediti per lavori eseguiti, contabilizzati e posti in pagamento per £ 1.346.637.312 (comprensivo del ventesimo di ritenuta pari a £ 75.000.000, effettuato sull'importo dei lavori del 3° SAL, e di £ 1.851.139 per n. 2 note in economia); 2) il secondo dovuto: a) al fatto che le somme indicate nell'atto di diffida erano interamente dovute alla società attrice in quanto la D.L. aveva operato il recupero parziale dell'anticipazione nella misura prevista per legge del 10% su



ogni rata di acconto, oltre che per l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 35 DPR 1063/1962 in quanto la residuale somma dell'anticipazione non ancora recuperata era rimasta nella disponibilità dell'appaltatrice posto che a norma dell'art. 2 del DM 25.11.1972 *l'eventuale somma rimasta da recuperare sarà trattenuta integralmente in sede di pagamento del saldo contrattuale* per cui tale residuo non poteva essere imputato da nessuna delle due parti contrattuali alle rate del prezzo per le quali era stato emesso il certificato di pagamento; b) al fatto che le *altre pretese a vario titolo* attecchivano sempre al corrispettivo dell'appalto dovuto all'appaltatrice per lavori eseguiti ed erano costituite dal "ventesimo di garanzia" trattenuto su ogni SAL pari a £ 75.135.227 e dalla somma di £ 1.851.138 per lavori eseguiti, contabilizzati dalla D.L. in base alle contrattualmente previste Note in Economia e liquidate con il relativo ulteriore certificato di pagamento.

Il Comune di Fabriano ha rilevato che la società appaltatrice aveva proceduto ad una duplicazione di richieste e considerato somme assolutamente non computabili al fine di superare il quarto dell'importo contrattuale, presupposto fondamentale per ottenere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 35 del DPR 1063/62, al contempo evidenziando che la società aveva cercato di agire nelle pieghe del diritto al fine di determinare difficoltà alla Pubblica Amministrazione anziché prestare quella collaborazione richiestagli come obbligo di legge. Infine evidenziato che non vi era possibilità di fare applicazione del disposto di cui all'art. 35, comma 4, del DPR 1063/62 in quanto il quarto dell'importo netto contrattuale era pari a £ 1.297.505.000 mentre la sommatoria dei certificati di pagamento del primo, secondo e terzo SAL emessi dalla DL a sensi dell'art. 21 del capitolato speciale di appalto era pari a £ 1.269.786.174. In ogni caso la società appaltatrice anche dopo la proposizione della domanda di risoluzione aveva provveduto ad incassare regolarmente gli importi di cui ai tre SAL eseguiti giungendo persino a trattenere somme in eccesso rispetto a quelle realmente spettanti tanto che alla data di ultimazione dei lavori per



intervenuta risoluzione vi era un saldo attivo a favore della società pari a £ 183.884.944 dimostrando con ciò di voler rinunciare ad esercitare l'infondato diritto in precedenza comunicato con lettera 19.03.1997 e con l'atto di citazione notificato li 19.05.1997.

Il particolare rimedio risolutorio previsto dall'art. 35 ult. comma del d.p.r. 1063 del 1962, dà diritto al solo appaltatore di chiedere la risoluzione del contratto, previa costituzione in mora dell'Amministrazione, nel caso di inutile spirare dei termini stabiliti dal secondo comma della stessa disposizione normativa per l'emissione dei certificati di pagamento delle rate di acconto a suo favore, nonché in quello in cui l'ammontare delle stesse per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale.

Il primo giudice, facendo applicazione del principio affermato dalla Suprema Corte secondo cui ... *in tema di appalto di opere pubbliche, l'esercizio, in favore dell'appaltatore, del rimedio della risoluzione del contratto, di cui all'art. 35 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, è previsto, non con riferimento all'inadempimento di qualunque obbligazione gravante sulla stazione appaltante o di qualsiasi corrispettivo da essa dovuto all'impresa in esecuzione del contratto di appalto, ma soltanto con riferimento al mancato pagamento delle rate di acconto, e sempre che l'importo delle somme effettivamente dovute a tale titolo raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale; pertanto, ai fini dell'eseribilità del detto rimedio, non rileva l'esistenza di altri crediti che pure il giudice abbia accertato spettare all'appaltatore a titolo diverso* (Cass. 19.09.2003 n. 13901), ha ritenuto irrilevanti, ai fini della determinazione dell'entità dell'inadempimento e, dunque, del raggiungimento del quarto dell'importo netto contrattuale, tutti i crediti diversi da quelli per rate di acconto sul corrispettivo dovute in base allo stato di avanzamento dei lavori, ed in particolare i crediti per interessi moratori e per svincolo delle ritenute di garanzia mentre, ai fini della determinazione dell'entità degli acconti effettivamente dovuti all'appaltatore, ha ritenuto necessario tenere



conto della misura delle anticipazioni già versate dalla committente secondo il sistema del graduale recupero con trattenute sugli acconti previsto nell'ipotesi di risoluzione del vincolo.

Facendo riferimento ai singoli profili di doglianza sollevati dall'appellante occorre osservare che nell'atto di diffida 15.03.1997 la società appaltatrice aveva effettivamente indicato quale importo complessivo vantato nei confronti dell'appaltante quello di £ 1.346.637.312, comprensivo di quello per £ 75.000.000, che le parti concordemente riconoscono riferirsi al ventesimo di garanzia di cui all'art. 22 della l. 03.01.1978 n. 1 calcolato sul primo, secondo e terzo SAL, nonché di quello per £ 1.851.139 per n. 2 note in economia, ritenuto dalla società Penzi superiore al quarto dell'importo netto contrattuale di £ 1.297.505.000 che il primo giudice ha ritenuto elemento incontestato fra le parti con argomentazione che non risulta essere stata fatta oggetto di impugnativa.

Il Tribunale ha evidentemente indicato quale importo degli acconti quello di £ 1.269.786.174 in quanto non ha ricompreso le somme di £ 75.000.000 per lo svincolo del ventesimo e quella di £ 1.851.139 per n. 2 note in economia.

Quanto al secondo profilo non sembra possa assumere rilievo l'operato recupero parziale dell'anticipazione nella misura del 10% su ogni rata di acconto e l'affermazione riguardante il fatto che le somme indicate nei certificati di pagamento e, quindi, nell'atto di diffida erano interamente dovute in quanto il primo giudice ha precisato che *... già l'importo delle rate di acconto pretese nell'atto di diffida è inferiore, anche senza considerare le detrazioni da applicare per l'anticipazione già percepita, al quarto dell'importo contrattuale netto...*

Peraltro, anche avendo riguardo al conteggio effettuato dal c.t.u. tenendo conto delle anticipazioni versate (peraltro indicate nella diversa misura di £ 519.002.000



così come sostanzialmente risultante dal richiamato atto di diffida) e degli importi di cui ai SAL così come richiesti, ove allo stesso si detraggano le voci già escluse dal primo giudice e sopra indicate in £ 75.000.000 ed in £ 1.851.139, si ottiene ugualmente un importo inferiore al quarto così come determinato dal primo giudice e, come già rilevato, da ritenersi elemento incontrovertibile.

Si tratta di stabilire se sia stato o meno corretto escludere dal conteggio in particolare quanto richiesto a titolo di ventesimo di garanzia sui prime tre SAL.

Afferma l'appellante che tale importo, così come affermato dalla Suprema Corte con la sentenza 20324/2004 della Suprema Corte ha natura di *compenso dovuto all'appaltatore per i lavori eseguiti*.

Con la richiamata pronuncia la Suprema Corte ha affermato: *L'art. 33 d.p.r. 1063 del 1962, ..., nel disciplinare i pagamenti in acconto all'appaltatore durante l'esecuzione dei lavori, dispone (3^ comma) che sul loro importo "vengono effettuate le ritenute di legge", in ottemperanza, del resto a quanto già previsto dall'art. 48 del r.d. 827 del 1924, che stabiliva il limite massimo dell'acconto e della relativa ritenuta (successivamente modificato dagli art. 1 d.p.r. 904 del 1976, nonché dall'art. 22 della legge 1 del 1978)... L'ultimo comma dell'art. 33 completa detta disciplina aggiungendo che "le somme ritenute costituiscono una ulteriore garanzia dell'adempimento degli obblighi dell'appaltatore e sono pagate a quest'ultimo con la rata di saldo..."*.

Dalla motivazione della richiamata sentenza emerge che la fattispecie sottoposta all'esame della Corte atteneva al diverso aspetto delle ritenute previste dall'art. 19 del d.p.r. 1063, il quale dopo aver fatto carico all'appaltatore di osservare le vigenti disposizioni in materia di assicurazioni sociali e di provvedere al pagamento dei prescritti contributi in favore degli enti assicurativi, impone alla stazione appaltante di operare a tal fine sull'importo netto progressivo dei lavori una ritenuta dello 0,50%;



ed ove l'appaltatore trascura alcuno degli adempimenti suddetti, di provvedervi essa a carico del fondo formato con detta ritenuta.

Ed a tal riguardo ha affermato che ... le ritenute costituiscono parte del compenso dovuto all'appaltatore per i lavori eseguiti, che la committente è obbligata a trattenere in corso di opera ed in occasione del pagamento dei singoli acconti; ed a corrispondere soltanto in occasione della rata di saldo, dopo, dunque, l'avvenuto collaudo dell'opera. E deriva altresì, che di esse può essere disposto il pagamento dall'amministrazione unitamente alla rata di saldo, ed in mancanza dal giudice, solo se l'appaltatore dimostri di avere adempiuto alle obbligazioni per le quali erano state disposte...

Ritiene il Collegio che il fatto che il ventesimo di garanzia venga corrisposto anticipatamente rispetto al saldo, ove vi sia richiesta del creditore e questi presti idonea fideiussione così come previsto dalla legge, non consente di ritenere, anche se l'importo così corrisposto deve essere qualificato quale parte del compenso dovuto all'appaltatore, che lo stesso possa essere ricompreso nella disposizione di cui all'art. 35 riguardante *esclusivamente "(per) i ritardi nei pagamenti degli acconti", ove stabiliti dal capitolato speciale ed a misura dell'avanzamento dei lavori regolarmente eseguiti ... a nulla rilevando l'esistenza di altri crediti che lo stesso giudice di merito avesse accertato spettare all'appaltatore a titoli diversi* (Cass. 2003/13901) posto che l'importo così ottenuto non perde la funzione di garanzia tanto che vi è necessità per il creditore di prestare fideiussione.

Alla luce di tali affermazioni (né è necessario esaminare l'ulteriore voce per note in economia in quanto l'esclusione di quella riguardante il ventesimo di garanzia comporta già di per sé il non superamento del quarto) nessun errore può essere imputato al primo giudice. Ne consegue il rigetto del motivo in esame.



Con ulteriore doglianza la società Penzi rilevava l'erroneità del principio affermato dal Tribunale secondo cui la risoluzione ex art. 1435 c.c. doveva essere respinta per difetto di gravità atteso che, diversamente, sarebbe stata vanificata la disposizione di cui al richiamato art. 35 chiedendo farsi applicazione del diverso principio affermato in tema da Cass. 07.07.2004 n. 12416 per cui il Tribunale avrebbe dovuto approfondire l'argomento riguardante la gravità dell'inadempimento relativo al mancato pagamento di £ 1.269.786.174 a fronte di £ 1.297.505.000, pari al quarto dell'importo contrattuale, e che, in ogni caso, avrebbe dovuto tenere conto di quelle *altre pretese a vario titolo* costituite dal *ventesimo di garanzia*, dagli interessi per il ritardato versamento dell'anticipazione, dagli interessi per mancato pagamento delle note in economia e dal 1°, 2, 3, SAL in base alle quali il credito dell'impresa raggiungeva la diversa cifra di £ 1.445.971.552.

Secondo quanto affermato dalla richiamata pronuncia della Suprema Corte *In tema di appalto di opere pubbliche, le disposizioni speciali dettate con riferimento alle ipotesi di inadempimento del contratto di appalto (come quelle di cui agli art. 1662, 1667, 1668, 1669 cod.civ., 35 ultimo comma d.P.R. 1063/1962) integrano, senza peraltro sostituirli, i principi generali dettati dal legislatore in tema di mancato adempimento e di risoluzione del negozio di cui agli artt. 1453 ss. cod.civ.. Da ciò consegue - quanto, in particolare, alla citata disposizione ex art.35 d.P.R. 1063/1962 - che tale, speciale rimedio risolutorio sia - sì - esperibile a prescindere dalla non scarsa importanza dell'inadempimento e pur quando quest'ultima condizione non ricorra, ma che tornino ad applicarsi, per converso, le disposizioni generali di cui agli artt.1453, 1455 cod.civ. ove l'imprenditore non possa invocare i (più favorevoli) presupposti della norma speciale (Cass. 07.07.2004 n. 12416; conf. Cass. 24.05.2007 n. 12162).*

Il primo giudice, con riferimento al mancato pagamento delle rate di acconto sul corrispettivo maturate ha affermato che non poteva giungersi alla dichiarazione



di risoluzione per grave inadempimento per difetto di tale presupposto atteso che non si poteva ritenere tale il mancato pagamento di un importo inferiore a quello stabilito dal legislatore e valutato tale da determinare la risoluzione ex art. 35.

L'argomentazione deve ritenersi del tutto condivisibile atteso che il giudicante non ha affatto escluso, così come desumibile dalla suindicata pronuncia della cassazione, la possibilità di esperire i normali rimedi previsti in tema di risoluzione per grave inadempimento atteso che, così come affermato dal primo giudice, *il limite posto dal legislatore alla facoltà dell'appaltatore di opera pubblica di richiedere lo scioglimento del vincolo con riferimento al ritardato o mancato pagamento degli acconti sul corrispettivo risulterebbe inutile e del tutto vanificato ove fosse consentito al giudice di ritenere integrato il presupposto della gravità della inadempimento richiesto, in generale dall'art. 1455 c.c. per la pronuncia della risoluzione del contratto, in difetto delle conclusioni per l'emissione della pronuncia ai sensi dell'art. 35 DPR 1063/62.*

Tornando a fare applicazione dei criteri generali in tema di risoluzione per grave inadempimento ben si potrebbe prendere in esame la mancata corresponsione di eventuali ulteriori somme rispetto a quelle valutabili ai fini dell'applicazione del richiamato art. 35.

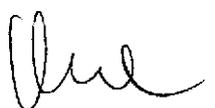
Tale dato potrà essere valutato unitamente all'ulteriore elemento integrante la dedotta gravità dell'inadempimento di cui alla ulteriore censura dell'appellante secondo la quale il primo giudice avrebbe dovuto esaminare anche l'aspetto inerente la sospensione dei lavori che il Tribunale aveva escluso che potesse essere illegittima sulla base della semplice considerazione del fatto che all'appaltatrice fosse noto l'impedimento costituito dalla linea elettrica, ignorando quella giurisprudenza che esclude specificatamente che la presenza della linea elettrica possa essere ricompresa fra le circostanze di cui l'appaltatore dichiara di aver preso visione (Cass. 17.03.1983 n.4760).



Sempre in relazione alla sospensione la società appellante ha affermato che essa non poteva essere giustificata dalla scriminante dichiarata dal Tribunale (dichiarazione di conoscenza dei luoghi) atteso che il committente, ai sensi dell'art. 5, primo comma, R.D. n. 350/1895, è tenuto a non consegnare i lavori qualora ne riscontri l'inattuabilità per cui detta dichiarazione avrebbe al più potuto rilevare quale scriminante unicamente dell'obbligo di tempestività della consegna dei lavori previsto dall'art. 10 DPR n. 1063/1962 che fissa in 45 giorni il termine per la consegna dei lavori e ciò in misura corrispondente al tempo tecnico necessario per lo spostamento della linea elettrica che era risultato pari al periodo intercorrente fra il 08.02.1995 (versamento degli oneri da parte del Comune) al 18.07.1995 (termine lavorazione). Peraltro, sempre secondo quanto affermato dall'appellante, il Tribunale, con argomentazione contraddittoria, aveva poi respinto la domanda di manleva nei confronti dell'Enel affermando che l'eliminazione degli ostacoli alla esecuzione della prestazione avrebbe potuto e dovuto essere richiesta al terzo prima dell'inizio del procedimento amministrativo sfociato nell'assunzione dell'obbligazione contrattuale.

Si tratta, dunque, di stabilire se la presenza incontestata della linea elettrica costituisca o meno elemento da ricondurre nell'ambito della cd. cantierabilità, ovvero elemento di cui l'appaltatore avrebbe dovuto tener conto, all'esito della dichiarazione di cui all'art. 1 del D.P.R. 16.07.1962 n. 1063, dovendo ritenersi comprovata l'acquisizione della conoscenza di tale elemento da parte della società Penzi se non altro in ragione della iscrizione della riserva effettuata contestualmente alla presa di possesso e alla disposta sospensione.

Sotto un profilo meramente fattuale va rilevato che mentre nella tavola di progetto era stata indicata la presenza della linea elettrica che interferiva con il nuovo edificio da costruire, nell'invito alla licitazione privata per l'appalto non si era fatto alcun riferimento alla questione dell'elettrodotto, così come nel



contratto di appalto, nell'atto aggiuntivo del 10.10.1995, nella relazione illustrativa generale al progetto in appalto e nel capitolato speciale di appalto.

Sotto un profilo prettamente giuridico deve premettersi che in tema di appalto di opere pubbliche la dichiarazione dell'impresa di aver esaminato la situazione dei luoghi e i suoi riflessi nell'esecuzione dell'opera si inserisce nell'ambito delle disposizioni introdotte dall'art. 1 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 e si traduce in un attestato di presa conoscenza delle condizioni locali e di tutte le circostanze che possano influire sull'esecuzione dell'opera comportando un preciso dovere di conoscenza a carico dell'appaltatore (Cass. 18.09.2003 n. 13734).

La Suprema Corte ha in particolare affermato, in fattispecie riguardante opere da effettuarsi nel sottosuolo, che ... *in tema di appalto di opere pubbliche, la dichiarazione del partecipante alla gara, prevista dall'art. 1 del d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063 - "di essersi recato sul luogo dove devono eseguirsi i lavori e di aver preso conoscenza delle condizioni locali ...nonché di tutte le circostanze generali e particolari che possono aver influito sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali e che possono influire sull'esecuzione dell'opera" - comprende, allorché i lavori consistano nella costruzione di fognature nel sottosuolo di una strada dell'abitato di una città, la conoscenza della insistenza, in tale sottosuolo, di canalizzazioni concernenti i servizi essenziali alla città stessa - acqua, corrente elettrica, gas, telefono - ; e ciò importa che il partecipante alla gara, in quanto consapevole della presenza delle canalizzazioni, abbia accettato il rischio della loro localizzazione concreta* (Cass. 24.06.1996 n. 5820).

Nella motivazione di altra pronuncia della Suprema Corte (Cass. 2008/3932) si legge che, secondo la giurisprudenza di legittimità ... *il citato art. 1 - a tenore del quale "per essere ammessi a partecipare alla gara, gli imprenditori devono presentare una dichiarazione con la quale essi attestino di essersi recati sul luogo di aver preso conoscenza delle condizioni locali, ed eventualmente delle cave e dei campioni, nonché di tutte le circostanze generali e particolari che possano aver*

influito sulla determinazione dei prezzi e delle condizioni contrattuali e che possano influire sull'esecuzione dell'opera..." - è inteso ad evitare contrasti su situazioni, incidenti sull'esecuzione dell'opera, delle quali l'appaltatore potesse rendersi conto in base alla mera ispezione dei luoghi ... Ora se è ben vero che la norma si riferisce alla situazione apparente e non anche a quella occulta, deve ritenersi che anche quest'ultima costituisca oggetto di conoscenza allorché la sua individualità emerga da detta ispezione.

La pronuncia si riferisce, però, alla configurabilità ed estensione degli obblighi di diligenza dell'appaltatore che devono intendersi estesi, senza necessità di una specifica pattuizione, all'esercizio ... del controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Pertanto la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione od indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, mentre la sua responsabilità è esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali.

La società appellante ha fatto riferimento alla più risalente ma specifica pronuncia della Suprema Corte 17.03.1983 n. 4760 con cui si è affermato che la richiamata dichiarazione di cui all'art. 1 DPR 1962/1063 ... non riguarda anche la dichiarazione circa l'esistenza di linee elettriche, telefoniche, telegrafiche, acquedotti e di altri impedimenti del genere non connessi o dipendenti dalla natura dei luoghi, ma estranei ad essa o in essa occultati, ovvero destinati ad essere rimossi ad opera della stazione appaltante.



Infine va richiamata in tema anche l'ulteriore pronuncia della Suprema Corte con cui si è affermato che ... *in tema di appalto di opera pubblica, la stazione appaltante ha l'obbligo di consegnare all'appaltatore l'area destinata all'esecuzione dei lavori libera da impedimenti alla sua piena utilizzabilità provenienti da terzi; ne consegue che, ove l'obbligato non provveda in tempi ragionevoli alla rimozione degli ostacoli che rendono praticamente impossibile l'inizio o la prosecuzione dei lavori (nella specie, la rimozione di una linea elettrica), l'appaltatore ha diritto di chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni (oltre al pagamento dei lavori eseguiti), indipendentemente dalla formulazione di specifiche riserve, che presuppongono la persistenza del rapporto (Cass. 01.06.1994 n. 5332).*

Nella motivazione di tale ultima pronuncia si legge che *la consegna dei lavori - e, quindi, massimamente, dell'area destinata alla loro esecuzione - si iscrive nel dovere della stazione appaltante di cooperare all'adempimento dell'appaltatore, non essendo questi tenuto a (e il più delle volte neppure potendo) farsi carico dell'attività necessaria per acquisire la effettiva disponibilità del suolo di proprietà del committente rimuovendo gli impedimenti alla sua piena utilizzabilità provenienti da diritti di terzi e, perciò, non riconducibili alle difficoltà comprese nel rischio attinente alla organizzazione e gestione dei fattori produttivi, che l'art. 1655 c. c. pone a carico dell'assuntore (v. Cass. 2102-1982), ma riferibili al committente, dal momento che la indisponibilità (totale o parziale, originaria o sopravvenuta) dell'area sulla quale l'opera deve essere costruita equivale, per ogni effetto, alla mancata o inesatta consegna (che non deve essere puramente simbolica), con la conseguenza che, ove l'obbligato non provveda in tempi ragionevoli alla rimozione di ostacoli che rendano praticamente impossibile l'inizio o la prosecuzione dei lavori e in assenza, dunque, delle condizioni, giuridiche o di fatto, postulate dal "favor" legislativo per il mantenimento in vita dell'appalto, sorge per l'appaltatore il diritto potestativo alla risoluzione del contratto (e al pagamento del corrispettivo dei lavori eseguiti, oltre al risarcimento degli eventuali danni imputabili all'altra parte).*



Sulla base dei principi affermati dalla Suprema Corte con le richiamate pronunce si può, dunque, affermare che la consegna dell'area sulla quale avrebbe dovuto essere realizzata l'opera pubblica, la cui esecuzione ha trovato ostacolo nella presenza del palo della linea elettrica e, dunque, la configurabilità del diritto reale di servitù del terzo contestualmente alla mancanza di qualsiasi previsione contrattuale che attribuisse alla società appaltatrice il potere di agire nei confronti del terzo per ottenere la rimozione del palo e lo spostamento della servitù, non può ritenersi riconducibile nell'ambito degli elementi riguardante l'esecuzione dell'opera, come tali suscettibili di comportare ripercussioni sotto il profilo del rapporto contrattuale che, come affermato dal primo giudice, l'appaltatore è tenuto a valutare anche in conseguenza della dichiarazione di piena conoscenza degli elementi idonei a ripercuotersi sulla esecuzione del progetto che, di conseguenza, rientrano nell'ambito dell'insindacabile valutazione di convenienza dell'affare rimessa alla parte al momento dell'assunzione dell'impegno contrattuale. Al contrario la presenza del palo della linea elettrica costituiva ostacolo alla possibilità di iniziare qualsiasi lavoro sicché essa va ricondotta nell'ambito della cd. cantierabilità suscettibile di comportare la risoluzione del contratto per grave inadempimento.

A tal fine occorre considerare che la D.L. ha evidentemente ritenuto invasiva la presenza della linea elettrica tanto da pregiudicare la realizzazione di qualsiasi opera posto che non venne ordinata una sospensione parziale bensì totale.

Ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento deve aversi riguardo ai tempi resisi necessari per la rimozione della linea elettrica.

In proposito va rilevato che secondo quanto prospettato dal Comune l'ente avrebbe trasmesso la planimetria all'Enel in data 23.07.1994 cui aveva fatto seguito, in data 28.10.1994, la richiesta da parte dell'Enel dello stesso documento; quindi il Comune aveva provveduto con delibera n. 1387 del 22.11.1994 all'approvazione dello stanziamento dei fondi necessari per



l'intervento la cui materiale erogazione era stata effettuata nel mese di febbraio 1995 mentre l'inizio dei lavori era intervenuto il successivo 17.03.1995 e l'ultimazione degli stessi a metà del mese di aprile 2005.

Sul punto l'Enel ha, invece, dedotto che il Comune di Fabriano aveva inoltrato richiesta di spostamento dell'elettrodotto nel mese di agosto 1994 e che l'Enel aveva invitato il Comune a produrre la planimetria delle opere edili da realizzare per poter procedere alla progettazione dello spostamento, documento che le era stato trasmesso in data 20.09.1994. Quindi, predisposta la progettazione, l'Enel aveva comunicato al Comune il preventivo per i lavori in data 28.10.1994 precisando di *restare in attesa dell'accettazione del preventivo di spesa nonché del rilascio delle occorrenti servitù per il transito del nuovo elettrodotto su aree del demanio comunale.* Soltanto in data 05.12.1994, secondo la prospettazione dell'Enel, il Comune gli aveva comunicato che con delibera n. 1387 era stato approvato il preventivo di spesa per cui aveva provveduto alla gara di appalto. Il Comune aveva poi proceduto al materiale pagamento della somma in data 08.02.1995, l'Enel aveva provveduto immediatamente, in data 09.02.1995, a consegnare i lavori alla ditta aggiudicataria la quale aveva completato i lavori nell'arco dei successivi trenta giorni.

Dopo l'effettivo completamento della linea elettrica la ripresa dei lavori concessa dal Comune era intervenuta soltanto il successivo 18.07.1995 ma di fatto soltanto il successivo 09.10.1995 a causa dell'esistenza di una strada interna all'Ospedale che ne impediva la ripresa.

L'esecuzione dello spostamento di tale strada risulta dal verbale redatto in data 08.09.1995 (all'interno dell'ALL.2.12.2 della c.t.u.), sottoscritto unilateralmente da un assistente ai lavori per il D.L., ed avente ad oggetto l'ordine di demolizione di una casa colonica con annesso fienile per dare spazio ad un tracciato alternativo alla suddetta strada (*detta soluzione consentirà di deviare l'attuale traffico degli automezzi che a tutt'oggi insiste sulla zona da*

scavare), dal verbale in data 13.09.1995 sottoscritto da impresa e D.L. che definisce, almeno in linea di massima, le condizioni economiche per la realizzazione della nuova strada e, infine, dal verbale di consegna parziale con il quale la stazione appaltante aveva assunto in carico la nuova strada con cui si specifica che contestualmente l'impresa poteva procedere alla chiusura della vecchia strada insistente sull'area del costruendo edificio.

Al di là di eventuale responsabilità dell'Enel posta a fondamento della domanda di manleva, aspetto che sarà fatta oggetto di valutazione nel prosieguo della motivazione, ciò che in questa sede rileva è che la società Penzi, non è stata posta nella condizione di poter iniziare l'esecuzione delle opere oggetto del contratto, dalla consegna dei lavori in data 15.09.1994, prima della data del 18.07.1995 in cui venne sottoscritto il verbale di ripresa dei lavori con riserva dell'impresa.

Trattasi di un periodo di ben 306 giorni di sospensione avente carattere illegittimo - non sussistendo per le ragioni sopra esposte le condizioni di cantierabilità - a fronte di un tempo totale per l'appalto di 800 giorni che ha certamente costituito un forte impedimento per l'impresa la quale aveva dovuto organizzare la propria struttura per assumere l'appalto ed eseguire le relative opere nel termine previsto che ha comportato un inadempimento dell'ente comunale rispetto alle obbligazioni assunte ed ha certamente gravemente inciso sull'organizzazione aziendale anche in considerazione della non prevedibilità della ripresa dei lavori.

L'art. 30, comma 2 e 3, del D.P.R. 1063/1962 stabilisce la possibilità di una sospensione complessiva della durata non superiore ad un quarto del tempo contrattuale e, in ogni caso, di 180 giorni; se la durata della sospensione è compresa entro tale termine non spetta all'appaltatore alcun compenso o indennizzo. Il superamento di tale termine consente all'appaltatore di chiedere lo



scioglimento del contratto con la rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti.

Quanto già osservato in ordine alla non cantierabilità esclude che si possa non tener conto, ai fini della valutazione in esame, del primo periodo di sei mesi attesa la mancata indicazione in tutta la documentazione relativa all'opera in oggetto (v. pag. 64 c.t.u.), salvo che nella tavola 1301 del progetto, della presenza degli elementi (elettrodotto e strada) che hanno poi impedito l'inizio della esecuzione dei lavori.

Ove poi si volesse aver riguardo alla data di stipula del contratto, si dovrebbe in ogni caso rilevare che anche a tale data non sussistevano le condizioni di cantierabilità e che il periodo di sospensione, ancorché decorrente da tale diversa rata, risulterebbe comunque di sicuro rilievo ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento come di seguito effettuata.

Del tutto condivisibili devono ritenersi le osservazioni svolte dal c.t.u. laddove ha osservato che *il progetto nel suo insieme, era da considerarsi lacunoso in tal senso giacché non faceva menzione -se non per l'indicazione grafica- dell'elettrodotto e non ne considerava a in alcun modo l'impatto sia dal punto di vista economico che temporale...proprio la totale assenza di ogni riferimento di carattere temporale o economico correlato all'elettrodotto evidenzia che quest'attività ricadeva per intero nella sfera di responsabilità della stazione appaltante e non certo dell'impresa; peraltro la presenza dell'elettrodotto era certamente assolutamente invasiva e tale da pregiudicare ogni possibile opera tanto che ne era stata ordinata la sospensione totale e non parziale.*

Va in proposito richiamato quanto affermato dal primo giudice nella parte in cui ha fatto riferimento alla presenza di *...ostacoli all'esecuzione della prestazione la cui eliminazione avrebbe potuto e dovuto essere richiesta al terzo dalla parte prima dell'inizio del procedimento amministrativo sfociato con l'assunzione dell'obbligazione contrattuale(risulta dalla documentazione allegata al fascicolo*

detta terza chiamata Enel s.p.a. che la prima richiesta di spostamento della linea elettrica è stata avanzata all'Enel s.p.a., il 28.07.1994, dunque, dopo l'espletamento della gara di appalto e la consegna all'impresa dell'area per l'esecuzione dei lavori, né il Comune di Fabriano ha mai allegato e dimostrato di essersi preoccupato, prima di indire la gara di appalto, di provvedere alla rimozione degli ostacoli all'edificazione dell'opera da appaltare...).

Occorre, quindi, procedere all'esame degli elementi posti dal primo giudice a fondamento della pronuncia di risoluzione per grave inadempimento della società appaltatrice fatta oggetto del quinto motivo di appello.

Il Tribunale dorico ha imputato alla società Penzi il comportamento gravemente contrario a buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto tenuto dalla società attrice qualificandolo come *pretestuosamente litigioso* e lo ha ritenuto integrato dal fatto di aver iscritto in contabilità riserve per ragioni di sospensione dell'esecuzione del contratto già note prima dell'esecuzione del vincolo, e dall'aver proseguito col pretendere immediatamente il versamento delle ingenti somme di cui alle riserve, attivato strumenti diretti a provocare la risoluzione del contratto in assenza dei presupposti chiaramente richiesti dalle norme speciali in tema di appalto di opere pubbliche e, comunque, tenuto un atteggiamento ambiguo sulla volontà di prosecuzione del rapporto vanificando il tentativo dell'amministrazione committente di riportare chiarezza nel rapporto medesimo attraverso la proposta bonaria di accordo sulle riserve non accettata dalla società appaltatrice.

Quanto alla prima delle condotte imputate alla società Penzi va richiamato quanto osservato circa il rilievo attribuibile alla presenza della linea elettrica tanto che, a fronte della disposta sospensione, del tutto conforme a legge deve ritenersi la intervenuta iscrizione di riserva o, in ogni caso, la pretesa avanzata in tale sede o quelle successive originate o dal ritardo in cui sono stati ripresi i lavori, anche in relazione al termine massimo di mesi sei previsto dal



legislatore, o dal rifiuto della committente alla domanda di scioglimento del contratto avanzata dalla società appaltatrice in data 16.03.1995 ai sensi dell'art. 30 DPR 1962/1063 posto che la mancata accettazione della stessa da parte della committente dava diritto all'appaltatrice alla refusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti mentre la non totale corrispondenza delle somme pretese rispetto a quelle effettivamente dovute non sembra possa integrare contrarietà a correttezza e buona fede. Ancor meno può ascriversi alla società Penzi il fatto di aver attivato strumenti per poter addivenire alla risoluzione del contratto di appalto posto che erano state indicate somme in ogni caso dovute ancorché non risultassero tali da poter essere conteggiate ai fini del raggiungimento del quarto richiesto dal più volte richiamato art. 35.

L'aver tenuto un atteggiamento ambiguo sulla volontà di prosecuzione del rapporto costituisce circostanza dedotta dal Comune di Fabriano ed affermata dal primo giudice ma in relazione alla quale occorre tener conto del fatto che, dopo aver in data 16.03.1995, comunicato telegraficamente alla committente la propria volontà di essere sciolta dal contratto ai sensi dell'art. 30 DPR 1962/1063, aveva successivamente, in data 22.03.1995, rilevato che la situazione di impossibilità di esecuzione dei lavori configurava anche l'ipotesi di cui all'art. 10 dello stesso DPR per cui aveva invitato il Comune a ritenere esercitato anche il previsto diritto di recesso ed a valutare tutte le conseguenze che sarebbero potute derivarle dal ritardo nella consegna. Erano quindi seguite delle trattative fra le parti per addivenire ad un accordo che, però, non erano sfociate in un accordo transattivo alle quali aveva in ogni caso fatto seguito in data 18.07.1995 la ripresa dei lavori da parte della società appaltatrice con iscrizione a riserva dei maggiori oneri e/o danni dalla stessa asseritamente subiti. Soltanto con l'atto di citazione notificato in data 22.05.1997 introduttivo del secondo giudizio la società appaltatrice aveva, quindi, chiesto la risoluzione



del contratto ritenendo integrati i presupposti di cui al richiamato art. 35 e, in ogni caso, quelli di cui all'art. 1453 c.c.

Nessuna ambiguità può, dunque, essere ravvisata nella condotta della società appaltatrice in ragione degli elementi sopra indicati in quanto evidentemente diretta ad ottenere lo scioglimento del contratto una volta superato il termine di sei mesi di sospensione prevista dalla normativa in esame e, quindi, nella richiesta di risoluzione del contratto una volta ritenuti integrati i necessari presupposti mentre la ripresa dei lavori non può che ritenersi conforme agli obblighi incombenti sulla stessa società appaltatrice in ragione del diniego dell'ente pubblico allo scioglimento del contratto.

L'ulteriore addebito riguardante la condotta in sede di trattative consente di procedere contestualmente all'esame del terzo motivo con cui la società appellante ha censurato la gravata sentenza quanto all'affermazione del primo giudice circa la mancanza di prova dell'accordo bonario formulato dal Comune di Fabriano con la lettera del 18.04.1995 poiché si era in realtà trattato di un tentativo di accordo bonario e come tale era stato prospettato dalla Penzi soltanto al fine di dimostrare come l'intervenuto rifiuto del committente ad accedere allo scioglimento del contratto ex art. 10 ovvero 30 DPR 1063/1962 comportava, a norma dello stesso art. 30, l'assunzione da parte della committenza dei danni che l'impresa stava subendo a seguito della disposta sospensione.

Quanto al punto riguardante la risoluzione contrattuale ex art. 1467 c.c. la società appellante ha dedotto l'erronea interpretazione della "Dichiarazione di conoscenza dei luoghi" nella parte in cui il primo giudice aveva affermato che ogni onere aggiuntivo connesso all'esecuzione del contratto in ragione della presenza della linea elettrica costituiva oggetto di valutazione della convenienza contrattuale rilevando in particolare che non era possibile per l'appaltatore



conoscere preventivamente la durata della eventuale sospensione e, quindi, calcolare gli oneri aggiuntivi.

La doglianza deve ritenersi assorbita da quanto osservato in relazione al precedente profilo di doglianza di cui al secondo motivo.

Prima di procedere alla valutazione della gravità dell'inadempimento non resta che valutare l'ulteriore elemento dedotto dall'appellante ovvero il mancato pagamento di rate del prezzo per £ 1.269.786.174, somma che ascendeva a £ 1.445.971.552, in considerazione degli ulteriori importi maturati per altre pretese a vario titolo sopra descritte e costituite dallo svincolo dei ventesimi di garanzia, e dagli interessi per il ritardato versamento dell'anticipazione e per il mancato pagamento delle note in economia del 1°, 2° e 3° SAL.

A tal riguardo occorre osservare che il mancato pagamento dell'importo di cui sopra non può non essere considerato unitamente a quanto emerso in ordine alla illegittima sospensione ai fini della valutazione del complesso degli elementi suscettibili di integrare il dedotto grave inadempimento.

All'esito della valutazione sinergica del comportamento delle parti contrattuali e dell'indagine globale ed unitaria dell'intero loro agire, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento in relazione alla disposta illegittima sospensione, e, dunque, all'esito di una valutazione complessiva del comportamento tenuto dalle parti così come risultante dalle argomentazioni sopra svolte deve ritenersi il grave inadempimento del Comune di Fabriano per cui va accolta la domanda di risoluzione svolta dalla Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. e respinto nella parte correlata l'appello incidentale proposto dal Comune di Fabriano.

Con il quarto motivo la società appellante ha dedotto l'erronea dichiarazione di inammissibilità delle domande avanzate dalla Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. nei confronti della Regione Marche, ritenute nuove, mentre si trattava di



estensione alla Regione Marche delle originarie domande già formulate nei confronti del Comune di Fabriano rilevando che il primo ed unico momento in cui la società avrebbe potuto estendere le suddette domande alla Regione Marche era proprio quello di cui all'art. 183 c.p.c. tanto che la Regione Marche, con la memoria di replica ex art. 183 c.p.c., si era opposta non all'estensione ma all'ampliamento del *quantum* della domanda.

Il motivo risulta infondato e va conseguentemente respinto.

Il Comune di Fabriano, nel costituirsi nel giudizio riunito di primo grado, aveva chiesto ed ottenuto l'autorizzazione alla chiamata in causa della Asl n. 6 e della Regione Marche ed a tal fine il giudice aveva disposto lo spostamento della prima udienza al 17.12.1997, differita al 02.04.1998 all'esito della quale era stata fissata la prima udienza di trattazione del 03.02.1999 in cui era stata disposta la riunione della causa a quella principale.

Premesso che la società Penzi ben avrebbe potuto, a norma dell'art. 269, comma terzo, c.p.c., chiedere di essere autorizzata a chiamare in causa la Regione Marche, ove tale interesse fosse sorto dalle difese svolte dal convenuto, dovendo diversamente procedere a convenire in giudizio la parte già con l'atto di citazione introduttivo del giudizio, va rilevato che essendosi la Regione Marche costituita con comparsa depositata in data 19.01.1998, alla prima udienza successiva del 02.04.1998, la società Penzi ben avrebbe potuto estendere nei confronti del terzo la domanda e, quindi, eventualmente, precisarla nel termine di cui all'art. 183 c.p.c.

Invece nella fattispecie in esame la società appellante con la memoria ex art. 183 c.p.c. aveva espressamente affermato che intendeva *...ampliare la propria domanda per comprendervi il ristoro delle spese sostenute durante il tempo intercorso tra la notifica della domanda giudiziale di risoluzione contrattuale, 16.05.1997 e la ripresa di possesso del cantiere da parte del committente Comune di Fabriano in data 18.7.1998, ed aveva, quindi, dedotto che ...*

precisate così le ulteriori domande che la Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. intende formulare in via definitiva nel presente giudizio - e che di conseguenza vanno ad aggiungersi a quelle già precisate negli atti introduttivi dei due giudizi oggi riuniti - le stesse vengono estese in via diretta e/o solidale anche alla Regione Marche per l'ipotesi che il Tribunale la dichiarasse responsabile e/o corresponsabile.

Diversamente da quanto evidenziato dall'appellante con la memoria di replica ex art. 183 c.p.c. in data 02.04.1999 la Regione Marche aveva poi eccepito l'inammissibilità della nuova domanda formulata dalla società attrice deducendo con la memoria ex art. 183 c.p.c. perché introduttiva di *un diverso petitum fondato su di una diversa causa petendi. Trattasi quindi di domanda totalmente nuova rispetto a quelle già introdotte nel giudizio...*

Con il sesto motivo la società appellante ha censurato la gravata sentenza nella parte in cui il primo giudice ha affermato che la società attrice aveva ottenuto, nel corso della esecuzione del contratto, quanto dovutole in ragione delle opere eseguite poiché risultava invece incontestato e comprovato dalla documentazione in atti che il pagamento era stato effettuato in più rate, dopo la domanda giudiziale di risoluzione contrattuale del 19.05.1997, e che non era stato accettato dall'appaltatrice ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1453 c.c. Inoltre contestava che le somme così rimesse all'attrice corrispondessero all'importo dei lavori eseguiti.

Dalla c.t.u. risulta che parte degli importi sono stati versati successivamente a tale data (v. pag. 149).

Nell'ambito del medesimo motivo la società appellante censurava la gravata sentenza per avere il primo giudice omissso la pronuncia sulla *restitutio in integrum* da adottare in presenza di una declaratoria di risoluzione contrattuale indipendentemente dalla imputabilità dell'inadempimento.



Tale ultima doglianza deve ritenersi superata dalla diversa statuizione adottata sul punto con la presente pronuncia in quanto il motivo aveva stretto riguardo alla diversa pronuncia di risoluzione adottata in primo grado.

Deve, però, considerarsi, stante la pronuncia di risoluzione adottata in ragione di quanto sopra argomentato, *che in tema di risoluzione del contratto di appalto, per inadempimento della stazione appaltante, la reintegrazione del patrimonio dell'appaltatore adempiente, non potendo avvenire mediante restituzione dell'opera realizzata, va necessariamente effettuata tramite il computo del valore venale dell'opera stessa ai prezzi di libero mercato. Il principio, peraltro, è stato già affermato da questa Corte secondo cui, appunto, in caso di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento del committente, quest'ultimo, non potendo restituire l'opus parzialmente eseguito dall'appaltatore adempiente, è obbligato, per l'esigenza di reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente, a corrispondergli il valore venale dell'opus medesimo con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione, nella quale l'obbligo trova la sua fonte, e non con riferimento ai prezzi contrattuali delle opere eseguite (cfr. Cass. nn. 106/1972, 2871/1992) (Cass. 24.05.2007 n. 12162).*

Il c.t.u. ha evidenziato che sia la contabilità finale che le foto acquisite dalla precedente c.t.u., comprovano l'esistenza di un edificio eseguito al rustico, con le murature di tamponamento ed interne in buona parte eseguite, ma con zone da completare e/o modificare e con parte dell'impianto di scarico già realizzata nonché con problematiche varie di infiltrazione.

L'ausiliare ha, altresì, accertato che il valore venale dell'opera realizzata è risultato essere pari a £ 3.204.160.000 (all'epoca dell'appalto 1994) e che la società appellante ha percepito in relazione al contratto di appalto in oggetto il complessivo importo di £ 1.889.706.921, che contabilmente i lavori eseguiti



risultano essere stati pari a £ 1.695.490.227, al netto delle detrazioni operate per le murature mal eseguite per £ 10.331.750 e di quanto riconosciuto come dovuto dal c.t.u. in relazione alle riserve ritenute dall'ausiliare fondate per £ 805.993.256.

La risoluzione ha effetti restitutori e liberatori, postulando il venir meno del contratto quale causa giustificativa delle prestazioni che già siano state eseguite e di quelle che, a titolo di corrispettivo, debbano ancora essere eseguite per cui non risulta appropriatamente evocabile l'istituto delle riserve, presupponendo queste, notoriamente, la persistenza del rapporto, ancorché modificato dalla sopravvenienza di maggiori costi addebitabili all'amministrazione appaltante.

Ciò comporta che non vi sia necessità di procedere alle esame delle molteplici riserve esaminate dal c.t.u. non potendosi riconoscere, in ragione della pronuncia di risoluzione ulteriori importi, ancorché dovuti, riconducibili alla controprestazione e risolvendosi il riconoscimento di importi a titolo di risarcimento del danno in un a duplicazione rispetto al riconoscimento del risarcimento nella misura accertata del valore dell'*opus*.

Costituisce principio pacifico nella giurisprudenza della Suprema Corte quello secondo cui, nei contratti a prestazioni corrispettive, la retroattività (art. 1458 c.c., comma 1) della pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, collegata al venir meno della causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta l'insorgenza, a carico di ciascun contraente, ed indipendentemente dalle inadempienze a lui eventualmente imputabili, dell'obbligo a restituire la prestazione ricevuta: la sentenza che pronuncia la risoluzione del contratto per inadempimento produce infatti un effetto liberatorio *ex nunc*, rispetto alle prestazioni da eseguire, ed un effetto recuperatorio *ex tunc*, rispetto alle prestazioni eseguite. Una volta pronunciata la risoluzione del contratto, in forza della operatività retroattiva di essa, stabilita dall'art. 1458 c.c., si verifica per ciascuno dei contraenti ed in modo avulso dall'imputabilità dell'inadempimento, rilevante ad altri fini, una totale *restitutio in*



integrum e, pertanto, tutti gli effetti del contratto vengono meno e con essi tutti i diritti che ne sarebbero derivati e che si considerano come mai entrati nella sfera giuridica dei contraenti stessi. (Cass. 2014/4442).

Ne consegue la condanna della Costruzioni Ing. Penzi alla restituzione in favore del Comune di Fabriano della complessiva somma di euro 975.952,177 (£ 1.889.706.921).

L'obbligazione restitutoria non ha quindi natura risarcitoria derivando dal venir meno, per effetto della pronuncia costitutiva di risoluzione, della causa delle reciproche obbligazioni (nei sensi suddetti, tra le tante, sentenze 19/5/2003 n. 7829; 14/1/2002 n. 341; 4/6/2001 n. 7470) sicché su tale importo vanno riconosciuti gli interessi legali dalla data dei singoli versamenti, così come risultanti dalla c.t.u. in atti al saldo.

Al contempo va pronunciata condanna del Comune di Fabriano al risarcimento dei danni in favore dell'appellante per l'importo di euro 1.654.727,90 (£ 3.204.000.000) - così come accertato dal c.t.u. sulla base di condivisibile, completa e specifica analisi delle caratteristiche dell'immobile ed all'esito della valutazione delle osservazioni svolte sul punto dai c.t.p. - somma sulla quale, in quanto espressa in valori del 1994, va riconosciuta la rivalutazione monetaria secondo gli indici ufficiali Istat dalla data della domanda del 19.05.1997 alla presente pronuncia oltre agli interessi legali, da calcolarsi sulla somma via via rivalutata dalla medesima data alla presente pronuncia, nonché oltre agli interessi legali dalla pronuncia al saldo.

Il settimo motivo dell'appello principale deve ritenersi assorbito avendo il Collegio disposto la rinnovazione della c.t.u. .

Quanto alla c.t.u. di primo grado occorre ribadire le argomentazioni che ne avevano comportato la dichiarazione di nullità di cui all'ordinanza del 30.06.2004.



In merito alla rinnovata c.t.u. l'Enel, il Comune di Fabriano, la ZT n. 6 di Fabriano hanno sollevato eccezione di nullità per avere l'ausiliare fondato il proprio elaborato su documenti che non risultano ritualmente prodotti in giudizio nonché per avere il c.t.u. espresso valutazioni esulanti dal campo di indagine individuato dai quesiti sottoposti alla sua attenzione.

Deve premettersi che secondo l'insegnamento della Suprema Corte *...il consulente tecnico d'ufficio, ai sensi dell'art. 194 cod. proc. civ., può acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori, rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e costituenti il presupposto necessario per rispondere ai quesiti formulati, e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse.*(Nella specie la S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto inammissibile l'acquisizione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, di documentazione relativa alla certificazione catastale ed alla regolarità urbanistica dell'immobile oggetto di divisione) (Cass. 21.08.2012 n. 14577).

Il c.t.u. ha ampiamente dato atto nel rispondere alle osservazioni del ctp del Comune di Fabriano della documentazione acquisita facendo rilevare, con argomentazione che il Collegio fa propria, che *già nella documentazione in atti di causa – quindi anche a prescindere dal mandato di ulteriore acquisizione formulato dall'Ill.ma Corte - erano presenti tali documenti, seppure in modo sparso e certamente di non facile consultazione...* per cui la relativa doglianza non può essere accolta.

L'ottavo ed il nono motivo con cui l'appellante principale ha censurato la la gravata sentenza quanto alla asserita ingiusta condanna della Costruzioni al pagamento delle spese di lite , di c.t.u. e di a.t.p. devono ritenersi assorbiti

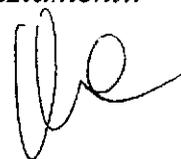


poiché la diversa pronuncia adottata in grado di appello consente di procedere ad una diversa statuizione in ordine alle spese di lite.

Altresì assorbita, in ragione di quanto sopra argomentato, deve ritenersi la censura, sollevata in via incidentale dal Comune di Fabriano, della gravata sentenza nella parte relativa al rigetto della domanda risarcitoria avanzata rilevando che la gravata dell'inadempimento della controparte, tale da determinare la risoluzione del contratto di appalto, avrebbe dovuto comportare l'accoglimento della domanda risarcitoria avanzata dal Comune per avere la società appaltatrice abbandonato colpevolmente il cantiere ignorando qualsiasi sollecitazione e richiamo da parte della D.L. ed impedendo all'intera cittadinanza di usufruire della nuova ala dell'Ospedale.

Con ulteriore motivo di appello incidentale il Comune di Fabriano ha censurato la gravata sentenza nella parte in cui il primo giudice aveva condannato il Comune al pagamento delle spese in favore dell'Enel e della USL n. 6 e, in via subordinata, ha chiesto dichiarare l'Enel, nonché in solido fra loro, l'Asur e la Regione Marche a manlevare il Comune, deducendo che il Comune si era visto costretto a chiamare in causa i predetti enti in quanto, ove fosse stata rilevata una qualche responsabilità in capo al Comune di Fabriano, la stessa sarebbe dovuta ricadere in capo alle chiamate.

Quanto alla Asur devono ritenersi pienamente condivisibili le argomentazioni svolte dal primo giudice secondo cui *risulta l'evidente infondatezza della pretesa di garanzia avanzata dal Comune di Fabriano nei confronti dell'USL n. 6 senza neanche evidenziare i comportamenti specifici fonte di una, comunque, inconfigurabile responsabilità della terza chiamata per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento degli acconti sul corrispettivo dell'appalto gravante esclusivamente sulla sfera giuridica dell'ente committente ed indifferente alle autonome vicende dei procedimenti amministrativi riguardanti l'eventuale erogazione dei pubblici finanziamenti.*



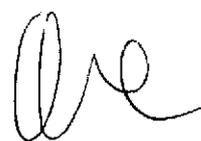
Quanto alla Regione Marche deve osservarsi che la richiesta di manleva è stata fondata sulla qualifica rivestita dalla chiamata di ente finanziatore e che la stessa non può trovare fondamento in quanto il diverso rapporto pubblicistico tra Regione Marche e Comune di Fabriano, teso a regolare la copertura finanziaria dell'opera sulla base di quanto previsto *ex lege* non può comportare la prestazione di alcuna garanzia nel diverso rapporto privatistico fra appaltante e appaltatore.

Dal rigetto dell'appello incidentale nei confronti di tali parti e per le medesime ragioni le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio vanno poste a carico del Comune di Fabriano con conseguente conferma del punto n. 6 della gravata sentenza quanto alle spese di primo grado della Asur e pronuncia di condanna al pagamento delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio in favore della Regione Marche, liquidate come da gravata sentenza, quanto al primo grado e come da dispositivo, quanto alla presente grado.

Diverse sono le considerazioni da svolgere quanto all'Enel in relazione alla riproposta domanda di garanzia e manleva ma al riguardo devono ritenersi pienamente condivisibili le argomentazioni svolte dal primo giudice e già poste a sostegno della pronuncia di primo grado di condanna dell'Enel al pagamento delle spese di lite di primo grado di talché la relativa statuizione deve essere confermata mentre le spese relative al presente grado del giudizio vanno liquidate come da dispositivo secondo il principio di soccombenza.

Ne consegue, quanto alle spese nei confronti dell'Enel, il medesimo regime adottato per le spese della Asur ZT n. 6 di Fabriano.

Le spese di lite fra l'appellante ed il Comune di Fabriano, liquidate in relazione ad entrambi i gradi del giudizio come da dispositivo, seguono la soccombenza e vanno poste a carico del Comune di Fabriano .



Le spese di c.t.u., anche del grado, vanno definitivamente poste a carico del Comune di Fabriano.

P.Q.M.

La Corte, sull'appello promosso dalla Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. nei confronti del Comune di Fabriano, della Regione Marche, dell'Enel Distribuzione s.p.a., dell'Asur Marche, Z.T. n. 6 di Fabriano, avverso la sentenza del Tribunale di Ancona in data 01.02.2005, in parziale accoglimento dell'appello principale ed in parziale riforma della gravata sentenza, rigettato l'appello incidentale, anche subordinato, del Comune di Fabriano:

dichiara la risoluzione per grave inadempimento del Comune di Fabriano del contratto di appalto stipulato dall'appellante con il Comune di Fabriano in data 21.11.1994;

condanna il Comune di Fabriano al pagamento, a titolo di risarcimento del danno, in favore dell'appellante della somma di euro 1.654.727,90 (£ 3.204.000.000), oltre rivalutazione monetaria secondo gli indici ufficiali Istat dal 19.05.1997 alla presente pronuncia, oltre agli interessi legali, da calcolarsi sulla somma via via rivalutata dalla medesima data alla presente pronuncia, nonché oltre agli interessi legali dalla pronuncia al saldo;

ordina alla Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. di restituire in favore del Comune di Fabriano la somma di euro 975.952,177 (£ 1.889.706.921) gli interessi legali dalla data dei singoli versamenti, così come risultanti dalla c.t.u. in atti, al saldo;

condanna il Comune di Fabriano a rifondere in favore della Costruzioni Ing. Penzi s.p.a. le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio, liquidate quanto al primo grado in euro 6.500,00 per diritti, euro 18.000,00 per onorario, euro 1.242,74 per spese, oltre accessori di legge e , quanto al presente grado del giudizio in euro 10.000,00 per la fase di studio, euro 3.000,00 per la fase



introduttiva, euro 9.000,00 per la fase istruttoria ed euro 12.000,00 per la fase decisoria, euro 1.110,00 per esborsi, oltre accessori di legge;

condanna il Comune di Fabriano a rifondere le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio in favore della Regione Marche, liquidate, quanto al primo grado, come da gravata sentenza, e quanto al presente grado del giudizio, in euro 4.800,00 per la fase di studio, euro 2.800,00 per la fase introduttiva, euro 8.800,00 per la fase istruttoria ed euro 7.800,00 per la fase decisoria, oltre accessori di legge;

condanna il Comune di Fabriano a rifondere le spese del grado in favore dell'Enel e della Asur ZT n.6 di Fabriano, liquidate in favore di ciascuna di esse, in euro 4.800,00 per la fase di studio, euro 2.800,00 per la fase introduttiva, euro 8.800,00 per la fase istruttoria ed euro 7.800,00 per la fase decisoria oltre accessori di legge;

pone le spese di c.t.u, anche del grado, definitivamente a carico del Comune di Fabriano;

conferma nel resto la gravata sentenza.

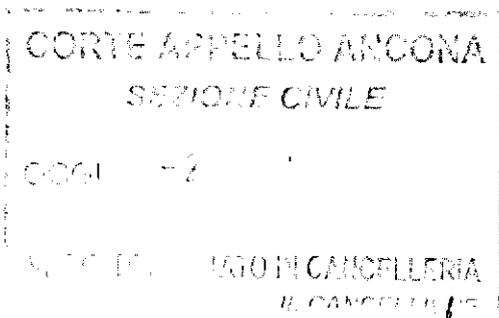
Ancona, così deciso li 07.01.2015

Il Consigliere est.

Dott.ssa Maria Ida Ercoli

Il Presidente

Dott. Stefano Formiconi



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Lara Torrecchia

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Lara Torrecchia

E' copia conforme all'originale che si rilascia a richiesta dell'Avv. Luca Luord

nell'interesse di Peusi Colucci Me
munita della seguente formula esecutiva:

REPUBBLICA ITALIANA - IN NOME DELLA LEGGE

Comandiamo a tutti gli ufficiali giudiziari che ne siano richiesti e a chiunque spetti di mettere ad esecuzione il presente titolo, al Pubblico Ministero di darvi assistenza, e a tutti gli ufficiali della forza pubblica di concorrervi, quando ne siano legalmente richiesti.

Ancona, 30.09.2015

f.to il Cancelliere
SEGRETERIA AMMINISTRATIVA
(Gen. S. G. G. G. Ancona)

CORTE DI APPELLO DI ANCONA

È copia conforme all'originale
spedito in forma esecutiva.

Ancona, 30.09.2015

Il Cancelliere

Prue
SEGRETERIA AMMINISTRATIVA
(Gen. S. G. G. G. Ancona)

RELATA DI NOTIFICA

La sottoscritta Avv. Laura Lucidi con studio in Roma, Viale dei Quattro Venti n. 150, quale difensore della Costruzioni Ingg. Penzi S.p.a. (ora Marconi S.p.A.) nel giudizio dinanzi la Corte di Appello di Ancona avverso il Comune di Fabriano + altri (RG 618/2005), in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma ai sensi dell'art. 7, Legge 53/94, deliberata con provvedimento n. 692/2006 dell'11 aprile 2006, si è avvalsa delle facoltà di notificazione a mezzo del servizio postale previste dalla citata legge e ha notificato, mediante spedizione di plico raccomandato ex art. 3, L. 53/94, copia esecutiva della Sentenza n. 971/2015 della Corte di Appello di Ancona - n. 73 Reg. Cro. a:

- 1) COMUNE DI FABRIANO in persona del Sindaco pro tempore dom.to presso la Casa Comunale in Fabriano (AN) Piazza 26 Settembre 1997 n. 1 - (CAP 60044)
- 2) COMUNE DI FABRIANO in persona del Sindaco pro tempore nel domicilio eletto in Fabriano (AN) Via G.B. Miliani n. 44 presso lo studio dell'Avv. Maurizio Benvenuto (CAP 60044)

Roma, 20 ottobre 2015

Uff. Postale Roma 56

Racc. nn. 76489104933-3(1)
76489104934-4(2)

Avv. Laura Lucidi

