

Civile Ord. Sez. 3 Num. 33858 Anno 2023

Presidente: GRAZIOSI CHIARA

Relatore: SPAZIANI PAOLO

Data pubblicazione: 04/12/2023



ORDINANZA

sul ricorso 24827/2020 R.G.,

proposto da

██████████ ██████████ **s.p.a.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*; rappresentata e difesa dall'Avvocato ██████████ ██████████ (_____), in virtù di procura su foglio separato;

-ricorrente-

nei confronti di

██████████ **s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*; rappresentata e difesa dall'Avvocato ██████████ ██████████ (_____), in virtù di procura in calce al controricorso;

-controricorrente-

nonché di

di contratto collettivo per la sicurezza e assicurazione dei lavoratori; c) in ragione delle maggiori somme eventualmente pagate rispetto alla liquidazione finale dell'appalto.

Nel contratto di appalto fu previsto inizialmente che i lavori avrebbero dovuto essere compiuti entro venti mesi, con consegna entro il termine del 25 febbraio 2008, poi procrastinato al 25 luglio 2008, a seguito di approvazione di una variante all'originario progetto.

Questo termine, tuttavia, venne a scadere senza che i lavori fossero ultimati e il direttore dei lavori, all'esito di successivi sopralluoghi, accertò il ritardo dell'impresa appaltatrice, dovuto, oltre che a ragioni indipendenti da essa (come, ad es., l'occupazione abusiva degli alloggi da parte di popolazione nomade, che ne rese necessario lo sgombero), principalmente all'utilizzo di un numero inadeguato di maestranze, alla scarsità dei mezzi e alla mancata osservanza delle norme di sicurezza.

Nel 2009, accertata la mancata prosecuzione dei lavori dopo che erano stati sospesi per consentire la consegna agli assegnatari di taluni alloggi, l'■■■■■ decise di far luogo alla procedura di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'appaltatrice, formulando la contestazione di cui all'art.136 d.lgs. n. 163/2006 e assegnando termine di giorni venti per controdeduzioni.

Al momento della sospensione, i lavori, pur con ritardo, erano stati realizzati nella misura del 50% circa, per un importo di Euro 1.045.252,20; residuavano da fare lavori per un importo di Euro 1.001.174,37.

In data 21 settembre 2009, l'■■■■■ trasmise alla ■■■■■ s.r.l. la delibera di risoluzione del contratto.

In data 25 settembre 2009, ne diede notizia alla [REDACTED] s.p.a., comunicandole altresì di volere escutere la polizza fideiussoria ed ingiungendole, quindi, di versarle la somma relativa all'intero importo garantito, pari ad Euro 158.531,52.

2. Con citazione del 7 gennaio 2010, la [REDACTED] s.r.l. convenne in giudizio l'[REDACTED] dinanzi al Tribunale di Catanzaro, chiedendo: a) la declaratoria di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'ente pubblico appaltante, con condanna dello stesso al risarcimento del danno; b) l'accertamento del suo diritto ad ottenere comunque il pagamento del compenso per i lavori eseguiti e non contabilizzati, con condanna dell'[REDACTED] al pagamento della somma di Euro 152.639,07, eventualmente ai sensi dell'art.2041 cod. civ.; c) l'accertamento che l'[REDACTED] non aveva alcun diritto verso la [REDACTED] s.p.a. per effetto della polizza fideiussoria; d) la condanna della convenuta allo svincolo delle cauzioni prestate dall'attrice in suo favore.

Costitutosi in giudizio, [REDACTED] non solo resisté alla domanda ma chiese, in via riconvenzionale: a) la condanna della [REDACTED] s.r.l. al pagamento della penale pattuita per il ritardo nell'esecuzione dei lavori (Euro 39.542,14); b) la condanna della [REDACTED] s.r.l. al pagamento dei costi del "riappalto", pari ad Euro 100.000 o alla maggior somma accertata all'esito dell'istruttoria.

Intervenne in giudizio, ex art.105 cod. proc. civ., la [REDACTED] s.p.a., la quale domandò: a) la declaratoria di estinzione della garanzia, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge n.741 del 1981 per mancata effettuazione delle operazioni di collaudo entro sei mesi dallo scioglimento del rapporto; b) la declaratoria di inesigibilità della

garanzia in accoglimento dell' *exceptio doli*, per abusività della richiesta di pagamento da parte dell'██████████; c) nella sola ipotesi in cui fosse ravvisata la sussistenza di un qualsiasi diritto dell'██████████ all'escussione della garanzia e la stessa fosse domandata, l'accertamento dell'avvenuto svincolo della polizza fideiussoria nella misura dell'adempimento accertato (circa il 50%), ai sensi dell'art.2 delle condizioni di polizza e 30, comma 2, della legge n. 109 del 1994.

Nella prima memoria depositata ai sensi dell'art.183, sesto comma, cod. proc. civ., nella formulazione applicabile *ratione temporis*, l'██████████ estese la domanda riconvenzionale alla terza intervenitrice, nei limiti dell'importo garantito.

Con sentenza 10 aprile 2014, n.787 il Tribunale di Catanzaro rigettò la domanda principale di risoluzione del contratto proposta dalla ██████████ ██████████ s.r.l. e accolse quella riconvenzionale di pagamento della penale per il ritardo proposta dall'██████████; a seguito di compensazione della somma dovuta all'██████████ a titolo di penale per il ritardo con la maggior somma da questa dovuta alla ██████████ s.r.l. per lavori eseguiti e non contabilizzati, condannò l'██████████ a pagare alla ██████████ s.r.l. la somma di Euro 12.555,07; rigettò le altre domande delle parti originarie e quelle della ██████████ s.p.a..

3. La decisione di primo grado è stata integralmente confermata dalla Corte di appello di Catanzaro, la quale, con sentenza 20 dicembre 2019, n. 2453, ha rigettato l'appello della ██████████ s.r.l., ha dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto dall'██████████ ██████████ e ha rigettato anche l'appello incidentale proposto dalla ██████████ s.p.a., ritenendo, in particolare, che non vi fosse luogo a

provvedere sulla domanda di svincolo della garanzia da questa proposta, in quanto subordinata alla ipotesi di proposizione della domanda di escussione della stessa da parte dell'██████████ e in quanto tale ultima domanda, essendo stata proposta solo con la memoria ex art.183, sesto comma, n. 1), cod. proc. civ., doveva reputarsi inammissibile.

4. La ██████████ ██████████ s.p.a. propone ricorso per cassazione, sulla base di tre motivi. Risponde con controricorso ██████████ ██████████, succeduta alla soppressa ██████████ ██████████.

La società ██████████ s.r.l. risponde con controricorso adesivo ai motivi di ricorso della ██████████ s.p.a..

La trattazione del ricorso è stata fissata in adunanza camerale, ai sensi dell'art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

Il pubblico ministero non ha presentato conclusioni scritte.

Solo l'██████████ ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1. Con il primo motivo viene denunciata «*violazione e/o falsa applicazione dell'art.37 D.M. 145/2000 e dell'art. 28 della l. 109/94, 1° comma, in relazione all'art. 360 n.3 c.p.c.*».

La ██████████ s.p.a. osserva che, ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge n. 741 del 1981, l'ente pubblico appaltante è tenuto ad emettere il certificato di collaudo o di regolare esecuzione delle opere e che l'omissione o il ritardo di tale adempimento comporta l'estinzione delle garanzie fideiussorie.

Secondo la ricorrente, l'obbligo di procedere al collaudo (sia pure parziale) sussisterebbe anche in caso di risoluzione anticipata del contratto per inadempimento dell'appaltatrice, salvo che si tratti di inadempimento tale da impedire o ostacolare le operazioni di collaudo.

Pertanto, nella fattispecie, la mancata effettuazione del collaudo a fronte dell'avvenuta esecuzione parziale dei lavori, avrebbe comportato l'estinzione della garanzia.

1.2. Con il secondo motivo viene denunciato omesso esame di fatto decisivo e controverso, ai sensi dell'art.360 n.5 cod. proc. civ..

La [REDACTED] s.p.a. deduce che la Corte d'appello, nel rigettare l'*exceptio doli* da essa sollevata, non ha tenuto conto di due circostanze: a) che la [REDACTED] s.r.l. aveva un ingente credito derivante dall'omessa contabilizzazione di lavori eseguiti; b) che l'[REDACTED] non aveva dedotto e provato danni in seguito all'inadempimento della [REDACTED] s.r.l..

La ricorrente sostiene che, se avesse considerato questi fatti, la Corte territoriale avrebbe giudicato abusiva l'escussione della polizza per l'intera somma garantita di oltre 152.000 Euro.

1.3. Con il terzo motivo viene denunciata «*violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 113 c.p.c.*».

La [REDACTED] s.p.a. deduce omessa pronuncia sulla domanda di svincolo della garanzia, la quale sarebbe stata erroneamente ritenuta subordinata all'ipotesi di proposizione della domanda di escussione della garanzia medesima da parte dell'[REDACTED].

Sostiene che, al contrario, la domanda di svincolo, nei limiti della misura accertata dell'adempimento di [REDACTED] s.r.l. (50% circa), era

subordinata soltanto al rigetto della domanda di estinzione della garanzia e dell' *exceptio doli*.

2. È fondato il primo motivo e dal suo accoglimento restano assorbiti gli altri.

2.1. Ai sensi dell'art. 5, comma 4, della legge n. 741 del 1981 (norma che ha avuto continuità con l'art.30 della legge n.109/1994 e poi con l'art.101 del d.P.R. n. 554/1999, in vigore sino al 2010; dunque applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame), emanata in funzione dell'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche, l'ente pubblico che abbia commesso in appalto la realizzazione di un'opera o di lavori pubblici è tenuto ad emettere il certificato di collaudo o quello di regolare esecuzione dei lavori eseguiti all'esito della loro ultimazione e l'omissione o il ritardo di tale adempimento comporta l'estinzione delle garanzie fideiussorie.

2.2. Questa Corte ha affermato – e reiteratamente ribadito – che, in tema di appalto di opere pubbliche, ai fini dello svincolo delle polizze fideiussorie, con la conseguente liberazione dell'appaltatore dall'obbligazione del pagamento dei premi alla società assicuratrice, l'ipotesi della risoluzione anticipata del contratto per fatto e colpa dell'appaltatore è assimilabile a quella della integrale esecuzione dell'opera appaltata e dell'omissione o del ritardo dell'amministrazione nell'effettuazione del collaudo e nell'approvazione del relativo certificato nei termini previsti dalla legge.

Pertanto, anche nella prima ipotesi è obbligatorio il collaudo, sia pure parziale (limitato alla parte dei lavori eseguiti), pena l'estinzione della garanzia fideiussoria (Cass. 11/05/2012, n. 7292; Cass.

29/09/2017, n. 22950; Cass.12/07/2018, n. 18490; Cass.13/03/2019, n.7194).

2.3. L'esigenza che il collaudo venga effettuato anche nel caso di risoluzione anticipata dell'appalto postula che i lavori, sebbene non integralmente ultimati, siano stati comunque almeno parzialmente eseguiti e l'interesse creditorio dell'appaltatore (art.1174 cod. civ.) sia stato, almeno in parte, soddisfatto; in tale fattispecie, la predetta esigenza trova fondamento nella necessità di evitare che il garante resti vincolato *ad libitum*, in forza di un rapporto accessorio ormai privo del fondamento causale (Cass. n.7292 del 2012, *cit.*).

Viene, dunque, in considerazione un'ipotesi in cui, per un verso, la certificazione di collaudo (appunto, parziale) è materialmente e giuridicamente possibile, in quanto l'oggetto dell'appalto è stato in parte realizzato, sicché non trova applicazione il diverso orientamento che individua nella stessa condotta inadempiente dell'impresa appaltatrice il fatto impeditivo dell'estinzione della garanzia rilasciata alla stazione appaltante (orientamento che va correttamente riferito alla diversa fattispecie in cui l'attivazione dei poteri officiosi di risoluzione anticipata del rapporto abbia trovato fondamento in un inadempimento, se non totale, comunque di tale gravità da escludere che le opere realizzate possano essere oggetto di collaudo nei termini di legge: Cass.21 dicembre 2015, n.25674; Cass.09/05/2018, n. 11189); per altro verso, l'istituto del collaudo assume, oltre al tradizionale significato di verifica dei requisiti dell'*opus* dedotto in contratto (e, dunque, indirettamente, di attestazione dell'adempimento – pur parziale - dell'appaltatore), anche la natura di atto di assoluzione

di un *onere* della stazione appaltante correlato al *diritto potestativo* di promuovere unilateralmente lo scioglimento del rapporto cui accede la garanzia.

2.4. Nella fattispecie in esame, si verte proprio nell'ipotesi di scioglimento anticipato dell'appalto con parziale realizzazione dell'*opus* in esso dedotta e con parziale soddisfacimento dell'interesse creditorio dell'ente pubblico, atteso che emerge dagli atti – ed è comunque incontrovertito tra le parti – che, al momento della risoluzione unilaterale del rapporto, erano stati eseguiti lavori per un importo di Euro 1.045.252,20 ed erano residuati lavori per un importo di Euro 1.001.174,37.

Pertanto, da un lato, restava a carico dell'amministrazione appaltante l'onere di provare la sussistenza di una condotta o un evento riferibile all'appaltatore, tale da impedire lo svolgimento delle operazioni di collaudo (sia pure parziale) nel termine previsto dalla legge (in tal senso, già Cass. 05/02/2008, n. 2670; Cass. 16/05/2008, n.12451; Cass.16/98/2011, n. 17314); dall'altro lato, non essendo stato assolto tale onere, l'inutile spirare di detto termine aveva comportato il venir meno della garanzia prestata dalla [REDACTED] s.p.a..

3. Deve dunque essere accolto il primo motivo di ricorso con assorbimento degli altri.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto. Poiché non sono necessari ulteriori accertamenti in fatto (art.384, secondo comma, cod. proc. civ.), questa Corte può decidere nel merito, dichiarando l'estinzione della garanzia fideiussoria prestata

dalla [REDACTED] s.p.a. in favore dell' [REDACTED] in virtù della polizza stipulata con la società [REDACTED] s.r.l..

4. Le spese di tutti i gradi di giudizio relative al rapporto processuale tra la [REDACTED] s.p.a. e [REDACTED] vanno compensate, in ragione delle riscontrate difformità negli orientamenti giurisprudenziali; quelle relative al rapporto processuale tra la [REDACTED] s.p.a. e la [REDACTED] s.r.l. vanno compensate in ragione della comunanza di interessi, sotto tale aspetto, tra garante e debitore principale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, dichiara estinta la garanzia prestata dalla [REDACTED] s.p.a. in favore dell' [REDACTED] in virtù della polizza fideiussoria stipulata con la società [REDACTED] s.r.l.; compensa integralmente le spese di tutti i gradi di giudizio relative ai rapporti processuali intercorsi tra la [REDACTED] s.p.a. e l' [REDACTED], nonché tra la [REDACTED] s.p.a. e la [REDACTED] s.r.l..

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione