

N. R.G. /2012(portante unita la n.3555/2012)



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di RIMINI**

Sezione Unica CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Rosario Lionello Rossino
ha pronunciato, la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 3230/2012(portante unita la n.3555/2012,avente ad
oggetto"appalto di opere pubbliche" promossa da:

COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI ,con sede in Rimini via
in persona del Presidente e legale rappresentante , con il patrocinio dell'avv.
elettivamente domiciliata in Rimini Via

IL CASO.it
contro
ATTRICE E CHIAMATA IN CAUSA
(ora
,in persona del legale rappresentante ,con sede in
Rimini v con il patrocinio degli Avv.ti A
elettivamente domiciliata in Rimini via presso l'

CONVENUTA

E

BANCA SPA in persona del legale rappresentante pro tempore ,con sede in
, con il patrocinio degli Avv e , elettivamente
domiciliata in Rimini via Flaminia 183/h,presso lo studio dell'A

CHIAMATA IN CAUSA e ATTRICE

CON L'INTERVENTO di

SRL ,in persona del legale rappresentante pro tempore ,con sede in con il
patrocinio degli Avv.ti , elettivamente domiciliata in Rimini via
5,presso lo studio dell'A

CONCLUSIONI

COOPERATIVA CONSORTILE per AZIONI ha concluso come da atto di citazione nel
procedimento 3230/2012 e come da comparsa di costituzione e risposta nel procedimento 3555/2012;
) ha concluso
come da foglio depositato all'udienza del 10 marzo 2015;
BANCA SPA ha concluso come da foglio depositato all'udienza del 10 marzo 2015;
SRL ha concluso come da foglio depositato all'udienza del 10 marzo 2015.

Concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto della decisione

– COOPERATIVA CONSORTILE per AZIONI (di seguito, anche') ha convenuto in giudizio la di RIMINI (ora

.....), esponendo:

- che l'A di Rimini aveva affidato ad un'Associazione Temporanea di Imprese,avente quale mandataria la società (.....) s.p.a. (di seguito, anche“.....”), l'esecuzione di opera pubblica consistente nell'ampliamento del complesso DEA (Dipartimento Emergenza Ambulatoriale) dell'Ospedale Infermi di Rimini, in forza di contratto di appalto, stipulato il 20/07/2005, a seguito di aggiudicazione, avvenuta previa pubblicazione dell'apposito bando di gara;
- che aveva, poi, stipulato contratto di subappalto, debitamente autorizzato dalla , quale stazione appaltante, con essa attrice,per la realizzazione delle opere fognarie elettromeccaniche del complesso DEA,prevedente un corrispettivo di 120.000,00 Euro;
- che (..... aveva provveduto alla realizzazione delle opere oggetto del contratto di subappalto, ma non aveva ricevuto alcun pagamento da ;
- che,in virtù di quanto stabilito alla lett. k) sezione VI.4) del bando di gara e conformemente a quanto previsto dall'art. 118, comma 3 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs.163/2006), gravava sulla stazione appaltante (.....), nel caso di inadempimento dell'appaltatore, l'obbligo di provvedere al pagamento del credito vantato dalla subappaltatrice.

Premesso quanto sopra, ha domandato a questo Tribunale di accertare e dichiarare il suo diritto ad ottenere dall' il pagamento della somma di 120.000,00 Euro, quale corrispettivo per le opere eseguite in forza del contratto di subappalto suddetto,nonché di condannare la convenuta a corrisponderle la somma predetta,con gli interessi moratori a far data dalla costituzione in mora.

In subordine,l'attrice ha invocato condanna della convenuta a corrisponderle indennizzo ex art.2041 cc.

Si è costituita in giudizio la di RIMINI, (.....), ed ha resistito alla domanda dell'attrice,invocandone il rigetto.

.....,previa autorizzazione del GI,ha chiamato in causa BANCA SPA, cessionaria del credito vantato da SPA nei confronti di essa convenuta,affinchè dall'importo del credito ceduto venissero detratte le somme che avrebbe dovuto eventualmente corrispondere alla odierna attrice.

BANCA SPA si è costituita in giudizio ed ha evidenziato:

- che aveva stipulato con contratto di *factoring* in virtù del quale era divenuta cessionaria di tutti i crediti derivanti dall'esecuzione dei contratti di appalto stipulati in data 20/07/2005 e 12/03/2009 da e dalla ;
- che la non aveva rifiutato la cessione, ma non aveva completato il pagamento della somma dovutale, residuando un credito di euro 1.946.326,51,come da fatture prodotte;
- che da tale cifra non potevano essere detratte le somme che la creditrice cedente era tenuta a versare alle imprese subappaltatrici, in difetto di norme che prevedessero un pagamento diretto del corrispettivo spettante ai subappaltatori ,da parte della stazione appaltante.

BANCA SPA ha chiesto il rigetto di ogni domanda proposta da e da di RIMINI,nonché,in via riconvenzionale,la condanna di quest'ultima al pagamento,in favore di essa chiamata in causa. dell'intera somma di euro 1.946.326,51.

Alla presente causa,sentite le parti, è stata riunita quella portante il n. 3555/2012 R.G.,nell'ambito della quale BANCA SPA ha formulato,nei confronti di di RIMINI, domanda analoga a quella della quale si è dato conto in precedenza. di RIMINI ha resistito a detta domanda,così come pure ,chiamata in causa dalla ; di RIMINI.Nel giudizio iscritto al n.3555/2012,è intervenuta (..... s.r.l. , la quale, assumendo di avere stipulato con contratto di subappalto per la progettazione costruttiva, fornitura e posa in opera di infissi esterni e di facciate ventilate in relazione al complesso DEA dell'ospedale di Rimini (documenti 1 e 2 del fascicolo di parte intervenuta di cui al giudizio R.G. 3555/2012) e di non avere ricevuto il

corrispettivo per le attività suddette (euro 819.051,34),ha chiesto che venisse dichiarata legittima la sospensione,da parte della di RIMINI,quale stazione appaltante,delle somme pretese da BANCA SPA.

Va preliminarmente rilevato che (A SRL, nell'atto di intervento in causa,si è limitata a sostenere le ragioni di) di RIMINI in ordine alla domanda proposta nei confronti di quest'ultima da BANCA SPA.

SRL ha,dunque,spiegato intervento adesivo dipendente ,essendo riconducibile,secondo la sua prospettazione,al rigetto della domanda di BANCA SPA la soddisfazione del proprio credito nascente da contratto di subappalto stipulato con l SPA,a sua volta appaltatrice di opera pubblica, consistente nell'ampliamento del complesso DEA (Dipartimento Emergenza Ambulatoriale) dell'Ospedale Infermi di Rimini, affidatale dalla di RIMINI.

Sennonché ,in sede di memoria ex art.183 comma 6 n.1 cpc, A SRL ha ,per la prima volta,richiesto l'accertamento del proprio diritto ad ottenere dalla di RIMINI ,ai sensi e per gli effetti di cui all'art.118 comma 3 D.lgs.163/2006,il pagamento del credito quale corrispettivo per i lavori eseguiti presso la convenuta , di RIMINI in regime di subappalto,e ha proposto,in subordine ,domanda ex art.2041 cc.

Trattasi,all'evidenza,di domande nuove e,dunque,inammissibili perché tardive,ove si tenga presente che la memoria ex art.183 comma 6 n.1 cpc è deputata alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni in precedenza formulate.

L'inammissibilità ,per ragioni di carattere processuale,non impedisce a SRL di riproporre le domande suddette in altro giudizio.

Venendosi alla trattazione della domanda formulata,in via principale, da COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI nei confronti di di di (),osserva il Giudicante che è necessario,innanzitutto, verificare se l'attrice possa considerarsi subappaltatrice di opere affidate dalla convenuta predetta a SPA,atteso che tale qualità è stata espressamente contestata dalla , quale stazione appaltante.

Giova ricordare che,in materia di contratti pubblici, l'art. 21 della l. 646/1982 richiede, ai fini della validità del contratto di subappalto, specifica autorizzazione da parte della stazione appaltante; il Codice dei contratti pubblici (d.lgs.163/2006), all'art. 118, comma 8, ha disposto espressamente un meccanismo di silenzio assenso che consente di ritenere concessa tale autorizzazione quando siano decorsi trenta giorni dalla ricezione della relativa richiesta senza che l'Amministrazione abbia provveduto (norma riprodotta anche nel Capitolato Speciale d'appalto, all'art. 23;vedi documento "a" di cui alla seconda memoria della).

Nel caso che ci occupa, non vi è prova della autorizzazione predetta né della presentazione di richiesta finalizzata al suo rilascio e della formazione di silenzio assenso.

Era onere dell'attrice ,in conformità al generale disposto di cui all'art.2697 cc, fornire la prova del rilascio dell'autorizzazione o della presentazione della istanza alla quale si è fatto riferimento(con conseguente formazione del cd.d.silenzio assenso), costituendo l'esistenza di un valido contratto di subappalto il fatto costitutivo della pretesa azionata da in questa sede.

Tale prova sarebbe stata,peraltro, agevole mediante il ricorso a richiesta di ordine di esibizione nei confronti di di RIMINI o di SPA,in Amministrazione Straordinaria.

Non possono ritenersi, invece, idonee a provare i fatti suddetti la missiva indirizzata dalla a (documento 12 di parte attrice), che non contiene alcun riconoscimento da parte della prima della qualifica di subappaltatrice in capo alla seconda, né, tantomeno, le plurime comunicazioni intercorse tra il responsabile tecnico di e i progettisti e direttori dei lavori operanti per conto

dell'Azienda, che nulla possono dimostrare sulla specifica posizione di _____, se non che la stessa ha prestato la propria opera all'interno del cantiere del quale si tratta.

Del tutto inutile appare, inoltre, ai fini che qui interessano, la prova testimoniale dedotta da COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI, che, per tale ragione, non può essere ammessa.

Ne consegue che ogni pretesa, che _____ ha avanzato sul presupposto della sua qualifica di subappaltatrice autorizzata, deve essere disattesa, senza necessità di esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art.118 comma 3 del D.lgs 163/2006, sollevata da COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI, stante la sua evidente irrilevanza ai fini della decisione.

Non pare, poi, che possa essere accolta la domanda di _____, avanzata in subordine, di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c.

Osserva, invero, il Giudicante che l'azione di arricchimento senza causa, come è dato desumere dall'art. 2042 c.c., ha natura sussidiaria, con la conseguenza che la stessa è senz'altro inammissibile nell'ipotesi in cui sussista altro rimedio che consenta il ristoro del pregiudizio subito. Nel caso che ci occupa, risulta dalla documentazione in atti che _____ I SPA sia stata ammessa a procedura di amministrazione straordinaria e che, dunque, COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI può senz'altro insinuare il proprio credito al passivo della procedura concorsuale in questione. Il carattere sussidiario dell'azione di indebito arricchimento, sancito dall'art. 2042 c.c., comporta che detta azione non possa essere intentata non soltanto quando sussista un'altra azione tipica esperibile dal danneggiato nei confronti dell'arricchito ma anche quando vi sia originariamente un'azione sperimentabile contro persone diverse dall'arricchito che siano obbligate per legge o per contratto. (vedi Cassazione civile, sez. III, 26/03/2012, n. 4818).

Venendosi alla trattazione della domanda proposta da BANCA _____ SPA nei confronti di A _____ A _____), risulta pacifico, alla stregua della documentazione in atti, che la BANCA ha concluso, in data 15 novembre 2006, contratto di factoring con C _____ SPA (vedi documento 1 della produzione di BANCA _____ SPA), in forza del quale quest'ultima ha ceduto alla prima, con scrittura privata autentica del 21 luglio 2010, tutti i crediti, nei confronti di _____

di RIMINI, derivanti dall'esecuzione dei contratti di appalto stipulati in data 20/07/2005 e 12/03/2009 (vedi documento 2 della produzione di BANCA _____ SPA). La cessione è stata correttamente notificata alla _____ di RIMINI il 29/07/2010 (documento 2 della produzione di BANCA _____ SPA) ed è efficace nei confronti della stessa, alla stregua della disposizione di cui all'art. 117, comma 3, d.lgs. 163/2006, il quale prevede che le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci ed opponibili alle stazioni appaltanti qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Orbene, non risulta che _____ di RIMINI (ora _____) abbia notificato a C _____ SPA e a BANCA _____ SPA il rifiuto della cessione.

_____ di RIMINI, ora AZ _____ A _____), non ha, d'altra parte, contestato l'esistenza e l'importo del credito azionato da BANCA _____ SPA, né ha dedotto l'invalidità della cessione della quale si è dato conto, essendosi limitata a eccepire esclusivamente l'inesigibilità di detto credito, alla luce della disposizione di cui all'art.118 comma 3 del D.lgs.163, il quale, tra l'altro, prescrive che qualora gli affidatari degli appalti di opere pubbliche non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista, la stazione appaltante provveda a sospendere il successivo pagamento a favore degli affidatari.

Nel caso che ci occupa non vi è prova che C _____ SPA abbia erogato ai subappaltatori il corrispettivo previsto nei contratti di subappalto e, d'altra parte, è pacifico, in diritto, che l'_____ di RIMINI, ora _____ della _____

, possa opporre a BANCA SPA tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare nei confronti dell'impresa che ha ceduto il credito ,ai sensi dell'art.117 ultimo comma del D.lgs 163/2006,il quale stabilisce "l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato."

La circostanza che SPA non abbia pagato i subappaltatori è,però,nella specie,irrelevante ,in quanto la società da ultimo menzionata risulta assoggettata alla procedura concorsuale della Amministrazione Straordinaria,di cui al D.L.23 dicembre 2003 n.347,convertito in Legge 18 febbraio 2004 n.39 ,e al D.lgs 8 luglio 1999 n.270,come si evince dal decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 9 agosto 2013,acquisito in copia(vedi documentazione in atti).

Le disposizioni legislative da ultimo richiamate rendono evidente che , in relazione alla procedura concorsuale della quale si tratta,vigono norme in tema di accertamento del passivo e di par condicio creditorum assolutamente analoghe a quelle regolanti la procedura fallimentare.

In presenza di procedura concorsuale ,invero,non può trovare applicazione l'art.118 comma 3 del D.lgs.163/2006,prevalendo la normativa speciale regolatrice della procedura stessa.La norma di cui all'art.118 del D.lgs 163/2006 prevede un meccanismo che trova la propria "ratio" nell'esigenza di tutela della P.A.,il cui interesse primario è quello di vedere realizzata l'opera pubblica nei termini e alle condizioni previsti dal contratto di appalto,e di sapere che i denari versati all'appaltatore siano stati dallo stesso correttamente destinati ai subappaltatori,nonché nell'esigenza di garantire a questi ultimi il conseguimento del compenso,attraverso la realizzazione di una situazione di fatto idonea ad indurre l'appaltatore medesimo ad adempiere le proprie obbligazioni.

Intervenuta la procedura concorsuale della amministrazione straordinaria,vengono meno le ragioni di tutela del subappaltatore e della committenza sottese alla norma citata,in quanto il subappaltatore ,a parte l'effettivo pagamento che avverrà in moneta fallimentare,trova soddisfazione nella valutazione della propria posizione creditoria in sede di verifica del passivo,e la stazione appaltante ,d'altra parte,non è più esposta al rischio di eventuali doppi pagamenti.L'accertamento del credito concorsuale del subappaltatore in sede di verifica del passivo fa ,dunque,venir meno il potere-dovere di sospensione dei pagamenti dovuti all'appaltatore dalla committenza(vedi Tribunale Pavia 26 febbraio 2014).

L'art.118 terzo comma del D.lgs.163/2006 non può ,quindi,trovare applicazione ,in quanto,in pendenza della procedura concorsuale della amministrazione straordinaria,prevalgono i principi cardine che disciplinano detta procedura nel suo insieme,anche con riferimento alle tutele che la stessa offre(insinuazione di tutti i credito nello stato passivo,possibilità di impugnazioni etc).Diversamente, verrebbe leso non solo il fondamentale principio della par condicio creditorum,che ispira la normativa concorsuale,ma anche l'altrettanto fondamentale principio secondo cui tutti i pagamenti devono essere effettuati nell'ambito della procedura concorsuale in osservanza dei privilegi di legge e delle norme sulla prededuzione(vedi Tribunale Bolzano 25 febbraio 2014).

Deve ricordarsi,peraltro,che non osta al recepimento dei principi di diritto suddetti la circostanza che,nella specie, SPA abbia ceduto il credito vantato nei confronti di

,ora

,atteso che il Commissario Straordinario della procedura concorsuale potrà conseguire il prezzo della cessione da BANCA SPA e distribuirlo tra i creditori insinuatisi al passivo,ivi compresi i subappaltatori di SPA,nel rispetto delle cause di prelazione e della par condicio creditorum.

BANCA SPA deve,pertanto, considerarsi creditrice nei confronti dell

della somma pari ad euro 1.946.326,51 , alla luce delle risultanze dei documenti in atti (documenti da 5 a 13 del fascicolo prodotto da BANCA SPA nell'ambito del procedimento n. 3555/2012 R.G.) e della mancata contestazione da parte della convenuta.

Del resto, la cessione del credito, da parte di _____ SPA a BANCA _____ SPA, è avvenuta ed è stata notificata all' _____ di RIMINI prima della apertura della procedura concorsuale suddetta (il decreto di ammissione all'amministrazione straordinaria è datato infatti 9/08/2013) ed il credito in esame è sicuramente esigibile, come è dato desumere dal documento allegato alla memoria ex art. 183 comma 6 n.2 cpc di BANCA _____ SPA.

Non può essere, in ogni caso, esaminata l'eccezione di invalidità, inefficacia e inopponibilità della cessione di credito della quale si tratta, sollevata da C _____ SRL.

_____ SRL, come si è visto, ha spiegato intervento adesivo dipendente a sostegno delle ragioni di _____ di RIMINI, nei confronti di BANCA _____ SPA e non è, di conseguenza, legittimata a sollevare eccezioni ulteriori e diverse da quelle proposte dalla parte adjuvata (Cassazione civile, sez. un., 09/11/2011, n. 23299).

_____ AGNA, deve, per le ragioni sopra esposte, essere, dunque, condannata al pagamento, in favore di BANCA _____ SPA, della somma di 1.946.326,51 Euro, oltre interessi di legge dalla domanda al saldo.

Preme sottolineare che non è applicabile alla fattispecie in esame il DPR 5 ottobre 2010 n.207, perché entrato in vigore successivamente al venire in essere dei fatti costitutivi del credito suddetto, e che, inoltre, BANCA _____ SPA non ha indicato una specifica diversa decorrenza degli interessi.

Va evidenziato, infine, che non risulta che gli organi della procedura concorsuale abbiano avviato azione revocatoria, ordinaria o concorsuale, in relazione alla cessione di credito della quale si è detto.

Sussistono gravi ed eccezionali ragioni che giustificano, ex art.92 cpc, nel testo antecedente alla riforma operata dal D.L.12 settembre 2014 n.132, convertito con modificazioni dalla Legge 10 novembre 2014 n.162, ancora applicabile alla presente controversia, l'integrale compensazione delle spese di lite, ove si consideri che C _____ COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI e C _____ SRL hanno sostenuto le ragioni di _____ di RIMINI (ora _____), in relazione alla pretesa azionaria da BANCA _____ SPA, e che è stata affrontata questione giuridica in ordine alla quale si sono registrati contrasti giurisprudenziali (vedi Cass.3402/2012, che ha espresso principio contrario a quello recepito dalla giurisprudenza di merito, al quale ha aderito questo Giudicante).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente decidendo nella causa, ogni altra istanza, deduzione, eccezione assorbita o disattesa:

Rigetta le domande proposte da C _____ - COOPERATIVA CONSORTILE PER AZIONI nei confronti di _____ DI RIMINI, ora _____

Dichiara inammissibili, perché tardivamente proposte, le domande formulate da _____ A s.r.l. nei confronti di _____ DI RIMINI, ora _____

Condanna la A _____ DI RIMINI, ora _____ al pagamento, in favore di BANCA _____ SPA, della somma di euro 1.946.326,51, oltre interessi di legge dalla domanda al saldo;

Dichiara interamente compensate, tra le parti, le spese processuali.

Così deciso in Rimini il 26 settembre 2015

IL GIUDICE
Dott. Rosario Lionello ROSSINO