

Civile Sent. Sez. 1 Num. 5253 Anno 2016

Presidente: SALVAGO SALVATORE

Relatore: VALITUTTI ANTONIO

Data pubblicazione: 16/03/2016

SENTENZA

sul ricorso 28095-2011 proposto da:

COMUNITA' MONTANA DEI MONTI MARTANI, SERANO E SUBASIO
(P.I. 03049970548), in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata
in ROMA, VIA MARIA CRISTINA 8, presso l'avvocato
GOFFREDO GOBBI, rappresentata e difesa dall'avvocato
ALARICO MARIANI MARINI, giusta procura in calce al
ricorso;

- **ricorrente** -

contro

EREDI GALASSO VINCENZO S.A.S. DI GALASSO DONATO S. E

2016

322

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

C., già Impresa Eredi Galasso Vincenzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. MERCALLI 15, presso l'avvocato PIERLUIGI PISELLI, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 234/2011 della CORTE D'APPELLO di PERUGIA, depositata il 14/04/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/02/2016 dal Consigliere Dott. ANTONIO VALITUTTI;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato GOBBI, con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato PISELLI EMILIA, con delega orale, che si riporta al controricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ROSARIO GIOVANNI RUSSO che ha concluso per il rigetto del ricorso e condanna alle spese.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RITENUTO IN FATTO.

1. Con atto di diffida del 18 novembre 1999, l'Impresa Eredi Galasso Vincenzo invitava la Comunità Montana Monte Subasio a voler provvedere – con riferimento al rapporto scaturente dal contratto di appalto stipulato dalle parti in data 29 aprile 1998, alla risoluzione amministrativa delle riserve, apposte al secondo stato di avanzamento dei lavori, in data 18 dicembre 1998, ed allo stato finale dei lavori, in data 29 settembre 1999, ai sensi dell'art. 31 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (applicabile alla fattispecie concreta *ratione temporis*), significando che, in mancanza, l'atto in questione avrebbe dovuto intendersi come domanda di arbitrato, ex art. 32 della stessa legge. Con nota del 15 dicembre 1999, la Comunità Montana, in risposta al suddetto atto di diffida, comunicava "di respingere e rigettare in toto le riserve formulate dall'impresa". Seguiva, pertanto, la notifica all'ente del decreto del Presidente del Tribunale di Perugia in data 8 febbraio 2000, di nomina del collegio arbitrale, che si costituiva in data 28 marzo 2000.

Con lodo non definitivo del 6 luglio 2000, il collegio rigettava le eccezioni preliminari e pregiudiziali proposte dalla Comunità Montana, dichiarando la rituale instaurazione del giudizio arbitrale, e disponendo la prosecuzione del giudizio per l'esame del merito. Con lodo definitivo del 30 novembre 2000, il collegio accoglieva parzialmente la domanda del Galasso, condannando l'ente al pagamento in suo favore della somma complessiva di £. 184.030.845 (€ 95.044,00).

2. Avverso entrambe le decisioni, la Comunità Montana proponeva impugnazione per nullità ex art. 829 cod. proc. civ., che veniva accolto dalla Corte di Appello di Perugia, con sentenza n. 146/2003, depositata il 16 aprile 2003, con la quale il giudice del gravame dichiarava l'improcedibilità del giudizio arbitrale, per violazione degli artt. 31 bis e 32 della legge n. 109 del 1994, e la conseguente nullità dei lodi impugnati. Avverso tale pronuncia proponeva ricorso per cassazione l'Impresa Eredi Galasso, che veniva accolto da questa Corte con sentenza n. 14971/2007, con la quale la decisione di ap-

pello veniva cassata con rinvio alla Corte di appello di Perugia in diversa composizione.

3. Ai sensi dell'art. 392 cod. proc. civ., l'impresa Galasso provvedeva alla riassunzione del giudizio che si concludeva con la sentenza n. 234/2011, depositata il 14 aprile 2011 e notificata il 26 settembre 2011, con la quale la Corte territoriale, ritenendo rituale e procedibile il giudizio arbitrale espletato e tempestive le riserve proposte dalla ditta appaltatrice, rigettava l'appello principale proposto dalla Comunità Montana Monte Subasio e l'appello incidentale proposto dalla impresa Eredi Galasso s.a.s. di Galasso Donato S. & C. (già Impresa Eredi Galasso Vincenzo), dichiarando interamente compensate tra le parti le spese del giudizio.

4. Per la cassazione della sentenza n. 234/2011 ha proposto, quindi, ricorso la Comunità Montana dei Monti Martani, Serano e Subasio (subentrata alla disciolta Comunità Montana Monte Subasio) nei confronti della Eredi Galasso Vincenzo s.a.s. di Galasso Donato S. & C., sulla base di quattro motivi. La resistente ha replicato con controricorso.

5. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con il primo e secondo motivi di ricorso – che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente – la Comunità Montana dei Monti Martani, Serano e Subasio denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 31 bis e 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

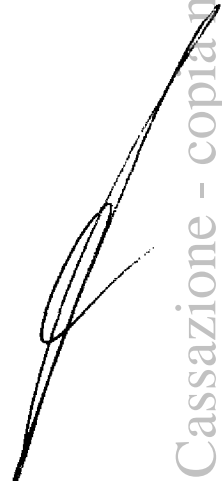
1.1. Il ricorrente deduce, infatti, che il giudice di appello sarebbe incorso nella violazione e falsa applicazione degli artt. 31 bis e 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (applicabile alla fattispecie concreta ratione temporis), come modificata dall'art. 9, comma 1, del d.l. 3 aprile 1995, n. 1010, convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216, per avere ritenuto – peraltro con motivazione del tut-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

to incongrua - in relazione al rapporto intercorso tra le parti scaturite dal contratto di appalto del 29 aprile 1998, che la procedura di accordo bonario, costituente condizione di procedibilità del ricorso al procedimento arbitrale, non fosse stata instaurata dall'appaltante nel termine di centocinquanta giorni previsto dalla prima delle norme suindicate, con decorrenza dall'ultima riserva annotata in contabilità il 29 settembre 1999 (in coincidenza con l'emissione dello stato finale dei lavori). E ciò nonostante l'amministrazione avesse, già con nota del 15 dicembre 1999, comunicato all'impresa Galasso "di respingere e rigettare in toto le riserve formulate dall'impresa (...) in base all'art.31 bis della l. 109 del 1994". La valida instaurazione o conclusione della procedura di accordo bonario non sarebbe, infatti, subordinata dalla legge - a parere della ricorrente - all'accoglimento delle riserve della impresa, ma solo alla formulazione di una proposta all'appaltatore anche in termini di totale rigetto delle riserve iscritte in contabilità.

1.2. Le censure sono infondate.

1.2.1. L'art. 31 bis della legge n. 109 del 1994 (nel testo applicabile *ratione temporis*) stabilisce, invero, che "qualora a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale, e in ogni caso in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale il responsabile del procedimento acquisisce immediatamente la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo e, sentito l'affidatario, formula all'Amministrazione, entro 90 giorni dall'apposizione dell'ultima delle riserve di cui sopra, proposta motivata di accordo bonario. L'Amministrazione, entro 60 giorni dall'accordo di cui sopra, delibera in merito con provvedimento motivato. Il verbale di accordo bonario è sottoscritto dall'affidatario". In caso di mancato accordo bonario, ai sensi dell'art. 31 bis cit., si darà corso alla procedura arbitrale, a norma del successivo art. 32 della legge n. 109 del 1994. Orbene, il tentativo di accordo bonario previsto dal menzionato art. 31-bis costituisce una procedura che l'Amministrazione ha il dovere di attivare, al fine di accelerare la risoluzione delle con-



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

troversie, configurandosi l'esperimento di tale procedimento conciliativo come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che deve precedere il ricorso al procedimento arbitrale. Esso, peraltro, presuppone il rispetto della scansione temporale indicata dalla norma, con la conseguenza che il suo mancato esperimento, determinando un'improcedibilità solo temporanea della domanda, non ostacola lo svolgimento del procedimento arbitrale e l'emissione del lodo, una volta che, pur dopo la notifica della domanda di arbitrato, sia decorso il termine di novanta giorni entro il quale l'Amministrazione è tenuta a formulare la relativa proposta conciliativa (Cass. 5274/2007).

1.2.2. La normativa in esame ^{in parte} ha ribaltato, dunque, la regola generale di rinviare al momento del collaudo la decisione in sede amministrativa sulle controversie sollevate dall'appaltatore in corso d'opera, consentendone la definizione in un momento precedente. In tal caso, rimane tuttavia ferma, quale condizione di procedibilità sia del giudizio ordinario sia dell'arbitrato, la necessità dell'espletamento di una fase amministrativa (che si svolge con l'audizione dell'appaltatore, con una proposta di accordo, e con la deliberazione dell'Amministrazione sulle domande proposte dall'appaltatore durante la esecuzione del contratto), restando subordinata la procedibilità delle azioni dell'appaltatore a tutela delle proprie pretese all'espletamento di tale fase, ovvero, in mancanza, al decorso dei termini prestabiliti. Detta previsione di una condizione di procedibilità è da reputarsi, peraltro, manifestamente rispettosa dell'art. 24 Cost., che non impone una correlazione assoluta tra l'insorgenza del diritto e la sua azionabilità, purchè tale differimento non renda eccessivamente gravoso l'esercizio del diritto e risponda a ragioni di interesse generale (Cass. 14971/2007).

1.2.3. Tale ultima decisione, pronunciata nella presente vicenda processuale, ha accertato, pertanto, che, nel caso di specie, l'amministrazione committente non aveva in alcun modo ~~rispettato~~ ^{osservato} l'iter procedimentale previsto dalla normativa succitata (audizione dell'appaltatore, proposta di accordo, deliberazione dell'Amministra-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

zione sulle domande proposte dall'appaltatore durante la esecuzione del contratto), essendosi la stazione appaltante risolta, immediatamente e definitivamente, dopo la notifica della richiesta dell'impresa di attivare la procedura conciliativa, direttamente per il rigetto di tutte le riserve proposte dall'appaltatrice, senza neppure formulare, quindi, una qualsiasi proposta di risoluzione bonaria della controversia. Contrariamente all'assunto della ricorrente, pertanto, la procedura di accordo bonario in questione non può ritenersi instaurata dall stazione appaltante nel termine di legge.

1.3. I motivi in esame vanno, pertanto, disattesi.

2. Con il terzo e quarto motivo di ricorso - che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente - la Comunità Montana dei Monti Martani, Serano e Subasio denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 53 e 54 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350, nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

2.1. Avrebbe errato la Corte di Appello, a parere della ricorrente, nel ritenere - peraltro con motivazione del tutto inadeguata - tempestiva la prima riserva, sebbene annotata nel registro di contabilità in data 18 dicembre 1998, ossia in relazione al secondo stato di avanzamento dei lavori, laddove il primo era stato sottoscritto dall'impresa, in data 25 novembre 1998, senza proporre riserva alcuna.

2.2. I motivi sono fondati.

2.2.1. Va osservato, invero, che, nei pubblici appalti, è obbligo dell'impresa inserire una riserva nella contabilità contestualmente all'insorgenza e percezione del fatto dannoso; ed, in particolare, in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre il "quantum" può essere successivamente indicato. Ne consegue che, ove l'appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior one-

re che tale fatto dannoso comporta, è tardiva la riserva formulata solo nello stato di avanzamento dei lavori successivo (Cass. 5540/2004; 10949/2014). Deve, pertanto, ritenersi che l'appaltatore non sia esonerato dall'obbligo – che non è circoscritto agli elementi di natura strettamente contabile, ma riguarda conseguentemente tutti i fatti che siano comunque idonei a produrre spesa (Cass. 9380/1990) – di proporre tempestiva riserva in caso di ritardata consegna dei lavori, salva la decorrenza del relativo termine dal momento in cui si manifesta obiettivamente, secondo indici di media diligenza e di buona fede, la rilevanza causale del fatto rispetto al maggior onere incontrato dall'appaltatore, il quale è poi tenuto ad esplicitare la riserva nelle successive registrazioni e nel conto finale (Cass. 5300/1981; 26916/2008).

2.2.2. Nel caso di specie, dall'esame dell'impugnata sentenza e degli atti del presente giudizio – ed, in particolare, dallo stesso contro-ricorso della resistente Eredi Galasso Vincenzo s.a.s. – si evince che i lavori venivano consegnati all'impresa appaltatrice in data 29 aprile 1998. Con nota in data 15 luglio 1998, ossia dopo tre mesi dalla consegna dei lavori, quest'ultima comunicava alla stazione appaltante l'impossibilità di accedere ai fondi interessati alla realizzazione dell'opera pubblica a causa della indisponibilità delle aree, derivante dal mancato compimento degli atti espropriativi da parte dell'ente. Quindi, in data 14 settembre 1998, dopo ben cinque mesi dalla consegna dei lavori, l'impresa comunicava di avere avuto finalmente accesso ai fondi, "essendo stata superata ogni causa ostativa già a vs conoscenza". Il 23 settembre 1998, il direttore dei lavori annotava, quindi, nel registro di contabilità la percentuale di opere eseguite a quella data, redigendo il primo stato di avanzamento dei lavori, che veniva sottoscritto dalla Eredi Galasso senza riserve e che veniva approvato, altresì, dalla stazione appaltante con atto del 25 novembre 1998, sottoscritto anch'esso senza riserve dall'appaltatrice. Il 7 dicembre 1998 il direttore dei lavori disponeva, poi, la sospensione degli stessi "a causa del maltempo", e lo stesso giorno annotava in contabilità una ulteriore percentuale di opere eseguite, redi-

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

gendo il secondo stato di avanzamento dei lavori; e questa volta l'annotazione veniva sottoscritta con riserva dall'impresa, che provvedeva altresì ad esplicitarla con nota del 18 dicembre 1998, assumendo che i maggiori oneri richiesti derivavano dalla mancata immediata messa a disposizione degli immobili da parte della stazione appaltante, in conseguenza della ritardata esecuzione dei necessari espropri. La Eredi Galasso sottoscriveva, infine, con riserva anche il successivo stato finale dei lavori, emesso in data 29 settembre 1999.

2.2.3. Orbene, non può revocarsi in dubbio che - contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Appello, alla data del primo stato di avanzamento dei lavori (23 settembre 1998) la appaltatrice era perfettamente in grado - essendo decorsi ben cinque mesi dalla consegna degli stessi - di quantificare il pregiudizio subito per effetto dell'inadempimento istantaneo posto in essere dall'ente appaltante, e di effettuare anche le sue determinazioni in ordine all'eventuale prosecuzione dell'appalto, atteso il carattere istantaneo (pur se suscettibile di produrre effetti continuativi) dell'inadempimento posto in essere dall'ente, per non avere il medesimo tempestivamente perfezionato le necessarie procedure espropriative. La successiva riserva formalizzata dopo ben otto mesi (18 dicembre) dalla consegna dei lavori, con riferimento, non alla sospensione disposta dalla direzione il 7 dicembre 1998, ma a fatti che potevano, e dovevano, essere dedotti immediatamente, avendone avuto l'impresa - come si evince dalla comunicazione del 15 luglio 1998 - piena conoscenza ab origine, è da reputarsi, pertanto, certamente tardiva.

Va osservato, infatti, che, in tema di appalti pubblici, dal combinato disposto degli artt. 53, 54 e 64 del r.d. 25 maggio 1895, n. 350 (applicabile "ratione temporis") si ricava la regola secondo cui sono soggette all'onere di riserva non solo tutte le possibili richieste inerenti a partite di lavori eseguite, nonché alle contestazioni tecniche e/o giuridiche circa la loro quantità e qualità, ma anche e soprattutto quelle relative ai pregiudizi sofferti dall'appaltatore ed ai costi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

aggiuntivi dovuti affrontare, sia a causa dello svolgimento (anomalo) dell'appalto, sia a causa delle carenze progettuali per le conseguenti maggiori difficoltà che le stesse hanno ingenerato sia, infine, per i comportamenti inadempienti della stazione appaltante. Ed invero, l'onere della riserva assolve alla funzione di consentire la tempestiva e costante evidenza di tutti i fattori che siano oggetto di contrastanti valutazioni tra le parti e perciò suscettibili di aggravare il compenso complessivo, ivi comprese le pretese di natura risarcitoria (Cass. 15013/2011). E' del tutto evidente pertanto, che la sottoscrizione della riserva dopo la registrazione dello stato di avanzamento dei lavori viene a vanificare la stessa ragion d'essere del sistema, fondato sulla tempestiva comunicazione all'amministrazione delle ulteriori pretese economiche dell'impresa appaltatrice.

2.2.4. Ne discende che il contenuto della registrazione dello stato di avanzamento dei lavori determina il limite temporale massimo insuperabile per la formulazione di riserve, anche relative a fatti continuativi ^(che qui non ricorrono) in relazione a pretese che dalla stessa registrazione siano state disconosciute espressamente o implicitamente. La riserva dell'appaltatore nel registro di contabilità, la cui cura è affidata alla competenza tecnico-amministrativa degli organi della p.a., deve corrispondere, invero, ad ogni singola partita iscritta e contabilizzata, all'epoca in cui il registro stesso gli è sottoposto. Solo in presenza di una contabilizzazione dei lavori provvisoria ed incompleta, può considerarsi, difatti, tempestiva la riserva formulata dall'appaltatore in sede di sottoscrizione del conto finale, allorchè si riferisca a partite di lavoro non riportate e non rilevabili dal registro di contabilità già sottopostogli (Cass. 4206/1981).

2.3. Per le ragioni esposte, pertanto, i motivi suesposti devono trovare pieno accoglimento.

3. L'accoglimento del terzo e quarto motivo di ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte di Appello di Perugia in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame della controversia facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: "in tema di appalto di lavori pubblici, nelle ipotesi in cui

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta, come nel caso di inadempimento istantaneo dell'amministrazione appaltante, che abbia posto con ritardo i suoli a disposizione dell'impresa appaltatrice, per non avere tempestivamente attuato le necessarie procedure espropriative, è tardiva la riserva formulata solo nello stato di avanzamento dei lavori successivo; la riserva non può, invero, essere più essere iscritta una volta che sia stato emesso il certificato dello stato di avanzamento dei lavori approvato dall'impresa".

4. Il giudice di rinvio provvederà, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione;

accoglie il terzo e quarto motivo di ricorso, rigettati il primo e secondo; cassa l'impugnata sentenza in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Corte di Appello di Perugia in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione Civile, l'11.2.2016.