

LODO ARBITRALE R.L. n. 11 del 2020 depositato il 05 agosto 2020.

R.G.A. n.6 del 2017: S&G Costruzioni S.r.l. c/Comune di Taranto

Presidente Prof. Avv. Cerrato, Arbitri:Ing. Capobianco, Ing. Ciardo

Per S&G Costruzioni S.r.l.: Avv. Greco, Avv. Monteforte

Per Comune di Taranto: Avv. Buccoliero

Legittimazione processuale e sostanziale e onere della prova

Art. 2697, comma 2, c.c.

Per legittimazione ad agire o resistere si intende la titolarità del diritto azionato sul lato attivo o passivo sulla base delle prospettazioni delle parti negli atti di causa. Questa va distinta dalla effettiva titolarità del diritto che implica l'identificabilità o meno nell'attore o nel convenuto del soggetto tenuto, rispettivamente, a ricevere o a erogare la prestazione richiesta dall'attore.

Il controllo sulla legitimatio ad causam è esercitabile d'ufficio in ogni grado e stato del giudizio e si risolve nell'accertare se, secondo la prospettazione del rapporto controverso data dall'attore, questi ed il convenuto assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronunzia giurisdizionale e il soggetto tenuto a subirla; la negazione da parte del convenuto dell'effettiva titolarità passiva del diritto fatto valere implica per l'organo giudicante una disamina ed una decisione attinente al merito della controversia, cioè alla fondatezza della domanda.

Secondo un consolidato insegnamento della Suprema Corte, il convenuto che non condivide l'assunto dell'attore in ordine alla titolarità del diritto può limitarsi a negare l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto, articolando quelle che vengono definite mere difese, oppure contrapporre altri fatti che privino di efficacia i fatti costitutivi, o modificano o estinguano il diritto.

Nel primo caso, mere difese, si riversa sulla parte attrice l'onere di provare la titolarità effettiva in capo al convenuto del diritto fatto valere in quanto elemento costitutivo della sua

domanda; nel secondo caso, fatti modificativi, impeditivi o estintivi del diritto, l'onus probandi è in capo al convenuto che li eccepisce.

È opinione della giurisprudenza che qualora il convenuto si limiti a contestare la propria legittimazione passiva sostanziale spetti all'attore provarla, trattandosi di elemento costitutivo della sua domanda, mentre in caso di formulazione di una vera e propria eccezione, ex art. 2697, comma 2, c.c., l'onere probatorio gravi sul convenuto.

(Nel caso di specie, il Collegio esclude che sussista un difetto di legittimazione passiva del Comune convenuto, in particolare, lo stesso non ha fornito prova della estraneità rispetto alla vicenda de qua. Tale prospettazione appare, inoltre, revocata da altri dati fattuali dai quali emerge la persistenza di un ruolo e di conseguenza di specifici doveri di azione in capo al Comune, tali da considerarlo tutt'altro che estraneo alla vicenda, ed anzi imputabile per eventuali condotte che possano aver determinato il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo).

Procedura di collaudo e doveri della stazione appaltante

Art. 102 d.lgs. n. 50 del 2016

La stazione appaltante è tenuta, ex art. 1206 c.c. e più in generale alla luce dei canoni di buona fede e correttezza, ex artt. 1175 e 1375 c.c., espressione del dovere costituzionale di solidarietà, ex art. 2 Cost., e del principio per cui gravano sulle parti anche tutte le obbligazioni conseguenti per legge, usi o equità a quelle espresse nel contratto, ex art. 1374 c.c., a cooperare all'adempimento dell'appaltatore, ponendo in essere tempestivamente, sollecitamente e senza ritardo tutte quelle attività, anche volte a rimuovere ostacoli, affinché il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio possa essere perseguito nei tempi e nei modi di legge e contratto. L'esecuzione del collaudo di un'opera pubblica nei termini di legge o contratto costituisce un atto dovuto a carico della stazione appaltante determinando, in caso di ritardo nel suo avvio, svolgimento e completamento, l'obbligo di risarcimento del danno salva la facoltà dell'amministrazione committente, al fine di escludere la propria

responsabilità per tale inosservanza, di dedurre e provare eventuali ragioni giustificative del ritardo.

In ragione della previsione del meccanismo dell'approvazione tacita, nel caso in cui spiri il termine, senza l'adozione del certificato di collaudo, è posto a carico della stazione appaltante l'onere di dimostrare che il ritardo nel collaudo dell'opera sia dipeso dalla condotta dell'appaltatrice da intendersi quale condotta di diretto ostacolo allo svolgimento del collaudo nei termini di legge.

(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto che il Comune non abbia assolto all'onere di provare di aver fatto quanto possibile o che il ritardo nell'effettuazione del collaudo sia dipeso da forza maggiore o da fatto imputabile all'impresa appaltatrice o che non sia imputabile al Comune. Il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo è addebitabile solo ed esclusivamente alla stazione appaltante).

Liquidazione del danno in via equitativa per ritardato collaudo

Art. 1223 c.c.

In tema di obbligazioni contrattuali, la liquidazione del danno in via equitativa, che può aver luogo solo in caso di impossibilità o difficoltà di una precisa prova sull'ammontare e sull'entità del danno subito, non esonera l'interessato dall'obbligo di fornire gli elementi probatori sulla sussistenza del medesimo, al fine di consentire che l'apprezzamento equitativo, sia per quanto possibile limitato alla funzione di colmare le inevitabili lacune e consentire così una precisa liquidazione del danno.

Da ciò consegue che, da un lato, la parte adempiente sia chiamata a provarne l'esistenza, dall'altro lato, trovano senza dubbio applicazione i criteri stabiliti dall'art. 1223 c.c. Risultano, pertanto, risarcibili i danni conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento, di cui la parte che si assume danneggiata fornisca la prova, o quantomeno un principio di prova, della effettiva esistenza.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il ritardo nel collaudo determina maggiori oneri per la custodia, guardiania, manutenzione delle opere, oneri finanziari, ecc.

In punto di quantificazione del danno risarcibile, si rinviene in giurisprudenza un costante insegnamento, in base al quale, in presenza di un accertato svolgimento dei tempi contrattuali, non occorre una prova particolare del danno conseguito dall'impresa, perché in via di presunzione, ex art. 2727 c.c., si ritiene verificato un aumento delle spese generali, in quanto i due fenomeni sono strettamente connessi.

Stante le accertate difficoltà, in materia di appalti pubblici, di dare prova dell'ammontare preciso del danno da parte delle imprese appaltatrici, per il caso di sospensione illegittima dei lavori, si è nel tempo consolidato in giurisprudenza il ricorso a talune formule matematiche che tengono conto di parametri oggettivi.

(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto che parte attrice abbia assolto l'onere di dimostrare la sussistenza del danno; infatti è stata fornita la prova che per tutto il tempo successivo al termine dei sei mesi in cui si è protratto il ritardo nell'emissione del certificato di collaudo su di essa abbiano gravato gli oneri di custodia, buona conservazione e gratuita manutenzione, non sussistendo la prova da parte del Comune di consegna anticipata delle opere. Per quanto riguarda la quantificazione del danno, il Collegio ha riconosciuto in via oggettiva la sussistenza di rilevanti difficoltà di precisa determinazione dell'ammontare dei costi, che l'appaltatrice ha dovuto sostenere nelle more dell'emissione del certificato di collaudo e che non avrebbe sostenuto se, invece, le operazioni di collaudo si fossero concluse nei termini previsti e ha reputato che sussistessero le condizioni per ricorrere al criterio della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.; in particolare, il criterio matematico applicato commisura il danno ad una percentuale (2%) dell'importo netto contrattuale dei lavori, ridotto di spese generali (13%) ed utile (10%) e rapportato ai giorni di ritardo).