IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI POTENZA

Il Tribunale di Potenza in persona del giudice monocratico dott.ssa [redacted] ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nelle cause riunite iscritte rispettivamente al n**.** [redacted] **R.G.** e al **n.**[redacted] **RG** ;

La causa iscritta al **NRG** n**.** [redacted]

TRA

[redacted] **Società Cooperativa a r.l.** (**già** [redacted] **S.r.l. , già** [redacted] **S.n.c. di** [redacted] **& C.** (in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituita con la [redacted] S.r.l.), in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Di Matteo e [redacted];

ATTRICE

E

PROVINCIA DI [redacted] **in persona** del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. [redacted];

CONVENUTA

E

[redacted] rappresentata e difesa dall'avv. [redacted] Di [redacted];

TERZA CHIAMATA

E

[redacted] **ASSICURAZIONI S.P.A.**, in persona del procuratore speciale Dr. [redacted], rappresentata e difesa dall'Avv. [redacted];

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

TERZA CHIAMATA

La causa iscritta al **NRG** [redacted]

TRA

[redacted] **S.N.C. DI** [redacted] **& C.** (in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituita con la [redacted] S.r.l.), ora [redacted] Società Cooperativa a. r.l. in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Di Matteo;

ATTRICE

E

PROVINCIA DI [redacted] **in persona** del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. [redacted] e [redacted];

CONVENUTA

E

[redacted] **ASSICURAZIONI SPA (ora** [redacted] **ASSICURAZIONI S.P.A.** denominazione sociale assunta da [redacted] S.p.A., succeduta nei diritti, obblighi e posizioni processuali della [redacted] Assicurazioni S.p.A.), in persona del rappresentante legale rappresentata e difesa dagli avv.ti [redacted] D'[redacted] e [redacted]

CONVENUTA

Conclusioni delle parti: come in atti

MOTIVI DELLA DECISIONE

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

L'attrice, già [redacted] S.n.c. di [redacted] & C., (ora [redacted] Società Cooperativa a r.l) in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI costituita con la [redacted] S.r.l.. ha agito nel giudizio iscritto al **NRG** [redacted] e, dopo avere premesso di essere aggiudicataria dell'appalto pubblico avente ad oggetto la realizzazione di due tratti di strada A-B e C-D e precisamente la "*costruzione della strada di collegamento* [redacted] - [redacted] *di circumvallazione dei Comuni di* [redacted] *e* [redacted] *San* [redacted] *– 1° stralcio funzionale*", ha contestato alla stazione appaltante gravi inadempienze contrattuali che hanno impedito la regolare esecuzione dell'opera.

In particolare, secondo l'attrice la stazione appaltante ha tenuto una condotta gravemente omissiva e dilatoria nella risoluzione delle continue e perduranti problematiche esecutive emerse in corso d'opera, relative, tra l'altro, alla presenza di interferenze (dettagliatamente descritte nell'atto di citazione); alla mancata disponibilità immediata dell'area di cantiere al momento della consegna dei lavori; alla ritardata nomina del direttore dei lavori; alle lacune e agli errori del progetto esecutivo a base d'asta contenente discordanze tra la situazione di progetto e la situazione dello stato reale, circostanza questa più volte da essa segnalata; al ritardo nell'adozione della necessaria perizia di variante che ha comportato l'esecuzione di lavori aggiuntivi.

Alla luce di tali circostanze di fatto l'attrice, sul presupposto del grave inadempimento contrattuale addebitabile alla Provincia di [redacted], ha concluso chiedendo:

-di accertare la intervenuta risoluzione di diritto del contratto di appalto *ex* art. 1454 c.c. a seguito di diffida e messa in mora notificata dall'impresa il [redacted];

- in ogni caso accertare e dichiarare l'inadempimento grave *ex* artt. 1453 e 1455 ascrivibile alla condotta della Provincia e quindi, per l'effetto, dichiarare la risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento di quest'ultima oltre che per violazione dei doveri di buona fede cooperazione, lealtà e correttezza nell'esecuzione del contratto;

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

- accertare il diritto di parte attrice al risarcimento dei danni da risoluzione, stimati in €. 404.882,50 oltre rivalutazione monetaria ed interessi;
- condannare la controparte alla suddetta somma nonché al pagamento dei lavori eseguiti secondo il loro valore venale, quantificati in €. 436.865,77 oltre interessi e rivalutazione; alla liquidazione dei danni quantificati nelle riserve pari ad €. 1.498.391,07; alla liquidazione del danno curriculare, stimato in €. 404.882,50; alla liquidazione del danno da perdita di chance, stimato in €. 404.882,50.

L'amministrazione provinciale con articolate argomentazioni ha concluso per il rigetto della domanda attrice e ha chiesto di essere autorizzata alla chiamata in causa il progettista, ing. [redacted], nei confronti del quale ha domandato di essere manlevata da ogni pretesa attorea con la condanna a rifondere in suo favore quanto dovesse essere eventualmente condannata a pagare all'attore; ha, inoltre, proposto domanda riconvenzionale diretta ad accertare il grave inadempimento contrattuale dell'appaltatore con condanna di quest'ultimo al pagamento in suo favore della somma di euro 6.000.000,00 o di altra somma a titolo risarcitorio.

Nelle more del giudizio la Provincia di [redacted] con Determinazione n° [redacted] del [redacted], ha dichiarato la risoluzione del contratto di appalto per cui è causa per grave inadempimento dell'impresa appaltatrice.

A seguito dell'adozione di tale provvedimento, la società appaltatrice ha iscritto al ruolo il procedimento, **R.G. n°** [redacted], citando in giudizio la Provincia di [redacted] e la compagnia [redacted] Assicurazioni S.p.A. (ora [redacted] Assicurazioni S.p.A.) che ha prestato nell'interesse dell'attrice la polizza fideiussoria n. [redacted] del [redacted] a titolo di cauzione definitiva a garanzia della buona esecuzione del contratto di appalto per cui è causa.

L'attrice nell'ambito di quest'ultimo giudizio ha chiesto:

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

1) di accertare l'illegittimità del provvedimento di risoluzione adottato dalla Provincia di [redacted] con la Determinazione Dirigenziale n° [redacted] e di provvedere alla sua disapplicazione;

2) di accertare l'inesistenza del diritto della Provincia di [redacted] ad escutere la garanzia fideiussoria prestata dalla [redacted] Assicurazioni S.p.A. e di condannare la stessa Amministrazione alla restituzione di quanto pagato dalla predetta compagnia, ove il pagamento fosse stato già corrisposto;

3) di accertare la inesistenza di eventuali crediti pretesi dal Committente a seguito della redazione della contabilità finale dei lavori;

4) in via estremamente subordinata, di accertare le contrapposte ragioni di debito credito e provvedere alla compensazione di queste.

Si è costituita in giudizio la Provincia di [redacted] la quale ha chiesto il rigetto della domanda attrice, previo accertamento della legittimità del provvedimento di risoluzione contrattuale da essa adottato e della sussistenza del suo diritto ad escutere la garanzia fideiussoria prestata dalla [redacted] Assicurazioni spa.

La società di assicurazione ha concluso chiedendo la disapplicazione del provvedimento di risoluzione contrattuale unilateralmente adottato dalla Provincia di [redacted] in data [redacted] nonché il rigetto delle domande e delle eccezioni formulate dalla Provincia di [redacted].

All'udienza del [redacted] il giudizio n. [redacted] R.G. è stato riunito a quello n. [redacted] R.G..

La causa è stata a interrotta dapprima per l'avvenuto decesso del terzo chiamato, [redacted], e successivamente anche per il decesso della moglie di quest'ultimo, [redacted], nel frattempo costituitasi in giudizio.

Il giudizio è stato riassunto e si è costituita in giudizio [redacted] (figlia di [redacted] e di [redacted]) la quale ha prodotto documentazione comprovante la sua rinuncia all'eredità di entrambi i genitori; ha chiesto di essere estromessa dal giudizio e di condannare l'attrice e la Provincia ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Tanto premesso passando ad esaminare il merito della controversia si rileva che la società attrice e l'amministrazione convenuta si addebitano reciproci inadempimenti in relazione al contratto di appalto pubblico in questione.

Le reciproche contestazioni comportano la necessità di comparare il comportamento di entrambe parti per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti ed abbia causato il comportamento della controparte, nonché la conseguente alterazione del sinallagma (*ex plurimis* Cass. n. 13827 del 22/05/2019; Cass. n. 13627 del 30/05/2017).

Trattandosi di un accordo a prestazioni corrispettive occorrerà effettuare una valutazione comparativa delle condotte poste in essere dai contraenti allo scopo di verificare se sussista una prevalente inadempienza a carico di una delle parti.

Va aggiunto che nel giudizio di comparazione il giudice dovrà tener conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempiute, e della incidenza di queste sulla funzione economico sociale del contratto (Cass. 2992/04). .

Ciò posto, nel caso di specie la domanda attorea, pur attenendo ad un contratto di appalto stipulato con una pubblica amministrazione, in quanto finalizzata ad ottenerne la risoluzione, soggiace alle regole ordinarie previste dagli artt. 1453 e ss. cod. civ., con la conseguenza che la sua fondatezza prescinde dalla tempestiva iscrizione di riserve concernenti l'inadempimento contestato alla stazione appaltante (cfr., tra le tante, Cass. n. 5332 del 01/06/1994; Cass. n. 22277 del 03/11/2016).

Il contenuto delle riserve opposte dall'impresa attrice risulta pregnante nella misura in cui è ad esso che sono affidate le contestazioni degli inadempimenti che avrebbero determinato la risoluzione del contratto.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Oggetto della domanda attrice proposta in via principale è in primo luogo l'accertamento della intervenuta risoluzione di diritto del contratto di appalto *ex* art. 1454 c.c. a seguito di diffida e messa in mora notificata il [redacted] alla stazione appaltante e in ogni caso l'accertamento e la declaratoria dell'inadempimento grave *ex* artt. 1453 e 1455 ascrivibile alla condotta della Provincia e quindi, per l'effetto, la declaratoria della risoluzione per grave inadempimento di quest'ultima.

A tale riguardo si osserva che l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere, di cui all'art. 1454 cod. civ., e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità, ai sensi dell'art. 1455 c.c., dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine ed al permanere dell'interesse della parte all'esatto e tempestivo adempimento.

Ciò detto, si osserva che nella cd. risoluzione di diritto il giudice, a fronte della constatazione dell'avvenuta operatività delle clausole che comportano l'avvenuta risoluzione del contratto, emette una pronuncia di carattere dichiarativo, con efficacia ricognitiva di un fenomeno giuridico - la risoluzione - che si è già verificato ed ha già prodotto i suoi effetti sulla permanenza del vincolo contrattuale: pertanto, in tali ipotesi l'intervento del Giudice sarebbe meramente eventuale nelle ipotesi di un mancato spontaneo riconoscimento di effetti già verificati e prodotti.

Nella diversa ipotesi di risoluzione giudiziale, invece, l'intervento del giudice è essenziale, in quanto soltanto dopo aver valutato l'esistenza dei presupposti per lo scioglimento del vincolo negoziale, egli pronuncia sentenza costitutiva, che genera con efficacia *ex nunc* la risoluzione del contratto.

Appare evidente, quindi, l'ontologica differenza tra le due ipotesi sia in termini di presupposti che in punto di natura e di efficacia della pronuncia richiesta ed ottenuta: è possibile pronunciare una sentenza dichiarativa della risoluzione di diritto di un contratto esclusivamente in presenza di una diffida ad adempiere *ex* articolo 1454 c.c. o di una clausola risolutiva espressa *ex*

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

articolo 1456 c.c. ovvero a seguito dell'infruttuoso spirare di un termine essenziale *ex* articolo 1457 c.c Infine, la diffida ad adempiere, quale negozio unilaterale e recettizio, svolge una funzione di autotutela del creditore contro l'inadempimento e deve contenere l'intimazione, per iscritto, di adempiere in un congruo e determinato termine, con l'espresso avvertimento che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto: ai fini della sua operatività non è sufficiente l'avvertimento che in caso di inadempimento si agirà in via legale per ottenere la risoluzione del contratto (Corte di cassazione n. 590 del 1982 e Corte di cassazione n. 3445 del 1971), in quanto la sua funzione è quella di fissare con chiarezza la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del negozio mediante un formale avvertimento alla parte diffidata che l'intimante non è disposto a tollerare un ulteriore ritardo nell'adempimento (Corte di cassazione n. 27530 del 2016, Corte di cassazione n. 3477 del 2012, Corte di cassazione n. 8844 del 2001 e Corte di cassazione n. 8910 del 1998).

Nel caso di specie la comunicazione inviata dall'impresa all'amministrazione convenuta in data [redacted], prodotta nel fascicolo di parte attrice, non appare riconducibile allo schema della diffida ad adempiere: la suddetta comunicazione, infatti, non è volta a diffidare l'adempimento del contraente inadempiente entro un determinato termine con l'espresso avvertimento che, decorso inutilmente lo stesso termine, il contratto s'intenderà risolto, ma contiene una diffida i adempimento "*riservandosi la facoltà di risolvere il contratto decorso inutilmente detto termine"*: manca evidentemente l'invocazione dell'effetto della risoluzione come conseguenza automatica del perdurare dell'inadempimento.

Deve escludersi, pertanto, l'intervenuta risoluzione di diritto del contratto *ex* articolo 1494 c.c.

Tuttavia, escluso che ricorra una delle ipotesi di risoluzione di diritto del contratto, l'attrice ha comunque dedotto che i fatti posti a fondamento della sua domanda possano essere valutati ai fini del riscontro della gravità

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

dell'inadempimento *ex* articolo 1455 c.c. ed in vista di una pronuncia costitutiva di risoluzione giudiziale ai sensi dell'articolo 1453 c.c.

A tale proposito, la giurisprudenza ormai pacifica ritiene comunque che la proposizione della domanda di risoluzione di diritto contiene implicitamente anche una richiesta di risoluzione del contratto *ex* articolo 1453 c.c., di tal che il rigetto della domanda di risoluzione di diritto non impedisce al Giudice di valutare anche di ufficio la condotta dei contraenti in vista della verifica dei presupposti per la pronuncia di risoluzione giudiziale del contratto (Corte di cassazione n. 23193 del 2020: *mentre nella proposizione di una domanda di risoluzione di diritto per l'inosservanza di una diffida ad adempiere può ritenersi implicita, in quanto di contenuto minore, anche la domanda di risoluzione giudiziale, non altrettanto può dirsi nell'ipotesi inversa, stante l'impedimento derivante dalla diversità delle due causae petendi, tra di loro non in rapporto di contenente a contenuto; ne consegue che la domanda di risoluzione di diritto può ritenersi proposta, in alternativa a quella di risoluzione giudiziale, solo se i relativi fatti che la sostanziano siano stati allegati in funzione di un proprio effetto risolutivo"* (nello stesso senso Corte di cassazione n. 17703 del 2011, Corte di cassazione n. 24389 del 2006 e Corte di cassazione n. 12644 del 2003).

Dai fatti dedotti dal ricorrente a fondamento della domanda risulta evidente l'allegazione di un grave inadempimento imputabile alla parte convenuta.

Pertanto, la domanda proposta dal ricorrente può essere esaminata come domanda di risoluzione giudiziale del contratto di appalto stipulato fra le parti.

Quanto al primo presupposto è ampiamente dimostrato come l'inadempimento sia imputabile alla sola parte convenuta e si connota della gravità necessaria e sufficiente a legittimare l'atto risolutorio.

Orbene la copiosa documentazione depositata in atti e gli approfonditi accertamenti espletati dal ctu hanno consentito di ricostruire la vicenda per cui è causa e di delineare con chiarezza l'andamento del rapporto contrattuale intercorso tra l'impresa attrice e la stazione appaltante.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Le risultanze processuali complessivamente valutate convergono nel risultato di far ritenere fondate le domande proposte dall'impresa attrice nei limiti che saranno descritti.

In linea con la pronuncia della Suprema Corte n. 13533/2001 sull'onere della prova e dell'art 1218 cc, la stazione appaltante, in relazione alle contestazioni sugli elaborati progettuali e sullo stato dei luoghi, non ha dimostrato di aver correttamente adempiuto alle obbligazione assunte.

Risulta dagli atti di causa, dettagliatamente esaminati dal ctu, che:

- il [redacted] l'impresa ed il RUP sottoscrivevano il verbale ex Art. 71 comma 3 del DPR 554/1999, dando atto che permanevano le condizioni che consentivano la immediata esecuzione dei lavori di che trattasi ed a seguito di ciò l'ATI aggiudicataria assumeva l'esecuzione dei lavori stipulando con la Stazione Appaltante il Contratto Rep. n° [redacted] in data [redacted], registrato in [redacted] il giorno [redacted] al n° [redacted];
- la consegna dei lavori avveniva in data [redacted] mediante apposito verbale redatto dall' ing. [redacted], dipendente della Stazione Appaltante, in qualità di Direttore dei Lavori *ad interim,* individuando nel [redacted] la data di ultimazione dei lavori;
- diciassette mesi dopo la consegna dei lavori, e cioè il [redacted], la Provincia di [redacted] approvava la perizia di variante con Determinazione Dirigenziale n° [redacted];
- a seguito di richiesta pervenuta dal RUP in data [redacted], la DL redigeva una perizia di variante, la cui formulazione era iniziata già nel mese di dicembre 2011, oggetto di successive rideterminazioni e variazioni, sino alla data dell'approvazione della versione definitiva.

A tale ultimo riguardo è emerso che l'impresa in varie occasioni aveva rappresentato la necessità di procedere alla perizia di variante segnalando, tra l'altro, le insufficienze progettuali e la necessità di un tempestivo e rapido adeguamento per consentire l'esecuzione dell'opera.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

In particolare il [redacted] la ditta aveva inviato una nota al RUP ed al Direttore dei Lavori, richiamando i principali aspetti che meritavano di essere affrontati nel corso della riunione prevista per il [redacted] rappresentando, tra l'altro, che il tratto C-D circumvallazione di [redacted] San [redacted] era di fatto irrealizzabile così come previsto nel progetto esecutivo in quanto il viadotto tra le Sezz. 10-13 aveva un'altezza massima pari quasi al doppio di quella di progetto le quantità in scavo e rilevato sono completamente difformi da quanto previsto; analogamente per il tratto A-B la ditta aveva evidenziato delle difformità più o meno gravi e con riferimento alla Sez. 90 il profilo altimetrico rilevato dal tracciamento era risultato completamente difforme dal progetto esecutivo; infine, l'impresa aveva rilevato che le caratteristiche dei terreni e la presenza di acqua tra le Sez. 7-11 avevano determinato l'esecuzione di lavorazioni aggiuntive (drenaggi e fondazione drenante delle terre armate) ordinate dalla DL con ordini di Servizio n° 1 e 2 che essa aveva comunque eseguito per dare impulso alle attività di cantiere astenendosi dal rilevare eccezioni e omettendo di invocare l'errore (come previsto dall' art. 132 comma e) D.Lgs. 163/2006), il tutto ignorando i prezzi in base ai quali le lavorazioni sarebbero state corrisposte .

Dall'esame degli atti è emerso, dunque, che l'impresa ha espletato le attività in esecuzione degli Ordini di Servizio n° 1 e 2 assicurando la continuità delle lavorazioni; ha sempre tempestivamente evidenziato sin dalle prime riunioni che si sono svolte con il svoltesi dopo l'affidamento dei lavori tutte le criticità di volta di volta emerse sottoponendole all'attenzione della DL e del RUP, sollecitandone la soluzione e l'adozione della perizia di variante che si rendeva viepiù necessaria a fronte delle carenze progettuali riscontrate da subito anche dalla Dl e dal RUP.

La stessa Direzione Lavori aveva, infatti, attestato la difformità progettuali e aveva di ciò informato il RUP dei rallentamenti subiti nell'avanzamento dei lavori, a causa essenzialmente "*della discordanza tra la situazione di progetto e la situazione dello stato reale (già segnalata nei precedenti incontri), che in*

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

alcuni casi determina l'emergere di situazioni non previste in fase progettuale e che comportano nuove problematiche realizzative (ad esempio la realizzazione di drenaggi, la modifica plano altimetrica dei nuovi rilevati e relative terre armate, ecc.)".

In data [redacted] l'appaltatore aveva, infine, invito la nota Prot. [redacted] al RUP ed al DL con la quale, tra le altre cose, aveva rappresentato di essere *"in attesa della consegna della perizia di variante finalizzata alla risoluzione delle continue e perduranti problematiche esecutive e della risoluzione delle interferenze e della completa disponibilità delle aree*".

Dalle risultanze processuali è senza dubbio emerso un andamento discontinuo dei lavori di certo non addebitabile all'impresa la quale, invece, ha ottemperato agli ordini di servizio nn. 1, 2 e 3 che la stessa ha firmato con riserva, ha eseguito le opere aggiuntive che si sono rese necessarie ; ha proseguito nei lavori nei limiti di fattibilità in cui gli stessi potevano essere eseguiti; ha prontamente segnalato le innegabili carenze progettuali che sono state rilevate anche dalla DL e dal RUP già nella fase iniziale dell'appalto ed ha sollecitato in più occasioni l'adozione della perizia di variante la cui bozza è stata sottoposta all'impresa soltanto nella riunione del [redacted], a distanza di undici mesi dalla consegna dei lavori, per poi essere adottata il [redacted] nella sua versione definitiva e, quindi, molti mesi dopo che ne era stata ravvisata la necessità.

Tutto ciò ha determinato una ingiustificata dilatazione dei tempi previsti per l'esecuzione dell'opera senza considerare che l'amministrazione ben avrebbe potuto dare un maggior impulso alla redazione della perizia di variante approfittando del periodo (dall'[redacted] al [redacted]) di sospensione dei lavori per le avverse condizioni climatiche.

Data la situazione venutasi a creare l'appaltatore con diffida ad adempiere del [redacted], ai sensi dell'art. 1454 c.c., aveva intimato alla stazione appaltante di risolvere entro e non oltre 15 giorni tutte le problematiche riscontrate ed ostative all'esecuzione dei lavori, quali le difformità dello stato dei luoghi e la

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

indisponibilità di diverse aree, riservandosi la facoltà di risoluzione del contratto in caso di inutile decorso del termine.

A seguito di ciò la DL aveva quindi convocato l'impresa per l'[redacted] per la sottoscrizione dello schema dell'atto di sottomissione e concordamento nuovi prezzi e nell'occasione l'appaltatore aveva appreso che la bozza di perizia trasmessa cinque mesi prima era stata mutata, con il passaggio da una perizia in aumento concernente entrambi i tronchi stradali ad una perizia con la quale era stato stralciato il tronco C-D, ossia la realizzazione della circonvallazione di [redacted] San [redacted] ed era stata prevista la realizzazione della sola circonvallazione di [redacted] (il tratto A-B).

L'impresa ritenendo di non potere dare corso all'esecuzione dei lavori ha agito in giudizio instaurando il presente procedimento invocando la risoluzione del contratto di appalto anche in virtù della diffida ad adempiere, ex art 1454 cc, comunicata all'amministrazione provinciale.

Passando ad esaminare le contestazioni dell'attrice riguardanti, tra l'altro, le lacune relative al progetto esecutivo posto a base della gara di appalto, occorre premettere che ai sensi dell'art. 93 comma 5 del D.L.vo 163/2006, *"....Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo...."*

A tale riguardo il ctu ha rilevato:

-che il progetto esecutivo a base di gara è oggettivamente lacunoso in diversi aspetti, sia per il tratto A-B (circumvallazione di [redacted]), sia per il tratto C-D (circumvallazione di [redacted] San [redacted]);

-che la difformità dei rilievi e la presenza di condizioni geologiche differenti rispetto a quelle previste hanno rappresentato degli "*ostacoli insormontabili*" per il completamento dell'opera secondo le originarie previsioni progettuali poste a base di gara;

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

-che nello specifico, a seguito di rilievo in corso d'opera, sono emerse in maniera incontrovertibile alcune difformità tra lo stato di fatto e quello presente all'epoca della stesura del progetto originario;

- che, sempre in ragione dell'errata rappresentazione dello stato di fatto, sono risultate inadeguate le altezze di progetto di alcune pile del viadotto del tratto A-B, oltre a risultare irrealizzabile il viadotto previsto sul tratto C-D.

Alla luce di tali considerazioni, il perito ha concluso sostenendo che il progetto esecutivo a base di gara dei due tronchi funzionali appaltati a corpo non era immediatamente eseguibile.

Le lacune del progetto esecutivo sono emerse sin dall'inizio ed è apparso subito evidente, come confermato dalla stessa Provincia di [redacted], che la redazione di una perizia di variante fosse essenziale ai fini della corretta esecuzione dei lavori.

Ciononostante, la stessa Amministrazione ha impiegato un tempo considerevole prima di redigere gli atti di propria competenza e di sottoporre all'appaltatore la versione definitiva degli elaborati grafici in variante. Tali documenti tecnici sono stati oggetto di ripetute variazioni nel tempo prima di giungere alla versione definitiva, con la quale, peraltro, in aggiunta alle diverse variazioni intervenute, è stata stralciata la realizzazione del tratto C-D.

Le successive versioni della perizia di variante, peraltro sottoposte all'appaltatore in maniera solamente parziale per la preventiva visione prima della accettazione, oltre a contenere alcune incongruenze numeriche, sono state più volte modificate ed integrate.

Gli stessi elaborati grafici di variante approvati in data [redacted] hanno subìto ulteriori modificazioni rispetto a quanto sottoposto all'impresa per la firma del [redacted].

Proprio alle discordanze tra progetto e situazione in sito relative ai tratti A-B e C-D vanno addebitate le maggiori criticità in sede di esecuzione del progetto e la Provincia ha ritenuto di dover intervenire solamente sul primo dei due tratti, cassando completamente il secondo.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Secondo il ctu si tratta, come già detto, "*di una questione che è da annoverarsi come errore progettuale*".

Quanto alle responsabilità dei soggetti coinvolti, il ctu ha sostenuto che si trattava di situazioni che sono emerse in fase di realizzazione dei lavori, prevedibili per il progettista e verificabili sia dalla Stazione Appaltante in fase di validazione del progetto che dalla ditta in fase di formulazione dell'offerta e, soprattutto, all'atto della consegna dei lavori.

A tale ultimo riguardo si impone una considerazione: sebbene il ctu abbia evidenziato che le difformità fossero rilevabili anche dall'appaltatore non può tuttavia per ciò solo ritenersi che la responsabilità nel caso specifico sia addebitabile a quest'ultimo perché, all'esito della complessiva comparazione dei comportamenti posti in essere da entrambi i contraenti, tenuto conto dei rispettivi interessi e della oggettiva entità degli inadempimenti, si può senz'altro concludere che le violazioni maggiormente rilevanti che hanno causato l'alterazione del sinallagma contrattuale siano addebitabili in maniera prevalente ed assorbente all'ente pubblico committente.

Rientra, infatti, pacificamente tra le obbligazioni gravanti sulla pubblica amministrazione aggiudicatrice la predisposizione del progetto esecutivo dei lavori (in proprio o per il tramite di un soggetto terzo affidatario) e nel caso in cui si verifichino in corso d'opera vizi progettuali, l'ente pubblico interessato risulterà inadempiente rispetto a tale impegno negoziale con la conseguenza che l'inadempimento ben potrà essere considerato grave in ordine a determinare la risoluzione del contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1453 c.c..

Viene infatti in rilievo il principio consolidato secondo cui nel caso in cui la stazione appaltante non abbia posto a base di gara un progetto realmente esecutivo, non abbia provveduto a colmare tempestivamente le gravi lacune e le carenze del progetto, abbia posto l'appaltatore nell'impossibilità di proseguire nell'esecuzione dei lavori, sussistono gli estremi del grave inadempimento e conseguentemente della condanna al risarcimento dei danni.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Negli appalti di opere pubbliche, il committente non solo è obbligato ad adempiere agli obblighi contrattualmente assunti, ma è tenuto a cooperare con l'impresa appaltatrice al fine di consentirle di procedere regolarmente nell'esecuzione dei lavori; pertanto, la mancata adozione dei necessari atti di cooperazione e gli inadempimenti agli obblighi contrattuali e legali, ove costituiscano rilevante ostacolo alla regolare esecuzione dei lavori, possono configurare di per sé un grave inadempimento, ai sensi degli artt. 1453 seg. c.c.

L'inadempimento da parte della stazione appaltante dell'obbligo di predisporre un progetto esecutivo da fornire all'impresa appaltatrice è di per sé sufficiente a far ascrivere in capo al predetto ente la responsabilità della mancata esecuzione del contratto (così Cass. Civ., sez. I, 12.8.2010 n. 18644; negli stessi termini, più di recente, Cass. Civ., Sez. I, 5.6.2014, n. 12698; Cass. Civ., Sez. I, 31.5.2012, n. 8779) e a consentire all'impresa appaltatrice di risolvere il contratto per grave inadempimento ex art. 1453 c.c., in danno della p.a. aggiudicatrice**.**

Lo stesso dicasi, evidentemente sulla base della stessa *ratio*, per la mancata o la ritardata predisposizione delle varianti di progetto, come avvenuto nel caso di specie**.**

Deve considerarsi che l'elaborazione di varianti in corso d'opera è espressione di un doveroso intervento collaborativo del committente al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore sicchè "*la perdurante, mancata consegna (...) dei progetti di adeguamento dell'opera, ben può determinare impossibilità della prestazione per fatto imputabile al contraente creditore, sul quale sono destinate a ricadere le conseguenze dell'omessa cooperazione necessaria all'adempimento da parte del debitore*" (v Cass. 29.4.2006, n. 10052).

Alla luce di dei predetti principi, deve ritenersi che la dichiarazione dell'appaltatore di presa visione del progetto non può elidere l'accertata responsabilità della stazione appaltante per le gravi carenze progettuali

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

riscontrate e per le ulteriori inadempienze commesse dalla stazione appaltante che saranno di seguito descritte.

Il ctu ha, infatti, accertato che l'andamento anomalo dei lavori è dipeso oltre che dalla presenza degli errori e delle carenze del progetto esecutivo anche da ulteriori cause tra le quali (oltre alle sorprese geologiche) la presenza di interferenze e la mancata disponibilità di aree di cantiere al momento della consegna dei lavori, circostanze che hanno inciso negativamente sul regolare andamento dei lavori e sul rispetto del cronoprogramma originario.

Come evidenziato anche dal ctu, è emerso un atteggiamento dilatorio dell'Amministrazione provinciale nella redazione e nella successiva approvazione della perizia di variante dopo che erano diventate palesi le problematiche in sede di esecuzione e tale comportamento non ha costituito un elemento di vantaggio per l'impresa ai fini della celerità dell'avanzamento dei lavori.

Né può essere sottaciuto che la stessa stazione appaltante ha dato scarso impulso alla procedura a seguito della consegna dei lavori avvenuta in data [redacted].

Inizialmente il RUP fungeva anche da Direttore dei lavori *ad interim* e da coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, nelle more della nomina di professionisti esterni, avvenuta solamente quattro mesi dopo: dalla documentazione in atti è emerso che solamente a far data da tale nomina del DL l'appalto ha proceduto con maggior vigore.

Quanto alla consegna delle aree e delle relative operazioni preliminari le disposizioni normative in materia (Art7. 71, 130 e 131 del DPR 554/99) prescrivono che la stazione appaltante, prima di procedere alla stipulazione del contratto avrebbe dovuto accertarsi dell'accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori e della realizzabilità del progetto anche in relazione al terreno, al tracciamento, al sottosuolo ed a quanto altro occorre per l'esecuzione dei lavori.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Detta procedura, come accertato dal ctu, ha avuto corso, laddove il RUP e l'impresa esecutrice, con verbale redatto in data [redacted] ai sensi dell'art.71 del DPR N.554/99, hanno dato atto che "*permangono le condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori di che trattasi*", tale ultima circostanza, tuttavia, come hanno dimostrato inconfutabilmente i fatti, non corrisponde pienamente alla realtà.

Con riferimento alle interferenze presenti lungo il tracciato stradale da realizzare, segnalate anche dall'impresa, il ctu ha accertato che la stazione appaltante, pur se con ritardo dovuto alla richiamata iniziale inerzia, si è fattivamente attivata ai fini della risoluzione delle questioni interferenziali, da cui è derivata una parziale indisponibilità delle aree.

Anche tale dato ha certamente costituito un pregiudizio per l'impresa, nella misura in cui, ai fini della corretta organizzazione del cantiere, non disporre di alcune aree dove poter intervenire rappresenta comunque una circostanza negativa ai fini della produttività.

Ulteriori doglianze dell'appaltatore hanno riguardato la presenza di un fabbricato rurale non segnalato nella documentazione progettuale posta a base di gara.

Il ctu ha rappresentato che il suddetto corpo di fabbrica ha rappresentato effettivamente un ostacolo alla realizzazione della pila n°6 del Viadotto della [redacted]; che tale circostanza non avrebbe costituito ostacolo al normale procedere dei lavori se la Stazione Appaltante avesse avuto a disposizione le aree su cui realizzare le opere prima della consegna dei lavori, ovvero se avesse proceduto all'immissione in possesso delle aree e relativo soprassuolo prima della consegna dei lavori, così come prescritto dalle norme di legge; che le problematiche generate dalla presenza del fabbricato rurale si sarebbero evitate se l'impresa avesse redatto con tempestività lo stato di consistenza e, la DL, di conseguenza, ne avesse preso atto, eventualmente ordinando la demolizione del manufatto In alternativa, la DL, avrebbe potuto avvalersi dell'Art.132, comma 3, del D.Lgs n.163/2006, il quale prevede la possibilità di

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

ordinare varianti per risolvere aspetti di dettaglio, provvedendo a rettificare leggermente il tracciato al fine di evitare che la pila n.6 interferisse con il fabbricato.

Con riferimento alle questioni, rilevate dall'impresa, riguardanti l'assenza delle indicazioni necessarie per l'esecuzione dei rilievi di tracciamento, il ctu ha concluso che anche da questo punto di vista è emersa in maniera incontrovertibile la lacunosità dell'operato del progettista, il quale ha obbligato l'appaltatore ad eseguire delle attività aggiuntive rispetto a quelle originariamente ipotizzate.

Inoltre nel verbale di consegna del [redacted], sottoscritto sia dalla Direzione dei lavori che dall'impresa esecutrice, è stato dichiarato *"...il sottoscritto direttore dei lavori ha eseguito e riscontri tali da verificare la corrispondenza fra i dati di progetto stesso e le attuali condizioni e circostanza locali, in particolare sono stati effettuati i collocamenti di sagome e capisaldi..."* , circostanza questa che si è rivelata non veritiera.

Le conclusioni cui è pervenuto il ctu sono pienamente condivisibili perché frutto di processi argomentativi logici ed immuni da vizi, nonchè fondati su dati oggettivi e di fatto acquisiti al processo, lo stesso iter dell'opera, con l'adozione di una perizia di variante, è frutto di una progettazione iniziale carente e priva della necessaria conoscenza dei luoghi su cui intervenire con l'opera.

Dalla complessiva valutazione delle risultanze documentali e degli accertamenti tecnici è, dunque, emersa una condotta dell'amministrazione committente caratterizzata da evidente lentezza e approssimazione se si considera che ha nominato la DL con 4 mesi di ritardo; ha dovuto adottare una perizia di variante la cui necessità è sorta non già dalla sopravvenienza o dalla scoperta di situazioni imprevedibili, bensì in conseguenza dei non trascurabili errori progettuali; ha proceduto allo stralcio di una delle due opere oggetto di appalto; ha impiegato 11 mesi per redigere la perizia approvandone una completamente diversa dalle precedenti bozze sottoposte all'appaltatore.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Tali circostanze, unitamente alle altre pure in precedenza evidenziate, valutate nella loro complessità denotano senza dubbio un inadempimento contrattuale della stazione appaltante la cui gravità è rilevante ai sensi dell'art 1453 cc.

Né può essere attribuita rilevanza dirimente per escludere la responsabilità della stazione appaltante al mero fatto che quest'ultima si sia in qualche modo attivata per risolvere i problemi insorti in corso d'opera a fronte della ravvisata gravità dei plurimi inadempimenti dalla stessa posti in essere e che, all'esito di un giudizio di comparazione, appaiono nettamente prevalenti rispetto agli addebiti mossi dalla convenuta alla parte attrice.

Analogamente, l'acclarata gravità dell'inadempimento contrattuale della stazione appaltante rende irrilevante la dibattuta questione riguardante la legittimità o meno della perizia di variante e, in particolare, se con la stessa siano state apportate o meno modifiche sostanziali all'opera in contrasto con il divieto di cui all'art. 134, c. 4, DPR 554/99 e se la variante approvata rientrasse o meno nel quinto d'obbligo.

Non può non essere evidenziato, infine, che secondo il Ctu gli errori progettuali potevano essere sanati anche con riguardo al tratto C-D mentre invece l'amministrazione ha proceduto ad uno stralcio dell'opera.

Occorre ribadire che (a parte tutte le altre carenze sopra descritte) l'obbligazione di predisporre e fornire all'appaltatore un progetto completo, esaustivo e cantierabile grava sulla PA appaltante, e nel caso che ricorre, sulla Provincia convenuta.

L'obbligo del committente dell'esecuzione di opere pubbliche di fornire all'appaltatore il progetto esecutivo nel senso poc'anzi delineato ha quindi una precisa fonte legale in norme (art. 16, 17 e 19 L. 109/94; art. 23 e 24 D.lvo 50/2016) che, rispondendo a finalità pubblicistiche, sono state ritenute, in linea di principio, imperative e non derogabili dai contraenti, se non nei casi e nei modi da esse previsti (cass. 18644/2010; n.28799/2018; n. 8779 del 2012) Sul piano civilistico, esse hanno valore integrativo delle pattuizioni contrattuali

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

concernenti l'individuazione degli obblighi primari di prestazione (per quanto qui rileva) propri del committente ex art. 1374 c.c.

Ne consegue che la detta obbligazione è l'obbligazione primaria e caratterizzante la posizione obbligatoria della PA appaltante nel contratto di appalto pubblico, necessaria per consentire la concreta fattibilità dell'opera appaltata da parte dell'appaltatore.

L'inadempimento di detta obbligazione primaria, e le connesse deficienze ed incongruenze esecutive non possono che ricadere sulla stazione appaltante, generando una responsabilità da inadempimento e consentendo alla controparte di invocare la risoluzione del contratto e pretendere il risarcimento dei danni

Al contrario risulta sfornito di ogni supporto probatorio l'inadempimento eccepito dalla Provincia convenuta: parte attrice ha dimostrato, per quanto sopra dettagliatamente descritto, di non essere mai stata messa in condizione di porre in esecuzione l'opera appaltata il cui progetto sin dall'inizio veniva riscontrato come affetto da deficienze e limiti tali da compromettere sia la programmazione dei lavori, sia l'organizzazione adeguata di persone e mezzi, sia di completare l'opera nei tempi stabiliti .

Né è valutabile come inadempiuta o inesattamente adempiuta l'obbligazione resa inesigibile dalla stessa parte (la stazione appaltante) avente diritto alla relativa prestazione.

Ne consegue l'infondatezza della domanda riconvenzionale proposta dall'amministrazione convenuta diretta ad accertare l'inadempimento della impresa e dei correlativi danni di cui ha chiesto il risarcimento.

IL RISARCIMENTO DEI DANNI

L'attrice ha chiesto la condanna dell'amministrazione pubblica al risarcimento dei danni derivanti dalla risoluzione contrattuale per grave inadempimento di quest'ultima.

In particolare, l'appaltatore ha domandato :

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

1) il pagamento nella misura del 10% sull'ineseguito, stimati in €. 404.882,50 oltre rivalutazione monetaria ed interessi;

2) il pagamento dei lavori eseguiti secondo il loro valore venale, quantificati in €. 436.865,77 oltre interessi e rivalutazione;

3) la liquidazione dei danni quantificati nelle riserve pari ad €. 1.498.391,07;

4) la liquidazione del danno curriculare, stimato in €. 404.882,50;

5) la liquidazione del danno da perdita di chance, stimato in €. 404.882,50.

Il ctu ha proceduto alla verifica dell'*an* e del *quantum* degli eventuali danni subiti dall'appaltatore in corso d'opera e da mancato utile derivante dalla risoluzione del contratto per inadempimento del committente, ed è pervenuto alle seguenti conclusioni:

1) con riferimento alle spese sostenute dall'appaltatore, benché l'impresa abbia verbalmente riferito nel corso dell'accertamento tecnico di aver acquistato materiali trasportati in cantiere e poi oggetto di furto, ovvero trasportati presso il proprio deposito, non è possibile avere la certezza di tale circostanza, né provvedere alla determinazione di *quantum;*

2) relativamente al lucro cessante, ovvero l'utile che l'appaltatore avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto nel tempo stabilito, la disciplina in materia di appalti pubblici definisce il lucro cessante sulla base dell'utile economico derivante dall'esecuzione dell'appalto. I danni subiti dall'appaltatore per il lucro cessante vanno determinati secondo uno schema di calcolo che, pur essendo negli appalti generalmente indicato pari al 10%, nel caso di specie è stato computato in aliquota pari al 5% dall'appaltatore in sede di offerta e per tale motivo si deve ricorrere a tale valore per il calcolo. Applicando i criteri descritti la somma spettante a tale titolo all'appaltatore è pari ad **euro 128.925,37**.

3) nel lucro cessante deve considerarsi incluso non solo il guadagno che l'appaltatore si era prefigurato come conseguenza del contratto e che, per la condotta di controparte, non ha ottenuto buon esito, ma anche il cosiddetto danno da perdita di chance, ovvero il guadagno che la vittima dell'illecito

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

avrebbe presumibilmente conseguito in condizioni di regolare andamento dell'appalto. Il danno da perdita di chance può essere qualificato come impossibilità di accettare nuove commesse, le quali avrebbero, palesemente, procurato all'imprenditore un vantaggio patrimoniale. In ogni caso, la chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, la cui esistenza nel caso di specie non è stata dimostrata dall'impresa;

3) ai fini della valutazione complessiva del danno subito dall'appaltatore corso d'opera, vanno analizzati anche i lavori eseguiti dall'appaltatore sino al momento del recesso. Nello specifico, dall'analisi della documentazione in atti è emerso che subito dopo la corresponsione del primo ed unico SAL, la Direzione Lavori ha disposto la sospensione dei lavori e, successivamente, a seguito della ripresa, la ditta non ha eseguito più alcuna lavorazione. All'uopo, tuttavia, va specificato che si trattava di un pagamento in partita provvisoria che, considerata la natura dell'appalto "a corpo", è da intendersi come acconto sulle lavorazioni effettivamente effettuate. Tuttavia, la specificità delle lavorazioni eseguite ed il lasso di tempo intercorso dalla loro esecuzione all'accertamento tecnico, non hanno permesso di stabilire con accuratezza a quanto ammontasse l'importo dei lavori effettivamente realizzati dall'appaltatore al momento della quantificazione del primo SAL. Pertanto non vi è la prova della esistenza di ulteriori somme spettanti all'impresa per le lavorazioni eseguite, oltre quelle già percepite.

LE RISERVE

L'appaltatore ha apposto delle riserve relative:

1) all'andamento anomalo del cantiere (Riserva n. 1);
2) ai periodi di completa improduttività dello stesso per l'illegittimo prolungamento della sospensione del cantiere disposta per avverse condizioni atmosferiche (Riserva n.2);
3) ai periodi di completa improduttività per l'ingiustificato protrarsi del

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

tempo necessario alle operazioni di tracciamento e di supporto tecnico alle attività espropriative curate dall'Ente Appaltante causato dall'assenza di capisaldi di rilievo del progetto esecutivo e dalla inaccessibilità e/o indisponibilità delle aree d'intervento (Riserva n.3).

In primo luogo , non vi può essere alcun dubbio sulla tempestività delle riserve atteso che, come evidenziato anche dal ctu, la redazione della contabilità in partita provvisoria, di fatto, ha consentito alla ditta appaltatrice di apporre riserve anche successivamente al primo atto utile.

Per quanto riguarda il calcolo delle riserve il ctu, dopo avere esaminato le osservazioni dei consulenti delle parti (che in parte sono state recepite dal ctu e nella restante parte sono state dallo stesso confutate con argomentazioni esaurienti ed ineccepibili) ha concluso che :

1)nel calcolo della **riserva n°1,** nella determinazione della incidenza della manodopera, dei trasporti e dei noli è stata utilizzata la tabella 6 del DM 11 dicembre 1978 e non la tabella 1 richiamata dal CTP, in quanto trattasi di lavori non soltanto catalogati come "stradali", ma anche "di vario tipo" (categoria OG3). Nella medesima riserva nel determinare il mancato ammortamento dei noli e dei trasporti si è proceduto al nuovo calcolo tenendo conto che l'importo deve essere moltiplicato per la percentuale di ammortamento annuo, compresa tra un valore del 15% e del 20%%, così come indicato nel DM 3.12.1998, Gruppo XVI – Industrie edilizie (e non pari al 15%, come richiesto dal CTU). E' congruo utilizzare il valore medio pari al 17,5% con la conseguenza che la riserva in oggetto risulta complessivamente di importo pari ad euro 267.606,14 (di cui € 108.534,81 *SPESE GENERALI INFRUTTIFERE*; €61.729,17 per *MANCATO AMMORTAMENTO/NOLI;* € 45.109,78 per *MANCATO AMMORTAMENTO/TRASPORTI* ed € 52.232,38 per *MANODOPERA INFRUTTIFERA*)

2) con riferimento alla **riserva n. 2** non può essere riconosciuta alcuna somma all'appaltatore, non avendo quest'ultimo assolto all'onere probatorio sullo stesso incombente, in ordine all'asserita illegittima protrazione della

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

sospensione dei lavori dall'[redacted] al [redacted] disposta dalla DL per le avverse condizioni atmosferiche.

A tale riguardo si rileva ulteriormente che dagli atti non risulta neanche che l'impresa abbia sollevato alcuna contestazioni o abbia diffidato la Stazione Appaltante a riprendere i lavori.

Ne consegue l'infondatezza della pretesa dell'attrice.

3) con la **riserva n. 3** l'impresa ha lamentato l'ingiustificato protrarsi del tempo di esecuzione delle operazioni di tracciamento e di assistenza alle attività espropriative stimando il ritardo in 98 giorni a fronte dei 30 originariamente previsti. A tal proposito il ctu ha ritenuto che, contrariamente a quanto sostenuto dall'impresa, tale ritardo non sia superiore a 30 giorni (improduttività del cantiere) e, quindi, per un massimo di 60 giorni complessivi.

Sulla base di tale dato il ctp ha determinato il quantum delle singole voci di danno riportate dall'appaltatore nel modo seguente: *€ 15.235,80 per SPESE GENERALI INFRUTTIFERE; € 49.516,20 per MANCATO AMMORTAMENTO / NOLI; € 36.184,80 per MANCATO AMMORTAMENTO / TRASPORTI; € 41.898,30 per MANODOPERA INFRUTTIFERA;* per un totale di euro 142.835,10.

Ricapitolando, (Riserva n.1 euro 267.606,14 + Riserva n.3 euro 142.835,10), la somma spettante all'impresa per le richiamate riserve sia pari complessivi **euro 410.441,24.**

LE CONCLUSIONI

Alla luce delle precedenti considerazioni deve essere dichiarata la risoluzione del contratto di appalto per cui è causa per grave inadempimento della Provincia di [redacted] e quest'ultima deve essere condannata al pagamento in favore della impresa attrice della somma complessiva di **euro 539.366,61** a titolo di risarcimento dei danni **(** euro 128.925,37 a titolo di lucro cessante + euro 410.441,24 relativo alle voci di danno iscritte nelle riserve);

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Sulla somma così determinata, trattandosi di debito di valore, sono dovuti, a decorrere dalla domanda giudiziale, sino al soddisfo, la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sull'importo annualmente rivalutato.

All'accoglimento della domanda attrice proposta nel procedimento [redacted] consegue il rigetto delle domande riconvenzionali proposte dalla Provincia di [redacted] perché infondate nonché l'assorbimento della domanda proposta dall'attrice nel giudizio RG n [redacted] diretta di accertare l'illegittimità del provvedimento di risoluzione adottato dalla provincia di [redacted] con la Determinazione Dirigenziale n° [redacted].

Occorre a questo punto esaminare l'ulteriore domanda proposta dall'impresa attrice nel procedimento [redacted] diretta ad accertare l'inesistenza del diritto della Provincia di [redacted] ad escutere la garanzia fideiussoria prestata dalla [redacted] Assicurazioni S.p.A. (ora [redacted] ASSICURAZIONI S.P.A)e alla condanna della stessa Amministrazione alla restituzione di quanto pagato dalla predetta compagnia, ove il pagamento fosse stato già corrisposto.

A tale proposito risulta pacifica la circostanza che l'Amministrazione provinciale di [redacted], ha chiesto, con lettera raccomandata del [redacted], alla [redacted] Assicurazioni SpA l'escussione della cauzione definitiva, in ragione della risoluzione del contratto d'appalto dichiarata dallo stesso ente pubblico ai danni dell'appaltatore .

Ciò detto, poiché è stata dichiarata in questa sede la risoluzione del contratto di appalto per cui è causa per grave inadempimento della provincia di [redacted], deve ritenersi di conseguenza insussistente il diritto di quest'ultima di escutere la polizza fideiussoria.

La circostanza che l'amministrazione, pur non avendone il diritto, si sia già attivata per l'escussione della cauzione rende attuale l'interesse dell'impresa attrice ad ottenere una pronuncia sul punto avente ad oggetto l'accertamento della insussistenza del suddetto diritto della Provincia di [redacted], con assorbimento dell'ulteriore domanda restitutoria proposta dall'attrice atteso

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

che risulta che la compagnia di assicurazione non ha provveduto ad accreditare all'Amministrazione provinciale la somma da questa richiesta.

LA POSIZIONE DI [redacted]

Per quanto riguarda [redacted], quest'ultima è stata citata in riassunzione dapprima quale erede di [redacted] e successivamente anche nella qualità di erede di [redacted], entrambi suoi genitori, assumendo la posizione di terza chiamata in causa dalla provincia di [redacted].

Nei confronti dell'originario terzo chiamato, [redacted], l'amministrazione ha chiesto di essere manlevata da ogni pretesa attorea con la condanna del predetto a tenerla indenne da quanto eventualmente dovuto all'appaltatore.

Per effetto della chiamata in causa ad opera della convenuta, la domanda originariamente avanzata dalla impresa attrice nei confronti della Provincia di [redacted], si è estesa automaticamente nei confronti del terzo chiamato in causa.

Infatti, qualificata la chiamata in causa in causa del terzo come *laudatio actoris*, avendo la convenuta negato la propria titolarità dal lato passivo del rapporto dedotto in giudizio e indicato come vero obbligato il terzo chiamato, al quale non lo lega alcun rapporto contrattuale, appare condivisibile il consolidato orientamento giurisprudenziale che in tal caso esclude che si versi in un'ipotesi di chiamata in garanzia impropria, la quale presuppone la non contestazione della legittimazione del chiamante, e riconduce alla chiamata in causa l'effetto della automatica estensione al terzo, indicato come il vero legittimato, della domanda originariamente proposta dall'attore nei confronti del chiamante (v. Cass n. 24294/2016; n. 5580/ 2018; n. 22050/ 2018) .

In effetti il terzo assume, per effetto della stessa chiamata, la posizione di contraddittore nei confronti della domanda originaria solo se viene chiamato in causa quale soggetto effettivamente e direttamente obbligato, o in caso di azione risarcitoria, se viene indicato quale responsabile del fatto dannoso, come avvenuto nel caso di specie.

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

Ciò posto, [redacted] ha dimostrato sia di aver rinunciato all'eredità del padre, [redacted] con atto per notaio [redacted] del [redacted], sia di avere rinunciato all'eredità della madre, [redacted], come da verbale del [redacted], regolarmente registrato e depositato in atti.

Stante il difetto della qualità di erede di [redacted] e di [redacted] in capo alla terza chiamata, deve escludersi che quest'ultima sia titolare dal lato passivo del rapporto controverso.

Nonostante la terza chiamata abbia definito la carenza lamentata come difetto di legittimazione passiva, in realtà la circostanza di non essere subentrata nei rapporti già facenti capo ai suoi danti causa si sostanzia nella questione di merito e, quindi, nella deduzione di un difetto di titolarità dal lato passivo del rapporto controverso.

Ne consegue che la domanda di risoluzione per inadempimento e l'azione risarcitoria proposte dall'attrice non meritano accoglimento nei confronti di [redacted] con assorbimento sia della domanda di manleva proposta nei suoi confronti sia della domanda formulata dalla stessa [redacted] nei confronti della società [redacted] Assicurazioni spa.

La [redacted] ha, infine, chiesto la condanna delle controparti alla rifusione delle spese in suo favore nonché ex art 96 cpc atteso che lei è stata costretta a costituirsi in giudizio anche dopo la riassunzione nonostante avesse informato le controparti sin dal 2015 di avere rinunciato all'eredità dei genitori. Tali elementi, secondo la [redacted], avrebbero dovuto comportare la loro rinuncia ad ogni domanda nei confronti dell'odierna convenuta.

Con riferimento alla domanda di condanna delle controparti ex art 96 cpc si rileva quanto segue.

I presupposti della responsabilità processuale aggravata prevista dall'articolo 96 primo comma c.p.c. sono costituiti sul piano processuale dalla domanda formulata dalla parte vittoriosa, sul piano soggettivo dalla configurabilità del dolo o della colpa grave (intesa come consapevolezza oppure ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza della infondatezza della

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

propria testi difensiva oppure del carattere irrituale o fraudolento dei mezzi utilizzati per agire oppure per resistere in giudizio) in capo alla parte soccombente e sul piano oggettivo dalla totale soccombenza e dal danno subito dalla parte vittoriosa.

Di questi elementi, in quanto fatti costitutivi della sua pretesa, la parte che faccia valere tale responsabilità deve fornire la prova, dimostrando in particolare la concreta ed effettiva esistenza di un danno riconducibile sul piano causale al comportamento processuale tenuto dalla parte soccombente e la configurabilità in tale comportamento perlomeno di una colpa grave (si vedano Corte di cassazione n. 1722 del 1982, Corte di cassazione n. 1341 del 1991 e Corte di cassazione n. 13355 del 2004).

Né la previsione del potere del Giudice di procedere alla liquidazione in via equitativa del danno appare idonea di per sé ad esonerare la parte interessata dall'onere di fornire elementi probatori necessari, posto che la liquidazione equitativa di cui all'articolo 1226 c.c. presuppone che il danno sia certo nella sua esistenza e che sia soltanto oggettivamente impossibile o particolarmente difficile procedere alla sua quantificazione (si vedano in tal senso *ex plurimis* Corte di cassazione n. 477 del 1983 e Corte di cassazione n. 4310 del 2018).

Nel caso che ci occupa, dal momento che la terza chiamata non ha provato che dal comportamento processuale tenuto dalla parte soccombente sia derivato, con un rapporto di causalità adeguata, un danno patrimoniale effettivo e concreto, la domanda risarcitoria dalla stessa avanzata ai sensi dell'articolo 96 primo comma c.p.a. deve essere rigettata.

Né può essere riconosciuto alla [redacted] il risarcimento del danno per lite temeraria previsto dall'articolo 96 terzo comma c.p.c,, introdotto dall'art. 45 comma 12 L n. 69/ 2009, che il Giudice può eventualmente riconoscere alla parte vittoriosa anche di ufficio, procedendo alla sua liquidazione in via equitativa per le seguenti ragioni.

La condanna al risarcimento del danno prevista dal terzo comma dell'articolo 96 c.p.c. rappresenta una sanzione di carattere pubblicistico strumentale ad

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

assicurare una sollecita ed efficace definizione dei giudizi e a disincentivare l'abuso del processo e, quindi, pur non richiedendo nella parte soccombente l'elemento soggettivo del dolo, ha come presupposto una condotta dalla stessa tenuta caratterizzata dalla mala fede (consapevolezza della infondatezza della domanda) o dalla cola grave (carenza della dovuta diligenza nell'acquisizione di tale consapevolezza) e valutabile quale abuso della *potestasagendi*, come nel caso di pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria, perché contraria al diritto vivente e alla giurisprudenza consolidata, oppure di manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame o di palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (in tal senso Cass Sezioni Unite n. 22405 del 2018).

Nel caso in esame le complesse difese espletate dalle parti e, in particolare, dalla parte soccombente e dell'attrice, costituiscono indice significativo del difetto in capo alle parti medesime dell'elemento soggettivo della mala fede e della colpa grave ed esclude che il loro comportamento processuale possa essere qualificato come abuso del processo laddove si consideri che la rinuncia all'eredità costituisce comunque una questione di merito che le parti hanno la facoltà di sottoporre al vaglio del giudice.

Quanto alla regolamentazione delle spese processuali, le stesse devono essere poste a carico della parte soccombente da individuarsi nella Provincia di [redacted] la quale è tenuta alla rifusione anche nei confronti delle parti chiamate in causa atteso che con il suo comportamento processuale l'amministrazione ha dato causa sia alle spese del terzo chiamato in causa, sia alle spese sostenute dall'assicurazione da quest'ultimo citata in giudizio.

Le spese sono liquidate in favore della società attrice in base ai parametri medi previsti con D.M. n. 55/ 2014, in considerazione della complessa attività difensiva dalla stessa svolta , e dei parametri minimi in favore delle restanti parti vittoriose avendo trattato questioni giuridiche meno complesse, con la precisazione che si terrà conto del valore della somma effettivamente attribuita

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

alla parte vincitrice, come previsto dall'art 5 comma 1 DM 55/2014 (scaglione da euro 520.000,00 a euro 1000.000,00).

Le spese della ctu sono poste definitivamente a carico della Provincia di [redacted].

P.Q.M.

Il Tribunale di Potenza in persona del giudice monocratico dott.ssa [redacted], pronunciando definitivamente sulla domanda, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

-DICHIARA la risoluzione, per grave inadempimento della Provincia di [redacted], del contratto stipulato da quest'ultima ed [redacted] S.n.c. di [redacted] & C. in data [redacted], Rep. n° [redacted], registrato in [redacted] il giorno [redacted] al n° [redacted];

- CONDANNA la Provincia di [redacted] in persona del rappresentante legale al pagamento in favore della società attrice di **euro 539.366,61** a titolo di risarcimento dei danni, oltre la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sull'importo annualmente rivalutato sino al soddisfo;

-DICHIARA l'insussistenza del diritto della Provincia di [redacted] ad escutere la garanzia fideiussoria prestata da [redacted] Assicurazioni spa;

-RIGETTA le domande riconvenzionali formulate dalla Provincia di [redacted] in entrambi i giudizi riuniti;

- DICHIARA assorbite tutte le restanti domande;

-CONDANNA la Provincia di [redacted] in persona del legale rappresentante alla rifusione delle spese processuali in favore della società attrice che liquida in euro 2.960,00 per esborsi ed euro 29.193,00 per onorario, oltre rimborso spese generali, Cpa e Iva come per legge. da attribuire all'avv. Giovanni Di Matteo dichiaratosi antistatario.

-CONDANNA la Provincia di [redacted] in persona del legale rappresentante alla rifusione delle spese processuali in favore di [redacted] che liquida in euro 14.598,00 per onorario, oltre rimborso spese

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato

generali, Cpa e Iva come per legge, da attribuire al procuratore dichiaratosi antistatario.

-CONDANNA la Provincia di [redacted] in persona del legale rappresentante alla rifusione delle spese processuali in favore di [redacted] ASSICURAZIONI S.P.A (già [redacted] Assicurazioni spa), di [redacted] e di [redacted] assicurazioni spa, che liquida in favore di ciascuna parte in euro 14.598,00 per onorario, oltre rimborso spese generali, Cpa e Iva come per legge.

[redacted].

Il Giudice

Dott.ssa [redacted]

Copia anonimizzata con omissis - non originale firmato