

Tribunale di Prato – 21 gennaio 2013 – Est. Mazzarelli.

Omissis

SVOLGIMENTO del PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, il Comune di C. proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n.2507/09 N.RG 5532/09 emesso dal Tribunale di Prato in data 19.10.09 e depositato il 21.10.2009, con il quale veniva ingiunto all'ente pubblico il pagamento, in favore della Z. SRL, della somma di € 37.032,51 oltre accessori, a titolo di corrispettivo di lavori di subappalto. L'opponente

Tribunale di Prato R.G. n. omissis

in particolare deduceva che a seguito di gara di appalto, il Comune affidava i lavori di realizzazione di un impianto natatorio nella frazione di Comeana all'associazione temporanea di imprese costituita, quale capogruppo da S. F., titolare di omonima ditta individuale, e dalla S.T. srl; l'appaltatore affidava in subappalto alla Z. srl l'esecuzione di lavori di rivestimento termoisolante a cappotto; sia il bando di gara, che il capitolato speciale ed il contratto di appalto sottoscritto con l'aggiudicatario, non prevedevano il pagamento diretto dei subappaltatori da parte della stazione appaltante, ma soltanto che l'appaltatore, una volta provveduto al pagamento degli stessi, inviava al Comune copia delle fatture quietanzate; non essendo stato previsto nel bando di gara il pagamento diretto dei subappaltatori da parte della stazione appaltante, come consentito dall'art. 118 del D.Lgs 163/2006, nessuna pretesa diretta di pagamento la Z. srl poteva avanzare nei confronti del Comune; l'opponente contestava altresì, la natura di atto di riconoscimento del debito del documento costituito dalla determinazione n. 4799 del 17.3.2009 posta a fondamento del ricorso in sede monitoria, perché proveniente dal responsabile del procedimento, soggetto privo di poteri rappresentativi dell'ente pubblico, nonché illegittimo in quanto contrario al disposto di cui all'art. 118 D.Lgs 163/2006. Tanto premesso, quindi, chiedeva la revoca del decreto ingiuntivo ed effettuava comunque la

chiamata in causa dell'appaltatore, Z. F., titolare dell'omonima ditta individuale, per essere dallo stesso tenuto indenne nella denegata ipotesi di rigetto dell'opposizione.

Si costituiva la Z. srl la quale in via preliminare eccepiva la tardività dell'opposizione, nel merito deduceva come la determinazione n. 4799/2009 del 17.3.2009 con la quale il Comune di C. si assumeva l'obbligo di pagare alla Z. srl il costo dei lavori di subappalto era sottoscritta dall'Arch. G. N. in qualità di Dirigente Comunale, responsabile del settore 5- Lavori Pubblici e Servizi al Territorio, come tale munito del potere di adottare atti di gestione finanziaria e di assunzione di impegni di spesa, ai sensi dell'art. 107 ss del D. LGS 267/2000, come dimostrato dal fatto che il medesimo soggetto aveva predisposto il bando di gara e stipulato il contratto di appalto. Il predetto atto, quindi, costituiva atto di ricognizione del debito vincolante per l'amministrazione, tenuta pertanto ad eseguire il pagamento del corrispettivo del subappalto. Concludeva quindi chiedendo la reiezione del ricorso e la conferma del decreto ingiuntivo e comunque la condanna dell'ente pubblico al pagamento delle somme ivi indicate.

Non si costituiva il terzo chiamato. La causa, istruita attraverso prove documentali, viene decisa da questo Giudice, ultimo assegnatario del procedimento, sulle conclusioni precisate dalle parti all'udienza del 9.10.2012.

MOTIVI della DECISIONE

L'opposizione è infondata e pertanto va rigettata.

Preliminarmente va disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'opposizione perché tardiva, sollevata da parte opposta, su cui peraltro si è già pronunciato in corso di causa il giudice, precedente assegnatario del procedimento, nell'ordinanza del 23.3.2010. Invero il decreto ingiuntivo è stato notificato il 6.11.2009 e l'atto di opposizione in data 15.12.2009, quindi tempestivamente, con indicazione tuttavia della data dell'udienza al 20.3.2008. L'opponente accortosi di tale errore, ha di propria iniziativa rinnovato la notifica nel rispetto dei termini a comparire ed il convenuto si è tempestivamente costituito. La nullità della citazione in cui è incorsa parte opponente, sotto il profilo della vocatio in ius,

si è quindi sanata con effettivi retroattivi ex art. 164 comma III c.p.c. .

In relazione al merito della controversia, è documentalmente provato nonché incontestato fra le parti, che il Comune di C., all'esito di gara per pubblico incanto tenutasi il 6-12.10 2005, in data 26.1.2006 stipulava contratto di appalto avente ad oggetto la realizzazione di un impianto natatorio, con la A.T.I. Impresa S. F./ Tecnica Impianti srl, risultata aggiudicataria. Quest'ultima con contratto del 12.5. 2008 affidava in subappalto alla Z. srl l'esecuzione di lavori di rivestimento termoisolante a cappotto, per un importo di € 50.000 (doc. 3 fascicolo di parte opposta). Sia il bando di gara all'art. 17 che il capitolato speciale di appalto all'art.48 , non prevedono il pagamento diretto dei subappaltatori da parte della stazione appaltante, ponendo invece obbligo in capo alla ditta appaltatrice, di trasmettere a quest'ultima copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti dall'aggiudicatario ai subappaltatori.

Successivamente, la ditta appaltatrice, in persona del legale rappresentante S. F., formalizzava richiesta scritta al Comune di C., di pagamento diretto della fattura n. 525 del 31.10.2008 dell'importo di € 33.665,92, emessa dalla Z. srl, in qualità di subappaltatrice (atto. N. di prot. 3845 del 3.3.2009 allegato al verbale di udienza del 9.10.2012). La pubblica amministrazione aderiva a tale richiesta diretta di pagamento con atto del 17.3.2009 n. di prot. 4799, a seguito del quale la Z. srl provvedeva ad emettere fattura nei confronti del Comune di C. con contestuale storno di quella precedentemente inviata alla ditta appaltatrice. Fatta tale premessa ricostruttiva dei fatti oggetto di causa, la determinazione del 17.3.2009 n. di prot. 4799 costituisce atto negoziale della pubblica amministrazione, in quanto attiene alla fase di esecuzione del contratto, e proviene da soggetto legittimato ad esprimere la volontà dell'ente pubblico e ad mettere atti di gestione finanziaria, in base agli artt. 107 ss del D. LGS 267/2000 e successive modifiche. Il provvedimento infatti reca la sottoscrizione dell'Arch. N., il quale, come si evince dai documenti prodotti in giudizio, riveste la qualifica di responsabile del Settore 5 del Comune di C.. Il regolamento comunale

prevede all'art. 11 che “ le competenze proprie della dirigenza fanno capo ai responsabili di settore cui spetta la gestione tecnica, finanziaria ed amministrativa , compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'ente verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo”. L'atto quindi costituisce legittima manifestazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione.

Sul piano della qualificazione giuridica dello stesso, in base al suo contenuto, da interpretarsi sulla scorta di una valutazione sinergica con la richiesta di pagamento diretto al subappaltatore proveniente dalla appaltatrice, l'atto costituisce accettazione scritta di delegazione passiva di pagamento titolata, cd delegatio solvendi, ove il delegante è la A.T.I. aggiudicataria della gara e delegato è l'ente pubblico. Con essa il delegato non assume una obbligazione nei confronti del delegatario, nel caso di specie, la Z. srl, ma attraverso il pagamento, estingue contestualmente l'obbligazione che il delegante ha nei confronti del delegatario, e quella che il delegato medesimo ha verso il delegante, in base al rapporto di provvista, restando i due rapporti autonomi.

Non è condivisibile, secondo questo Giudice, la tesi sostenuta da parte opponente secondo cui la nota di prot. 4799 del 17.3.2009 determinerebbe una inammissibile modifica del bando di gara, del capitolato speciale e del contratto di appalto, perché contraria all'art. 118 del D.Lgs n. 163/2006, da ritenersi norma inderogabile, in base alla quale è soltanto nel bando di gara che la pubblica amministrazione può prevedere il pagamento diretto al subappaltatore da parte della medesima.

Invero la procedura di evidenza pubblica è finalizzata ad assicurare che l'azione della pubblica amministrazione, nella scelta dei contraenti cui affidare esecuzione di lavori o l'espletamento di servizi, sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e libera concorrenza. Per tali ragioni non sono di regola ammesse modifiche sostanziali di un appalto pubblico in corso di validità. Si tratta tuttavia di stabilire se la successiva assunzione da parte della p.a. dell'obbligo diretto di pagamento del

subappaltatore, diversamente da quanto ab origine previsto nel bando di gara e nel contratto di appalto, costituisca una modifica sostanziale dello stesso.

La Corte di Giustizia della Comunità europea, con la pronuncia del 19-06-2008, n. 454/06 ha sostenuto che deve essere considerata «sostanziale» la modifica atta ad introdurre condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella accettata. Nel caso di specie deve ritenersi che il cambiamento della modalità di pagamento del subappaltatore non rientri in tale nozione, non costituendo una condizione atta ad alterare sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, ma può solo determinare, in linea teorica, un aggravio procedimentale per la stazione appaltante.

Tale interpretazione, peraltro, trova una legittimazione normativa nell'art. 13, co. 2, lett. a) della l. 11 novembre 2011, n. 180, la quale prevede che: "Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a: a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento [...]". Tale disposizione è espressione di un favor nei confronti del pagamento diretto, mentre l'adozione della forma del pagamento indiretto dovrebbe essere oggetto di specifica motivazione da parte della stazione appaltante.

Alla luce di tale intervento legislativo, la modifica in corso di esecuzione delle modalità di pagamento del subappaltatore deve ritenersi

compatibile con la normativa di settore, purché non sia l'effetto di una determinazione unilaterale della pubblica amministrazione ma vi sia il consenso dell'appaltatore e del subappaltatore (cfr A.V.C.P. , parere del 17.5.2012)

Nel caso in esame il doc. n. prot. 3845 del 3.3.2009 contiene la manifestazione di volontà da parte dell'appaltatore di delegare il pagamento del credito della ditta Z. srl subappaltatrice all'ente pubblico il quale, con la determinazione del 17.3.2009 n. prot. 4799 ha accettato la delegazione; la Z. srl, delegatario, attraverso l'emissione di nota di credito in favore dell'appaltatore e di nuova fattura nei confronti della stazione appaltante accompagnata da formale richiesta di pagamento, ha senza dubbio manifestato il proprio consenso ad avvalersi della delegazione. Il Comune di C. è quindi tenuto al pagamento in favore della Z. srl della somma di cui al decreto ingiuntivo, quale corrispettivo dei lavori di subappalto eseguiti dalla medesima società.

Considerata la complessità e la novità delle questioni di diritto affrontate, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti costituite le spese di giudizio.

Nulla con riferimento alla terza chiamata che, in quanto contumace, non ha svolto alcuna attività processuale.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così decide:

- 1) rigetta l'opposizione;
- 2) conferma il Decreto Ingiuntivo n.2507/09 N.RG 5532/09 emesso dal Tribunale di Prato

in data 19.10.09 e depositato il 21.10.2009;

- 3) compensa integralmente fra le parti costituite le spese di giudizio:

Così deciso in Prato, il 21 gennaio 2013

Il Giudice

Ada Raffaella Mazzarelli

*