



TRIBUNALE DI CHIETI
Sezione Distaccata di Ortona

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

in composizione monocratica, in persona del Giudice dott. Francesco Turco,
ha pronunciato, la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 792 del Ruolo Generale affari contenziosi dell'anno 2012
TRA

Comune di Ortona (P.IVA.: 00149620682), in persona del sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in Ortona, P.za Porta Caldari n. 6, presso lo studio
dell'Avv. Maurizio Mililli, rappresentato e difeso dall'Avv. Lorenzo Passeri
Mencucci, come da procura in calce all'atto di citazione

ATTORE/OPPONENTE

E

Consorzio Progetti e Finanza (P.IVA.: 01577220674), in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Chieti, Via Cesare De
Lollis n. 34, presso lo studio dell'Avv. Antonio Pimpini, rappresentato e difeso
dall'Avv. Guglielmo Marconi, come da procura a margine della comparsa di
costituzione e risposta.

CONVENUTA/OPPOSTA

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo.

CONCLUSIONI: per parte attrice in via principale: accertare e dichiarare la
nullità e/o l'annullabilità dei contratti di appalto/concessione rep. N. 1549
dell'1.4.2005 e rep. N. 35837 del 10.9.2010 stipulati dal Comune di Ortona con il
Consorzio Progetti e Finanza e, per l'effetto, revocare e/o dichiarare nullo e/o
inefficace il decreto ingiuntivo opposto e, in ogni caso, tenere indenne il Comune
di Ortona da ogni pagamento eventualmente dovuto; in ogni caso accertare e
dichiarare che nulla è dovuto dal Comune di Ortona al Consorzio Progetti e
Finanza e, per l'effetto, revocare e/o dichiarare nullo e/o inefficace il Decreto
Ingiuntivo opposto; in via riconvenzionale e subordinata: al mancato
accoglimento dei motivi e conclusioni di cui sopra, prendere atto, accertare e
dichiarare la risoluzione del contratto rep. n. 1549 dell'1.4.2005 e rep. N. 35837
del 10.9.2010 stipulati dal Comune di Ortona con il Consorzio Progetti e Finanza
nonché accertare e dichiarare ai sensi dell'art. 141 c. 10 del dlgs 163/2006 (ex
art. 28 c6 L. n. 109/1994) la responsabilità dell'appaltatore/concessionario e, per
l'effetto condannarlo al pagamento, a titolo di risarcimento danni, in favore del
Comune di Ortona, della complessiva somma di € 259.117,82 ovvero nella diversa
somma ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione dalla data della
domanda e fino all'effettivo soddisfo e, per l'effetto, revocare e/o dichiarare nullo
e/o inefficace il Decreto Ingiuntivo opposto. Con vittoria di spese di lite.

Per parte convenuta nel merito: rigettare l'eccezione di nullità e/o
annullabilità dei contratti di concessione rep. N. 1549 dell'1.4.2005 e rep. N.
35837 del 10.9.2010 stipulati dal Comune di Ortona con il Consorzio Progetti e
Finanza e, per l'effetto, confermare il decreto ingiuntivo opposto e/o accogliere la
domanda proposta nelle forme del procedimento monitorio e, per l'effetto,
condannare sempre e comunque il Comune di Ortona al pagamento dell'importo

di € 259.117,82 oltre interessi di mora e aggiornamenti ISTAT come per legge e secondo le specifiche previsioni contrattuali, dalla data di maturazione del credito fino all'effettivo soddisfo. In subordine: nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda attorea, dichiarata l'insussistenza della dedotta ipotesi di nullità, accertare e dichiarare l'intervenuta prescrizione dell'azione di annullabilità e per l'effetto, rigettare la domanda confermando il decreto ingiuntivo opposto. In ulteriore subordine: sempre nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda attrice, accertare e dichiarare in accoglimento dell'azione ex art. 2041 c.c., l'indebita locupletazione dell'ente in riferimento alle opere realizzate dal promotore concessionario pari ad € 259.117,82 oltre gli interessi di mora e, per l'effetto, condannare il Comune di Ortona al pagamento della somma corrispondente ai ricavi ritraibili dalle opere realizzate dal promotore concessionario comunque della somma che sarà accertata in corso di giudizio; rigettare la domanda riconvenzionale proposta e la richiesta risarcitoria dichiarando la responsabilità dell'Ente in riferimento al ritardo nell'avvio delle procedure di assegnazione delle aree realizzate e consegnate dal Promotore Concessionario e, per l'effetto, confermare il decreto ingiuntivo n. 274/2013 nonché, comunque, condannare l'ente a corrispondere la somma pari ad € 259.117,82 oltre interessi di mora; in estremo subordine: accertare e dichiarare il diritto del Promotore Concessionario a sfruttare economicamente le opere realizzate ed a ricevere il pagamento per le opere realizzate e, quindi, le controprestazioni correlate a tali opere, pari all'importo sopra indicato, oltre interessi di mora e compensare detta somma con le eventuali somme che dovessero essere riconosciute all'opponente a qualsiasi titolo. Con vittoria di spese di lite.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 9.12.2013, il Comune di Ortona proponeva opposizione al decreto ingiuntivo n. 274/2013 emesso dal Tribunale di Chieti, Sez. Distaccata di Ortona su ricorso del Consorzio Progetti e Finanza, chiedendo che fosse accertata e dichiarata la nullità o la annullabilità dei contratti di appalto/concessione rep. n. 1549 del 01-04-2005 e rep. n. 35837 del 10-09-2010 stipulati dal Comune di Ortona con il Consorzio Progetti e Finanza, e per l'effetto che fosse revocato il decreto ingiuntivo opposto, ed in ogni caso tenendo indenne il Comune di Ortona da ogni pagamento, a tal fine invocando, in via subordinata, la risoluzione del contratto per inadempimento del Consorzio Progetti e Finanza con conseguente declaratoria del diritto del Comune di Ortona al risarcimento dei danni subiti.

Costituitosi in giudizio il Consorzio Progetti e Finanza chiedeva il rigetto della opposizione in quanto infondata, contestando tutte le argomentazioni dedotte nell'atto di opposizione; chiedeva in particolare il rigetto dell'eccezione di nullità atteso che, a tutto voler concedere, nel caso in esame poteva semmai essere invocata l'annullabilità dei contratti di concessione rep. n. 1549 del 01-04-2005 e rep. n. 35837 del 10-09-2010 stipulati dal Comune di Ortona con il Consorzio odierno opposto, in relazione alla quale eccepiva l'intervenuta prescrizione dell'azione;

in via subordinata il Consorzio Progetti e Finanza chiedeva accertarsi e dichiararsi, ex art. 2041 c.c., il suo diritto ad ottenere la somma di € 259.117,82 a titolo di indebito arricchimento ottenuto dal Comune di Ortona grazie alle opere realizzate dal concessionario Consorzio Progetti e Finanza;

in via ulteriormente subordinata l'opposto chiedeva accertarsi e dichiararsi il suo diritto a sfruttare economicamente le opere realizzate ed a ricevere il pagamento delle controprestazioni correlate a tali opere, sino all'importo di € 259.117,82.

Precisate le conclusioni, la causa veniva trattenuta in decisione.

Ritiene il giudicante che nella fattispecie possa escludersi che il contratto di concessione del 01-04-2005 sia riconducibile alla figura dell'affidamento di lavori in "finanza di progetto".

A tal fine deve farsi riferimento al quadro normativo di cui all'art. 3, comma 11 del DLGS 163/2006, il quale definisce la "concessione di lavori pubblici come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera e ricavarne gli introiti.

In linea con tali principi all'art. 3 del contratto stipulato il 01-04-2005 era infatti previsto il diritto reale di godimento del bene da parte del Concessionario, ed il soddisfacimento del corrispettivo mediante l'incasso del canone di concessione d'uso dei loculi.

Tuttavia all'art. 5 del medesimo contratto era precisato che al versamento delle spettanze, corrispondenti alle tariffe delle concessioni, avrebbe provveduto il Comune su apposito conto corrente intestato al Concessionario, e veniva pertanto escluso l'onere in capo al Concessionario di rivolgersi nei confronti dei beneficiari delle concessioni d'uso.

In tal modo si poneva un obbligo diretto a carico del Comune di Ortona, con conseguente esclusione di qualsivoglia rischio per il Consorzio Progetti e Finanza in riferimento ad eventuali inadempienze dei beneficiari delle concessioni d'uso.

Per di più nell'art. 13 ultimo comma del contratto del 01-04-2005 si puntualizzava che "nel caso, a conclusione del contratto di concessione, ci siano loculi o cappelle non ancora assegnate, il Comune si impegna a corrispondere al concessionario il canone di concessione stabilito nella presente offerta aggiornato all'indice ISTAT".

Quindi, in buona sostanza, non era prevista l'integrale assunzione, da parte del concessionario, della indispensabile alea economico-finanziaria connessa alla realizzazione dell'intervento, ciò in contrasto con la Direttiva comunitaria di codificazione n. 2004/18/CE (poi recepita dal Codice dei Contratti Pubblici di cui al D. Lgs. n. 163 del 2006), secondo la quale "la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle contemplate alla lettera a (appalti di lavori pubblici), ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera..... gestione funzionale ed economica".

Elemento qualificante della concessione di lavori pubblici è quindi costituito dall'assunzione, da parte del concessionario, dell'alea economico finanziaria connessa alla realizzazione dell'intervento; nel senso che dovranno ricadere sul solo concessionario le conseguenze negative legate all'eventuale insufficienza (alla copertura integrale dei costi dei lavori realizzati) dei relativi flussi di cassa scaturenti dalla gestione.

Tali principi sono stati recentemente ribaditi dalla Direttiva 2014/23/UE.

Detta Direttiva precisa che "La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al

concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto".

Qualora la regolamentazione contrattuale elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non può pertanto configurarsi come una concessione ai sensi della suddetta direttiva.

Alla luce di quanto descritto dal summenzionato quadro normativo di riferimento sia l'originario contratto rep. n. 1549 del 01-04-2005, sia il contratto integrativo rep. n. 35837 del 10-09-2010 sottoscritto fra il Comune di Ortona ed il Consorzio Progetti e Finanza, in difetto di un integrale rischio operativo a carico di quest'ultimo, integrano a parere del giudicante gli estremi di un contratto di appalto e non quello di un contratto di concessione, e pertanto devono considerarsi affetti da nullità per difetto di causa, non potendosi propriamente ravvisare in detto negozio i requisiti di un project financing (progettazione definitiva, progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori pubblici, gestione funzionale ed economica).

Tale nullità è altresì ravvisabile per elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente più affidabile.

Inficia infatti la validità del contratto in questione anche l'inappropriatezza delle modalità di affidamento, come chiarito dalla Direttiva UE 24/2014 secondo la quale "L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'Ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto."

La prevalente condivisibile giurisprudenza (Cass. Sentenza n. 23025 del 2011, Sentenza n. 3672 del 2010) ha in merito puntualizzato che in tema di appalti pubblici, l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente più affidabile e meglio tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili.

Occorre a questo punto evidenziare che, ove pure si volesse ritenere insussistente il suddetto vizio di causa e sufficiente a legittimare la stipula la procedura concorsuale agevolata avviata dal Comune con delibera di Consiglio Comunale n° 121 del 29 dicembre 2003 all'esito della quale le società Impresa Di Ferdinando Michele (capogruppo) L.T. Progetto s.r.l. (società di ingegneria), Sincretica s.r.l. (società di ingegneria) ai sensi dell'art. 37 bis della Legge n. 109/94 e s.m., quantomeno deve ritenersi invalido ed inefficace il contratto integrativo rep. n. 35837 del 10-09-2010.

Detto contratto integrativo è stato posto in essere sulla base dell'art. 13 ultimo comma del contratto del 01-04-2005, clausola nella quale si precisava che "nel caso in cui entro la durata della concessione, la domanda superi l'offerta, le parti possono di comune accordo, prevedere la realizzazione di ulteriori lotti funzionali da rinegoziare sulla base del piano economico finanziario della presente concessione".

La liceità dell'art. 13 (sul quale trova giustificazione la rinnovazione contrattuale) deve essere valutata alla luce della normativa di riferimento che non consente affatto simili modifiche e/o integrazioni.

In particolare l'art. 143, comma 8, del d. lgs. 163/2006, stabilisce quali sono le situazioni che consentono di modificare il PEF per ripristinare il necessario equilibrio fra le prestazioni richieste al concessionario ed i ricavi conseguibili.

La ratio di tale norma è costituita dalla esigenza di evitare modifiche nel corso dello svolgimento del rapporto in quanto, in caso contrario, di verrebbe ad aggirare il meccanismo concorrenziale di scelta del contraente (vedi Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.113/2011).

L'art. 19, comma 2 bis L. n. 109/1994 (applicabile al contratto del 2005 ed il cui testo è riproposto nell'art. 143, comma 8 DLGS 163/2006) dispone che: "L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione".

La clausola di cui all'art. 13 comma 1 del contratto del 2005 (richiesta superiore alle opere disponibili di cui al primo ampliamento), e la natura delle opere di cui al contratto integrativo rep. n. 35837 del 10-09-2010, a parere del giudicante, non può essere ricondotta al disposto dell'art. 19 comma 2 bis della L. n. 109/1994 (vedi in particolare la previsione di una nuova tipologia di concessione relativa a 10 aree da assegnare per nuove cappelle cimiteriali Monumentali).

Va in proposito pertanto ravvisata la nullità della clausola di cui all'art. 13, e del contratto integrativo per contrasto con norma imperativa di legge (art. 143, comma 8 DLGS 163/2006) relativa ai limiti alle modifiche contrattuali.

Né può sostenersi che l'affidamento di dette nuove opere non configuri una vera e propria modifica all'oggetto del precedente contratto in quanto le ulteriori strutture sarebbero state realizzate sulla base del medesimo piano economico finanziario della presente concessione, anche perché basato su clausola dello stesso.

La opponente ha invece in merito correttamente sottolineato come il contratto stipulato in data 10-09-2010, avendo ad oggetto opere "nuove" rispetto a quelle

previste del contratto in data 01-04-2005, non possa in alcun modo essere qualificato come una mera integrazione del primo contratto.

A questo punto si deve inoltre ricordare che la convenienza della operazione dipende sia dalla dimensione dell'intervento, che se viene ampliata determina normalmente maggiori profitti, sia dal momento congiunturale in cui essa viene pattuita anche in relazione ai mutati prezzi correnti di mercato per cui, anche sotto detto profilo, vi è nullità per contratto con la normativa a tutela della concorrenza.

Appare pertanto ultronea la disamina in ordine agli ulteriori motivi di nullità del contratto dedotti dall'opponente (nullità dell'art. 13 legata all'indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto del contratto ecc.).

Peraltro anche a voler, per mera ipotesi, configurare la mera annullabilità del contratto, nella fattispecie non sembra invocabile l'intervenuta prescrizione dell'azione di annullamento in quanto l'art. 1442, 4° comma, cod. civ. prevede che l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere.

Nella fattispecie le fatture del 23-12-2011 e del 16-07-2012 invocate nel ricorso monitorio sono state dunque emesse in virtù di un contratto nullo.

La sopra evidenziata nullità comporta la conseguente insussistenza del credito rivendicato nel decreto ingiuntivo opposto, che pertanto deve senz'altro essere revocato.

Il Consorzio Progetti e Finanza aveva chiesto, nella ipotesi di ritenuta nullità del contratto sottoscritto fra il Comune di Ortona ed il Consorzio Progetti e Finanza rep. n. 1549 del 01.4.2005 e del contratto integrativo rep. n. 35837 del 10.09.2010, dichiararsi, in accoglimento dell'azione ex art. 2041 c.c., il suo diritto ad ottenere la somma di € 259.117,82 a titolo di indebito arricchimento dell'Ente in riferimento alle opere realizzate dal promotore concessionario.

Detta domanda è inammissibile e comunque infondata.

La giurisprudenza ha precisato che "Nell'ordinario giudizio di cognizione che si instaura a seguito dell'opposizione a decreto ingiuntivo solo l'opponente, nella sua sostanziale posizione di convenuto, può proporre domanda riconvenzionale sempreché connessa con quella principale, ma non anche l'opposto, che, rivestendo la posizione sostanziale d'attore, può precisare o modificare la domanda già proposta ma non può proporre domande basate su di una causa petendi diversa da quella fatta valere con l'istanza di ingiunzione, diversamente venendosi a violare il divieto della mutatio libelli." (Cass. civ. Sez. III, 17-05-2004, n. 9334, Cass. civ. Sez. III, 08-01-2005, n. 258).

Per di più è stato puntualizzato che "in tema di contratti degli enti pubblici territoriali, l'art. 23, comma 3, del d.l. 28 aprile 1989 n. 66, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 1989, n. 144, subordinando la validità del contratto all'esistenza di una deliberazione autorizzativa assunta nelle forme previste dalla legge e del relativo impegno contabile registrato dal ragioniere o dal segretario, ha sostanzialmente riprodotto il contenuto della normativa precedente, di cui al combinato disposto degli artt. 284 e 288 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, mentre il successivo comma 4 ha innovato tale disciplina, prevedendo la responsabilità dell'amministratore dell'ente territoriale nell'ipotesi di acquisizione di opere, beni o servizi in violazione del predetto divieto; pertanto, mentre prima dell'entrata in vigore del menzionato comma 4, il soggetto che aveva effettuato la prestazione poteva esperire nei confronti della P.A., che ne avesse riconosciuto l'"utilitas", l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 cod. civ., nella vigenza

del citato comma 4 tale azione non è più proponibile, in quanto, avendo carattere sussidiario, essa resta esclusa dalla proponibilità dell'azione nei confronti dell'amministratore o del funzionario che ha consentito l'acquisizione della prestazione. Ne consegue che, nel caso in cui il contratto invalido sia stato stipulato sotto la vigenza del r.d. n. 383 del 1934, ma la prestazione sia stata eseguita dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 66 del 1989, deve escludersi la esperibilità dell'azione ex art. 2041 nei confronti dell'ente territoriale, in quanto, avendo avuto luogo l'acquisizione della prestazione sotto la vigenza della nuova disciplina, il contraente dispone dell'azione diretta nei confronti degli amministratori" (Cassazione Sentenza n. 12880 del 26/05/2010, Cassazione Sentenza n. 10640 del 2007 Cassazione Sentenza n. 11854 del 2007).

Inammissibile per analoghe ragioni risulta l'ultima domanda subordinata avanzata dall'opposto con la quale il Consorzio Progetti e Finanza ha chiesto accertarsi e dichiararsi il suo diritto a sfruttare economicamente le opere realizzate ed a ricevere il pagamento delle controprestazioni correlate a tali opere, sino all'importo di € 259.117,82.

Detta domanda anche a volerla ritenere, in ipotesi, ammissibile, sarebbe infatti comunque da rigettare, atteso che sostanzialmente trattasi di domanda volta ad ottenere il riconoscimento di un corrispettivo, corrispettivo non riconoscibile in quanto richiesto sulla base di un contratto integrativo che, per quanto sopra evidenziato, risulta affetto da nullità.

Le spese di causa, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda, deduzione o eccezione disattesa, così provvede:

- 1) Accoglie l'opposizione e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo n. 274/2013 emesso dal Tribunale di Chieti - Sezione Distaccata di Ortona su ricorso della Consorzio Progetti e Finanza (P.IVA.: 01577220674), in persona del legale rappresentante pro tempore;
- 2) condanna Consorzio Progetti e Finanza (P.IVA.: 01577220674), in persona del legale rappresentante pro tempore, al rimborso in favore del Comune di Ortona (P.IVA.: 00149620682), in persona del sindaco pro tempore, delle spese di causa che si liquidano in € 680,00 per esborsi ed € 8.000,00 per onorari di avvocato oltre spese generali nella misura del 15%, C.P.A. ed IVA come per legge.

Ortona li 10.10.2015

Il Giudice Unico
Dott. Francesco Turco