Civile Ord. Sez. 1 Num. 2075 Anno 2022
Presidente: CAMPANILE PIETRO
Relatore: CAIAZZO ROSARIO
Data pubblicazione: 25/01/2022

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

sul ricorso 14415/2016 proposto da:

Azienda Ospedaliera - Universitaria Ospedali Riuniti Umberto I – G.M. Lancisi – G. Salesi- in persona del direttore generale pro-tempore, elettivamente domiciliata in Roma, in via Banco di S. Spirito n. 48, presso lo studio dell'avvocato D'Ottavi Augusto, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbieri Maurizio, con procura speciale in calce al ricorso;

-ricorrente -

-contro-

Philips s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in Roma, in via Cola di Rienzo n.28, presso lo studio dell'avvocato Antonini Giorgio, che la rappresenta e difende, unitamente all'avvocato Ferro Carmine, con procura speciale in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 202/2016 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, pubblicata il 17/02/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 20/10/2021 dal Cons. rel., dott. CAIAZZO ROSARIO.

RILEVATO CHE

L'Azienda ospedaliera Lancisi convenne in giudizio la Philips Medical System s.p.a., esponendo: di aver indetto una licitazione privata per la fornitura di apparecchiature ed attrezzature necessarie all'attuazione del trasferimento della struttura Lancisi il cui lotto 7 riguardava la fornitura e l'installazione di un sistema per angiografia digitale monoplano, nonché di un sistema per angiografia digitale biplano; che l'Azienda ospedaliera, con lettera del 24.12.02, con cui aveva comunicato l'aggiudicazione, specificò che a far data dal ricevimento della stessa comunicazione, si consegnavano formalmente i locali destinati ad una unità operativa della nuova sede l'ospedale di Lancisi; che con lettera dell'8.1.03 la società convenuta, con riferimento alla predetta comunicazione, chiese l'autorizzazione al subappalto relativo alle opere accessorie e le fu risposto che non vi era necessità di tale autorizzazione trattandosi di appalto di fornitura, sulla base dell'art. 18, c.12, l. n. 55/90; che la convenuta ultimò i lavori di consegna il 13.3.03, previa comunicazione in pari data; che con lettera racc. del 25.7.03 l'Azienda comunicò che sussisteva un ritardo nei tempi di consegna di 12 gg.; che la sussistenza di tale ritardo era stata contestata dalla controparte in relazione alla penale che l'azienda aveva applicato ai sensi del capitolato speciale, pari all'1% dell'importo della fornitura per ogni giorno di ritardo.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Pertanto, l'attrice chiedeva che fosse dichiarata con sentenza la legittimità dell'applicazione della penale poiché la parte convenuta non aveva rispettato il termine di consegna contrattuale.

Si costituì la convenuta, eccependo l'infondatezza della domanda e proponendo domanda riconvenzionale.

Con sentenza emessa il 15 ottobre 2008 il Tribunale di Ancona respinse entrambe le domande, osservando che: l'art. 1.6 del capitolato speciale- secondo il cui disposto: "per la soluzione di controversie sorte nel corso dell'esecuzione del contratto, sarà inizialmente tentata la composizione in via amministrativa e in caso di perdurante disaccordo la soluzione del contenzioso sarà affidata al foro di Ancona"- non contemplava un'ipotesi di arbitrato poiché la soluzione della controversia era affidata non a soggetti terzi ma a soggetti operanti nella sfera delle parti in causa; l'attrice non aveva promosso tale procedura, violando l'art. 1366 c.c. circa l'attuazione del contratto in buona fede e di conseguenza non sussistevano neppure i presupposti per provvedere sulla domanda riconvenzionale.

Con sentenza del 17.2.16, la Corte territoriale accolse l'appello della Philips M.S. s.p.a., con condanna dell'Azienda ospedaliera al pagamento della somma di euro 223.372,80 oltre interessi ex d.lgs. n. 231/02, e rigetto dell'appello incidentale condizionato, osservando che: il termine per la consegna dei beni era da ritenere decorrente, secondo un'interpretazione in buona fede, dalla data del 16.1.03, quando l'appellante aveva ricevuto dall'azienda la comunicazione della mancanza di necessità dell'autorizzazione al subappalto, e non dal 31.12.2012, data della comunicazione della consegna dei locali (fatto preliminare all'adempimento contrattuale); il collaudo, effettuato il 21.5.13 aveva costituito il termine finale entro il quale l'attrice avrebbe potuto esprimere le proprie doglianze sul mancato

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

rispetto del termine di consegna dei beni, mentre le contestazioni furono sollevate successivamente, ledendo ciò il diritto all'affidamento della controparte; pertanto, la consegna, effettuata il 13.3.03, era da intendere avvenuta nel rispetto del termine contrattuale, scaduto il 17.3.03; circa l'appello incidentale condizionato, premesso che il giudice di primo grado aveva escluso che la clausola contrattuale del previo tentativo di conciliazione comportasse l'improcedibilità dell'azione anche sulla base dell'art. 1366 c.c., contrariamente però a quanto rilevato dallo stesso giudice, il rigetto della domanda principale, proposta dall'appellante incidentale, conseguiva non all'inadempimento di quest'ultima, ma al corretto adempimento dell'appellante principale Philips s.p.a.

L'Azienda ospedaliere Universitaria Ospedali Riuniti Umberto I ricorre in cassazione con tre motivi, illustrati con memoria. La Philips resiste con controricorso.

RITENUTO CHE

Il primo motivo denunzia motivazione dell'art. 100 c.p.c. per aver la Corte d'appello ritenuto sussistente l'interesse di impugnare in capo alla società appellante pur avendo quest'ultima agito dolendosi del capo della sentenza di primo grado che aveva accolto l'eccezione d'improponibilità dalla stessa proposta, interesse che era dunque da escludere. Il ricorrente deduce ancora la violazione dell'art. 112 c.p.c. per aver accolto l'appello della Philips s.p.a. avente ad oggetto un'inesistente violazione tra chiesto e pronunciato, né il rigetto della relativa domanda riconvenzionale avrebbe potuto configurare una soccombenza, soggiungendo che la Corte territoriale aveva altresì erroneamente escluso l'interesse ad agire della Azienda ospedaliera poiché l'eccezione pregiudiziale non era stata riproposta dalla Philips.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Con il secondo motivo si deduce l'omesso esame di fatto decisivo, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1375, c.c., e dell'art. 111 Cost., per aver la Corte d'appello erroneamente interpretato, in maniera contraddittoria, i documenti di causa nel senso del rispetto del termine contrattuale di consegna ed installazione di apparecchiature da parte della Philips, mentre l'interpretazione corretta avrebbe dovuto indurre a ritenere che il termine per la consegna fosse decorso dalla comunicazione relativa alla consegna dei locali, considerando anche che la richiesta di autorizzazione al subappalto era stata effettuata dopo e non prima della consegna dei locali per cui essa non avrebbe potuto determinare l'affidamento della Philips circa il decorso del termine contrattuale.

Il terzo motivo denunzia violazione: degli artt. 1175, 1337, 1338, 1366 e 1375, c.c., e 97 Cost., per aver la Corte d'appello ritenuto che la condotta dell'Azienda ospedaliera avesse violato i principi di buona fede e correttezza e del legittimo affidamento, non avendo la stessa parte sollevato l'eccezione di ritardo nell'adempimento contrattuale, nonché dell'art. 28 l. n. 109/94, 187 d.p.r. n. 554/99, in quanto il collaudo con esito positivo aveva precluso al committente la successiva contestazione del suddetto ritardo. La ricorrente lamenta altresì la violazione dell'art. 111, c. 6, Cost., per aver la Corte d'appello adottato un'interpretazione contraddittoria, poiché l'intervenuto collaudo non implicava alcuna rinuncia all'applicazione delle clausole contrattuali sulle penali, né avrebbe potuto impedire l'avvenuta contestazione del ritardo contrattuale, non essendo essa equiparabile ad una riserva d'appalto.

Il ricorso va accolto nei termini appresso indicati.

Il primo motivo è infondato. Invero, dalla infondatezza dell'eccezione di improcedibilità sollevata in primo grado dalla Philips s.p.a. avrebbe

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dovuto derivare la decisione del Tribunale nel merito delle questioni oggetto di causa; pertanto, una volta che la Corte d'appello ha affermato tale principio, non può essere escluso l'interesse ad agire della ricorrente. In altri termini, se la Philips s.p.a. ha sollevato tale eccezione in primo grado, ciò non equivale a ritenere che essa non avesse l'interesse ad agire circa la domanda riconvenzionale di pagamento fondata sull'accertamento dell'avvenuto adempimento del contratto, in ordine all'osservanza del termine di consegna delle attrezzature ed apparecchiature all'Azienda ospedaliera.

La Philips s.p.a. ha, pertanto, appellato la sentenza proprio perché non era stata esaminata la propria domanda riconvenzionale.

Il secondo motivo è fondato. Al riguardo, la Corte d'appello, pur affermando che l'ente committente, con deliberazione del 24.12.02, comunicando l'aggiudicazione dell'appalto per la somma di euro 1.551.200,00, aveva implicitamente operato la propria scelta, rifiutando la proposta del materiale opzionale, che avrebbe comportato una spesa aggiuntiva, ha soggiunto che, poiché la successiva comunicazione, con la quale l'ente committente dava atto della non necessità dell'autorizzazione del subappalto, era pervenuta il 16.1.03, l'applicazione del principio di buona fede "esige che il decorso del termine d'adempimento non possa ritenersi iniziato prima di tale data", in quanto da tale data l'appaltatrice aveva definitivamente appreso di poter procedere all'installazione delle forniture.

Il collegio ritiene che tale soluzione della questione sia erronea. Occorre prendere le mosse dall'indicazione del termine di adempimento di cui all'art. 3,2 del capitolato: "i tempi massimi per la disponibilità alla consegna ed installazione *chiavi in mano* dell'apparecchiatura fornita dovranno essere indicati con specifica

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dichiarazione dalla data di dichiarazione dell'aggiudicazione della fornitura". Inoltre, va evidenziata la seguente sequenza dell'interlocuzione tra le parti: con lettera del 9.12.02 l'Azienda ospedaliera richiese all'impresa di meglio specificare i tempi previsti per la consegna e installazione *chiavi in mano* dell'eventuale fornitura, ai sensi dell'art. 3.2 del capitolato, precisando che si trattava di appalto di fornitura e non di lavori; con lettera del 10.12.02 la Philips s.p.a. rispose dichiarando che la consegna e l'installazione *chiavi in mano* sarebbe avvenuta in 61 gg., previa consegna dei locali destinati all'intervento; con lettera del 24.12.02, pervenuta all'impresa il 31.12.02, l'Azienda ospedaliera comunicò all'impresa l'aggiudicazione del contratto dichiarando che a far data dal ricevimento della stessa comunicazione si intendevano consegnati ufficialmente i locali destinati dove erano da installare e mettere in opera le apparecchiature; con lettera dell'8.1.03 l'impresa richiese all'Azienda ospedaliera se occorresse l'autorizzazione relativa all'appalto di lavori, mentre la stessa Azienda rispose il 16.1.03 precisando che non era richiesta la suddetta autorizzazione trattandosi di appalto di forniture.

Ora, alla luce del contenuto delle suddette comunicazione tra le parti, può affermarsi che il termine d'adempimento per la consegna e installazione delle forniture era decorso dal 31.12.02 e non dal 16.1.03. Infatti, come detto, la società ricorrente con la lettera del 10.12.02 aveva risposto all'Azienda committente, comunicando l'aggiudicazione dell'appalto, precisando che "la consegna e l'installazione *chiavi in mano* sarebbe avvenuta in 61 gg., previa consegna dei locali destinati all'intervento". Pertanto, non è revocabile in dubbio che il termine d'adempimento contrattuale fosse decorso dal 31.12.02, data indicata per la consegna "ufficiale" dei

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

locali. Né può obiettarsi, come sostenuto dalla Corte territoriale, che il termine d'adempimento decorresse dal 16.1.03 quale data in cui l'appaltatrice, ricevuta la comunicazione dell'ente committente che non era necessaria l'autorizzazione al subappalto, aveva definitivamente appreso di poter procedere all'installazione delle forniture. Invero, come detto, già in data 10.12.03, la stessa committente, replicando alla richiesta del 9.1.202, aveva chiarito che si trattava di appalto di forniture e non di lavori (ipotesi, quest'ultima, che avrebbe richiesto un'espressa autorizzazione al subappalto), come peraltro affermato dalla stessa Corte d'appello.

Ne consegue che la comunicazione del 16.1.03 alla società aggiudicataria circa la non necessità della suddetta autorizzazione, in quanto puramente confermativa della precedente comunicazione del 10.12.02, non avrebbe potuto comportare alcuna modifica del termine iniziale per adempiere l'obbligazione oggetto dell'appalto che, per quanto suesposto, era stato fissato al 31.12.02.

Pertanto, non può venire in rilievo una violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, dato che la natura di appalto di fornitura, e non di lavori, del contratto stipulato tra le parti era nota alla ricorrente fin dal 10.12.02, sicché l'aggiudicazione comunicata con lettera del 24.12.02 aveva chiaramente ad oggetto l'appalto di forniture, non necessitante di alcuna autorizzazione per l'ipotesi del subappalto. Deve quindi osservarsi che non è condivisibile l'assunto fondato sulla buona fede in capo a colui che ponga una domanda pur conoscendo già la risposta, quasi a voler ottenere, come poi ha ritenuto la Corte di appello, una sorta di rimessione in termini, dovendosi per altro rimarcare l'irrilevanza di qualsiasi risposta al quesito circa la necessità di un'autorizzazione al

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

subappalto, posto che, anche in caso di ricorso allo stesso, i termini fissati in sede contrattuale rimangono inalterati.

Il terzo motivo è parimenti fondato. L'azienda ricorrente si duole che la Corte d'appello abbia ritenuto che la contestazione del ritardo delle forniture dopo l'accettazione delle opere senza riserve intervenuta con il collaudo avesse violato il principio di buona fede e dell'affidamento incolpevole della controparte.

In altri termini, la Corte territoriale ha, implicitamente, affermato che il collaudo costituiva il termine finale preclusivo delle contestazioni, da parte dell'ente committente, dei ritardi delle forniture. Tale argomentazione non può essere condivisa.

Deve innanzitutto rilevarsi che il collaudo non può ingenerare alcun affidamento in capo all'appaltatore, perché non è un atto proveniente dalla Pubblica Amministrazione, bensì da un organo indipendente quale il collaudatore. Soltanto con l'approvazione da parte della committente (alla quale nella sentenza impugnata non si fa alcun riferimento) si determina il consolidamento di talune obbligazioni a carico della stessa.

Per altro, secondo l'orientamento di questa Corte, cui il collegio intende dare continuità, in tema di appalto, la responsabilità dell'assuntore del lavoro inerente alla garanzia per vizi e difformità dell'opera eseguita, prevista dagli artt. 1667 e segg. cod. civ., può configurarsi unicamente quando lo stesso, nell'intervenuto completamento dei lavori, consegni alla controparte un'opera realizzata nel mancato rispetto dei patti o non a regola d'arte, mentre nel caso di non integrale esecuzione dei lavori o di ritardo o rifiuto della consegna del risultato di questi a carico dell'appaltatore può operare unicamente la comune responsabilità per inadempimento contrattuale di cui agli artt. 1453 e segg. cod. civ. (Cass., n.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

10255/98; n. 9849/03; n. 8103/06; n. 1186/15; n. 9198/18; 4511/19).

Ora, nel caso concreto, l'intervenuto collaudo dell'appalto non avrebbe potuto precludere all'ente committente la successiva applicazione di penali per il ritardato completamento dell'opera appaltata.

Invero, a norma dell'art. 87 d.p. n. 554/99, applicabile ratione temporis (ma tale definizione presenta un carattere pressoché tradizionale nelle varie formulazioni legislative in tema di appalto di lavori pubblici) il collaudo ha lo scopo di verificare e certificare che l'opera o il lavoro sono stati eseguiti a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto, delle varianti e dei conseguenti atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati; ha altresì lo scopo di verificare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondono fra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative poste a carico dell'appaltatore siano state espletate tempestivamente e diligentemente. Il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore.

Il collaudo comprende anche l'esame delle riserve dell'appaltatore, sulle quali non sia già intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa, se iscritte nel registro di contabilità e nel conto finale nei termini e nei modi stabiliti dal presente regolamento.

Detto ciò, il ritardo nel completamento delle opere per cui è causa non costituisce fattispecie che rientri nell'ambito dell'esecuzione del collaudo di opere pubbliche, non afferendo a questione tecnico-contabile; esso, piuttosto, integra, alla stregua della richiamata

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

giurisprudenza, una forma d'inadempimento contrattuale, di cui agli art 1453 ss., c.c., che l'ente committente può far valere nel termine di prescrizione.

Pertanto, può affermarsi che il collaudo non costituisce un termine finale per contestare all'appaltatore i ritardi dell'opera consegnata, esulando dall'ambito delle questioni tecnico-contabili che ne costituiscono il tradizionale ambito, venendo in rilievo un inadempimento contrattuale disciplinato secondo le norme generali.

Ne consegue altresì l'infondatezza del riferimento della Corte d'appello alla violazione dei principi di buona fede e dell'affidamento incolpevole dell'appaltatore, data la configurabilità di un inesatto adempimento contrattuale, sanzionato da una specifica clausola.

Vi è da aggiungere che in base al quadro normativo vigente ratione temporis l'applicazione della penale costituiva un adempimento necessitato in funzione del dato oggettivo del ritardo nella consegna dell'opera (nella specie incontestabile, al di là della non condivisibile tesi del differimento del dies a quo a seguito di un inutile interpello da parte dell'appaltatrice), salva la possibilità per quest'ultima di chiedere, sulla base di fondate ragioni (quali, ad esempio, la non imputabilità del ritardo stesso), la disapplicazione della penale. Anche sotto tale profilo non appare condivisibile il riferimento alla violazione dei doveri di correttezza e di buona fede da parte della committente, nonché alla tesi dell'affidamento incolpevole.

Per quanto esposto, in accoglimento del secondo e terzo motivo, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Ancona, anche in ordine al regime delle spese del grado di legittimità.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo e terzo motivo, rigettato il primo, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Ancona, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso nella camera di consiglio del 20 ottobre 2021.

Il Presidente

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

25/01/2022

IL CANCELLIERE ESPERTO

Maria Antonia Chieco

Corte di Cassazione - copia non ufficiale