Pubblicato il 05/11/2018

N. 06262/2018REG.PROV.COLL.

N. 03679/2017 REG.RIC.

N. 05561/2017 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3679 del 2017, proposto da Co.Mer.Coop – Consorzio Meridionale per la Cooperazione società cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Eugenio Lorusso, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Comune di Trani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emilio Toma, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti

Manna Dp s.r.l., già impresa individuale "Manna Cosimo Damiano", non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5561 del 2017, proposto da Manna Dp s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Co.Mer.Coop – Consorzio Meridionale per la Cooperazione società cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Felice Ingravalle e Domenico Caruso, con domicilio eletto presso lo studio Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Co.Mer.Coop – Consorzio Meridionale per la Cooperazione società cooperativa a r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Eugenio Lorusso, con domicilio eletto presso lo studio Felice Eugenio Lorusso in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

Comune di Trani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emilio Toma, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marcello Cardi in Roma, viale Bruno Buozzi, 51;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Puglia – Sede di Bari, Sezione III n. 189 del 27 febbraio 2017, resa tra le parti, concernente opposizione a decreto ingiuntivo.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trani e di Co.Mer.Coop – Consorzio Meridionale per la Cooperazione società cooperativa a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2018 il Cons. Luca Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Felice Eugenio Lorusso, Emilio Toma ed Andrea Manzi su delega di Massimo Felice Ingravalle;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con decreto ingiuntivo n. 291 del 18 luglio 2016 il T.a.r. per la Puglia – Sede di Bari ha condannato Manna Dp s.r.l. (già impresa individuale Manna Cosimo Damiano), in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Co.Mer.Coop soc. coop. a r.l., e Co.Mer.Coop soc. coop. a r.l., quale mandante dell'a.t.i., a corrispondere in solido al Comune di Trani la somma di € 1.161.241,92 oltre accessori.

1.1. Il T.a.r., premessa in rito la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, ha ritenuto nel merito certo, liquido ed esigibile il credito vantato dal Comune ed azionato in via monitoria, afferente ad oneri aggiuntivi per la realizzazione, da parte dello stesso Comune, delle opere di urbanizzazione concernenti i lotti F1, F2, F3, F4 ed F5 del Programma denominato "*Contratto di Quartiere II*", di cui alla convenzione urbanistica stipulata in data 22 febbraio 2010 con l'a.t.i. orizzontale all'uopo costituita in data 1 dicembre 2009 dalle due società ingiunte.

1.2. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. per la Puglia – Sede di Bari ha quindi respinto, previa riunione, i ricorsi in opposizione svolti dalle due società.

2. Le due società hanno interposto distinti appelli.

2.1. Con ricorso allibrato al n.r.g. 2017/3679 Co.Mer.Coop., mandante dell'a.t.i. con una quota dello 0,1%, ha anzitutto lamentato, in rito, la nullità della sentenza, che avrebbe unitariamente trattato i due distinti ricorsi delle società ingiunte, sebbene ciascuno di essi fosse affidato a motivi diversi.

2.1.1. Nel merito, ha sostenuto la propria estraneità alla pretesa creditoria del Comune, poiché nel ricorso per decreto ingiuntivo il Comune avrebbe indirizzato le proprie pretese nei soli confronti della mandataria; oltretutto, tanto nella memoria di replica del 10 gennaio 2017, quanto a verbale dell'udienza di

discussione dinanzi al T.a.r. il Comune avrebbe precisato di non avere pretese nei confronti di Co.Mer.Coop.

2.1.2. Peraltro, nelle more dell'esecuzione della convenzione, precisamente in data 14 marzo 2012, Co.Mer.Coop avrebbe ceduto alla società mandataria dell'a.t.i. la propria quota di proprietà dei suoli oggetto dei lavori, "*liberandosi così da ogni onere e responsabilità relativamente alla realizzazione del programma*", come confermato da coeva scrittura privata sottoscritta *inter partes*.

2.1.3. Inoltre, il testo dell'art, 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 vigente all'epoca dei fatti di causa avrebbe previsto la mera responsabilità *pro quota* "*per l'esecuzione dei lavori … e per le obbligazioni connesse*".

2.1.4. In via subordinata la ricorrente ha sostenuto che, a tenore dell'art. 12 della convenzione, nel caso, come quello di specie, di assunto inadempimento delle previsioni recate dalla convenzione, l'azione monitoria avrebbe dovuto essere preceduta dalla risoluzione della convenzione medesima.

2.1.5. Inoltre, la domanda riconvenzionale con cui, nel corso del giudizio di opposizione, il Comune ha esteso a Co.Mer.Coop la pretesa creditoria già svolta in sede monitoria nei confronti di Manna Dp s.r.l. sarebbe inammissibile, in quanto estranea alla *causa petendi* veicolata con l'originario ricorso per decreto ingiuntivo.

2.1.6. In via ulteriormente subordinata, infine, la ricorrente ha sostenuto che Manna Dp avrebbe maturato, durante l'esecuzione della convenzione, dei contro-crediti verso il Comune di cui, conseguentemente, anche Co.Mer.Coop dovrebbe poter beneficiare.

2.1.7. Si è costituito il Comune con apposita memoria, in cui ha svolto difese sia in rito sia in merito.

2.1.8. In esito alla camera di consiglio del 27 giugno 2017 l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente è stata accolta poiché, quanto al *fumus*, "*il motivo di appello incentrato sulla possibilità per il T.a.r., alla luce della formulazione testuale del ricorso per decreto*

ingiuntivo da parte del Comune, di indirizzare il decreto ingiuntivo anche nei confronti dell'odierna ricorrente presenta, allo stato sommario della cognizione, profili di consistenza" e perché, quanto al *periculum*, il temuto pregiudizio ha carattere "*grave e potenzialmente irreparabile*" (ordinanza n. 2726 del 28 giugno 2017).

2.1.9. In vista dell'udienza di trattazione entrambe le parti hanno svolto difese scritte.

2.2. Con distinto ricorso allibrato al n.r.g. 2017/5561 Manna Dp ha articolato le seguenti doglianze:

- a tenore dell'art. 12 della convenzione, nel caso, come quello di specie, di assunto inadempimento delle previsioni recate dalla convenzione, l'azione monitoria avrebbe dovuto essere preceduta dalla risoluzione della convenzione medesima;
- le prestazioni previste in convenzione a proprio carico sarebbero state connotate da eccessiva onerosità sopravvenuta, di talché avrebbe dovuto essere proporzionalmente ridotto l'ammontare degli oneri aggiuntivi pretesi *ex adverso*;
- Manna Dp vanterebbe nei confronti del Comune svariati contro-crediti che determinerebbero l'estinzione per compensazione del credito azionato in via monitoria.

2.2.1. Si sono costituiti con apposite memorie Co.Mer.Coop ed il Comune.

2.2.2. In vista dell'udienza di trattazione Manna Dp e Co.Mer.Coop hanno versato in atti difese scritte.

2.3. Entrambi i ricorsi sono stati discussi alla pubblica udienza del 7 giugno 2018, nel corso della quale il difensore del Comune ha eccepito, sotto più profili, l'assunta tardività del ricorso svolto da Manna Dp.

2.4. Esaurita la trattazione orale, i ricorsi sono stati introitati per la decisione.

3. Il Collegio provvede, anzitutto, alla riunione dei due ricorsi, ai sensi dell'art. 96, primo comma, c.p.a..

4. Preliminarmente, il Collegio non ravvisa profili di nullità della gravata decisione: la scelta di procedere alla riunione dei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo separatamente proposti dai condebitori solidali, infatti, costituisce il riflesso della natura litisconsortile facoltativa del giudizio medesimo (cfr., da ultimo, Cass., Sez. 6, ord. 14 ottobre 2016, n. 20720) e, quale manifestazione della discrezionalità riconosciuta dall'ordinamento al Giudice nella trattazione del processo, non determina, in sé, profili di nullità della sentenza.

5. Nel merito, i ricorsi non meritano accoglimento: è, pertanto, superfluo scrutinare le eccezioni di rito svolte dal Comune ed ulteriormente argomentate nel corso dell'udienza di discussione.

6. Il Collegio prende le mosse dalle doglianze articolate da Co.Mer.Coop. nel ricorso allibrato al n.r.g. 2017/3679.

6.1. In primo luogo, il Collegio affronta la questione dell'estensione soggettiva degli effetti del decreto ingiuntivo.

6.1.1. In proposito, si osserva che il Comune, nel ricorso ex art. 118 c.p.a., ha rivolto la propria pretesa creditoria nei confronti di Manna Dp "*in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con la Comercoop*".

6.1.2. A tenore della sentenza impugnata, inoltre, "*all'udienza pubblica del 31.01.2017, il Comune di Trani ha chiarito di non avere pretese nei confronti della CO.MER. coop., la cui posizione rileva solo in quanto parte dell'ATI che ha sottoscritto la convenzione in qualità di soggetto attuatore del contratto di quartiere II - "Sant'Angelo*".

6.1.3. Il carattere *prima facie* non chiaro di tali espressioni e la considerazione dell'attualità e gravità del pregiudizio ha condotto il Collegio, nella sommarietà della cognizione propria della fase cautelare, a disporre la sospensione degli effetti della sentenza nei confronti di Co.Mer.Coop., con conseguente sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo emesso dal T.a.r. per la Puglia nei confronti della medesima Co.Mer.Coop.

6.1.4. Il più approfondito scrutinio proprio del merito, invece, convince della correttezza dell'opposta soluzione esegetica.

6.1.5. Anzitutto, nella memoria di replica del 10 gennaio 2017 il Comune non formalizza alcuna rinuncia dell'azione verso Co.Mer.Coop.

6.1.6. Quanto alla dichiarazione resa a verbale di udienza dinanzi al T.a.r. dal difensore dell'Ente locale ("*il Comune di Trani ha chiarito di non avere pretese nei confronti della CO.MER. coop., la cui posizione rileva solo in quanto parte dell'ATI che ha sottoscritto la convenzione in qualità di soggetto attuatore del contratto di quartiere II - <<Sant'Angelo>>*"), il Collegio rileva quanto segue.

6.1.7. L'affermazione, a ben vedere, non reca né una rinuncia della domanda, né, comunque, una sua limitazione od interpretazione: al contrario, con essa il Comune chiarisce, per vero con formulazione non preclara, che le proprie pretese creditorie nei confronti di Co.Mer.Coop sono conseguenti esclusivamente alla qualità di questa di mandante dell'a.t.i. con Manna Dp.

6.1.8. In sostanza, la precisazione afferisce al profilo della *causa petendi* del credito verso Co.Mer.Coop, non al relativo *an*: al contrario, l'originaria qualità di debitore solidale di Co.Mer.Coop quale mandante dell'a.t.i. costituisce l'implicito presupposto logico della dichiarazione, con ogni verosimiglianza tesa proprio a lumeggiare le ragioni giuridiche della pretesa creditoria.

6.1.9. Questa conclusione poggia tanto sull'assenza di una chiara ed esplicita manifestazione della volontà di rinunziare al credito (arg. ex art. 1236 c.c.), quanto soprattutto sulla precisazione formulata dal difensore del Comune, secondo cui la posizione debitoria di Co.Mer.Coop deriva dalla qualità di mandante dell'a.t.i. contro cui, in persona della mandataria, era stato chiesto ed ottenuto il decreto ingiuntivo.

6.1.10. Tale precisazione, invero, evidenzia il senso sotteso all'affermazione, altrimenti oggettivamente ambigua, per cui "*il Comune di Trani ha chiarito di non avere*

pretese nei confronti della CO.MER. coop." e si pone in linea di continuità concettuale con l'impostazione terminologica adottata dalla difesa dell'Ente in tutto il corso del giudizio.

6.1.11. L'originario ricorso ex art. 118 c.p.a., infatti, era stato rivolto a Manna Dp "*in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. tra essa stessa e Co.Mer.Coop, mandante*": una tale dizione, ritiene *re melius perpensa* il Collegio, non può che sottendere la volontà di valersi della peculiare forma di responsabilità che avvince le imprese unite in a.t.i. orizzontale, di regola tenute in solido nei confronti dell'Amministrazione per l'adempimento degli obblighi collettivamente assunti (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22, § 10).

6.1.12. Non hanno fondamento, sul punto, le difese articolate dalla ricorrente.

6.1.13. Come noto la disposizione dell'art. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006 menzionata da parte ricorrente era riferita in un primo momento a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, quindi solo ai lavori ed è, alfine, stata abrogata nel 2014.

6.1.14. Orbene, nel testo vigente *ratione temporis* ("*I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*"), la disposizione disciplinava la fase dell'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, intesa quale attuazione materiale dell'*opus*, del servizio o della fornitura, di cui postulava una realizzazione (e, sostiene parte ricorrente, una conseguente responsabilità) *pro quota*.

6.1.15. Il Collegio osserva, anzitutto, che la disposizione si limita a statuire una necessaria proporzione tra quota di partecipazione all'a.t.i. e percentuale di realizzazione della prestazione dedotta in contratto; non è, invece, stabilito che la responsabilità per l'eventuale inadempimento sia anch'essa parametrata alla quota di partecipazione. Invero, il profilo relativo alla responsabilità dei concorrenti raggruppati nei confronti della stazione appaltante trovava, piuttosto, la sua

disciplina nell'allora vigente comma 5 del medesimo art. 37, d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale "*L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario*". Nel caso di specie preme rilevare, in primo luogo, che viene in considerazione un'a.t.i. orizzontale; inoltre, né nella convenzione urbanistica, né, per quanto agli atti, successivamente sono specificate le prestazioni gravanti su ciascuna delle imprese partecipanti all'a.t.i. o, altrimenti, viene fatto riferimento a lavori scorporabili.

6.1.16. Peraltro, la disposizione ha carattere *prima facie* eccezionale e non è suscettibile di interpretazione estensiva (né, tanto meno, di applicazione analogica); inoltre, la negazione della responsabilità solidale delle associate per l'inadempimento delle prestazioni snatura e perverte l'istituto del raggruppamento d'impresa, volto da un lato a consentire ad imprese medio-piccole di partecipare comunque a gare di appalto, dall'altro e specularmente ad aumentare la garanzia dell'Amministrazione in caso, appunto, di problematiche in fase esecutiva.

6.1.17. Per di più, nella presente sede si verte in tema non di esecuzione dell'*opus*, bensì di rimborso di somme anticipate dal Comune ma gravanti, in base alla lettera della convenzione, sulle imprese costituite in a.t.i.: in disparte il fatto – già evidenziato – della mancata specificazione delle prestazioni gravanti su ciascuna delle imprese partecipanti all'a.t.i., nella specie il Comune ha, invero, azionato non un credito all'esatto adempimento dell'obbligazione di realizzare l'*opus*, ma un distinto credito di rimborso di somme versate dallo stesso Comune e che, a tenore della convenzione, dovevano gravare sulle imprese che avevano sottoscritto la convenzione.

6.1.18. In particolare, si osserva che, nell'epigrafe della convenzione stipulata in data 22 febbraio 2010, si definisce come "*soggetto attuatore*" il sig. Cosimo Damiano Manna quale "*mandatario e legale rappresentante dell'a.t.i. costituita da Manna Cosimo Damiano e Co.Mer.Coop*"; al successivo art. 1 il predetto "*soggetto attuatore*" si impegna alla realizzazione delle opere di edilizia residenziale in regime convenzionato e libero indicate nel programma denominato "*Contratto di Quartiere II*", nonché, *inter alia*, "*al pagamento degli oneri aggiuntivi per la realizzazione, a cura del Comune di Trani, delle opere di urbanizzazione relative ai singoli lotti, così stimati: … lotto F1-F2-F3-F4-F5: € 1.161.241,92*".

6.1.19. Il Collegio, in proposito, ritiene che la debenza di tali importi costituisce obbligazione diversa ed autonoma da quella afferente alla realizzazione delle opere di edilizia residenziale, pur se ad essa funzionalmente collegata: non solo, invero, si è in presenza di un'obbligazione pecuniaria di valuta e non di una avente ad oggetto un *facere* materiale, ma, per la generale regola dettata dall'art. 1294 c.c. e, prima ancora, per la strutturale unitarietà con cui le imprese costituenti l'a.t.i. sono qualificate ai fini e nell'ambito della convenzione, il relativo onere non può che gravare solidalmente su entrambe le imprese.

6.1.20. Peraltro, a termini dell'atto costitutivo dell'a.t.i. al sig. Manna era stata data "*espressa procura*" a "*rappresentare in via esclusiva, anche processuale*" Co.Mer.Coop in tutti gli atti afferenti alla realizzazione del Programma di edilizia residenziale: gli impegni dallo stesso assunti in qualità di mandatario dell'a.t.i., dunque, erano per ciò solo impegni pure di Co.Mer.Coop.

6.1.21. Di converso, non ha rilievo il fatto che Co.Mer.Coop abbia ceduto all'ora impresa individuale Manna Cosimo Damiano, in data 14 marzo 2012, la propria quota di comproprietà dei suoli oggetto dell'iniziativa edificatoria.

6.1.22. Tanto meno, Co.Mer.Coop può richiamare a proprio favore la coeva pattuizione intercorsa con l'impresa Manna, con cui questa la esonerava da qualunque responsabilità riveniente dall'esecuzione del Programma *de quo*.

6.1.23. Da un lato, infatti, le scelte negoziali della mandante di un'a.t.i. successive all'assunzione del vincolo con l'Amministrazione non rifluiscono, elidendolo, sullo stesso, dall'altro la liberazione del condebitore consegue solo a dichiarazione espressa del creditore (arg. ex art. 1273 c.c.), nella specie *per tabulas* mancante.

6.1.24. La dichiarazione di esonero da responsabilità resa da Manna, pertanto, vale solo *inter partes* in relazione a future iniziative di traslazione del peso economico del credito che l'Amministrazione abbia azionato con successo nei confronti di Co.Mer.Coop.

6.2. Di converso, la pretesa svolta dal Comune di vedersi rimborsate le somme anticipate costituisce un'azione di esatto adempimento che, lungi dal presupporre la previa risoluzione della convenzione, veicola la volontà dell'Ente di ottenerne la piena attuazione.

6.2.1. In termini generali, infatti, l'azione di esatto adempimento, tesa ad ottenere coattivamente l'esecuzione del *vinculum juris*, costituisce una facoltà del ceto creditorio ulteriore ed antitetica rispetto all'azione di risoluzione, volta, viceversa, a porre nel nulla il vincolo, ove questo sia stimato non più utile.

6.2.2. Peraltro, l'art. 12 della convenzione, riferito appunto ai casi di "*inadempimento colpevole*", enuclea una clausola risolutiva espressa afferente all'inadempimento di alcune previsioni ivi specificamente indicate fra cui non rientra, invero, quella di cui all'art. 1, lett. c), relativa appunto al pagamento degli oneri aggiuntivi.

6.3. Le argomentazioni che precedono rendono ultroneo procedere alla delibazione delle doglianze afferenti all'ammissibilità della domanda riconvenzionale svolta in prime cure dal Comune avverso Co.Mer.Coop.: peraltro, la relativa proposizione non dimostra implicitamente – come sostiene la ricorrente

– che, nella prospettiva del Comune, l'azione monitoria era stata *ab initio* svolta solo contro Manna Dp, ma, al contrario, è stata articolata per la denegata ipotesi che tale fosse la ricostruzione giudiziale (cfr. pag. 2 del relativo atto, depositato in data 23 novembre 2016).

6.4. Infine, la questione relativa agli assunti contro-crediti vantati da Manna Dp trova la propria opportuna *sede materiae* nello scrutinio del relativo ricorso.

7. Quanto, appunto, al ricorso allibrato al n.r.g. 2017/5561, il Collegio osserva quanto segue.

7.1. Fermo quanto *supra* osservato sub § 6.2 e ss. in ordine all'assenza di pregiudizialità dell'azione di risoluzione della convenzione, si evidenzia che l'eccessiva onerosità sopravvenuta fonda una domanda di pronuncia giudiziale costitutiva e non può, viceversa, essere veicolata in giudizio quale mera eccezione (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. 3, 26 ottobre 2004, n. 20744).

7.1.1. Oltretutto, nella specie non constano profili straordinari e sopravvenuti tali da determinare l'eccessiva onerosità della prestazione.

7.1.2. Manna Dp, infatti, ha scelto di acquistare sul libero mercato alcuni suoli in proprietà di terzi rientranti nell'ambito territoriale del Programma, anziché attendere la conclusione del relativo procedimento espropriativo frattanto già radicato dal Comune: essa, pertanto, non ha titolo per lamentare il costo pagato per una scelta imprenditoriale che si palesa, per quanto agli atti, del tutto consapevole, volontaria, libera e meditata.

7.1.3. Peraltro, ai sensi dell'art. 1, lett. g) della convenzione, grava comunque sull'a.t.i. il maggior onere effettivamente dovuto per l'espropriazione rispetto a quanto stimato all'inizio della procedura.

7.2. In ordine agli assunti contro-crediti vantati da Manna, il Collegio osserva che ne difetta il carattere dell'attualità e dell'esigibilità, con conseguente inoperatività dell'istituto della compensazione.

7.2.1. In particolare, in base all'art. 1, lett. d) della convenzione l'a.t.i. è tenuta al pagamento degli oneri per l'acquisto, fra l'altro, dei lotti D5 e D6: il credito restitutorio conseguente al fatto che il Comune non ha provveduto al relativo acquisto, nonostante la consegna dal parte dell'a.t.i. della somma all'uopo necessaria, presuppone la previa risoluzione della convenzione per inadempimento dell'Ente locale.

7.2.2. Oltretutto, non consta che la ricorrente abbia agito in giudizio al fine di ottenere la condanna del Comune a provvedere al riferito acquisto.

7.2.3. Considerazioni analoghe valgono con riferimento al lucro cessante derivante dall'indisponibilità di detta somma e dalla conseguente mancata realizzazione dell'utile di impresa.

7.2.4. Quanto alle somme corrisposte a società terze (AMET s.p.a. ed Acquedotto pugliese) per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria, si osserva che, a termini della convenzione, le opere in questione devono essere realizzate a cura del Comune.

7.2.5. La ricorrente, dunque, non ha alcun titolo per ripetere tali somme dall'Ente, difettandone la previa autorizzazione a procedere alla relativa spesa.

7.2.6. Peraltro, come noto la scelta dei soggetti cui affidare la costruzione di opere pubbliche è presidiata, nell'interesse generale della comunità, dalle rigide norme dell'evidenza pubblica, volte, tra l'altro, all'individuazione del miglior offerente.

7.2.7. Infine, le spese sostenute per prestare le fidejussioni previste dalla convenzione non costituiscono, allo stato, un posta ripetibile, difettando la previa risoluzione della convenzione.

7.2.8. L'assenza di attualità e di esigibilità di tali crediti, di converso, rende inapplicabile l'art. 1243, secondo comma, c.c..

7.2.9. *Ad abundantiam*, infine, il Collegio rileva che è inammissibile l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. svolta, in proposito, da Manna Dp: trattasi, infatti,

di eccezione non rilevabile d'ufficio e proposta esplicitamente per la prima volta solo in sede di gravame, in violazione del divieto posto dall'art. 104, comma 1, c.p.a. (nel primo grado, invero, Manna Dp aveva avanzato la diversa domanda di tutela in via riconvenzionale del proprio assunto contro-credito e, comunque, non aveva fatto riferimento all'art. 1460 c.c. – cfr. ricorso in opposizione, sub § 4).

8. Per le esposte ragioni, i ricorsi riuniti debbono essere respinti.

9. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza quanto a Manna Dp, mentre possono compensarsi quanto a Co.Mer.Coop, alla luce dell'andamento del giudizio e della complessità delle sottese questioni di diritto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna Manna Dp s.r.l. a rifondere al Comune di Trani le spese del presente giudizio, liquidate in complessivi € 5.000,00 (euro cinquemila/00), oltre accessori come per legge.

Compensa le spese del giudizio fra Co.Mer.Coop – Consorzio Meridionale per la Cooperazione società cooperativa a r.l. ed il Comune di Trani.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente
Giuseppe Castiglia, Consigliere
Luca Lamberti, Consigliere, Estensore
Giovanni Sabbato, Consigliere
Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Luca Lamberti	**Paolo Troiano**