

N. R.G. 19136/2014



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Carolina Gentili
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **19136/2014** promossa da:

COMUNE DI CASAPULLA (CE) (C.F. 80005150612), con il patrocinio dell'avv. FREZZA ENRICO, elettivamente domiciliato in VIA KENNEDY 70 81055 SANTA MARIA CAPUA VETERE presso il difensore avv. FREZZA ENRICO

ATTORE

contro

BEGHELLI SERVIZI S.R.L. (C.F. 01954641203), con il patrocinio dell'avv. VERONESI GIAMPIERO, elettivamente domiciliato in VIA EMILIA N.78/A - TENUTA MELLONI 40011 ANZOLA DELL'EMILIA presso il difensore avv. VERONESI GIAMPIERO

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso per parte attrice opponente come da atto di citazione in opposizione e per parte convenuta opposta come da comparsa di costituzione e risposta.



Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con citazione notificata il 19 novembre 2014 a mani del domiciliatario, il Comune di Casapulla proponeva opposizione al decreto ingiuntivo n.6806/2014 emesso dall'intestato Tribunale in data 24.9.14 a favore di Beghelli Servizi s.r.l. Unipersonale (d'ora in poi solo Beghelli) per il pagamento della somma di Euro 168.360,50, oltre interessi e spese, di cui Euro 19.071,26 a titolo di mancato pagamento di fatture ed Euro 149.289,24 a titolo di penale da recesso, il tutto sulla scorta di contratto di appalto del servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico relativo a tutti gli immobili comunali.

La società opponente deduceva in fatto che:

- il contratto suddetto era stato concluso con Beghelli nel dicembre 2010 senza il ricorso alla procedura di evidenza pubblica, ma ricorrendo all'art.57 comma 2 lett. B) D.Lgs.163/2006, in quanto l'ente era convinto che il servizio offerto, denominato "Un mondo di luce a costo zero", non fosse reperibile sul mercato da altri fornitori;

- in data 15.9.2011 l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori servizi e forniture aveva comunicato l'avviso di istruttoria in merito al contratto de quo, ad esito del quale erano state rilevate irregolarità nella procedura seguita nella scelta del contraente, per cui l'opponente aveva deliberato di risolvere il contratto, comunicando nel giugno 2011 la revoca e non provvedendo al pagamento di ulteriori fatture.

In diritto evidenziava che Beghelli aveva azionato il recesso contrattuale, nonostante quello già esercitato dall'ente pubblico, per cui sosteneva che non potesse essere invocata da controparte la clausola contrattuale n.4.3, posto che gli importi azionati nelle fatture erano successivi alla comunicazione di avvio del procedimento di revoca e senza tener conto che il contratto era venuto meno per illegittimità della procedura di affidamento diretto, ipotesi non prevista nella clausola suddetta; che, al contrario, il contratto prevedeva all'art.9 il diritto di recesso del committente da comunicare con congruo preavviso, come avvenuto con la missiva del giugno 2011, entro il termine di preavviso e ben prima del periodo fatturato nel monitorio (da aprile 2012 a seguire), con la conseguenza che non poteva applicarsi la clausola 4.3, ma la disciplina prevista per il caso di recesso del committente, che prevedeva il diritto in capo all'appaltatore di essere tenuto indenne delle spese sostenute e che alla fattispecie de quo dovesse applicarsi l'art.1672 c.c.

Sosteneva l'indeterminatezza della quantificazione del corrispettivo, in quanto le clausole contrattuali non consentivano il calcolo dell'importo massimo pagabile o da porre a base della procedura, essendo determinato soltanto nel suo ammontare minimo (corrispettivo globale minimo), ma non negli importi aggiuntivi, determinabili mediante criteri indicati nel contratto, il che violava l'art.29 codice appalti; inoltre la durata del contratto, prevista in anni 13, era in contrasto con la norma (art.12 comma 2 R.D. 2440/1923) che poneva il divieto di durata ultranovenne dei contratti.

Eccepiva, infine, la vessatorietà delle clausole, poiché erano state sottoscritte in blocco e senza essere specificamente richiamate, e la nullità del contratto, gravemente oneroso nei confronti del committente e senza alcuna garanzia da parte dell'appaltatore.

Concludeva per la declaratoria di non debenza delle somme ingiunte e la revoca del decreto perché privo di certezza, liquidità ed esigibilità, essendo stato pronunciato dopo la revoca del contratto, nonché per nullità del contratto contenente clausole contrarie alla normativa che regola i contratti pubblici e vessatorie.

Resisteva Beghelli, sottolineando come la risoluzione unilaterale o la revoca del contratto operata dal Comune in via di autotutela fosse improduttiva di effetti rispetto al contratto, in quanto era stata comunicata quando il rapporto era in avanzato stato di esecuzione, cioè dopo oltre due anni di vigenza, ed in quanto non prevista dal regolamento negoziale, mentre in realtà il Comune di Casapulla aveva proceduto all'annullamento d'ufficio della procedura di affidamento del servizio per violazione dell'art.57 comma 2 lett.b) cod. appalti, la quale incontrava il limite di salvaguardare le situazioni dei



soggetti privati che nel frattempo si erano consolidate, qualora non vi fossero ragioni di pubblico interesse attuali e reali al ripristino della legalità, nella specie non esistenti. In altre parole il Comune non poteva procedere alla rimozione del contratto stipulato con il privato sul solo presupposto della presunta illegittimità, qualora non ricorressero gravi motivi attuali di interesse pubblico e ciò provocasse la violazione dell'affidamento ingenerato nella controparte, mentre avrebbe potuto procedere alla sua convalida, ai sensi dell'art.21 nonies della L.241/1990, dopo i rilievi sollevati dall'Autorità di Vigilanza, evidenziando le condizioni di pubblico interesse tutelate come illustrate nella prima nota del 30.11.2011, salvo poi contraddirsi nella seconda nota, facendo propri i rilievi dell'Autorità (che non rappresentano tuttavia provvedimenti decisori, ma meri atti di impulso privi di forza vincolante e di carattere prescrittivo), per procedere alla revoca.

Rilevava che la risoluzione in via di autotutela, pur non essendo vincolante ed efficace, aveva provocato l'attivazione delle clausole n.4.3 e 9 del contratto, concernenti il recesso dal contratto rispettivamente automatico e con preavviso ed il pagamento del relativo corrispettivo, da interpretarsi la prima anche quale clausola risolutiva espressa, di cui Beghelli si era avvalsa inviando la raccomandata del 28.11.2013, che contempla lo scioglimento del vincolo per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione di pagare le fatture bimestrali.

Ponendo in risalto il carattere vantaggioso del contratto de quo, sosteneva che il corrispettivo fosse strutturato in modo che il committente non versasse nulla al momento dell'ordine e dell'installazione dell'impianto e delle lampade, ma lo versasse nel corso del tempo attraverso rate bimestrali e rate di conguaglio commisurate al risparmio conseguito; che nel caso de quo Beghelli aveva fornito il servizio in ben 13 edifici di competenza comunale e la durata era prevista in 13 anni per consentire che si realizzasse da un lato il risparmio energetico garantito e dall'altro il guadagno dell'appaltatore, con la conseguenza che, se il committente recedeva prima della scadenza, occorreva commisurare il costo dello scioglimento a quanto già pagato ed ancora da corrispondere fino alla fine del contratto, come previsto dalla clausola penale, eventualmente da ridurre equitativamente ai sensi dell'art.1382 c.c.

Sosteneva che di fatto il Comune avesse esercitato il diritto di recesso e che il corrispettivo fosse stabilito nella stessa misura anche in caso di preavviso, ma che tuttavia non era stato comunicato tempestivamente, posto che la nota n.9712 del 28 giugno 2013, con cui aveva notificato la risoluzione unilaterale, non conteneva alcun termine di preavviso, e che non poteva attribuirsi tale efficacia alla semplice comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo del giugno 2012, evidenziando come il corrispettivo per il recesso non fosse mai stato offerto con conseguente inefficacia dello stesso. Osservava che la disciplina codicistica di cui all'art.1671 c.c. potesse essere derogata dalle parti, come avvenuto attraverso le clausole sopra citate in materia di recesso attraverso la previsione di specifiche conseguenze indennitarie.

Eccepiva la carenza di giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle questioni riguardanti la violazione degli artt.29 e 57 del codice appalti e dell'art.12 R.D.2440/1923, in quanto concernenti la genesi del rapporto contrattuale e la procedura di aggiudicazione dell'appalto, fase in cui la PA agiva sulla scorta di poteri autoritativi ed il privato vantava soltanto interessi legittimi; in subordine rilevava che il servizio offerto da Beghelli presentava caratteristiche del tutto sconosciute rispetto ad altri fornitori (pagamento del corrispettivo differito, determinato sulla scorta del risparmio energetico conseguito, e servizio di telecontrollo di ogni punto luce e conseguente manutenzione) e che il prezzo era determinabile sulla base delle indicazioni contenute nel contratto a fronte di un corrispettivo totale minimo determinato, il quale avrebbe potuto subire variazioni in base all'effettivo numero di apparecchi sostitutivi installati presso il cliente; che nella fattispecie il corrispettivo era rimasto invariato per 7 edifici, si era ridotto per 5 edifici e soltanto per uno era aumentato di soli Euro 290,00, il che dimostrava che era stato effettuato un efficiente studio di fattibilità in via preventiva e che il corrispettivo veniva determinato in via definitiva dopo l'installazione di tutti i corpi illuminanti; che la durata contrattuale era stata decisa dal Comune e non da Beghelli.



Escludeva l'applicabilità dell'art.1431 c.c., in quanto il contratto era stato preceduto da trattative e studiato con riferimento ad edifici aventi particolari caratteristiche e le clausole non erano state tutte sottoscritte dal Comune a dimostrazione che le parti operavano su un piano di parità.

Sul quantum debeatur evidenziava che erano rimaste insolute fatture per rate bimestrali da aprile-giugno 2012 al dicembre 2013 per complessivi Euro 19.071,26 ed Euro 149.289,24 a titolo di corrispettivo di recesso, calcolato comprendendo il corrispettivo finale degli apparecchi, come previsto nell'allegato di ogni singolo edificio.

Insisteva quindi per la conferma del decreto; in subordine chiedeva il risarcimento del danno per lesione del legittimo affidamento a seguito di annullamento del contratto, essendo la rimozione in autotutela intervenuta dopo due anni dalla stipula del contratto di appalto e senza che controparte avesse mai contestato la regolare esecuzione dei servizi, quantificando il danno nell'importo complessivo scaduto e dei corrispettivi per il recesso; in ulteriore subordine domandava la condanna di controparte al pagamento dell'indennizzo derivante dall'arricchimento senza causa ottenuto dall'installazione degli apparecchi e dal servizio fornito, da liquidarsi in misura corrispondente all'importo ingiunto.

La scrivente alla prima udienza concedeva la provvisoria esecuzione limitatamente all'importo oggetto delle fatture bimestrali, escludendola con riferimento al corrispettivo per il recesso; concessi i termini ex art.183 c.p.c., istruiva la causa attraverso le prove orali dedotte dall'opposta e mediante consulenza tecnica finalizzata, in via principale, a verificare se l'impianto installato da Beghelli fosse idoneo a comportare un risparmio di energia e se effettivamente l'avesse conseguita, a stabilire la determinatezza del corrispettivo totale minimo ed il risparmio misurato e la correttezza della clausola che stabiliva il corrispettivo per il recesso, verificando la corrispondenza dei calcoli operati nel ricorso monitorio rispetto alle clausole contrattuali per entrambe le voci (fatture insolute e corrispettivo per il recesso); in subordine ad accertare l'arricchimento goduto dall'ente pubblico fino al deposito del ricorso monitorio.

Infine la causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 22 giugno 2017 sulle conclusioni in epigrafe indicate.

Il presente giudizio riguarda il contratto di appalto del servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico denominato "Un mondo di luce a costo zero" concluso tra le parti il 16 marzo 2011 (doc.4 opposta) in seguito a delibera della Giunta Municipale del 7.12.2010 n.105 (doc.5 opposta).

Le parti indicano in dettaglio che la società appaltatrice, avente per oggetto sociale «l'attività di offerta di servizi integrati per la realizzazione e gestione di *interventi di riduzione dei consumi di energia primaria*», «nell'ambito di tale sua attività, a seguito di *valutazioni preliminari degli edificio e degli impianti comunali specificato nelle schede di impianto allegate al presente contratto (allegato 1)*, ha sottoposto al cliente *il proprio parere preliminare* da cui risulta che, mediante sostituzione di tutto o parte degli apparecchi d'illuminazione che attualmente costituiscono l'impianto con apparecchi d'illuminazione di diverse caratteristiche *dotati di dispositivi di contabilizzazione dei risparmi energetici* (sistema Contarisparmio), è possibile, *a parità di condizioni di funzionamento*, conseguire *significativi risparmi energetici nonché adeguare le prestazioni dell'impianto alla finalità della normativa applicabile relativa alla procedure per la verifica periodica, la manutenzione, la revisione ed il collaudo degli impianti di illuminazione di sicurezza negli edifici. Che il cliente e Beghelli Servizi considerano obiettivo primario del servizio (...) l'ottenimento di un risparmio energetico che resti a vantaggio del Comune alla scadenza del contratto e che, durante la vigenza del contratto, remunererà sia gli investimenti realizzati presso il cliente da Beghelli Servizi per l'esecuzione del servizio di sostituzione di tutti e parte degli apparecchi di illuminazione che attualmente costituiscono l'impianto con apparecchi di illuminazione a risparmio energetico, sia i relativi servizi di manutenzione, misura e verifica erogati.*

Si legge inoltre che *il cliente intende affidare in appalto a Beghelli Servizi il servizio integrato di illuminazione risparmio energetico; che i pagamenti sono determinati in misura risultante dalla*



condivisione con il cliente dei vantaggi economici derivanti dal valore del risparmio energetico conseguito nel tempo.

In forza della clausola n.8 Beghelli rimane proprietaria degli apparecchi fino al pagamento del corrispettivo finale alla scadenza del termine di durata del contratto e in forza del punto 4.3 si riserva il diritto di procedere alla disattivazione degli stessi.

In virtù di esso Beghelli ha sostituito l'impianto di illuminazione in tredici edifici del Comune di Casapulla ed installato apparecchi di tipologia idonea dotati di alimentatore elettronico a flusso variabile a risparmio energetico e munito di Sistema Contariparmio; si è obbligata inoltre a fornire il servizio di telediagnosi energetica e funzionale e di manutenzione periodica programmata degli apparecchi sostitutivi.

Il contratto ha durata di tredici anni ed è previsto un corrispettivo minimo da versarsi in rate bimestrali, il cui importo deriva dal 90% del risparmio conseguito e da un conguaglio annuale.

1. Risoluzione del contratto in via di autotutela

La parte opponente assume di aver esercitato il diritto spettante in forza della L.241/1990 di procedere in via di autotutela alla risoluzione del contratto, recluso annullamento d'ufficio, a seguito della decisione dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), la quale con delibera del 18.4.2012 aveva ritenuto non applicabile al contratto de quo l'art.57 comma secondo lettera b) del codice appalti 163/2006 e quindi illegittima la stipula per mancata applicazione della procedura di evidenza pubblica, richiesta anche per i contratti sotto soglia, avendo il Comune proceduto all'affidamento diretto del servizio a Beghelli in forza di delibera della Giunta Municipale del 7.5.2010 n.105 senza seguire verifiche sull'unicità dell'offerta, nonché invitato il Comune a renderla edotta di eventuali atti adottati in autotutela e/o iniziative intraprese in attuazione della delibera.

Per tale motivo il Segretario Comunale con nota 22.2.2013 ha invitato l'ente a non pagare ulteriori fatture a Beghelli e a provvedere alla revoca di eventuali fatture messe in liquidazione.

Sostiene quindi che l'opposta non avrebbe potuto azionare la clausola sul recesso ed applicare la penale, poiché doveva ritenersi che il recesso fosse stato operato dall'Ente pubblico e non dall'appaltatore, come illegittimamente affermato nel ricorso monitorio.

In realtà le delibere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, ora sostituita dall'ANAC, hanno un valore non vincolante, costituendo la manifestazione di opinioni prive di valore provvedimento, non esprimendo alcun potere decisionale, e non possono risolversi nella funzione di interpretazione autentica della normativa né creare alcun vincolo per le amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza (Consiglio di Stato Sez.V, 21 aprile 2002 n.2180; Consiglio di Stato 31.10.2003 n.6760), tanto che sono insuscettibili di essere impugnate con ricorsi amministrativi (TAR Lazio Roma sez.III n.14009 del 15.12.2015).

Secondo il Consiglio di Stato ed i Tar l'AVCP non è dotata di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici e non può imporre scelte o in generale impartire prescrizioni (in tal senso Cons. Stato 5317/2006: *Ai sensi dell'art. 4 l. 11 febbraio 1994 n. 109, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici non è dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, statali o locali, così da poter ipotizzare un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di lavori pubblici, potendo solo vigilare sul corretto esercizio della funzione pubblica in materia di lavori pubblici, segnalando le irregolarità eventualmente riscontrate agli organi di controllo e, sussistendone i presupposti, all'autorità giurisdizionale competente e alla procura generale della Corte dei conti).*

In realtà la pubblica amministrazione ha agito in via di autotutela, deliberando lo scioglimento unilaterale del contratto, assumendo di dover ripristinare una legalità violata, che concerneva tuttavia soltanto il procedimento di scelta del contraente, come tale non sindacabile dal giudice ordinario; tuttavia, una volta perfezionatosi il contratto ed essendo stato eseguito integralmente da parte della stazione appaltante, essa non è esentata dal rispettare la clausola contrattuale che regola l'esercizio del



potere di recedere dal contratto se intende svincolarsi, non risultando intervenuto alcun provvedimento di diniego dell'approvazione da parte degli organi di controllo (che avrebbe potuto inficiare l'efficacia dell'atto amministrativo con cui era stata deliberata la conclusione del contratto).

Inoltre si osserva come dalla consulenza tecnica emerga in maniera inconfutabile che l'impianto installato da Beghelli garantisce effettivamente un risparmio nel consumo di energia, utilizzando lampade fluorescenti con alimentatori elettronici dimmerabili a maggior efficienza energetica rispetto a quelle preesistenti ed utilizza un sistema in retroazione che regola dinamicamente l'illuminazione artificiale in funzione dell'illuminazione naturale presente nella stanza, riducendo il quantitativo di energia utilizzata, perchè modula la potenza luminosa della lampada in funzione dei requisiti dell'ambiente in quel preciso momento (pag.11 e 12).

Poichè il Comune di Casapulla si è rifiutato di fornire al CTU le bollette di energia del periodo precedente l'installazione e quelle successive per poter compiere il dovuto confronto, sebbene ripetutamente richieste dall'Ing Di Candilo e fosse stata ordinata l'esibizione dalla scrivente, non si è potuto verificare l'effettivo risparmio conseguito, ma ciò non toglie che l'offerta di Beghelli rappresentasse una assoluta novità/unicità nell'ambito del panorama italiano e rispettasse, quanto meno in astratto, l'interesse pubblico da perseguire.

Ciò la dice lunga tuttavia sul comportamento tenuto dall'ente pubblico in tutta la vicenda, come meglio verrà argomentato nelle successive parti della motivazione.

2. Vessatorietà delle clausole sul recesso

Non può venire in rilievo la tutela apprestata dal codice di consumo (d. lgs. 205/2005), non rivestendo l'ente territoriale la qualifica di consumatore.

Consumatore, difatti, è colui che utilizza il contratto per il raggiungimento di scopi legati a bisogni o interessi personali, sganciati dall'esercizio di una professione e di un'attività imprenditoriale. Professionista, invece, è colui che acquista o utilizza beni o servizi per scopi riferibili all'attività imprenditoriale e professionale svolta.

L'opinione prevalente ritiene che la verifica circa la finalità del contratto prescindendo dall'aspetto soggettivo delle intenzioni del contraente, ma debba effettuarsi su un piano oggettivo, mettendo a confronto cioè le caratteristiche del bene o del servizio con la qualità dell'acquirente e con la natura dell'attività esercitata. E' necessario, quindi, che il contratto stipulato sia inquadrabile tra le manifestazioni tipiche dell'attività esercitata e non utilizzato solo occasionalmente per lo svolgimento dell'attività.

Fatta tale premessa, è indubbio che il contratto avente ad oggetto la fornitura di servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico appare strettamente connesso, in quanto strumentale e propedeutico, all'attività esercitata dall'ente pubblico utilizzando gli edifici dove sono stati installati gli impianti di Beghelli.

Si può, invece, affermare che trattasi di contratto concluso tra due professionisti, secondo lo schema del contratto per adesione, la cui disciplina trova il suo riferimento nell'art. 1341 del codice civile, come espressamente riportato nel contratto a pagina 21 e 22 laddove è scritto: "Ai sensi e per gli effetti degli artt.1341 comma e 1342 c.c. dichiaro di aver preso visione delle clausole di cui (...)."

Il contratto di adesione a condizioni generali, destinato a soddisfare le esigenze della contrattazione di massa, è caratterizzato, come è noto, da asimmetria di potere contrattuale tra le parti, poiché il regolamento è delineato da condizioni generali uniformi unilateralmente predisposte da uno dei contraenti, in assenza, quindi, di trattativa.

Per le clausole vessatorie, elencate al secondo comma, è prescritto l'elemento formale della doppia sottoscrizione per iscritto, che nel caso in esame è stato perfettamente soddisfatto.

Di conseguenza devono ritenersi applicabili, in quanto espressamente approvate, sia la clausola n.4.3 (recesso per mancato pagamento di due rate o di fattura a conguaglio) e sia la n.9 (recesso con preavviso a favore del Cliente dietro pagamento del corrispettivo per il recesso) che verranno esaminate in seguito.



3. Nullità per indeterminatezza

Altra questione sollevata da parte opponente riguarda la indeterminatezza dell'importo stabilito a titolo di corrispettivo, in quanto mancante dell'indicazione dell'importo stimato massimo pagabile ovvero l'importo complessivo presunto da porre a base della procedura, come previsto dall'art.29 codice appalti del 2006, con la conseguenza che al momento della negoziazione e della stipula la remunerazione dell'appaltatore era determinata solo in parte, nel suo ammontare minimo, mentre una parte di importi aggiuntivi erano solo determinabili mediante i criteri indicati nel contratto.

A prescindere da ogni valutazione pubblicistica, la censura di indeterminatezza dell'oggetto rileva ai sensi del combinato disposto degli artt.1346 e 1418 c.c.: nel contratto il requisito di determinabilità dell'oggetto sussiste quando in esso siano contenuti elementi prestabiliti dalle parti, che possono consistere anche nel riferimento a dati di fatto esistenti e sicuramente accertabili, i quali siano idonei all'esecuzione del contratto mediante un procedimento di mera attuazione, per cui l'indeterminatezza o l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto porta alla sua nullità solo in casi eccezionali, in ossequio al principio della conservazione degli atti giuridici sancito dall'art. 1367 c.c., e comunque non quando nel contratto vi sono elementi prestabiliti dalle parti, che rendono idonea l'identificazione della prestazione. (con riferimento ai contratti pubblici Consiglio di Stato, sez. V, 13/03/2014, n. 1172).

Essa va tuttavia esclusa per le ragioni evidenziate nella consulenza tecnica d'ufficio, il cui punto 3 del quesito era diretto proprio ad accertare se fosse determinabile sia il "corrispettivo totale minimo" di cui all'allegato 1 del contratto, se cioè fosse possibile determinarlo secondo i calcoli ivi previsti, sia il "Risparmio misurato" di cui all'allegato 2 del contratto.

Alle pagini 13 e seguenti dell'elaborato peritale è scritto: Il corrispettivo totale minimo (CTM) è indicato all'art.3 del contratto "Corrispettivo del servizio appaltato" che recita: *A titolo di corrispettivo globale minimo per il servizio integrato di illuminazione a risparmio energetico (...) il Cliente corrisponderà a Beghelli Servizi a titolo di Corrispettivo Totale Minimo del Servizio un importo pari ad Euro 148.820,00 quale totale complessivo del corrispettivo totale minimo dei singoli edifici di cui all'allegato 1/a...o*, restando espressamente inteso che il *corrispettivo totale minimo come sopra indicato potrà subire variazioni in base all'effettivo numero di apparecchi sostitutivi installati presso il cliente.*

Precisa il consulente che in tali allegati il CTM è calcolato moltiplicando gli importi dei canoni di manutenzione specifici per ogni singolo apparecchio sostitutivo per il numero totale degli apparecchi sostitutivi: esso pertanto assegna un valore monetario (canone tredicennale) a ciascuno dei prodotti installati e ne fa la somma. Poiché il numero degli apparecchi sostitutivi è risultato inferiore di 33 unità rispetto alle previsioni contrattuali, il CTM calcolato da Beghelli utilizza nella formula il numero degli apparecchi effettivamente sostituiti e quindi corrisponde a quanto effettivamente stabilito nel contratto. In conclusione, operati i calcoli necessari, il CTU afferma che l'importo complessivo del totale del Corrispettivo Totale minimo è di Euro 141.920,00, leggermente inferiore a quello previsto nel contratto.

Quanto al Risparmio Misurato, secondo il consulente esso è del tutto determinabile in base a quanto contenuto nelle condizioni contrattuali.

Discorso diverso va invece operato per quanto concerne il fondamento effettivo del risparmio misurato, definito contrattualmente come il valore in Euro del risparmio misurato come dato fornito dall'apparecchio di misura denominato Contarisparmio, installato su ogni apparecchio.

Il CTU, analizzato il materiale fornito agli atti ed eseguite prove empiriche in laboratorio su uno specifico apparato, ha affermato che tale dispositivo Contarisparmio non fornisce una misura del risparmio ottenuto, ma elabora una stima, tramite un calcolo algebrico, del risparmio di energia dato dal nuovo apparato di illuminazione; in altre parole, misura l'effettiva energia consumata e la confronta con l'ipotetica energia consumata da un apparato di illuminazione standard di classe C, fornendo quindi una stima teorica dell'energia risparmiata e non una stima del risparmio economico.



Non di meno il CTU ha evidenziato che lo studio di fattibilità compiuto da Beghelli sui tredici edifici interessati dall'intervento avrebbe comportato un risparmio economico, oltre che energetico, se l'intero sistema di illuminazione fosse stato utilizzato per un numero medio di ore giornaliere superiore a 6,5; soltanto in tal caso il risparmio economico prodotto sarebbe stato tale da coprire anche il costo dell'impianto, mentre in caso contrario il cliente è tenuto a pagare un conguaglio a Beghelli.

Avendo il CTU riscontrato che, dai dati di consumo effettivo, gli apparecchi funzionano un numero medio di ore inferiore a quello definito in sede contrattuale, si può affermare che l'aver sovrastimato la durata di funzionamento medio di utilizzo ha comportato un minore risparmio energetico che si è tradotto in un conguaglio economico.

In conclusione il contratto contiene elementi determinati e determinabili con riferimento al Corrispettivo Totale Minimo, mentre il corrispettivo massimo potrà essere determinato sulla scorta dei criteri forniti dal contratto soltanto a posteriori sulla scorta delle ore di utilizzo degli apparecchi illuminanti, mentre è certo il risparmio energetico per via delle caratteristiche intrinseche delle lampadine.

Poiché Beghelli ha richiesto soltanto il pagamento di fatture bimestrali e non di fatture a conguaglio, l'importo di Euro 19.247,53 è da ritenersi corretto e quindi dovuto (pag.29 CTU).

Con riferimento alle fatture bimestrali aventi ad oggetto il corrispettivo minimo (doc.15 opposta), il relativo ammontare è stato determinato sulla scorta della formula indicata nel contratto, cioè risparmio misurato moltiplicato per 90 e diviso per 100; come è stato spiegato dal teste Ing. Lorenzo Baldini, Direttore Tecnico di Beghelli Servizi, in ogni riga della fattura è indicato il risparmio misurato in Kw/h, il valore del risparmio tradotto in Euro; alla voce successiva viene riconosciuto il 10% del risparmio a favore del cliente e l'ultima voce è l'importo che viene fatturato, calcolando il 90% del consumo.

Il corrispettivo cd. minimo risulta quantificato da Beghelli sulla scorta di calcoli che, per quanto complicati, non provocano alcuna nullità del relativo patto per indeterminatezza/indeterminabilità, come riconosciuto di recente da questo Tribunale (sentenza G.I. D'Orazi n. 1039/2017: *l'unico elemento non immediatamente determinato, nella formula appresso indicata, è l'entità del risparmio che viene costantemente monitorato dal dispositivo contarisparmio; tale dispositivo confronta l'effettiva energia consumata con l'ipotetica energia consumata da un apparato di illuminazione come quello preesistente. La differenza che se ne ricava in termini di risparmio energetico viene poi trasformata in risparmio economico. L'importo è il risultato che si ottiene dalla formula algebrica indicata all'allegato 2 del contratto e, come rilevato anche dal CTU (si veda pag. 22 della relazione peritale), esso è "assolutamente determinabile"*).

Non vi è dubbio, naturalmente, che la clausola in questione presenti profili di difficile leggibilità, per l'utente laico; tuttavia, il prof. Sangiorgi, incaricato della CTU, ha chiaramente indicato in perizia come le somme dovute siano a tutti gli effetti determinabili, attraverso l'algoritmo contenuto nella clausola. Il punto è pacifico; non vi sono nemmeno osservazioni consistenti da parte dei consulenti di parte.)

In tale decisione è stata altresì affermata la congruità del corrispettivo sulla scorta di considerazioni che vengono integralmente richiamate e condivise.

4. Corrispettivo per il recesso.

Stabilisce la clausola 4.3 che *qualora il Cliente non adempia al tempestivo pagamento di due rate bimestrali, anche non consecutive, ovvero anche di una sola fattura di conguaglio emessa ai sensi del precedente Art.4.1.2., egli si intenderà automaticamente receduto per comportamento concludente dal contratto e sarà pertanto obbligato a pagare immediatamente a Beghelli Servizi, a titolo di corrispettivo del recesso ex art.1373 ultimo comma cod. civ., un importo pari a quello previsto dal successivo art.9.1 lettera a) o b) a seconda del momento in cui si sarà verificato il caso di recesso. È fatta salva inoltre, in tale caso, la facoltà di Beghelli Servizi, quale proprietaria esclusiva degli Apparecchi ai sensi del successivo art.8, di procedere alla disattivazione degli Apparecchi stessi.*



A sua volta l'art.9 prevede il diritto del cliente di recedere anticipatamente dal contratto mediante lettera raccomandata A.R. anticipata via telefax da inviarsi all'appaltatrice con preavviso di almeno sei mesi, fermo restando che il recesso del cliente sarà efficace solo dietro pagamento di un importo, a titolo di corrispettivo del recesso ex art.1373 u.c. c.c., determinato a seconda che abbia luogo prima della scadenza del tredicesimo anno o alla scadenza, a seconda che sia stato raggiunto o meno il CTM. Non può ritenersi efficace il recesso operato dal Comune per mancato versamento del corrispettivo, per cui non resta che applicare la clausola risolutiva espressa di cui all'art.4.3.

In proposito si sono pronunciati altri colleghi dell'ufficio (dott. D'Orazi e Dott.ssa Giuliano), ritenendo che la clausola in oggetto debba in realtà essere inquadrata nell'ambito del disposto dell'art.1456 c.c., come clausola risolutiva espressa, di cui peraltro risulta essersi avvalsa Beghelli con la raccomandata 28.11.13 citata nel ricorso monitorio.

Scrivendo il Dott. D'Orazi: *“Che, nonostante, il nomen, si sia all'interno di un fenomeno di inadempimento, risulta dalla condotta delle parti. A conferma della correttezza della sussunzione della clausola nell'alveo di operatività dell'art. 1456 c.c. vi è anche il comportamento tenuto dalla Beghelli, la quale, con diffida ad adempiere datata 19.11.2011 (doc. 4 di parte opposta) ha comunicato all'opponente di volersi avvalere della clausola 4.3 del contratto con conseguente scioglimento del rapporto contrattuale ed obbligo in capo al Comune di pagare il corrispettivo ivi previsto.*

Venendo quindi al corrispettivo da ultimo indicato, si rileva che, riqualificato il recesso in clausola risolutiva espressa, anche la somma ivi prevista deve essere riqualificata. A fronte dell'inadempimento di cui all'art. 1456 c.c., già ritenuto dalle parti di non scarsa importanza e come tale causa sufficiente di risoluzione del rapporto, la parte fedele, che subisce l'inadempimento, deve essere risarcita per i danni che le derivino dall'altrui inadempimento. Qualora le parti predeterminino l'ammontare di tale risarcimento si è al cospetto di una clausola penale ex art. 1382 e ss c.c. e non di un corrispettivo per il recesso (che in realtà è un inadempimento).

La formula prevista in contratto alla clausola n.9 per il pagamento del c.d. corrispettivo del recesso (nel caso di recesso prima della scadenza del contratto, come nel caso che occupa) è pari a: *Numero delle rate moltiplicato per il risparmio medio, moltiplicato a sua volta per 60 e diviso per 100*, dove per numero delle rate si intendono le rate ancora da versare al momento in cui si verifica l'inadempimento. E', infine, stabilito che *“Resta espressamente inteso che con il pagamento del corrispettivo del recesso ex art. 1373 c.c [...] , Beghelli Servizi si intenderà tacitata per qualsivoglia pretesa di indennizzo spettante all'Appaltatrice ai sensi dell'art. 1671 c.c.”.*

Secondo il CTU il conteggio relativo a recesso è determinabile ai sensi dell'art.9 del contratto ed è stato determinato in Euro 154.510,89, quindi in misura addirittura maggiore rispetto a quanto richiesto in sede monitoria dalla società opposta.

La scrivente aderisce alle considerazioni riportate in tali decisioni sulla congruità dell'ammontare stabilito a titolo di clausola penale in quanto parametrato alla forfetizzazione del danno, che tenga conto sia del danno emergente, rappresentato dai costi sostenuti da Beghelli per gli apparecchi e la loro installazione, nonché i costi fissi (di carattere finanziario e per ricerca, amministrazione, manutenzione, servizio di telediagnosi, etc), sia del lucro cessante, rappresentato dal numero di rate di corrispettivo bimestrale ancora dovute (per la durata di circa 6 anni).

Rimane da valutare la possibilità di provvedere d'ufficio alla riduzione della penale per manifesta eccessività ai sensi dell'art.1384 c.c..

Sul punto la consulenza tecnica ha fornito dati interessanti, laddove ha affermato che nel contratto è stata sovrastimata la durata di funzionamento medio di utilizzo degli apparecchi e che ciò ha portato ad un minore risparmio energetico, che si è tradotto in un conguaglio economico a carico del Comune, ed ha quantificato l'arricchimento goduto dal predetto ente nella misura di Euro 66.614,66 per i costi tecnici ed in Euro 15.950,64 per gli oneri finanziati sostenuti da Beghelli, oltre ad Euro 35.480,00 a titolo di mancato guadagno.



Si ritiene equo pertanto ridurre in via equitativa la penale richiesta nella misura di Euro 118.045,30, dovendosi ritenere che Beghelli abbia sostenuto i costi indicati dal CTU, come si evince dalla narrativa esposta nel ricorso monitorio, nel quale la ricorrente dà atto di aver compreso in tale importo il corrispettivo finale degli apparecchi effettivamente installati da parte della medesima e dai prospetti allegati, ma abbia altresì prospettato un guadagno a favore del Comune che non sarebbe mai stato possibile realizzare.

Il decreto ingiuntivo va conseguentemente revocato, con riconoscimento a favore di Beghelli Servizi della minor somma sopra indicata a titolo di corrispettivo della penale.

La integrale soccombenza di parte opponente comporta la condanna della stessa al pagamento delle spese di lite liquidate in dispositivo, nonché quelle di CTU già liquidate con decreto 30.01.2017.

P.Q.M.

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

revoca il decreto ingiuntivo opposto;

condanna il Comune di Casapulla al pagamento di Euro 19.071,26 quale corrispettivo per le fatture insolute e di Euro 118.045,30 a titolo di penale, oltre interessi rispettivamente come previsto ex D.Lgs 231/2001 per quanto riguarda le fatture e dalla domanda monitoria al saldo con riguardo alla penale;

Condanna altresì la parte opponente a rimborsare alla parte opposta le spese di lite, che si liquidano € 13.000,00 per compenso, oltre i.v.a., c.p.a. e spese generali, nonché le spese di CTU.

Bologna, 28 novembre 2017

Il Giudice
dott. Carolina Gentili

