N. R.G. 1291/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI PALMI

Il Tribunale, in composizione monocratica, nella persona del giudice Luca Coppola, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 24.10.2017, nel procedimento indicato in epigrafe, promosso da BAGLIONE PAINTE SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Antonello Sdanganelli, nei confronti di CONCRETE SRL, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Circosta e Valentina Lucà, e del COMUNE DI SAN FERDINANDO, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Callipo, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

(ai sensi dell'art. 700 c.p.c.)

1.- La società BAGLIONE PIANTE SRL ha convenuto *ex* art. 700 c.p.c. il COMUNE DI SAN FERDINANDO e la società CONCRETE SRL, rappresentando che, in seguito all'aggiudicazione dell'appalto di lavori denominati "*Sviluppo Water Front della città di San Ferdinando*", il predetto ente locale stipulava in data 11.06.2015 il relativo contratto con la società aggiudicataria Stemag srl (ora CONCRETE SRL), con la quale essa ricorrente aveva poi concluso in data 01.10.2016 un subappalto per l'esecuzione di tutte le lavorazioni appartenenti alla categoria OS24, convenendo quale corrispettivo l'importo di euro 556.729,28.
Ha dedotto che, successivamente all'esecuzione del subappalto, aveva emesso la fattura n. 3/a del 28.03.2017 per l'importo di euro 280.740,14 nei confronti della ditta subappaltante, ma che, a fronte dell'inadempimento di quest'ultima, rivolgeva, ai sensi dell'art.

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

118, comma 3, D.Lgs. 163/2006, le proprie pretese direttamente nei confronti della stazione subappaltante.

Ha evidenziato che la corretta esecuzione del subappalto era stata accertata in sede di collaudo definitivo e dal tecnico della CONCRETE, ing. De Maria Domenico.

Ha rappresentato che, nonostante con nota n. 4419 del 25.05.2017, il RUP avesse ammesso la sussistenza delle condizioni per il pagamento diretto in favore di essa ricorrente, il COMUNE DI SAN FERDINANDO non procedeva al pagamento dell'importo fatturato, seppur a ciò diffidato con due missive del 12.06.2017 e del 19.06.2017 e nonostante il collaudo avesse riconosciuto un credito in favore dell'appaltatrice pari ad euro 512.583,45.

Ha, infine, evidenziato che il perdurante inadempimento della controparte contrattuale ha determinato un pericolo imminente ed irreparabile, non rimediale con una tutela in via ordinaria, come dimostrato dall'impossibilità attuale di soddisfare i debiti contratti con i fornitori ed i dipendenti.

Ha chiesto, pertanto, ordinarsi al comune convenuto il pagamento in suo favore dell'importo di cui alla fattura 3A.

1.1.- Costituendosi in giudizio, la CONCRETE SRL ha preliminarmente eccepito il difetto di competenza del giudice adito alla luce del foro convenzionalmente prescelto dalle parti nel contratto di subappalto ed ha chiesto nel merito il rigetto della domanda, evidenziando, fra l'altro, la non corrispondenza dei lavori indicati nella fattura 3/a del 28.03.2017 a quelli effettivamente eseguiti, come confermato dal certificato di collaudo del 13.06.2017.

1.2.- Il COMUNE DI SAN FERDINANDO ha chiesto il rigetto della domanda, fra l'altro deducendo, da un lato, il proprio difetto di legittimazione passiva, e, dall'altro, la non corretta esecuzione del subappalto da parte dell'impresa ricorrente.

1.3.- Concessi termini per note, le parti discutevano la causa all'udienza del 24.10.2017.

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

2.- La domanda è parzialmente fondata per le ragioni dappresso indicate.

3.- In via preliminare deve essere disattesa l'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dalla CONCRETE SRL in forza dell'art. 22 del contratto di subappalto, posto che tale pattuizione non ha effetto nei confronti del COMUNE DI SAN FERDINANDO rimasto estraneo all'accordo, potendo l'attore, in deroga al foro convenzionalmente pattuito, ancorché come esclusivo, agire innanzi al giudice del luogo di residenza o di domicilio di uno dei convenuti per ragioni di connessione soggettiva, allorché, come nel caso di specie, le cause siano connesse per il titolo.

Peraltro, si evidenzia che nelle ipotesi di connessione soggettiva fra cause, qualora il convenuto voglia sostenere l'incompetenza del giudice adito in favore del foro convenzionale esclusivo, deve dimostrare anche la non corrispondenza del foro prescelto dall'attore ad uno di quelli generali validi per le persone fisiche o giuridiche. Ciò non è avvenuto nel caso di specie, essendosi limitata la CONCRETE SRL a dar prova esclusivamente dell'esistenza del foro convenzionale.

4.- In ordine al *fumus boni iuris*, la società BAGLIONE PIANTE SRL, nel formulare le proprie richieste, ha ritenuto che il COMUNE DI SAN FERDINANDO fosse obbligato a procedere al pagamento diretto in suo favore della somma di euro 280.740,14, oltre interessi legali, a titolo di corrispettivo del subappalto, così come previsto dall'allora vigente art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 - così come modificato dal D.L. 145/2013 - dall'art. 13, comma 2, L. 180/2011 e dall'art. 22 del contratto di appalto.

Ha, inoltre, evidenziato che il comune convenuto, seppur avesse con nota del RUP n. 4419 del 25.05.2017 ritenuto sussistenti i presupposti per il pagamento diretto in favore di essa subappaltatrice, aveva, da un lato, limitato tale modalità agli importi relativi alle prestazioni non contestate dalla società appaltatrice, nonostante l'esito positivo del collaudo e, dall'altro, non aveva, comunque, pagato neppure tali somme.

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

4.1.- E' necessario preliminarmente verificare se, alla luce della normativa richiamata dalla ricorrente e della documentazione versata in atti, sussista ed in che misura in capo alla stazione appaltante un obbligo di pagamento diretto in favore dell'impresa subappaltatrice, altrimenti dovendosi escludere la possibilità di un'azione diretta da parte di quest'ultima nei confronti del committente.

4.1.1.- A seguito delle modifiche apportate dal DL 145/2013, l'art. 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 (*ratione temporis* applicabile al caso di specie) disponeva l'obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere al pagamento diretto in favore dell'impresa subappaltatrice allorché ciò fosse previsto espressamente nel bando di gara, al contrario prevedendo una semplice facoltà ove ricorressero "*condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono*".

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, la semplice circostanza del comprovato inadempimento della società appaltatrice e della conseguente crisi di liquidità finanziaria, non ha comportato il sorgere di un obbligo al pagamento diretto in capo al COMUNE DI SAN FERDINANDO, posto che l'art. 15, lett. l) del bando di gara ha disposto che "*I pagamenti relativi ai lavori svolti dal subappaltatore o cottimista, secondo le indicazioni di cui all'art. 55 del Capitolato Speciale d'Appalto, verranno effettuati dall'aggiudicatario*", senza che sia stata prevista alcuna deroga nel senso di cui alla predetta disposizione normativa.

4.1.2.- Peraltro, si evidenzia che, in ossequio all'art. 13, comma 2, L. 180/2011, l'art. 22 del contratto di appalto ha previsto espressamente che la stazione appaltante "*provvede al pagamento diretto dei subappaltatori qualora questi siano micro, piccole o medie imprese*".

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

Il COMUNE DI SAN FERDINANDO ha contestato con la propria comparsa di costituzione e risposta la sussistenza della predetta qualità in capo alla società ricorrente, la quale, con note depositate in data 02.10.2017, ha dedotto di essere piccola impresa, in quanto avente 19 dipendenti ed un fatturato annuo inferiore ad euro 10.000.000,00, producendo visura camerale a sostegno dell'assunto.

Posto che i limiti occupazionali e finanziari, necessari per poter essere inquadrati nella piccola o media impresa, devono sussistere congiuntamente, non può presumersi dalla sussistenza di un requisito l'esistenza dell'altro.

Per conseguenza, non può ritenersi provato il requisito finanziario, non avendo parte ricorrente offerto alcun documento (ad esempio, i bilanci d'esercizio) dai quali desumere il fatturato della società.

5.- Seppur in applicazione delle predette disposizioni non possa, quindi, nel caso di specie ritenersi sussistente un obbligo in capo alla stazione appaltante al pagamento diretto in favore della subappaltatrice, si osserva che con nota n. 4419 del 25.05.2017 il Geom. Vincenzo De Masi, responsabile del procedimento, nonché responsabile dell'Area tecnica del COMUNE DI SAN FERDINANDO, ha comunicato alla società BAGLIONE PIANTE SRL che "*l'impresa Concrete srl ha presentato proposta motivata di pagamento rilevando nel contempo alcune contestazioni circa lavorazioni non eseguite a regola d'arte, riconoscimento di attività extracontrattuali ed applicazioni di penali dovuti a ritardi nell'esecuzione dei lavori per le quali è stato riconosciuto un importo inferiore rispetto a quanto richiesto da codesto subappaltatore con nota acquisita al prot. Com. n. 2595 del 28.03.2017. Le condizioni sopra espresse, allo stato attuale, permettono a questa stazione appaltante di procedere al pagamento esclusivamente secondo le indicazioni dell'impresa appaltatrice, pertanto si fa presente che ogni eventuale controversia dovrà essere risolta autonomamente fra le parti*". Peraltro, il COMUNE DI SAN FERDINANDO, con la medesima nota, ha fatto salvo "*l'esito delle operazioni di collaudo attualmente in corso di esecuzione*".

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

Attesa la cognizione sommaria, riservata al procedimento d'urgenza, può ritenersi che la predetta nota sia tale da impegnare l'ente nei confronti della BAGLIONE PIANTE SRL, posto che l'ing. De masi, oltre a rivestire la qualità di responsabile unico del procedimento (così come dedotto dalle parti), è anche Responsabile dell'Area tecnica del comune, rappresentando lo stesso verso l'esterno, come dimostrato dalla circostanza che proprio l'ing. De Masi ha sottoscritto il contratto di appalto con la Stemag srl (ora CONCRETE SRL) in nome e per conto del COMUNE DI SAN FERDINANDO.

Pertanto, può ritenersi che il COMUNE convenuto abbia assunto spontaneamente l'obbligo di pagamento diretto in favore del subappaltatore nei limiti degli importi non contestati dalla società appaltatrice e fatto salvo l'esito del collaudo.

5.1.- Sotto il primo profilo, si evidenzia che con missiva del 05.05.2017, la CONCRETE SRL, su richiesta della stazione appaltante, ha comunicato le lavorazioni eseguite dalla BAGLIONE PIANTE SRL ed ha quantificato il corrispettivo dovuto, al netto delle penali applicate per i ritardi, in complessivi euro 174.646,68.

5.2.- Sotto il secondo profilo, si osserva che dal certificato di collaudo del 13.06.2017, così come dedotto dalle resistenti ed, in particolare, dalla società CONCRETE SRL alle pagg. 20, 21 e 22 della propria comparsa di costituzione e risposta, è emerso il non corretto adempimento di talune prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

In particolare, dal predetto certificato emerge: il non completamento della segnaletica stradale, orizzontale e verticale, per la quale la BAGLIONE PIANTE SRL ha chiesto il pagamento di un importo pari ad euro 5.218,30; una variazione colturale, con conseguente riduzione dell'importo relativo alle essenze arboree nella misura di euro 1.342,68; la realizzazione della passerella in legno nella quantità di mq 1.274,80, rispetto a mq. 1.370,41, con conseguente riduzione dell'importo contabilizzato nella misura di euro 9.515,72; in relazione alla voce NP2, la non corrispondenza fra la lavorazione di

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

fatto eseguita e quanto previsto nel progetto esecutivo, con conseguente riduzione per l'importo complessivo di euro 16.850,40, imputabile alla ricorrente nella misura del 30%, così come allegato e non contestato dalla società resistente.

5.3.- Pertanto, alla luce della riserva formulata nella nota n. 4419 del 22.05.2017, si ritiene che il COMUNE DI SAN FERDINANDO sia tenuto al pagamento della somma di euro 174.646,68 ulteriormente ridotta dei predetti importi, pervenendosi così all'ammontare di euro 153.514,00.

5.4.- Non può trovare accoglimento l'eccezione formulata da entrambi i resistenti circa la mancata consegna del DURC, atteso che tale circostanza è smentita da quanto attestato nel certificato di collaudo (cfr. certificato di collaudo, pag. 17)

6.- Può ritenersi sussistente il *periculum in mora*, posto che, alla luce della documentazione depositata dalla ricorrente, è evidente che il protrarsi dell'insoddisfazione del credito nelle more del giudizio di merito creerebbe un eccessivo scarto tra danno subito e danno effettivamente risarcito, attesa anche l'istanza di fallimento presentata dalla Edilpalamara nei confronti della società ricorrente.

7.- Dato il parziale accoglimento della domanda, si reputa opportuna la compensazione delle spese di lite in misura della metà.

Le restanti spese del giudizio seguono la soccombenza delle resistenti e sono liquidate, come da dispositivo, alla luce del DM 55/2014, valori medi, tenuto conto del valore accertato della causa e della complessiva difesa svolta.

P Q M

Il Tribunale di Palmi:

- ORDINA al COMUNE DI SAN FERDINANDO di pagare alla BAGLIONE PIANTE SRL la somma di euro 153.514,00, oltre interessi legali dal giorno della domanda;
- PONE in capo alla CONCRETE SRL ed al COMUNE DI SAN FERDINANDO le spese del presente giudizio che, previa compensazione nella misura della metà, si liquidano in complessivi euro 317,00 a

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e

titolo di spese documentate ed euro 3.981,00 a titolo di compensi, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Palmi, 13.12.2017

Il giudice

Luca Coppola

Firmato Da: COPPOLA LUCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: f817e