

Tribunale di Milano, 18 gennaio 2010 – Est. Carla Romana Raineri.

**Giurisdizione civile – Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Opere pubbliche – Appalto o concessione – Controversie nascenti dall'esecuzione – Giurisdizione dell'AGO – Sussistenza – Fattispecie in tema di incameramento della cauzione.**

**Competenza per territorio – Accordo delle parti – Previsione di una "competenza derogata" e non inderogabile – Connessione di cause – Conseguenze – Eccezione del convenuto – Onere di eccepire l'incompetenza anche con riferimento alle cause connesse – Sussistenza.**

**Garanzia – Fideiussione – Garanzia autonoma ed a prima richiesta – Exceptio doli generalis – Ammissibilità – Prova – Necessità.**

*In materia di appalti pubblici, gli artt. 6 e 7 L. n. 205 del 2000 hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, dato che concernono i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto; appartiene pertanto alla giurisdizione ordinaria, in quanto relativa alla fase di esecuzione dell'appalto, la controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione sulla base di una specifica clausola contrattuale che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di escutere la polizza prestata a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, senza necessità di diffida o di provvedimento giudiziario e senza possibilità per l'appaltatore e l'istituto assicuratore di opporre eccezioni. (fb) (riproduzione riservata)*

*Il foro convenzionale, ancorché pattuito come esclusivo, può subire deroga nel caso di connessione oggettiva, ai sensi dell'art. 33 codice procedura civile, così che un soggetto convenuto presso un foro diverso da quello convenzionale, per impedire che si estenda nei propri confronti, per ragione di connessione, la competenza territoriale relativa all'altro convenuto, ha l'onere di eccepire l'insussistenza di una ragione di competenza nei confronti di quest'ultimo in base ai criteri degli artt. 18-19 c.p.c., richiamati dall'art. 33 codice procedura civile ai fini dell'operatività della relativa ragione di modificazione della competenza (Fattispecie in tema di escussione di fideiussione a garanzia dell'esecuzione di appalto). (fb) (riproduzione riservata)*

*Anche in presenza di garanzia fideiussoria a carattere autonomo ed "a prima richiesta", il debitore ha la facoltà di richiedere l'inibitoria della sua escussione nel caso in cui la condotta del beneficiario si appalesi come "abusiva-fraudolenta" e di tale connotato fornisca una prova adeguata. (fb) (riproduzione riservata)*

# IL CASO.it

omissis

Premessa

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. in corso di causa, di cui al sopra richiamato R.G., la Società P. S.c.p.a. (di seguito "P.") ha chiesto l'emissione di un provvedimento volto a:

- inibire alla Z. LTD ("Z.") il pagamento a favore dell'A. (A.) della somma di Euro 23.225.400,00, ai sensi della polizza fideiussoria n.950D9881 rilasciata dalla Z. a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni di cui alla convenzione stipulata tra P. ed A.;
- inibire ad A. di procedere all'escussione della suddetta garanzia

Il G.D., ritenuta l'insussistenza dei presupposti per provvedere inaudita altera parte, fissava per la comparizione delle parti l'udienza del 21.12.09, autorizzando le resistenti al deposito di memorie difensive;

Tale udienza, su accordo dei difensori, veniva rinviata, al fine di consentire una migliore trattazione del ricorso, al 22.12.2009;

All'esito di tale udienza di discussione il G.D. si riservava di decidere.

**IL CASO.it**

Il G.D. a scioglimento della riserva di cui sopra osserva:

Il presente ricorso si colloca nell'ambito del giudizio di merito promosso da P. nei confronti della A. e della Z., di cui al n. R.G. 74309/09.

- In data 17 giugno 2003 veniva stipulata tra P. ed il Commissario Delegato per l'emergenza rifiuti (Presidente della Regione Siciliana, a cui succederà nei poteri e nelle funzioni A.) una Convenzione, attraverso la quale era stato affidato all'odierna ricorrente l'incarico di realizzare un termovalorizzatore, nonché la gestione del servizio di trattamento dei rifiuti prodotti nell'ambito territoriale della Provincia di Agrigento;

- In conformità a quanto disposto nell'art. 15 della summenzionata Convenzione, e contestualmente alla stipula della stessa, P. consegnava ad A. una Garanzia pari al 10% dell'importo complessivo dei servizi previsti per il primo quadriennio "a garanzia della realizzazione degli impianti di termovalorizzazione e della successiva gestione";

- Ai sensi della predetta garanzia Z. si costituiva fideiussore di A. per gli importi dovuti da P. alla stessa "in conseguenza di inadempienze all'obbligazione garantita";

- Con lettera raccomandata inviata da A. a Z. la prima escuteva la polizza medesima; di qui il presente ricorso d'urgenza richiesto da P. per inibire tale escussione.

Questioni preliminari di rito

Costituendosi nel presente procedimento d'urgenza l'Agenzia resistente ha eccepito in via preliminare l'incompetenza territoriale del giudice adito.

Nel corso dell'udienza di discussione è stata, altresì, sollevata un'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Sulla Giurisdizione

Per quanto concerne il possibile difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo, si rileva che la Pubblica Amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis della L. 241/1990, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, può agire secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

La Convenzione stipulata tra le parti di questo procedimento (del giugno 2003), nonché l'Accordo seguente (aprile 2009), devono ritenersi accordi di diritto privato e, in quanto tali, non rientranti nel campo di applicazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dal comma 5, art. 11, Legge citata, in tema di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative alle procedure di affidamento in materia di pubblici servizi concerne unicamente l'annullamento degli atti di gara ed i verbali di aggiudicazione.

Cosicché ove il giudice amministrativo procedesse all'annullamento dei contratti stipulati all'esito delle relative gare, pronunciando sugli effetti di questi, eccederebbe i limiti della propria giurisdizione.

Ed invero, dai contratti de quo "sorgono diritti soggettivi, la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta riservata alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" (così, Cass. S.U. n. 10443/2008).

La Suprema Corte, pronunciandosi in tema di riparto di giurisdizione nella materia delle concessioni di pubblici servizi, ha statuito che restano riservate al giudice ordinario le controversie di contenuto meramente patrimoniale, ossia quelle "nelle quali non venga in rilievo il potere della p.a. a tutela di interessi generali ovvero la verifica dell'esercizio di poteri discrezionali di cui la p.a. gode nella determinazione di indennità, canoni o altri corrispettivi" (Cass. S.U. 27333/2008).

**IL CASO.it**

Parimenti, con sentenza n. 4425/2007, ha affermato che "in materia di appalti pubblici, gli artt. 6 e 7 L. n. 205 del 2000 hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, dato che concernono i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto; pertanto appartiene alla giurisdizione ordinaria, in quanto relativa alla fase di esecuzione dell'appalto, la controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione sulla base di una specifica clausola contrattuale che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di

escutere la polizza prestata a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali, senza necessità di diffida o di provvedimento giudiziario e senza possibilità per l'appaltatore e l'istituto assicuratore di opporre eccezioni".

Alla luce di ciò che precede il contenzioso fra le parti deve ritenersi afferente alla giurisdizione ordinaria e dunque correttamente incardinato, sotto tale profilo, presso il giudice adito.

## **IL CASO.it**

### Sulla Competenza territoriale

L'Agenzia resistente ha, altresì eccepito l'incompetenza territoriale del Tribunale di Milano sulla scorta di un duplice profilo:

(a) incompetenza alla stregua delle clausole contrattuali: a tal proposito A. invoca rispettivamente l'art. 17 della Convenzione 17.06.03, ai sensi del quale: "Per la soluzione di ogni eventuale controversia relativa all'interpretazione ed alla esecuzione della presente Convenzione non risolta in via amministrativa il Foro competente è quello di Palermo"; nonché l'art. 10 del successivo Accordo 28.04.09 (di cui si tratterà analizzando il fumus), secondo cui: "Eventuali controversie relative alla validità, all'interpretazione e all'esecuzione del presente Accordo sono di competenza dell'AGO. Foro competente, anche in deroga alle norme sulla competenza, è il Foro di Palermo".

(b) Incompetenza riferita ai fori previsti ex lege: per quanto riguarda i fori di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c. per avere sia la ricorrente che la resistente sede in Palermo; per quanto concerne il foro di cui all'art.20 c.p.c. per essere l'obbligazione sorta in Palermo (luogo di stipula di Convenzione ed Accordo) e per doversi eseguire l'obbligazione [di pagamento] presso la sede dell'Agenzia [Creditore], quindi sempre in Palermo.

Con riferimento alla invocata pattuizione di un foro esclusivo, ritiene questo giudicante che una siffatta previsione non si possa rinvenire né nella Convenzione né nel successivo Accordo, non emergendo dal tenore letterale degli stessi.

(L'esclusività deve essere, invero, specificamente ed inequivocabilmente prevista per rendere inoperanti i fori alternativi ex lege)

In ogni caso, si deve tenere in debito conto il principio secondo cui il foro convenzionale, ancorché pattuito come esclusivo, può subire deroga nel caso di connessione oggettiva, ai sensi dell'art. 33 c.p.c.

Ne consegue che un soggetto convenuto presso un foro diverso da quello convenzionale, per impedire che si estenda nei propri confronti, per ragione di connessione, la competenza territoriale relativa all'altro convenuto, ha l'onere di eccepire l'insussistenza di una ragione di competenza nei confronti di quest'ultimo in base ai criteri degli artt. 18-19 c.p.c., richiamati dall'art. 33 c.p.c. ai fini dell'operatività della relativa ragione di modificazione della competenza (cfr. Cass. N. 5030/2000).

Nello stesso senso si veda anche Cass. n. 20635/2004 secondo cui "In tema di competenza per territorio, il foro stabilito dalle parti dá luogo ad un'ipotesi di competenza derogata per effetto di convenzione e non già di competenza inderogabile, sicché, anche in caso di foro esclusivo ex art. 29 c.p.c., la competenza stessa può essere derogata per ragioni di connessione, con la conseguenza che, in caso di cumulo soggettivo, l'attore ha facoltà di adire il giudice del luogo in cui ha sede il convenuto proponendo, innanzi ad esso, contro altri soggetti, anche le cause che siano connesse con la prima per oggetto e titolo, senza limitazioni derivanti dall'eventuale pattuizione, con tali soggetti, anche in via esclusiva, di una deroga alla competenza territoriale".

E ancora: "il foro convenzionale, anche se pattuito come esclusivo, può subire deroga nel caso di connessione oggettiva, ai sensi dell'art. 33 c.p.c.: pertanto in ipotesi di cause contro più convenuti, connesse per l'oggetto o per il titolo (cumulo soggettivo), l'attore può adire il giudice competente per una di esse perché le decida tutte in un unico processo, senza essere limitato nella scelta dall'aver pattuito, relativamente ad una causa, un foro esclusivo" (Cass. 5030/2000).

Nel giudizio di merito, cui accede il presente provvedimento cautelare, P. ha svolto, in via principale, fra numerose altre, una domanda volta all'accertamento della abusività/illegittimità della escussione, da parte di A., della garanzia prestata in suo favore da Z., nonché una domanda di accertamento negativo del diritto da parte di A. ad escutere la garanzia predetta.

## **IL CASO.it**

Avendo Z., convenuta nel giudizio di merito, sede a Milano, la competenza territoriale deve ritenersi correttamente individuata presso il Tribunale adito.

Il G.I. della causa di merito è conseguentemente competente, ai sensi dell'art. 669 quater c.p.c. sulla misura cautelare in oggetto.

Fumus boni iuris

**IL CASO.it**

Avuto riguardo alla natura della polizza fideiussoria rilasciata da Z. in favore di A., giova innanzi tutto evidenziare che, anche laddove si dovesse ritenere che si tratti di una garanzia autonoma "a prima richiesta", il debitore (P.) avrebbe pur sempre la facoltà di richiedere l'inibitoria alla sua escussione nel caso in cui la condotta del beneficiario si appalesi come "abusiva-fraudolenta" e di tale connotato fornisca una prova adeguata.

La Suprema Corte e la prevalente giurisprudenza di merito risultano allineate, su tale principio ritenendo sempre invocabile, da parte del debitore escusso, la cosiddetta "exceptio doli generalis".

Ciò premesso si osserva che è pacifico che in data 18.07.2007 sia intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea che ha accertato un vizio procedurale alla base della Convenzione garantita: vizio dipendente dalla condotta della Amministrazione (nella specie la Corte ha condannato la Repubblica italiana per violazione di obblighi di pubblicità della procedura di scelta del contraente-aggiudicatario).

Le autorità italiane hanno quindi provveduto ad espletare una nuova gara di appalto, condizionata all'impegno dei concorrenti a pagare al precedente aggiudicatario (P.) l'intero valore delle attività e delle opere medio tempore realizzate in esecuzione della originaria Convenzione.

In attesa della nuova gara l'odierna ricorrente avrebbe dovuto continuare a svolgere alcuni lavori, ma non oltre il 30.09.09, termine ultimo entro il quale la situazione di illiceità determinata dalla succitata infrazione avrebbe dovuto essere definitivamente rimossa.

Tale situazione è stata rappresentata e cristallizzata nell'Accordo stipulato tra A. e P. in data 28.04.2009, attraverso il quale: sono stati valutati i costi (valutazione affidata dalle parti ad un Advisor) sostenuti da P. per l'attività svolta (Euro 45.422.066,00) ed i costi per soci e compensi (complessivi Euro 35.643.850,00); si è altresì stabilito che l'attività della P. avrebbe dovuto cessare il 30.09.09 e si è dato atto che le parti, con l'accordo e la sua esecuzione, avrebbero definito i loro rapporti derivanti dalla Convenzione.

Le parti hanno, in sostanza, convenuto che l'Amministrazione (responsabile del vizio procedimentale) sarebbe stata legittimata a procedere ad una nuova gara, a tentare, se la gara fosse andata deserta, una procedura negoziata e, in caso di non riuscita di questa, a rimborsare i costi sostenuti dagli Operatori industriali sino al 30.09.09.

Di fatto la nuova gara è andata deserta, la procedura negoziata non si è conclusa positivamente (ed il motivo di tale esito attiene al merito) ed A. ha assunto, in data 11.09.09, una delibera di risoluzione dell'Accordo di aprile 2009 e della originaria Convenzione per asserito inadempimento di P. al dovere di realizzare gli impianti e trattare i rifiuti.

Tale inadempimento, posto alla base dell'escussione, appare prima facie smentito dalla stessa A., laddove, nella premessa J) di cui all'Accordo di aprile 2009 si legge testualmente che: "in conformità a quanto previsto dalla Convenzione, in data 6 luglio 2006, l'Operatore Industriale e i soci hanno dato avvio all'esecuzione dei lavori di cui al progetto e, nel seguito, hanno continuato -nello spirito di collaborazione che ha sempre contraddistinto i rapporti tra le parti- a dare corso agli adempimenti finalizzati alla realizzazione del progetto medesimo".

La asserita mancata realizzazione dei lavori interinali, ancorché fosse dimostrata ed imputabile a fatto e colpa della P., si sostanzierebbe in ogni caso in una mancata realizzazione di opere per Euro 5.188.800,00 (come definiti nell'art. 3 dell'Accordo); importo che è, all'evidenza, modesto rispetto al valore dei lavori eseguiti.

P. è infatti attualmente creditrice di un importo (provato per tabulas) più che quadruplo rispetto a quello oggetto della fideiussione, in relazione ai costi sostenuti per la realizzazione del progetto sino al 30.09.09 così come certificati da un Advisor terzo nominato attraverso l'Accordo di aprile 2009.

Di guisa che, ove anche fossero riconosciute fondate le ragioni di A. nel corso del giudizio di merito, ben potrebbe operare l'istituto della compensazione legale di cui agli artt. 1241 e ss c.c.

**IL CASO.it**

Alla luce di quanto sopra la escussione della garanzia, per il massimo importo garantito, in difetto di una concludente prova circa un inadempimento imputabile a P. e senza prova di alcun danno subito da A., nonché in presenza di un controcredito di P. ben superiore e

certificato dall'Advisor, deve ritenersi certamente abusiva.

Non senza rilevare da ultimo che l'eventuale inadempimento alla Convenzione che appare dubbio che l'Agenzia Regionale possa ancora attivare una polizza che è stata concessa per una finalità del tutto estranea rispetto a quella per la quale è stata a suo tempo rilasciata e che appare altresì dubbio che la fidejussione in oggetto possa stimarsi ancora efficace alla stregua dei fatti sopravvenuti (sentenza della Corte di Giustizia/Risoluzione del rapporto/ Accordo transattivo).

Sul punto giova richiamare l'Appendice allegata alla polizza (doc. 10 di parte ricorrente).

Periculum in mora

L'immediato pagamento dell'ingente somma richiesta da A., pari ad Euro 23.225.400,00 (massimo importo garantito dalla polizza), proprio in ragione dell'entità della stessa, costituisce senza dubbio fatto pregiudizievole per la ricorrente.

E tale pregiudizio potrebbe aggravarsi in considerazione di quanto disposto dall'art. 9 della Legge Regionale n. 19 del 2008, che prevede la soppressione e liquidazione dell'Agenzia Regionale per i Rifiuti e le Acque a far data dal 1 gennaio 2010.

Per contro, l'inibitoria richiesta non sembra determinare alcun pregiudizio in capo ad A., potendo essa, all'esito del giudizio di merito, rivalersi sul credito (ben maggiore) di P..

Cosicché, in applicazione del generale principio del contemperamento dei reciproci interessi delle parti, ritiene questo giudicante accoglibile la richiesta cautelare

P.Q.M.

Il G.D., pronunciando sul procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., inibisce alla A., di procedere alla escussione della polizza fideiussoria n. 950D9881 rilasciata in data 13.06.03 ed inibisce, altresì, alla Z. Ltd il pagamento, in favore della A., della somma di cui alla predetta polizza.

Conferma la già fissata data di udienza nel giudizio di merito.

Milano, 18.01.2010