

Tribunale di Brindisi**Sezione Civile-**

Il Tribunale in composizione collegiale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dott. S. Marzo - **Presidente**
Dott. A. I. Natali - **Giudice Relatore**
Dott.ssa R. Marra - **Giudice**

,ha emesso la seguente

ORDINANZA

nella causa civile iscritta al n. 725/2024 del Ruolo Generale promossa

DA

EC. S.r.l. (c.f. e p.iva 02051620751), con sede legale *

Ricorrente

CONTRO

COMUNE DI BRINDISI *.

NONCHE' CONTRO

ZURICH INSURANCE EUROPE AG *.

- Resistenti -

Con atto notificato, in data 16.08.2024, la ricorrente adiva questo Tribunale con reclamo art. 669-terdecies c.p.c avverso l'Ordinanza n. cron. 20113/2024 di revoca del precedente Decreto n. cron. 8093/2024 del 20.03.2024, concesso *inaudita altera parte*, con il quale, da un lato, si ordinava "alla compagnia assicurativa, Zurich Insurance P.L.C. di non provvedere al pagamento della polizza fideiussoria n. *, escussa dal Comune di Brindisi",

Si costituiva il Comune di Brindisi in persona del sindaco pt, contestando quanto ex adverso dedotto ed eccepito, ribadendo l'inadempimento di Ec. srl al contratto di appalto per la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti, sotto plurimi profili, e per l'effetto il legittimo diritto del Comune all'escussione della polizza fideiussoria; chiedendo il rigetto del reclamo e la conferma del provvedimento impugnato, per i motivi che si vanno ad indicare.

In particolare, il reclamante esponeva le seguenti circostanze.

La Ec. S.r.l., in data 19.03.2024, depositava presso questo Tribunale ricorso ex art. 700 c.p.c. premettendo:

– di aver gestito nella Città di Brindisi, dal mese di luglio 2017 al 30.09.2023, il servizio di raccolta RSU - Rifiuti Solidi Urbani e il relativo trasposto in discarica, in forza di contratto rep. 12023 del 01.08.2017 e successive proroghe;

– che a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi assunti con il contratto di appalto aveva prestato una cauzione a favore del Comune mediante polizza fideiussoria assicurativa n. * (*all. 08*), riconducibile allo schema del

contratto autonomo di garanzia, rilasciata dalla compagnia assicuratrice Zurich Insurance Plc (somma garantita al momento della sottoscrizione della polizza:

€.1.131.290,29);

– di aver sempre adempiuto correttamente il servizio appaltatole, eseguendo con

perizia ed efficienza la propria obbligazione, così come è stato formalmente riconosciuto dal Comune di Brindisi, anche attraverso gli Stati di Avanzamento Lavori e il pagamento del canone mensile d'appalto;

– che successivamente alla conclusione dell'appalto, verificatasi il 30.09.2023, la Ec. otteneva, con Ordinanza del Tribunale di Lecce – Volontaria Giurisdizione Giudice Dr.ssa Anna Rita Pasca del 27.12.2022, resa nel procedimento *sub* R.G. n. 3667/2023, le misure protettive ex art. 54, co. 3 e art. 64, co. 3 e 4, C.C.I.I.;

– il Comune di Brindisi, pur non essendo creditore della Ec., bensì debitore, si costituiva in detto procedimento *sub* R.G. n. 3667/2023 per opporsi alla concessione delle misure protettive. Di contro, il Giudice Dr.ssa Pasca, all'udienza del 14.12.2023, ordinava al Comune di pagare in favore della società appaltatrice l'importo di € 290.842,75 del quale l'Ente appaltante aveva riconosciuto di essere debitore. Tuttavia, il Comune non ottemperava all'ordine del Giudice ed anzi proponeva reclamo avverso la concessione delle misure protettive, invocando per la prima volta un presunto credito di € 308.571,05, Iva compresa, quale penale per il mancato raggiungimento dell'obiettivo di raccolta differenziata relativamente all'anno 2023;

– il DEC–Direttore dell'Esecuzione del Contratto, Ing. Fischetto, infatti, solo successivamente all'ordinanza concessoria delle misure protettive, comunicava al Dirigente/RUP, con Nota Prot. N. 0006475/2024 del 18.01.2024 (Prot. 19/24/DEC del 17.01.24), il *“Calcolo della penale”*, mentre il Dirigente/RUP Avv. Mario Marino Guadalupi con Atto N. 0006750/2024 del 18.01.2024, riducendo l'importo della penale calcolata dal DEC, irrogava, infine, alla Ec. *“la penale ... quantificandola ... nell'importo di € 308.571,05 (EuroTrecentottomilacinquecentosettantuno/05), IVA compresa”*;

– ancora, il Dirigente/RUP, con Nota Prot. N. 0007356/2024 del 19.01.2024, asserendo il mancato raggiungimento, da parte della Ec., dell'obiettivo di raccolta differenziata nel periodo di esercizio Gennaio 2023- Settembre 2023, quantificata la penale nell'importo di € 308.571,05 Iva compresa, nonché rilevata l'esistenza di un debito retributivo verso i dipendenti della ormai cessata gestione dell'appalto, quantificato in € 957.646,71, dichiarava di voler *“escutere nell'intero importo garantito, pari a € 1.131.290,29 (EuroUnmilionecentotrentunomiladuecentonovanta//29), la polizza fidejussoria n. * rilasciata da Zurich Insurance plc”*;

– il 14.03.24 la Zurich, a mezzo dei propri avvocati Francesco e Lorenzo Ferroni, comunicava il preavviso di pagamento della polizza *.

1. *In primis*, sotto il profilo della *potestas iudicandi*, ritiene questo Collegio che la fattispecie *de qua* rientri nella giurisdizione del giudice ordinario civile e non soggiaccia alla competenza della sezione specializzata fallimentare. D'altronde, l'espressa previsione di cui agli artt. 54 e 55 CCI in materia di strumenti di regolazione della crisi, nonché ex art. 18 e 19 CCI in tema di composizione negoziata, non sembra delineare una competenza di carattere, oltre che funzionale, anche esclusivo.

In tal senso, depone il dato letterale della norma che non contiene un previsione di tal fatta.

Inoltre, sotto il profilo dell'osservanza del requisito della residualità, quale condizione per

l'ammissibilità della tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c., tal ultima non può considerarsi pienamente <<surrogabile>> da parte dal sistema delle misure protettive e cautelari, delineato dal Codice della Crisi. E ciò in quanto le stesse, avendo una finalità endoconcorsuale (ovvero quella, immediata, di preservare il buon esito dello strumento di regolazione o della composizione negoziata della crisi, nonché quella, mediata e ultima, del risanamento dell'impresa) non precludono ne' consentono l'introduzione di un giudizio di merito, volto all'eventuale stabilizzazione della tutela, accordata in via interinale.

Pertanto, la società istante conserva l'interesse ad adire il Tribunale ordinario, al fine di conseguire, ove lo ritenga, un accertamento del bene della vita anelato, a seguito di un giudizio a cognizione piena e dotato, una volta divenuto definitivo, dell'efficacia di giudicato.

Ciò, per l'appunto, a fronte della precarietà e temporaneità della tutela interinale accordata dal Codice della Crisi, che, dunque, non può <<surrogare>> l'ordinaria tutela d'urgenza.

Dunque, nel senso della non esclusività della competenza ex art. 54 e 55 CCI, depone anche la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa del principio di effettività della tutela, quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue

Piu' in generale, per quanto afferente al diverso problema del riparto fra G.a. e G.o., trattandosi di appalti pubblici, come tali connessi ad una procedura di evidenza pubblica, giova richiamare l'orientamento della S.c. secondo cui *“considerato che la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del comune, di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal partecipante ad una gara di appalto di opere pubbliche, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico inerente la garanzia prestata* (Cass. sez. un., 08/09/2015, n. 17741); rilevato che in considerazione del fatto che l'oggetto del ricorso concerne il rapporto di garanzia che accede all'appalto e non propriamente il contratto di appalto e la sua risoluzione,...” (Trib. Napoli, Sez. X civile, Dott. Giovanni Scotto di Carlo, Ordinanza 11.10.2023 – Proc. n. 17361/2023 R.G.).

2. Ciò premesso, il reclamo deve ritenersi fondato nei limiti che si vanno a precisare.

In via preliminare, per quanto il dibattito interpretativo non possa dirsi completamente sopito, deve ritenersi da condividersi, sotto il profilo logico prima che giuridico, la tesi favorevole all'ammissibilità di una tutela dichiarativa in via d'urgenza.

In primo luogo, minori problemi di coerenza con le categorie tradizionali pone il ricorso alla tutela cautelare, quando l'azione di accertamento sia proposta, come nel caso di specie, non da sola, ma unitamente e strumentalmente ad una domanda accessoria di condanna.

Ciò, in quanto il provvedimento cautelare avrà un effetto anticipatorio non tanto della portata effettuale della sentenza di mero accertamento, quanto della condanna accessoria. Paradigmatica al riguardo e' l'azione di nullità del contratto, esperita dal correntista di una banca, che sia coltivata cumulativamente all'azione di condanna alla restituzione o ripetizione di quanto prestato in esecuzione del contratto.

Maggiori criticità sono state riscontrate con riguardo all'ipotesi in cui il richiesto provvedimento d'urgenza abbia quale oggetto esclusivo il mero accertamento del diritto,

senza essere logicamente prodromico a una condanna accessoria. A tal riguardo, i dubbi in punto di ammissibilità sono stati superati osservando che il bene della vita al cui conseguimento tende l'azione di mero accertamento – la certezza giuridica relativa all'esistenza di un diritto – non può trovare attuazione piena, in sede cautelare (Cfr. in termini Pret. Roma, 11 aprile 1968, in Giust. civ., 1968, I, I, 545 ss.; Pret. Roma, 10 luglio 1976, in Temi rom., 1977, 715 ss.; Pret. Roma, 11 aprile 1977, in Foro it., 1977, I, 2376 s.; Pret. Firenze, 25 giugno 1985, in Foro it., 1986, I, 547 ss.; Pret. Roma, 14 agosto 1987, in Foro it., 1988, I, 2021, 2023; Pret. Milano, 15 febbraio 1990, in Foro it., 1990, I, 1746 ss.; Trib. Milano, 21 settembre 1994, in Giur. it., 1995, II, 396 ss.; Trib. Bergamo, 8 luglio 1996, in Not. giur. lav., 1996, 616; App. Torino, 9 giugno 2000, in Dir. ind., 2002, 276 ss.; Trib. Milano, 30 settembre 2003, in Foro pad., 2004, I, 157; Trib. Padova, 16 settembre 2004). Ciò, in virtù della sommarietà dell'attività di cognizione e, quindi, dell'inattitudine dell'accertamento interinale a costituire, al pari di moduli negoziali come il negozio di accertamento, fonte di chiarificazione definitiva dell'esistenza e della portata della situazione giuridica. Inattitudine che ha fatto sostenere ai teorici dell'inammissibilità che non vi sia compatibilità logica fra interesse a conseguire un accertamento idoneo a passare in giudicato e la precarietà della regola dettata dal cautelare.

Tuttavia, tale ordine di considerazioni non può assumere alcuna valenza preclusiva della facoltà di richiedere e ottenere tale accertamento, per sua natura, "instabile" ogniqualvolta, in assenza del predetto accertamento, vi sia il pericolo di non conseguire il bene della vita anelato (cfr. Pret. Roma, 28-4-1987; Pret. Trieste, 25-2-1998). Dunque, si profila in capo al Giudice il potere-dovere di un accertamento *case by case*, volto a verificare, sulla base di una valutazione prognostica, se l'azione cautelare proposta di mero accertamento sia idonea a assicurare al ricorrente un'utilità concretamente apprezzabile e meritevole di tutela, per quanto, in generale, in questa come in altre ipotesi, non possa riconoscersi tutela a interessi emulativi, effimeri o del tutto astratti. Ciò secondo una logica che è comune al giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. che presiede il controllo dell'estrinsecarsi dell'autonomia negoziale.

Ad esempio, secondo il Tribunale di Bari¹, il provvedimento d'urgenza contiene un accertamento che, per quanto sommario, è idoneo a assicurare un'*utilitas* oggettiva e ciò in quanto "allo stato di incertezza pregiudizievole in cui versa colui che, temendo di compiere atti illegittimi, autolimita l'efficace amministrazione dei propri interessi, è di rimedio l'accertamento provvisorio contenuto nel provvedimento dichiarativo d'urgenza, di cui la parte di avvale come una norma agendi a cui uniformare il proprio comportamento; esso ha, dunque, un effetto compulsorio indiretto della volontà del destinatario dello stesso, anche in ragione dell'applicazione della norma penale di cui all'art. 388 c.p., correlata al mancato rispetto di un ordine del giudice contenuto in un provvedimento giudiziale". D'altronde, la suddetta opzione interpretativa, nell'inverare il principio di atipicità della tutela cautelare quale possibilità che la stessa assuma qualunque contenuto idoneo a assicurare gli effetti propri della tutela di merito, è l'unica in grado di assicurare la tenuta costituzionale del microsistema cautelare, di quello ordinario, così come di quello speciale di cui al Codice della Crisi, specie sotto il profilo del rispetto del principio dell'immediatezza della tutela

¹ V. Tribunale di Bari, sezione terza, ordinanza del 9.11.2012.

giurisdizionale, quale corollario della sua effettività quale imposta da norme di rilievo sia costituzionale negli art. 24 e 113 Cost., sia sovranazionale negli art. 6 e 13 Cedu e 47 Cdfue, deve ritenersi eccezionale e di stretta interpretazione.

Delineate le coordinate essenziali della fattispecie concreta, la richiesta di escussione della polizza fideiussoria per l'intero importo garantito, così come avanzata dal Comune di Brindisi, deve ritenersi parzialmente illecita.

2.1. *In primis*, ad una valutazione, *prima facie* e suscettibile di smentite a seguito della più idonea istruttoria dell'eventuale instaurando giudizio di merito, l'Ente appaltante ha escusso la complessiva somma di € 1.131.290,29, anziché il minore importo di € 565.645,15, come dallo stesso Comune di Brindisi convenuto all'art. 10 delle proroghe del contratto di appalto.

Ed, infatti, in data 18.2.2020, le parti sottoscrivevano digitalmente il contratto di appalto (doc. 4, in atti), la cui durata complessiva era pari a 24 mesi dalla data della consegna del servizio, avvenuta il 16.12.2019, più eventuale proroga di un anno.

Le parti convenivano, in caso di proroga annuale, il dimezzamento del massimale di polizza e, conseguentemente il dimezzamento del premio, che da complessivi € 11.312,90 diveniva pari ad € 5.656,45 (v. pag. 3 - doc. 3, in atti). Trascorsi i due anni dall'affidamento del servizio, in data 28.1.2022, le parti provvedevano a prorogare il contratto di un anno, ai sensi dell'art. 1 del capitolato speciale d'appalto (doc. 5, in atti).

All'art. 10 convenivano che: «*la Ditta appaltatrice ha prestato una cauzione definitiva nella misura di € 565.645,15 mediante polizza fideiussoria n. * emessa in data 3.2.2020, prorogata sino al 20.1.2023*». In data 12.1.2023, infatti, Zurich rilasciava la quietanza di pagamento del premio (doc. 6), che dava atto del recepimento della riduzione del 50% del massimale di polizza e, conseguentemente, della riduzione in egual misura del premio da pagare che da complessivi € 11.312,90 diveniva pari a complessivi € 5.656,45.

Il contratto veniva nuovamente prorogato, e veniva versato il premio sino al 20.1.2024. Orbene, in data 19.1.2024, e, dunque, nella vigenza del regolamento negoziale già rimodulato, il Comune di Brindisi escuteva la polizza fideiussoria oggetto del presente giudizio (doc. 7, in atti).

2.2. Per quanto concerne il diverso profilo critico per cui la richiesta di escussione non terrebbe in considerazione la riduzione automatica nella misura dell'80% del massimale di polizza, a fronte degli stati finali dei lavori emessi, ritiene questo Collegio che la mera emissione dei Sal, anche senza nessuna forma di ratifica o accettazione ad opera dell'ente reclamato, non sia sempre idonea a supportare l'operare dello c.d. svincolo automatico.

D'altronde, in considerazione della successione di regole delineate dall'art. 103 del D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), richiamato dall'art. 3 del contratto di garanzia, deve ritenersi che lo svincolo <<progressivo>> a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, possa operare nella misura in cui tali somme non si rendano necessarie per ristorare l'ente pubblico di eventuali danni o esborsi, già addebitabili all'appaltatore.

In tal senso depone non solo la concreta articolazione del dettato normativo e, quindi, l'evidente priorità logica accordata al profilo dell'effettiva destinazione della cauzione al suddetto profilo funzionale, ma anche il più generale principio di

ragionevolezza.

A contrario, infatti, dovrebbe ritenersi che lo svincolo operi anche quando vi siano dei danni da ristorare con certezza o con elevata probabilità o delle sanzioni di cui rispondere. Ciò con conseguente vanificazione della stessa funzione della cauzione, quale forma obbligatoria di cautela da richiedersi nell'interesse pubblico alla corretta e completa esecuzione dell'appalto pubblico.

2.3. L'escussione è, invece, *prima facie*, da ritenersi illegittima sotto il seguente diverso profilo.

Invero, il Dirigente del Settore Ambiente e I.U. del Comune di Brindisi ha giustificato la richiesta di escussione della polizza con la motivazione di volersi sostituire alla Ec. per pagare il debito residuo dell'appaltatrice verso i dipendenti in forza durante la gestione dell'appalto ormai concluso.

Tuttavia, come affermato dalla S.C. di Cassazione sez. lav. 13/02/2020 n.3630, sez. VI 27/11/2017 n. 28185 e 07/07/2014, n.15432 nonché dalla giurisprudenza di merito, *ex multis* Tribunale Roma sez. lav., 19/04/2022, n.3535, "*Negli appalti pubblici, la responsabilità solidale è applicabile solo ai soggetti privati. Non si applica alla P.A. il vincolo di solidarietà tra committente ed appaltatore per le spettanze retributive dovute al dipendente dell'appaltatore.*". E ciò per l'operare di altre forme di garanzia, previste dalla disciplina degli appalti pubblici, come l'intervento sostitutivo.

Peraltro, tal ultimo, esercitabile da parte della Stazione appaltante ex art. 30, co. 6, D.Lgs. n. 50/2016, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni, può essere esperito solamente nei limiti del credito dell'appaltatore verso la P.A. che quest'ultima non abbia ancora provveduto a onorare, mediante la corresponsione delle relative somme e, che, nel caso di specie, ammontano ad €.290.842,75; somme che il Comune già trattiene presso di sé. Di conseguenza, deve ritenersi che, limitatamente a tal profilo, il Comune non abbia titolo per escutere la polizza fideiussoria prestata dalla Ec., non potendosi sostituire a quest'ultima nel pagamento dei lavoratori oltre il limite delle somme ancora dovute alla società appaltatrice

2.4. In ultimo, l'altra ragione, in virtù della quale, il Comune di Brindisi vuole escutere la polizza fideiussoria, è quella di incassare l'importo di una sanzione di €.308.571,05 per l'asserito mancato raggiungimento delle percentuali di raccolta differenziata nell'anno 2023, sanzione che la Ec. ha contestato.

Sull'argomento, l'odierna reclamante ha eccepito che, come da pacifica ed unanime giurisprudenza nonché pronunciamenti delle Autorità competenti in materia – ANAC con Delibera n. 818 del 26.9.2018; TAR Catania, sez. III, 3.7.2018 n.1408; Cons. Stato, sez. V, 21.9.2010 n.7031; Consiglio dei segretari generali degli Enti Locali nel Parere n.125 del 22/6/2011 PREC 284/10/S; TAR Lecce, sentenza del 2017 (quest'ultima riguardante proprio il Comune di Brindisi); Tribunale Ordinario Civile Latina, sez. II, n. 186 del 23.01.2020 – il raggiungimento di determinate percentuali di raccolta differenziata costituisca un'obbligazione di mezzi e non di risultato poiché al raggiungimento dello stesso obiettivo concorrono più soggetti tra i quali soprattutto l'Amministrazione Comunale. Comune, che non aveva e non ha ancora adottato il Regolamento di Igiene Urbana previsto dall'art. 198 D.Lgs. n. 152/2006 (*conditio sine qua non* per disciplinare

l'irrogazione di sanzioni ai cittadini e ai condomini che non praticano la differenziata o che la praticano in modo scorretto).

Rileva questo Collegio come anche le obbligazioni di mezzi debbano essere adempiute secondo diligenza, in questo caso, peraltro, <<qualificata>> in virtu' dell'elevata specializzazione della reclamata e l'osservanza della necessaria misura della diligenza deve essere adeguatamente provata dal debitore, secondo il modello della responsabilità contrattuale tipizzato dall'art. 1218 c.c..

Dunque, sempre ad una valutazione necessariamente sommaria, qual e' quella imposta dalla fattispecie concreta, deve ritenersi che l'importo di cui alla sanzione relativa al mancato raggiungimento della percentuale obiettivo di raccolta differenziata (per la quale il Comune ha chiesto l'escussione della polizza fideiussoria) sia esigibile.

La complessità della fattispecie, unitamente alla natura di ente pubblico dell'opponente, inducono a ritenere la ricorrenza di giustificati motivi per compensare solo parzialmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale, pronunciando sulla domanda come proposta in epigrafe, così provvede:

- 1. accoglie in parte qua il reclamo;**
- 2. compensando per la metà le spese di giudizio, condanna parte reclamata al pagamento in favore del reclamante e del terzo intervenuto, delle spese e competenze legali, che si liquidano, per ciascuna delle parti e per ogni grado di giudizio, in residui euro 2500,00 (importo già compensato), oltre Iva, Cap e spese generali come per legge.**

Così deciso in Brindisi, in data 2 ottobre 2024.

Il Giudice Relatore
Dott. Antonio Ivan Natali

Il Presidente
Dott. S. Marzo