

N. R.G. 1048/2021



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione quarta civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

ALBERTO VIGORELLI	Presidente rel.
VINICIA CALENDINO	Consigliere
FRANCESCA MAMMONE	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **1048/2021** promossa in grado d'appello

DA

Consorzio Italiano Strade e Ambiente (CISA), con sede legale in Bagnolo di Piano (RE) – via Olimpia n. 1- p. iva 02292360696- in persona del legale rappresentante pro-tempore sig. Carmine Di Tommaso, rappresentata e difesa dall'Avv. Daniele Turco ed elettivamente domiciliato presso lo studio in Piazza della Vittoria, n. 1, Reggio Emilia.

APPELLANTE

CONTRO

Comune di Rozzano in persona del Sindaco pro-tempore e difesa dall'Avv. Brunello De Rosa, elettivamente domiciliato presso lo studio di via le Bianca Maria, n. 11, Milano.

APPELLATO

NONCHÉ

Sicurezza e Ambiente s.r.l., con sede legale in Roma- in Largo Ferruccio Mengaroni, n. 25- p. iva 09164201007- in persona del legale rappresentante pro-tempore e difesa dall'Avv. Andrea Napolitano, elettivamente domiciliata presso lo studio in via F. del Carretto, n. 26, Napoli.



APPELLATA

causa avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza del Tribunale Civile di Milano (Giudice Unico Dott. Federico Salmeri) n. 1058, pubblicata il 10 febbraio 2021, nella quale all'udienza di precisazione delle conclusioni in data 27/01/2022 i difensori delle parti così

CONCLUDEVANO:

Foglio di precisazione delle conclusioni nell'interesse del Consorzio Italiano Strade e Ambiente

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, rigettata ogni avversa deduzione, domanda e conclusione, per l'effetto, così provvedere:

IN VIA ISTRUTTORIA

- Previo rigetto delle istanze istruttorie avversarie, ammettere le istanze

istruttorie, articolate e non ammesse nel primo grado di giudizio dal Tribunale di Milano e dedotte con l'atto di citazione in appello. In particolare:

A) Consulenza tecnica d'ufficio.

Si chiede l'ammissione di consulenza tecnica d'ufficio al fine di sottoporre al nominando Consulente i seguenti quesiti:

a) Verifichi il CTU che il presidio operativo sito presso l'autofficina Moroni s.r.l., con sede in Rozzano (MI), Via Stromboli n. 25 presenti le seguenti caratteristiche:

- 1. Spazi aperti per deposito veicoli rimossi;*
- 2. Spazi coperti per deposito di materiali rimossi e recuperati Area per deposito dei veicoli operativi non in servizio;*
- 3. Area per il lavaggio e manutenzione ordinaria dei veicoli;*
- 4. Magazzino per i materiali di consumo, scorte dei DPI;*
- 5. Spazio per la raccolta degli effetti personali dei soggetti rimasti coinvolti nel sinistro;*
- 6. Aree relax aziendali.*



b) Verifichi il CTU che il presidio operativo sito presso la Carrozzeria Vierre s.r.l., con sede in Rozzano (MI), Via Marconi n. 31/3, presenti le seguenti caratteristiche:

1. Spazi aperti per deposito veicoli rimossi;
2. Spazi coperti per deposito di materiali rimossi e recuperati Area per deposito dei veicoli operativi non in servizio;
3. Area per il lavaggio e manutenzione ordinaria dei veicoli;
4. Magazzino per i materiali di consumo, scorte dei DPI;
5. Spazio per la raccolta degli effetti personali dei soggetti rimasti coinvolti nel sinistro
6. Aree relax aziendali.

c) Verifichi il CTU che il sito presso Via Franchi Maggi presenta spazi adeguati per il ricovero di mezzi adoperati per il ripristino delle condizioni di sicurezza stradale

B) Prova testimoniale

Si chiede l'ammissione di prova testimoniale sui seguenti capitoli: 1) Vero che in data 11/01/2019 veniva concordato telefonicamente l'incontro tra gli incaricati di CISA ed il Comune di Rozzano per lo svolgimento del sopralluogo sui siti indicati come centri operativi dal Consorzio, come da richiesta del Comune di data 07.01.2019 (doc.10); 2) Vero che in data 11/01/2019 in qualità di incaricato di CISA, si recava presso il Comune di Rozzano per le finalità di cui al precedente capitolo; 3) Vero che in data 11/01/2019, gli incaricati del Comune di Rozzano, e nella specie il comandante della polizia locale ed il dirigente del settore, nemmeno chiedevano di compiere detto sopralluogo, né vi procedevano ancorché i signori Alberto Amato e Flavio Berneschi si fossero ivi recati a tal fine e ciò avessero espressamente chiesto, una volta arrivati sul posto, nemmeno procedendo a redigere il verbale di sopralluogo.

Si indicano come testimoni su tutti i capitoli di prova il signor Alberto Amato, residente in Busto Arsizio (VA) alla Via Avvocato Camillo Tosi n. 1, nonché il signor Flavio Barneschi, domiciliato in Castronno (VA), alla Via Castellazzo n. 18.

NEL MERITO:

previo rigetto di tutte le domande, eccezioni e conclusioni proposte dal Comune di Rozzano e da Sicurezza e Ambiente in quanto palesemente inammissibili ed infondate;

1) riformare la sentenza di primo grado e, per l'effetto, accertare e dichiarare, nei confronti di



entrambi i convenuti, per i motivi dedotti in atti, l'illegittimità e/o l'invalidità e/o l'inefficacia della censurata risoluzione contrattuale ed il corretto adempimento da parte di CISA; per l'effetto, disapplicare ove necessario ai sensi degli artt. 4 e 5 L. 2248/1865 all. E l'atto di risoluzione contrattuale adottato ai sensi dell'art. 108, comma 3 del D. Lgs. 50/2016 prot. n. 18919/2019, con il quale si è deliberato di risolvere il contratto stipulato tra CISA ed il Comune di Rozzano; per l'effetto dichiarare il diritto dell'attrice alla esecuzione del contratto ed allo svolgimento del servizio, con esclusione dallo stesso della seconda graduata;

2) riformare la sentenza di primo grado e, per l'effetto, accertare e dichiarare la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale del Comune di Rozzano e per l'effetto condannare lo stesso a risarcire tutti i danni patiti e patiendi da CISA, come sopra meglio descritti e nella misura indicata nella relazione di stima (doc. 25) o che verrà determinata in corso di causa, sub specie di danno emergente e di lucro cessante, nonché di danno all'immagine dell'attrice;

3) riformare la sentenza di primo grado e, per l'effetto, condannare il Comune di Rozzano a reintegrare nel contratto e nell'esecuzione del servizio l'attrice fermo restando l'obbligo di risarcimento in forma generica del danno medio tempore determinato;

4) Maggiorare tutte le somme dovute all'attrice di interessi e rivalutazione;

5) Con vittoria di spese, diritti ed onorari per entrambi i gradi di giudizio nei confronti di entrambi i convenuti e diritto di CISA ad ottenere il rimborso di quanto già versato a tale titolo; in via subordinata riformare la sentenza impugnata e per l'effetto dichiarare la compensazione delle spese di lite quanto meno relativamente al Comune di Rozzano, in considerazione della reciproca soccombenza.

Foglio di precisazione delle conclusioni nell'interesse del Comune di Rozzano

Questa difesa, giusto Decreto per lo svolgimento dell'udienza mediante trattazione scritta del 20.12.2021, si riporta all'atto di costituzione in giudizio ed a tutti gli atti di causa chiedendo l'accoglimento integrale delle conclusioni ivi rassegnate e che di seguito si riportano.

Nel Merito

Respingersi ogni domanda formulata in atto di appello confermandosi la sentenza impugnata.

In Via Istruttoria



Respingersi ogni istanza istruttoria avversaria:

- in quanto del tutto inconsistente quanto alle prove testimoniali dedotte. In caso di ammissione, il Comune di Rozzano chiede di essere ammesso alla prova contraria, a tal fine indicando quali testi il dott. Gaetano Ianni e il dott. Massimo Pizzarelli, entrambi domiciliati presso l'Amministrazione Comunale.

- in quanto del tutto esplorativa in relazione alla CTU richiesta. Invero, nulla è stato prodotto da controparte al fine di comprovare lo stato dei luoghi al momento dell'atto di risoluzione contrattuale, né la stessa ha quanto meno dedotto capitoli di prova volti a dimostrare che i luoghi oggetto della pretesa indagine peritale non siano stati modificati a decorrere dal 12.04.2019 (data della disposta risoluzione). Né le predette carenze potrebbero certo essere colmate da una consulenza tecnica d'ufficio, fra l'altro evidentemente esplorativa, il cui esito sarebbe pertanto del tutto irrilevante ai fini del giudizio.

Con vittoria di spese e competenze di giudizio, anche di primo grado.

Conclusioni per Sicurezza e Ambiente s.r.l.

per il rigetto dell'appello perchè inammissibile, improcedibile e comunque infondata in fatto e diritto; con vittoria di spese legali e attribuzione al procuratore anticipatario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 1058 pubblicata il 10 febbraio 2021 il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando nella causa promossa da Consorzio Italiano Strade e Ambiente (da ora CISA) nei confronti del Comune di Rozzano e Sicurezza e Ambiente s.r.l. (da ora S.A.), avente ad oggetto la domanda di accertamento dell'invalidità dell'atto di risoluzione del contratto posto in essere dal Comune di Rozzano, il quale contestualmente proponeva domanda riconvenzionale di accertamento della legittima risoluzione del contratto, nonché la domanda della medesima CISA di accertamento della responsabilità contrattuale del Comune di Rozzano con conseguente condanna al risarcimento a favore di CISA, così disponeva:

- rigettava le domande di parte attrice CISA;



- in parziale accoglimento della domanda riconvenzionale del Comune di Rozzano accertava e dichiarava la legittimità della risoluzione del contratto di concessione stipulato tra le parti in 28.09.2018, a norma dell'art. 108 co. 3 del D. Lgs. n. 50/2016;
- respingeva la domanda di risarcimento del danno proposta dal Comune di Rozzano verso CISA;
- condannava la parte attrice CISA alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune di Rozzano, che venivano liquidate in euro 15.478,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario spese generali al 15 %, oltre IVA se e in quanto dovuta e CPA come per legge;
- condannava parte attrice CISA alla rifusione delle spese di lite in favore di Sicurezza ed Ambiente s.r.l., che venivano liquidate in euro 5.355,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario spese generali al 15 %, oltre IVA se e in quanto dovuta e CPA come per legge, con distrazione delle spese in favore del difensore dichiaratosi antistatario.

I fatti oggetto di causa possono essere così sunteggiati.

Il Comune di Rozzano indiceva una procedura di gara per l'affidamento in concessione triennale del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità delle strade interessate da sinistri alla quale partecipava CISA.

All'esito della gara, con determina dirigenziale adottata in data 03.09.2018, il Comune di Rozzano aggiudicava la concessione del servizio a CISA e, in data 28.09.2018, veniva sottoscritta la conseguente convenzione.

In data 27.08.2018 S.A., in qualità di concorrente seconda graduata, tramite nota protocollata invitava l'Amministrazione Comunale a provvedere alla revoca dell'aggiudicazione in favore di CISA in ragione di evidenti incongruenze ascrivibili alla aggiudicataria CISA rispetto all'offerta tecnica presentata da quest'ultima.

In particolare, S.A. segnalava che i centri operativi indicati dalla CISA non rispondevano alle caratteristiche che la stessa CISA aveva garantito nell'offerta tecnica.

A seguito dell'interlocazione tra l'Amministrazione e l'aggiudicatario, il Comune di Rozzano, in data 14.02.2019, inviava a CISA l'atto di contestazione degli addebiti ex art. 108 co. 3 del D. Lgs. n. 50/2016, invitando contestualmente il Consorzio a depositare le proprie controdeduzioni. Ritenendo insufficienti le controdeduzioni prodotte dalla controparte, in data 12.04.2019 il Comune di Rozzano trasmetteva a CISA l'atto di risoluzione contrattuale.

Agiva allora CISA in giudizio convenendo d'innanzi al Tribunale di Milano il Comune di Rozzano e S.A., chiedendo la disapplicazione dell'atto di risoluzione e la condanna del Comune di Rozzano al risarcimento dei danni.



Si costituivano in giudizio il Comune di Rozzano che nella comparsa di risposta proponeva una domanda riconvenzionale di accertamento della legittimità del recesso e di risarcimento del danno conseguente. Si costituiva S.A. per resistere alle domande proposte da CISA e chiederne il rigetto. Avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il CISA proponeva appello, con atto di citazione regolarmente notificato, sulla base dei seguenti motivi:

- I) con un primo motivo d'appello, CISA ritiene che il Tribunale di Milano abbia omesso di pronunciarsi in merito alla nullità del provvedimento con cui il Comune di Rozzano ha risolto il contratto di concessione. Secondo l'appellante, infatti, il provvedimento di risoluzione sarebbe sprovvisto di tutti gli elementi essenziali e non presenterebbe alcuno degli aspetti formali e sostanziali tipici del provvedimento amministrativo;
- II) con un secondo motivo d'appello, CISA si duole della decisione di primo grado nella parte in cui ha accertato la legittimità della risoluzione contrattuale non tenendo conto del profilo di illegittimità afferente all'incompetenza del RUP nell'adozione dell'atto di risoluzione. Nello specifico, l'incompetenza del RUP consisterebbe nella non coincidenza tra il soggetto che ha adottato l'atto di aggiudicazione (dott. Volpe) e il soggetto che ha adottato l'atto di risoluzione del contratto di concessione (dott. Pizzarelli);
- III) con un terzo motivo, l'appellante lamenta l'errore del primo giudice laddove, considerando inidonei come centri operativi i siti indicati dalla concessionaria, ha ritenuto CISA contrattualmente inadempiente. In particolare, oltre ad assumere nuovamente l'idoneità dei siti indicati, CISA ritiene che il giudice di primo grado non avrebbe considerato la sussistenza di una specifica norma del Capitolato di gara che avrebbe permesso al concessionario di acquisire la disponibilità dei centri operativi fino al momento dell'"avvio dei lavori", con la conseguenza che fino a quel momento la mancata disponibilità dei centri operativi non avrebbe dovuto essere considerata come grave inadempimento;
- IV) con un quarto motivo d'appello, l'appellante ritiene che il giudice di primo grado, avendo accolto solo parzialmente la domanda riconvenzionale proposta dal Comune di Rozzano in primo grado, abbia erroneamente valutato la piena soccombenza di CISA;
- V) con un quinto motivo, CISA censura la decisione del giudice di prime cure con riferimento al rigetto delle istanze istruttorie avanzate nel giudizio di primo grado. Infatti, a detta dell'appellante, i mezzi istruttori richiesti avrebbero dato prova della idoneità dei siti indicati da CISA;
- VI) con un sesto motivo l'appellante lamenta la violazione dell'art. 92 c.p.c. con riferimento alla



condanna di rifusione delle spese legali disposta in favore del Comune di Rozzano. Invero, sostiene CISA, in ragione dell'accoglimento solo parziale della domanda riconvenzionale, il giudice di primo grado avrebbe erroneamente considerato CISA come pienamente soccombente;

Si costituivano in giudizio il Comune di Rozzano, con comparsa di costituzione in data 30 giugno 2021, e S.A., con comparsa di costituzione in data 30 giugno 2021, chiedendo il rigetto di tutte le domande avversarie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

- 1) Questo Collegio considera opportuno trattare congiuntamente i primi due motivi d'appello, in ragione della loro comune afferenza all'eccezione di nullità dell'atto di risoluzione.

Entrambe le doglianze non meritano di essere accolte per le seguenti ragioni:

- a) in primo luogo, la Corte osserva che l'atto di risoluzione del contratto di concessione (doc. 16, del fascicolo di primo grado di CISA) non deve essere qualificato come provvedimento amministrativo. Invero, l'atto di risoluzione, adottato dal Comune di Rozzano in base all'art. 108 comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016, è espressivo della capacità generale di diritto privato della Pubblica Amministrazione.

L'atto in questione inerisce ad un'attività paritetica con riguardo ai soggetti privati, risolvendosi in un'ipotesi speciale di risoluzione per inadempimento.

Stante la natura privatistica del suddetto atto, è del tutto trascurabile ogni indagine circa la sussistenza di eventuali vizi formali. Del resto, dal tenore letterale del documento prodotto (doc. 3, fascicolo di primo grado di CISA) emerge chiaramente la volontà del Comune di Rozzano di risolvere per inadempimento il contratto di concessione stipulato con CISA.

Resta comunque singolare il fatto che nel giudizio di appello CISA abbia avanzato richiesta di disapplicazione *ex art. 5 L. n. 2248/1865 All. E* per un atto che l'appellante stesso asserisce nullo. Invero, appare contraddittorio invocare la disapplicazione di un atto amministrativo che si vuole "nullo": tale atto non sarebbe passibile di essere disapplicato, in quanto, in ogni caso, improduttivo di effetti giuridici e, di conseguenza, insuscettibile di modificare le situazioni giuridiche delle parti.



- b) In secondo luogo, non può trovare accoglimento la doglianza relativa al vizio di incompetenza dedotta dall'appellante.

Anzitutto, non può condividersi l'argomentazione dell'appellante nella parte in cui afferma: *“vale evidenziare che nell'atto di contestazione degli addebiti, il dott. Pizzarelli sottoscrive in qualità di responsabile dell'esecuzione del contratto, facendo pertanto presumere che il Comune avesse optato per la distinguere dei ruoli tra RUP e direttore dell'esecuzione”* (citazione d'appello di CISA pag. 11).

Invero, dalla semplice qualificazione del dott. Pizzarelli come responsabile dell'esecuzione nell'atto di contestazione degli addebiti (doc. 13, fascicolo di primo grado CISA), non può dedursi, senza ulteriori riscontri documentali, la volontà dell'Amministrazione di avvalersi di due persone fisiche distinte per il ruolo di RUP e di responsabile dell'esecuzione. Sul punto, non si può che condividere l'affermazione del giudice di primo grado che, coerentemente, assume: *“le Linee Guida Anac n. 3 smentiscono per tabulas l'assunto attoreo, stabilendo al punto 10.1 che: “Il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista e direttore dell'esecuzione del contratto”*” (doc. 18, fascicolo di primo grado del Comune di Rozzano).

Infine, la non coincidenza tra il soggetto che ha adottato l'atto di aggiudicazione (doc. 2, fascicolo di primo grado di CISA), nella fattispecie in esame il dott. Volpe, e il soggetto che ha adottato l'atto di risoluzione del contratto di concessione (doc. 16, fascicolo di primo grado di CISA), nella fattispecie in esame il dott. Pizzarelli, è dovuta alla circostanza che il dott. Volpe ha agito in qualità di RUP nel procedimento di gara, mentre il dott. Pizzarelli ha agito in qualità di RUP e di responsabile dell'esecuzione del contratto, ruoli distinti nell'ambito del procedimento amministrativo;

- 2) Anche il terzo motivo d'appello non appare meritevole di accoglimento per i seguenti motivi:
- a) come emerge dal punto 1.5 del documento di offerta tecnica (doc. 20, fascicolo di primo grado di CISA) il CISA si era impegnato a costituire nel territorio del Comune di Rozzano due centri operativi provvisti delle seguenti caratteristiche:
 - “1. Spazi aperti per deposito veicoli rimossi Spazi coperti per deposito veicoli rimossi;
 2. Spazi coperti per deposito di materiali rimossi e recuperati Area per deposito dei veicoli operativi non in servizio;
 3. Area per il lavaggio e manutenzione ordinaria dei veicoli;



4. *Magazzino per i materiali di consumo, scorte dei DPI;*

5. *Spazio per la raccolta degli effetti personali dei soggetti rimasti coinvolti nel sinistro, i quali sono conservati e resteranno a disposizione dei proprietari, che potranno ritirarli personalmente in orario di ufficio dalle 9:00 alle 18:00 dal Lunedì al Venerdì.*

6. *Aree relax aziendali, dove gli operatori possono rifocillarsi, riposarsi e riprendersi dopo una dura attività lavorativa.”.*

È indubbio che all’art. 2 comma 4 del bando di gara (doc. 1, fascicolo di primo grado di CISA) sia disposto che il concessionario possa acquisire la disponibilità dei due centri operativi fino all’inizio dell’esecuzione del servizio.

Tuttavia, sul punto, questa Corte ritiene di dover condividere la statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui afferma: *“L’argomento è infondato e capzioso. È invero evidente che l’amministrazione, prima di dare avvio al servizio, ha l’onere di verificare i presupposti in capo al concessionario, non potendo seriamente sostenersi che il Comune possa procedere all’accertamento della regolarità del servizio solo successivamente al suo avvio, col rischio di dare avvio ad un servizio inefficiente. Appare dunque conforme al principio del buon andamento dell’amministrazione la scelta del Comune di Rozzano di verificare anticipatamente all’avvio del servizio la regolarità ed effettività dei presidi operativi che CISA avrebbe dovuto garantire”.* Con riferimento al c.d. inadempimento anticipato, le argomentazioni del primo Giudice trovano, peraltro, riscontro nell’insegnamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui: *“l’inadempimento contrattuale può anche essere anticipato rispetto alla scadenza prevista per l’adempimento (“anticipatory breach”), qualora il debitore, in violazione dell’obbligo di buona fede, tenga una condotta che renda impossibile o antieconomica la prosecuzione del rapporto”* (Cass. Sez. II. Sent. n. 23823/2012).

Nella fattispecie in questione emerge chiaramente la violazione dell’obbligo di buona fede contrattuale da parte di CISA il quale, a fronte delle richieste di chiarimenti avanzate dal Comune di Rozzano (doc. 4, fascicolo di primo grado di CISA), ha sempre dichiarato di avere la piena disponibilità dei centri operativi forniti delle summenzionate caratteristiche (doc. 5, fascicolo di primo grado di CISA), allegazioni risultate in seguito non veritiere.

- b) Nemmeno le doglianze relative all’erronea valutazione del giudice di primo grado circa l’inidoneità dei centri operativi indicati da CISA possono trovare accoglimento.



Questa Corte rileva che, a fronte delle contestazioni avanzate dal Comune di Rozzano, la parte appellante non ha mai prodotto alcun documento che potesse dimostrare l'asserita idoneità del centro operativo di via Franchi Maggi n. 10 e del centro operativo di via Stromboli n. 25. Anche la circostanza per cui CISA, in seguito a espressa richiesta del Comune di Rozzano, abbia iniziato in via anticipata ad erogare il servizio non prova in alcun modo l'idoneità dei mezzi e dei centri operativi predisposti dal concessionario per adempiere alle proprie obbligazioni.

Pertanto, sul punto, questo Collegio non può che condividere nuovamente la decisione del giudice di prime cure nella parte in cui afferma: *“A seguito delle richieste di chiarimenti inviati al CISA, il Comune ha correttamente assunto la decisione di risolvere il contratto di concessione, avendo accertato definitivamente l'inidoneità di CISA a mantenere gli impegni assunti nell'offerta presentata in sede di gara, atteso che: - il centro operativo che il CISA avrebbe voluto istituire in via Franchi Maggi, n. 10 sarebbe stato situato presso un'abitazione privata di tale Davide Moroni, priva per sua natura dei requisiti indicati nella Relazione Offerta Tecnica, lett. A. 1.5, punti 1-6, come contestato dall'amministrazione e mai smentito da CISA; - il centro operativo che CISA avrebbe voluto istituire in via Stromboli, n. 25 sarebbe stato situato presso un'area di tale Moroni s.r.l., senza tuttavia avere mai provato l'assenso della suddetta Moroni s.r.l. a concedere la propria area per l'esecuzione dei servizi oggetto della convenzione tra il CISA ed il comune”*.

- c) Per quanto concerne l'omessa valutazione nella decisione di primo grado della consorziata Carrozzeria Vieri in via Marconi, questo Collegio rileva che è pacificamente accertato che tale sito è stato indicato solamente nell'istanza di partecipazione alla gara e non anche in sede di offerta, in violazione dell'art. 48 comma 7, il quale espressamente dispone: *“È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; ((qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), e' tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre;)) a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla*



medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale”;

- 3) In terzo luogo, con riguardo alle censure avanzate dal CISA avverso la decisione del giudice di primo grado di non accogliere le istanze istruttorie proposte, la Corte brevemente osserva:
- a) quanto alla richiesta di ammissione della prova testimoniale, il Collegio rileva che il capitolato di prova verte unicamente su un'assunta manchevolezza del Comune di Rozzano nell'ambito dell'istruttoria amministrativa. In altre parole, i fatti che CISA intende dimostrare avvalendosi della prova testimoniale sono estranei al *thema probandum* dell'adeguatezza dei centri operativi predisposti dal concessionario.
 - b) Quanto, invece, alla istanza di CISA di disporre la CTU, è utile richiamare l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, secondo il quale: *“La consulenza tecnica d'ufficio è mezzo istruttorio (e non una prova vera e propria) sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito, rientrando nel suo potere discrezionale la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario giudiziario e la motivazione dell'eventuale diniego può anche essere implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato effettuata dal suddetto giudice”* (Cass. Sez. I. n. 15219/2007). Ad avviso di questa Corte appare dirimente il rilievo che nel di giudizio di primo grado CISA non ha prodotto alcun documento che potesse provare l'idoneità dei centri operativi predisposti dal consorzio; sul punto, pertanto, non può che condividersi la decisione del Tribunale nella parte in cui afferma: *“la serietà della pretesa attorea avrebbe potuto essere agevolmente dimostrata per mezzo di documentazione fotografica descrittiva dello stato dei luoghi. Tuttavia, il CISA ha omesso tale produzione documentale, ciò non consentendo al Tribunale di verificare se i menzionati siti fossero effettivamente adeguati e conformi alla Relazione Offerta tecnica, apparendo, tra l'altro, del tutto singolare che CISA non abbia avuto cura di allegare una prova così tanto semplice e di immediata percezione”*.



Il giudice di prime cure ha coerentemente motivato il diniego alla richiesta di CTU in ragione della chiara finalità esplorativa e della totale assenza di un qualsivoglia principio di prova in senso contrario rispetto a quanto accertato dal Comune di Rozzano. È d'uopo osservare che la CTU non può essere esperita al fine di esonerare la parte dal fornire prova di quanto assume; nella fattispecie in questione, proprio i quesiti che il consulente tecnico avrebbe dovuto affrontare dimostrano in modo palmare che CISA ha avanzato richiesta di CTU al solo scopo di supplire alla deficienza delle proprie allegazioni istruttorie.

- 4) Quanto al quarto motivo di appello, è sufficiente osservare che il parziale accoglimento della domanda riconvenzionale avanzata dal Comune di Rozzano non può certo condurre ad una reciproca soccombenza delle parti: stante il rigetto di tutte le domande attoree, appare giustificata la conclusione in ordine alla prevalente soccombenza di CISA.

Concludendo, va rigettato nel merito l'appello proposto da CISA e, per l'effetto, deve essere confermata la sentenza gravata.

Ogni altra questione e motivo deve intendersi assorbito.

Le spese di lite liquidate come in dispositivo seguono il principio della soccombenza.

In ragione della soccombenza prevalente di CISA, le spese di lite ulteriori del grado d'appello gravano interamente su CISA e sono liquidate come in dispositivo.

Tenuto conto delle questioni trattate, della natura della presente pronuncia e dei parametri di cui al DM n. 55/2014, esse paiono congruamente liquidabili in complessivi euro , oltre oneri accessori, previdenziali e fiscali di legge.

La Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il pagamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato da parte dell'appellante, a norma del comma 1 *quater* dell'art. 13 DPR 115/2012, così come modificato dall'art. 1 comma 7 della L. n. 228/2021, applicabile *ratione temporis*, trattandosi di appello proposto successivamente al 31.01.2013.

P.Q.M.



La Corte d'Appello di Milano, sull'appello proposto da CISA avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 1058/2021, così provvede:

- 1. rigetta l'appello proposto da Consorzio Italiano Strade e Ambiente e per l'effetto conferma integralmente la sentenza impugnata;**
- 2. condanna CISA alla rifusione delle ulteriori spese del grado, in favore del Comune di Rozzano e in favore di Sicurezza e Ambiente s.r.l, liquidate ex DM n. 55/2014 come segue:
a) in favore del Comune di Rozzano in complessivi euro 13.560,00, oltre oneri accessori, fiscali e previdenziali di legge; b) in favore di Sicurezza e Ambiente s.r.l in complessivi euro 8.200,00, oltre oneri accessori, fiscali e previdenziali di legge, disponendone la distrazione a favore del difensore dichiaratosi antistatario;**
- 3. dà atto della sussistenza dei presupposti per il pagamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato da parte dell'appellante, a norma del comma 1 quater dell'art. 13 del DPR 115/2012, così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. n. 228/2012.**

Milano, così deciso nella Camera di consiglio del 27.04.2022.

Il Presidente rel.

Alberto Massimo Vigorelli

