

N. 5816/2021 R.G.



TRIBUNALE ORDINARIO di BUSTO ARSIZIO
SEZIONE Terza CIVILE
VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 5816/2021

tra

COMUNE DI (Omissis)

-Parte Attrice-

e

(Omissis)

-Parte Convenuta-

Oggi, **14 settembre 2022**, ad ore **12.19**, innanzi al Giudice, dott. Angelo Farina, sono comparsi: per COMUNE (Omissis) avv. C. M., e per (Omissis) avv. T. C.

Su invito del Giudice, le Difese delle parti precisano le conclusioni come da fogli di pc dimessi su Consolle.

Su invito del Giudice, i Procuratori delle parti discutono oralmente riportandosi agli atti dimessi.

Le parti congiuntamente dichiarano di acconsentire alla lettura del solo dispositivo della sentenza, e acconsentono ad essere dispensate dalla lettura della motivazione.

Udita la discussione orale,

il Giudice

si ritira in camera di consiglio e quindi, uscitone, pronuncia la sentenza con lettura della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione e la sentenza è allegata al presente verbale di udienza.

il Giudice

dott. Angelo Farina

N. 5816/2021 R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BUSTO ARSIZIO
SEZIONE Terza CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Angelo Farina
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **5816/2021** promossa da:

Comune di (Omissis), con sede in (Omissis), in persona del Sindaco, rappresentato e difeso dall'Avv. M. C. del Foro di (Omissis) ha eletto domicilio.

ATTORE

contro

(Omissis), con sede legale in (Omissis), in persona dei procuratori (Omissis) rappresentata e difesa nella presente controversia dagli Avv.ti G. T.e C. M. T. elettivamente domiciliata presso i domicili digitali dei difensori e nel domicilio fisico presso il loro Studio (Omissis)

CONVENUTO

OGGETTO: Appalto di opere pubbliche

Conclusioni

Parte attrice:

NEL MERITO, IN VIA PRINCIPALE • Accertare e dichiarare il diritto del Comune di (Omissis) di provocare il rinnovo della durata della convenzione sottoscritta con (Omissis) in data 21.03.2017 alle medesime condizioni e senza negoziazione e, conseguentemente, • Dichiarare la convenzione di cui sopra rinnovata tra le medesime parti e alle medesime condizioni sino al 31.12.2026 e, per l'effetto, • Condannare (Omissis) all'adempimento delle obbligazioni assunte con la sottoscrizione della convenzione di cui in atto, ed in particolare allo svolgimento dei servizi di Tesoreria dettagliati nel medesimo accordo, alle medesime condizioni,

sino al 31.12.2026, ovvero sino al diverso termine previsto per Legge o che verrà ritenuto di giustizia; Ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., fissare la somma di denaro dovuta da (Omissis) per ogni violazione o inosservanza successiva all'emissione del provvedimento ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del medesimo;

IN OGNI CASO

- Con vittoria di spese e compensi di ATP e di lite, oltre 15% ex art. 2 DM 55/2014, CPA 4% e IVA 22% se dovuta;

Parte convenuta:

in via preliminare, RESPINGERE l'istanza cautelare del Comune di (Omissis);

- nel merito, RESPINGERE tutte le domande formulate dal Comune di (Omissis), siccome infondate, e conseguentemente:

ACCERTARE E DICHIARARE che l'art. 3 del disciplinare di gara ha previsto il rinnovo del contratto a condizioni anche diverse da definire in esitoa trattativa negoziale;

ACCERTARE E DICHIARARE che l'art. 35 del contratto di tesoreriasì interpreta, conformemente al disciplinare, nel senso che il rinnovo del contratto può darsi solo previa trattativa tra le parti e a condizioni anche diverse da quelle originarie;

in subordine, DICHIARARE LA NULLITÀ della clausola di rinnovo convenuta nel disciplinare di gara e nel contratto, per violazione di norme imperative;

in ogni caso, CONDANNARE il Comune di (Omissis) ad avviare le trattative con BPS finalizzate al rinnovo a condizioni da definire consensualmente, oppure a indire la procedura di gara per la selezione del nuovo tesoriere.

Con vittoria di spese e onorari di lite.

Esposizione delle ragioni in fatto e diritto della decisione

1. Svolgimento del processo e deduzioni delle parti.

Con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, depositato in data 08.12.2021, il Comune di (Omissis), in persona del sindaco, conveniva in giudizio la (Omissis), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, al fine di accertare e dichiarare il suo diritto a rinnovare la convenzione sottoscritta con (Omissis) in data 21.03.2017, giusta disposizione contenuta nell'art. 35 della convenzione medesima, ancora, per l'effetto, di dichiarare la rinnovazione del contratto *de quo* sino al 31.12.2026 e di condannare la resistente all'adempimento delle obbligazioni assunte in sede di stipula, con riferimento al servizio di Tesoreria, nonché da ultimo, ai sensi dell'art. 614 *bis c.p.c.*, di fissare la somma di denaro dovuta da (Omissis) per ogni violazione o inosservanza successiva all'emissione del provvedimento ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del medesimo.

Per la precisione, il ricorrente deduceva quanto in appresso.

- In data 21.03.2017, il Comune di (Omissis) sottoscriveva con la (Omissis) un contratto d'appalto relativo all'affidamento in concessione del servizio di tesoreria e cassa dell'ente per il periodo intercorrente dall'01.01.2017 al 31.12.2021;
- nella successiva data del 14.05.2021 (*i.e.* 6 mesi prima della scadenza del contratto), in forza dell'art. 35 della convenzione vigente *inter partes*, il ricorrente comunicava a mezzo p.e.c. alla appaltatrice di aver deliberato di “rinnovare il contratto alle medesime condizioni per il periodo 01.01.2022-31.12.2026”;
- pochi giorni dopo, in data 17.05.2021, (Omissis) riscontrava detta missiva, comunicando tuttavia di “non poter aderire alla proposta di rinnovo a causa della sopravvenuta onerosità di alcune clausole pattizie”, rendendosi tuttavia “ben lieta e onorata di svolgere anche in futuro il servizio di tesoreria e cassa di codesto spettabile Comune in forza di un nuovo contratto, evitando le laboriose procedure d'asta, a condizioni da concordare”;
- il successivo 07.06.2021, il Comune di (Omissis) riscontrava detta comunicazione, richiamando il contenuto del contratto sottoscritto tra le parti ed evidenziando, in particolare, che “il possibile esercizio di tale opzione [ossia l'opzione di rinnovo del contratto alle medesime condizioni] discende da obbligo contrattualmente previsto dall'originario bando di gara, come riportato nell'art. 35, comma 3, del contratto di tesoreria. Tale facoltà non risulta quindi subordinata ad accettazione della controparte”;
- malgrado ciò, in data 08.06.2021 la (Omissis) ribadiva ulteriormente la propria indisponibilità al rinnovo del contratto, adducendo, secondo la propria libera interpretazione, che la riserva, operata negli atti di gara ed espressa dall'art. 35 del contratto, avesse ad oggetto esclusivamente il rinnovo del contratto, in seguito all'espletamento con esito positivo di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, nonché che, in ragione di ciò, fosse sancito a carico dell'appaltatore solo un obbligo di accesso alla fase di negoziazione;
- in data 26.07.2021 il Comune di (Omissis), respinte integralmente le tesi di (Omissis), diffidava infine quest'ultima “ad adempiere, entro otto giorni, a quanto necessario a perfezionare il rinnovo del contratto del servizio di tesoreria, come previsto dall'Art. 35, comma 3, del contratto in essere”;
- seguiva ulteriore scambio di corrispondenza, il quale si rivelava tuttavia senza alcun esito.

Regolarmente evocata in giudizio con ricorso e pedissequo decreto di fissazione udienza di prima comparizione parti notificati in data 13.12.2021, si costituiva tempestivamente in data 06.05.2022 (Omissis), la quale, nel contestare integralmente le pretese di parte avversa, ne chiedeva il rigetto, stante l'impossibilità di procedere al rinnovo del contratto *de quo* in assenza di un'espressa negoziazione tra le parti, come implicitamente previsto nel disciplinare di gara e prospettato ai competitori in quella sede.

Chiedeva altresì, in via subordinata, di dichiarare la nullità del contratto di appalto vigente tra le parti, a causa della sua contrarietà alle norme imperative, essendo la clausola relativa al rinnovo del contratto difforme da quella originariamente prevista in seno al disciplinare di gara a cui i competitori avevano aderito.

Agendo in via riconvenzionale, insisteva, da ultimo, nella condanna di parte ricorrente all'avvio di una procedura negoziata con il medesimo aggiudicatario ovvero all'indizione di una nuova procedura di gara per la selezione di un altro tesoriere.

In esito alla prima udienza di comparizione, ritenuta la non sommarietà dell'istruttoria nonché la complessità e la natura del thema decidendum, veniva disposta la conversione del rito e la causa veniva rinviata per lo svolgimento dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c.

In quest'ultima sede, su richiesta delle parti, la causa veniva ulteriormente rinviata per la precisazione delle conclusioni e discussione orale ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. all'udienza odierna.

2. Decisione.

Ad avviso di questo giudice, la domanda di parte attrice è infondata e, pertanto, merita di essere rigettata come meglio precisato nel prosieguo. Congiuntamente a tale domanda, dev'essere esaminata la domanda riconvenzionale svolta da parte convenuta, che invece merita parziale accoglimento nei termini che seguono.

Deve anzitutto darsi atto della sussistenza della giurisdizione e competenza di questo giudicante, stante, in riferimento alla prima, la natura della controversia, vertente, come è pacifico tra le parti, sull'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di appalto vigente tra le stesse e attinenti alla fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Poste tali premesse, nel merito della controversia, deve preliminarmente rilevarsi come l'istituto della rinnovazione del contratto pubblico di appalto, invocato da parte ricorrente, sia da ritenere circostanza eccezionale e derogatoria sia della normativa di settore sia in particolare del principio di evidenza pubblica. Alla luce di siffatti principi, la Pubblica Amministrazione, ogni qualvolta debba procedere alla scelta di un operatore economico nell'ambito dell'attività contrattuale, finalizzata alla realizzazione di lavori o opere, ovvero alla prestazione di un servizio, nonché alla fornitura di beni, è tenuta ad osservare le regole procedurali dell'evidenza pubblica. L'obiettivo di tale previsione è appunto garantire il concorso tra diversi offerenti ed evitare abusi da parte dei privati, al fine di addivenire alla scelta migliore per l'amministrazione, nel rispetto del principio di imparzialità.

Atteso quanto sopra, se la regola da seguire in materia di appalto pubblico è l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, con condizioni di parità per tutti i competitori, di contro costituisce circostanza eccezionale il rinnovo di un precedente contratto, senza l'avvio di una nuova gara.

Dalle superiori conclusioni discende che non solo siffatta circostanza, come precisato, di natura derogatoria, debba essere espressamente prevista in seno sia al disciplinare di gara che al contratto di appalto, ma che debbano essere anche precisate in modo esplicito le condizioni della stessa.

Orbene, nel caso in specie, all'art. 35, comma 3 del contratto di appalto *inter partes* si legge: «*L'Ente si riserva la facoltà, nei termini di legge, di rinnovare il rapporto con lo stesso aggiudicatario del servizio per un periodo di uguale durata, dandone comunicazione formale almeno sei mesi prima della scadenza della presente convenzione*» (cfr. doc. 1, pag. 37, fascicolo ricorrente).

Proprio sulla scorta di tale disposizione pattizia, il Comune di (Omissis) ha ritenuto di essere in possesso di un diritto di natura potestativa che gli consente inequivocabilmente di rinnovare il contratto *de quo* alle medesime condizioni e per un periodo di uguale durata, previa comunicazione all'aggiudicatario sei mesi prima della scadenza e senza possibilità di accettazione espressa ovvero rifiuto da parte dell'appaltatore, il quale dovrebbe per l'effetto limitarsi a prestare tacitamente il servizio richiesto.

Siffatta tesi non può essere condivisa.

Lungi dal conferire un diritto potestativo in capo al Comune, la clausola richiamata, difatti, attribuisce all'Ente la mera facoltà di valutare di proseguire i rapporti con l'attuale contraente in alternativa a indire una nuova gara. La lettera della previsione non autorizza invece la conclusione che tale rinnovo sia rimesso esclusivamente alla unilaterale iniziativa dell'amministrazione, non desumendosi dalla stessa né un diritto di opzione in capo all'Ente, né un obbligo o una posizione di soggezione rispetto alla parte privata.

Declinando il surriferito principio al caso di specie, non può pertanto che concludersi che nessun rinnovo possa essere disposto, in carenza del consenso legittimamente prestato da entrambi i contraenti e, in particolare, in assenza del requisito dell'accettazione dell'appaltatore.

Ad analoghe risultanze deve peraltro sopraggiungersi in ordine alla disamina del disciplinare di gara (cfr. doc. 10, pag. 4, fascicolo ricorrente), il quale, in seno all'art. 3, comma 3, espressamente prevede: «*Alla scadenza della convenzione è facoltà dell'Amministrazione Comunale disporre il rinnovo del contratto per ulteriori 5 anni alle medesime condizioni (o condizioni di miglior favore offerte)*». Tale documento deve difatti essere letto nella veste di "condizioni generali di contratto" e, alla stregua dell'art. 1341, co. 1 c.p.c., deve essere considerato parte integrante e chiave interpretativa del contratto di appalto successivamente stipulato.

Ne discende che, anche alla luce della genericità della clausola di rinnovo prevista in seno alla convenzione *inter partes*, l'espressa locuzione "condizioni di miglior favore offerte", contenuta nel disciplinare, debba essere ritenuta sintomatica della necessità, ai fini del rinnovo del contratto, del concorso di volontà della parte privata.

A fronte di tali rilievi, non risultano convincenti le deduzioni di parte attrice.

Il richiamo all'istituto del rinnovo, e in particolare alla facoltà di reiterare la fonte contrattuale alle medesime condizioni, non implica in alcun modo l'automatica unilateralità del vincolo.

Infatti, deve osservarsi che il principio generale dell'accordo, che esige il consenso quale scaturigine del rapporto contrattuale, si esplica anche laddove la contrattazione sia vincolata nei suoi contenuti. Laddove, per volontà delle parti o in base a previsioni di legge, i contenuti contrattuali siano in parte o in toto predeterminati, cionondimeno permane la libertà delle stesse, nell'an, di scegliere se vincolarsi o meno.

Dunque anche laddove il bando di gara, il contratto o la legge precostituiscono il contenuto contrattuale da reputarsi inserito nei successivi contratti *stipulandi* fra p.a. e privato, in ogni caso rimarrebbe libera la scelta in capo al privato di decidere se accogliere la proposta di rinnovo contrattuale. A fronte di tale assunto di massima, potrebbe eccezionalmente ipotizzarsi un vincolo

del privato alla contrattazione (sulla base ad esempio, di un diritto di opzione), vincolo che tuttavia, per le ragioni suddette, non si desume dalla lettera del contratto.

Per quanto specificamente attiene alla disciplina del rinnovo nel Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50 /2016), si è già rilevato come, anche prescindendo dalla sua dimensione contenutistica (se cioè il medesimo possa avere eguale contenuto rispetto al negozio originario o debba avere contenuto diverso), non sussistono previsioni normative che esplicitamente lo connotino quale negozio unilaterale. In assenza di indicazioni esplicite in tal senso, dunque, non può che applicarsi il principio generale, che esige, tanto per l'ipotesi di reiterazione delle medesime condizioni contrattuali quanto per il caso di modifica dell'accordo originario, l'accordo delle parti.

Il punto è stato peraltro confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, che si è pronunciata sulla differenza fra proroga e rinnovo. Invero è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sussiste proroga contrattuale nei casi in cui vi sia integrale conferma delle precedenti condizioni (fatta salva la modifica di quelle non più attuali), con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall'atto originario, mentre si verte in materia di rinnovo quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 5059 del 2018; Sez. VI, n. 3478 del 2019 e n. 8219 del 2019; Sez. V, n. 3874 del 2020). Come tuttavia è stato ribadito anche di recente dal Consiglio di Stato, tanto la proroga quanto il rinnovo presuppongono l'accordo delle parti, con la differenza che nel primo caso l'accordo ha ad oggetto "il differimento del termine finale del rapporto", che nei suoi contenuti rimane invariato per la parte residua, mentre nel secondo caso le condizioni contrattuali nella loro interezza (in tal senso, Consiglio di Stato sez. III, 24/03/2022, (ud. 17/03/2022, dep. 24/03/2022), n.2157). Se dunque è vero che nel caso di "proroga" contrattuale (che la si voglia equiparare o meno al "rinnovo" previsto contrattualmente nel caso di specie), l'accordo mira esclusivamente a modificare il termine di vigenza del rapporto contrattuale, che rimane per il resto disciplinato dall'originario contratto, cionondimeno una modifica della precedente fonte negoziale sussiste, e per tale modifica si rende necessario l'accordo fra le parti.

Per tali assorbenti ragioni, tutte le domande di parte attrice devono essere rigettate. Risultano dunque insussistenti, già sotto il profilo del *fumus*, i presupposti per l'emissione della misura cautelare richiesta dalla parte attrice.

In parziale accoglimento della domanda riconvenzionale svolta dalla convenuta, deve accertarsi che la documentazione contrattuale prevede che (a prescindere dal contenuto del contratto stipulando) il rinnovo contrattuale debba in ogni caso essere pattuito con l'accordo di entrambe le parti.

Deve reputarsi assorbita la domanda di accertamento della nullità della clausola contrattuale svolta da parte convenuta, in quanto esperita in subordine alla domanda riconvenzionale (che ha trovato accoglimento) appena richiamata.

Da ultimo deve rigettarsi la domanda riconvenzionale svolta dalla convenuta ed avente ad oggetto la condanna di parte attrice all'esperimento delle trattative. Infatti, come emerge testualmente dalla citata documentazione contrattuale, l'esperimento delle trattative per il rinnovo del contratto

costituisce oggetto di una facoltà, e non già di un obbligo, per la pubblica amministrazione. Non si ravvisano dunque gli estremi per un obbligo a contrarre.

Le spese sono decise a mente degli artt. 91 e ss. c.p.c. attualmente vigente, successiva alla novella del 2014: in forza di tali disposizioni, la parte che all'esito della decisione è soccombente deve rifondere le spese della parte vittoriosa, salva solo la soccombenza reciproca, la novità della questione trattata, il *revirement* della giurisprudenza su questioni decisive ovvero, come sancito dalla sentenza C. Cost. n. 77/2018, altre gravi ed eccezionali ragioni da esplicitarsi in motivazione. La disciplina delle spese si basa sul principio di causalità, in virtù del quale chi ha promosso un processo perso, o ha costretto altri a promuovere un processo per affermare il suo buon diritto, ne deve sopportare le conseguenze economiche, a prescindere dall'elemento soggettivo della colpa del soccombente o da profili sanzionatori: il principio di causalità risponde ad una funzione indennitaria o ripristinatoria, nel senso che la parte vittoriosa deve essere tenuta indenne delle spese sostenute per l'accertamento del suo buon diritto (o per l'accertamento dell'inesistenza del diritto altrui), pena la vanificazione del diritto di azione e di difesa in giudizio, di cui all'art. 24 Cost. (Cass. civ., sez. 3, 15.07.2008, n. 19456; conf.: Cass. civ, sez. 3, 20.02.2014, n. 4074).

Nel caso di specie, all'esito del giudizio parte attrice è risultata parzialmente soccombente, onde la stessa va condannata a rifondere le spese di parte convenuta nella misura del 50 %, non ravvisandosi gravi ed eccezionali motivi idonei a discostarsi dal principio di causalità della lite. Per la restante parte, le spese di lite devono essere compensate in ragione della soccombenza reciproca, considerato il rigetto della domanda di condanna a trattare svolta da parte convenuta; s'intendono compensate altresì le spese vive sostenute da parte convenuta.

Le spese si liquidano in applicazione del dm 55/2014, come da dispositivo; non si procederà a liquidazione della fase istruttoria in quanto non svolta. Si ritiene applicabile lo scaglione di valore indeterminabile di complessità bassa.

P.Q.M.

Il Tribunale di Busto Arsizio, Sezione Terza Civile, letto l'art. 281-*sexies* c.p.c., definitivamente pronunciando nella causa tra le parti in epigrafe, ogni diversa istanza, difesa, eccezione e deduzione disattesa, assorbita la domanda riconvenzionale di declaratoria della nullità svolta da parte convenuta, così provvede:

- 1) rigetta tutte le domande svolte da parte attrice nei confronti di parte convenuta, e in accoglimento della domanda riconvenzionale di accertamento del contenuto del contratto e del disciplinare di gara svolta da parte convenuta, accerta che il rinnovo contrattuale è subordinato all'accordo delle parti contraenti;
- 2) rigetta la domanda riconvenzionale di condanna ad avviare le trattative finalizzate al rinnovo, svolta da parte convenuta;
- 3) condanna parte attrice alla rifusione del 50 % delle spese di lite in favore di parte convenuta, che si liquidano come segue: euro 2.767,00 per compenso, 15 % del compenso per rimborso forfetario spese generali, CPA e IVA se e come dovute per legge. Compensa le spese per la parte residua.

Sentenza provvisoriamente esecutiva quanto alle statuizioni di condanna, resa oggi 14.9.2022 a Busto Arsizio e pubblicata *ex art. 281sexies c.p.c.*

il Giudice
dott. Angelo Farina