



IL TRIBUNALE DI CAGLIARI
SEZIONE PRIMA CIVILE

in composizione collegiale, con l'intervento dei magistrati

Dott. Stefano Greco

Presidente

Dott. Andrea Bernardino

Giudice relatore

Dott. Nicola Caschili

Giudice

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul reclamo *ex art. 669 - terdecies* c.p.c. iscritto al n. **3641/2019 R.G.**

Promosso dalla

ITINERA S.P.A. (C.F. 01668980061), con sede in Tortona, via S.S. 10 per Alessandria n. 6a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria dell'Associazione Temporanea d'Imprese con la mandante Consorzio Fra Cooperative Di Produzione e Lavoro – Cons Coop con sede in Forlì, via Luigi Galvani n. 17 (C.F. 00140990409), rappresentata e difesa, dagli avvocati Mauro Ciani, Alberto Bartolomei e Cecilia Savona

Reclamante

Contro il

CONSORZIO DI BONIFICA DELLA SARDEGNA CENTRALE (C.F. 80002690917), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Nuoro, via Santa Barbara n. 30, rappresentato e difeso dagli avvocati Arcangelo Guzzo e Claudio Martino

Reclamato

E contro la

GENERALI ITALIA S.P.A. (C.F. 00409920584), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Mogliano Veneto, via Marocchesa n. 14, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Scofone, Niccolò Maria Mantero e Maria Filiberta Lallai

Reclamata

MOTIVI DELLA DECISIONE

Breve excursus dei fatti di causa.

1. Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. del 22.2.2019 (introduttivo del procedimento n. 1598/2019 R.G.) la Itinera S.p.A. ha richiesto a questo Tribunale di voler accogliere le seguenti domande cautelari, già con decreto *inaudita altera parte* o comunque all'esito dell'instaurando contraddittorio: *“inibire alla Generali Italia S.p.A. (C.F. 00409920584), in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in 31021 Mogliano Veneto (TV) Via Marocchessa n. 14, sino alla definizione del giudizio relativo alla risoluzione del contratto di appalto stipulato in data 27.09.2006 relativo ai lavori di costruzione della diga di Cumbidanovu sull'alto Cedrino per l'irrigazione dell'agro di Orgosolo, Oliena, Nuoro, Dorgali, Orune, Lula*

- In via principale, il pagamento al Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale della somma richiesta di €. 1.542.481,41= ovvero di qualunque altro diverso importo di cui alla polizza fideiussoria n. 268800639;

- In via subordinata e salvo gravame, limitare il pagamento alla somma di €. 1.088.620,45, così come determinata con l'appendice di variazione n. 0006 alla Polizza Fideiussoria n. 268800639 disponendo che sia versato su conto vincolato all'esito del giudizio di merito ovvero sia condizionato al rilascio da parte del Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale di una cauzione bancaria o garanzia equivalente di pari ammontare”.

A sostegno del ricorso *ex art.* 700 c.p.c. la Itinera S.p.A. (di seguito Itinera) ha dettagliatamente illustrato gli eventi succedutisi a partire dall'affidamento dei lavori di costruzione della diga del 14.9.2006 sino ai fatti acceduti nei primi mesi dell'anno 2019, che hanno connotato il rapporto contrattuale con il committente, per poi invocare, a fondamento delle sue domande, l'illegittimità della deliberazione n. 4 del 18.1.2019, con la quale il Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale (di seguito Consorzio) - a motivo della perdita, da parte dell'appaltatore, del requisito SOA inerente la categoria OG5 (degradato dalla classifica VIII alla classifica VI) - aveva disposto la risoluzione del contratto d'appalto in danno dell'appaltatore, notificando il 5.2.2019 all'A.T.I. contraente ed alla società garante l'atto di risoluzione, e, conseguentemente, di escutere

integralmente la cauzione definitiva costituita dalla polizza fideiussoria n. 268800639 di Generali Italia S.p.A. (di seguito Generali).

La ricorrente ha individuato nelle carenze in fase di progettazione e nell'interruzione dell'appalto per lunghissimo tempo, per fatto imputabile esclusivamente al Consorzio, la ragione della perdita della categoria richiesta per l'esecuzione di quel tipo di opera e ha, dunque, denunciato come abusiva la richiesta del Consorzio di escussione della cauzione.

La degradazione della classifica SOA non poteva costituire un valido motivo per la risoluzione del contratto in danno dell'ATI, considerato che:

a) alla data dell'aggiudicazione definitiva il certificato SOA dell'appaltatore aveva piena efficacia e validità fino alla data entro la quale i lavori oggetto di affidamento avrebbero dovuto essere stati ampiamente completati: in altri termini, se le opere si fossero concluse nei tempi contrattualmente previsti, di certo esse sarebbero state ultimate entro il termine di validità dell'attestazione SOA;

b) il ritardo accumulato dalla commessa, per fatti certamente non imputabili all'ATI, aveva impedito alle imprese di "spendere", nella procedura di verifica/rinnovo delle SOA, i certificati di esecuzione lavori relativi all'appalto oggetto di causa, il che avrebbe senz'altro consentito la conservazione della classifica SOA nella classifica originaria.

A ciò doveva aggiungersi la circostanza che nel settore relativo alle dighe erano state bandite pochissime gare d'appalto.

Di conseguenza, il contratto, che pure si era risolto, non potendo essere più eseguito da un'impresa in possesso dei requisiti di legge, non si era risolto per inadempimento dell'appaltatore, ma per oggettiva impossibilità sopravvenuta, con esclusione di ogni responsabilità in capo all'ATI.

Tale illegittima risoluzione del contratto d'appalto in danno dell'appaltatore rendeva abusiva l'escussione della polizza fideiussoria.

Ulteriore elemento da cui si poteva trarre il carattere abusivo dell'escussione della polizza era costituito dal fatto che la predetta polizza richiama lo schema tipo 1.2 di cui al D.M. 12.03.2004 n. 123 che prevede, all'art. 1, che *"il Garante si impegna nei confronti della Stazione Appaltante, nei limiti della somma garantita, al risarcimento*

dei danni da questa subiti in conseguenza dell'inadempimento da parte del Contraente delle obbligazioni previste nel contratto", e, all'art. 4, che "il Garante pagherà l'importo dovuto dal Contraente entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione Appaltante, presentata in conformità del successivo art. 6 e contenente gli elementi in suo possesso per l'escussione della garanzia".

Le predette clausole dimostravano che l'escussione delle polizze fideiussorie in discorso non poteva prescindere dall'allegazione e dalla prova dell'inadempimento imputabile dell'appaltatore e dalla dimostrazione dei danni (anche in senso quantitativo), elementi tutti che deve fornire l'ente appaltante, stante l'espressa previsione normativa del contratto di garanzia sopra riprodotta, che indica come la stessa rivesta un carattere essenzialmente indennitario.

Nel caso di specie, il Consorzio, nella propria richiesta, non aveva in alcun modo indicato quali danni avrebbe subito, né, tantomeno, aveva fornito elementi giustificativi della pretesa escussione, limitandosi ad affermare che l'inadempimento dell'impresa era *"certamente superiore alla somma garantita con la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, come si avrà modo di dimostrare nelle competenti sedi, essendone rimasta investita l'essenza stessa del contratto e le sue finalità"*.

Inoltre, l'escussione avanzata dal Consorzio non era comunque ammissibile nella misura richiesta, da quest'ultimo indicata in euro 1.542.481,41, poiché tale misura era stata ridotta ad euro 1.088.620,45, come da appendice di variazione n. 0006.

Quanto al *periculum in mora*, parte ricorrente ha allegato che l'escussione della garanzia fideiussoria avrebbe comportato, per le imprese raggruppate nell'ATI, un danno sproporzionato, grave ed irreparabile rispetto alla temporaneità del provvedimento cautelare richiesto. Né si potevano tralasciare le inevitabili conseguenze connesse alla diffusione della notizia dell'escussione della polizza per presunto inadempimento addebitabile, impropriamente ed ingiustamente, alle imprese costituenti l'ATI, arrecando l'escussione della garanzia anche un grave danno, ingiusto ed irreparabile, alla loro immagine commerciale.

Non poteva infatti negarsi che la professionalità acquisita dalle imprese costituenti l'ATI nel settore degli appalti pubblici sarebbe risultata lesa al verificarsi

dell'escussione della garanzia fideiussoria prestata.

2. Il giudice ha ritenuto di non dover accogliere le domande cautelari con decreto *inaudita altera parte* ed ha fissato l'udienza per la trattazione del ricorso.

Instaurato il contraddittorio, si è costituito in giudizio il Consorzio, resistendo alle avverse domande.

Pur riconoscendo come, in sede di sottoscrizione dell'atto di sottomissione n. 4 del 20.12. 2015, Itinera avesse presentato l'appendice di variazione n. 0006 della polizza, con riduzione dell'importo a euro 1.088.620,45, e come, dunque, quest'ultimo (non quello erroneamente richiesto di euro 1.542.481,41) fosse l'ammontare effettivamente dovuto dalla Generali in seguito all'atto risolutivo del contratto di appalto, il Consorzio ha affermato la piena legittimità dell'escussione della polizza fideiussoria.

In particolare, il Consorzio ha osservato come l'appalto si fosse risolto per fatto e colpa dell'appaltatore, che aveva taciuto della perdita della qualifica SOA necessaria per i lavori, fatto verificatosi ben tre anni prima dell'adozione del provvedimento di risoluzione (e scoperto dal Consorzio solo in data 9.1.2019, con nota della Itinera, mentre attendeva la restituzione degli atti sottoscritti, per accettazione, della perizia di variante n. 3 – I° stralcio).

Pertanto, essendo venuti meno i requisiti di legge in capo all'appaltatore, la risoluzione del contratto e la conseguente escussione della polizza costituivano atti dovuti, e non certo atti espressivi di intenti di carattere abusivo o fraudolento in danno dell'appaltatore.

Ha inoltre osservato come fosse del tutto destituita di fondamento la circostanza per cui vi fossero delle carenze progettuali, come accertato da una serie di sentenze succedutesi nel tempo, in ragione del fatto che gli stessi lavori erano stati oggetto di tre distinti rapporti di appalto.

Si è altresì costituita la Generali, chiedendo l'accoglimento del ricorso e svolgendo difese analoghe a quelle di parte ricorrente.

3. All'udienza del 26.3.2019 il giudice si è riservato la decisione.

Con l'ordinanza del 23.4.2019, costituente il provvedimento reclamato, il giudice di prime cure ha accolto il ricorso soltanto in relazione alla domanda subordinata di riduzione dell'escussione della polizza alla somma di euro 1.088.620,45, rigettandolo

per il resto.

Si riporta il dispositivo dell'ordinanza: *“Il Tribunale, visti gli artt. 669 bis e 700 c.p.c.,*

1. rigetta l'istanza di Itinera s.p.a. di inibizione dell'escussione da parte del Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale della polizza fideiussoria n. 268800639;

2. in accoglimento della domanda subordinata, inibisce al Consorzio di escutere la polizza per importi superiori a euro 1.088.620,45;

3. dispone la compensazione per un terzo delle spese e condanna la ricorrente alla rifusione a favore del Consorzio della restante parte, che liquida in euro 11.475,46, di cui euro 9.978,66 per onorari, oltre c.p.a. e cassa.

4. compensa integralmente le spese tra Itinera s.p.a. e la Generali Italia s.p.a.;

5. assegna il termine del 15 giugno 2019 per l'introduzione dell'eventuale giudizio di merito;

6. manda alla Cancelleria per gli adempimenti”.

4. Con ricorso del 2.5.2019 Itinera ha proposto reclamo *ex art. 669 – terdecies* c.p.c. avverso la citata ordinanza.

Parte reclamante ha sostanzialmente riproposto i motivi di ricorso disattesi dal primo giudice, sopra illustrati al paragrafo 1..

Con il motivo di cui alla lettera A), ha lamentato la *“erroneità dell'ordinanza di rigetto della domanda principale per il travisamento sulla natura della garanzia”.*

Con il motivo di cui alla lettera B), strettamente connesso al primo, ha lamentato la *“erroneità dell'ordinanza di rigetto della domanda principale per non aver dichiarato inammissibile la richiesta di escussione del Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale per mancata allegazione e dimostrazione del danno”.*

Mediante tali motivi, analogamente alle difese svolte in primo grado, e richiamando ancora una volta la previsione del punto 1.2. dello schema dettato dal D.M. n. 123/2004, Itinera ha sostenuto che la garanzia in questione non implichi affatto l'esenzione del beneficiario dall'onere non solo di allegare, bensì anche di provare, al garante, il danno asseritamente derivante dall'inadempimento.

Il giudice di prime cure, non tenendo conto di tali elementi, avrebbe errato nell'aver ritenuto legittima l'escussione della garanzia, pur in assenza di allegazione e di prova del danno da parte del Consorzio.

Con il motivo di cui alla lettera C), Itinera ha lamentato la *“erroneità dell’ordinanza di rigetto della domanda principale in ordine alle conseguenze del ridimensionamento del requisito SOA nel corso dell’esecuzione dei lavori appaltati”*.

In ordine a tale motivo ha allegato che, allorquando, come nel caso di specie, intervenga la degradazione dell’attestazione di qualificazione SOA delle imprese appaltatrici nel corso dei lavori, la normativa speciale in materia di lavori pubblici non prevede l’eccezionale rimedio dello scioglimento unilaterale del contratto in danno dell’appaltatore.

Ed infatti l’art. 135 del codice degli appalti vigente *ratione temporis* (il D. Lgs. 12.4.2006 n. 163), oltre a confermare la risoluzione per reati accertati, ha introdotto il comma 1-bis, del seguente tenore: *“Qualora nei confronti dell’appaltatore sia intervenuta la decadenza dell’attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto”*.

Si trattava di una previsione di rigida interpretazione ed applicazione, certamente non applicabile in via analogica e, comunque in nessun modo afferente al diverso caso ricorrente nella fattispecie che ci occupa, del mero ridimensionamento della classifica della attestazione SOA.

Infatti, la normativa in materia consente l’applicazione del massimo rimedio sanzionatorio della risoluzione in danno solo nel caso di decadenza dell’attestazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci in fase di qualificazione.

Si tratta di fattispecie del tutto estranea a quella del caso che ci occupa in cui la qualificazione SOA non è venuta meno per falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, essendone stato solo parzialmente ridimensionato il suo profilo quantitativo (la classifica) in sede di verifica/rinnovo della certificazione.

Pertanto, in applicazione della disciplina di settore, il Consorzio si sarebbe dovuto limitare a dichiarare lo scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta e non deliberare una illegittima dichiarazione di risoluzione in danno dell’appaltatore, che, in rapporto all’evento causativo dello scioglimento (il ridimensionamento delle certificazioni SOA), era privo di qualsiasi responsabilità.

Era, infatti, indiscutibile che, nel contratto di appalto con l’ATI Itinera - Cons. Coop.

l'enorme dilatazione temporale rispetto al termine originario dei lavori fosse dipesa da un fermo cantiere essenzialmente legato all'adozione di perizie di variante da parte del Consorzio.

Di qui la condotta fraudolenta del Consorzio, posto che, se il contratto d'appalto avesse avuto l'andamento temporale originariamente previsto, l'ATI avrebbe mantenuto la qualificazione SOA originaria.

Con il motivo di cui alla lettera D), Itinera ha lamentato la *“erroneità dell’ordinanza per avere il primo giudice automaticamente rigettato le istanze di rilascio di cauzione bancaria o di garanzia equivalente di pari ammontare”*.

Con tale motivo Itinera ha insistito affinché nella denegata ipotesi di rigetto della domanda principale di inibitoria, le somme escusse venissero versate su un conto vincolato all'esito del giudizio di merito, ovvero, in subordine, che il pagamento della garanzia venisse condizionato al rilascio, da parte del Consorzio, di una cauzione bancaria o di una garanzia equivalente di pari ammontare.

Ciò *“in considerazione delle già richiamate irreparabili conseguenze che il pagamento della garanzia richiesta avrebbe, alla luce delle evidentissime difficoltà che l'ATI incontrerebbe nel recupero della somma escussa”* (pag. 45 del reclamo).

5. Instaurato il contraddittorio, si è costituito il Consorzio, che ha richiesto il rigetto dell'avverso reclamo, in quanto infondato in fatto ed in diritto.

Si è altresì costituita la Generali, che ha invece richiesto l'accoglimento del reclamo.

Non sono andati a buon fine i tentativi di risoluzione stragiudiziale della controversia rappresentati dalle parti.

All'udienza del 4.3.2021 il Tribunale si è riservato di decidere.

La decisione in merito al reclamo.

6. Il reclamo è infondato, per i motivi di seguito esposti.

6.1. Per quanto attiene ai motivi di cui alle lettere A) e B), osserva il Collegio che del tutto correttamente il primo giudice ha qualificato la polizza fideiussoria in termini di contratto autonomo di garanzia, richiamando a tal proposito l'orientamento da tempo consolidatosi a partire dalla nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 3947 del 18 febbraio 2010.

Ad ulteriore conferma di tale assunto, la stessa ordinanza reclamata ha riportato il contenuto dell'atto dichiarativo Mod. X005, il quale prevede testualmente che *"il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla società a semplice richiesta dell'ente garantito e senza eccezione alcuna entro quindici giorni dal ricevimento della denuncia di inadempimento da parte dell'ente garantito, restando inteso che ai sensi dell'art. 1944 del codice civile, la società non godrà del beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata. Il pagamento avverrà dopo un semplice avviso alla ditta obbligata, senza bisogno di preventivo consenso da parte di quest'ultima, che nulla potrà eccepire in merito al pagamento stesso- restano salve le azioni di legge nel caso in cui le somme pattuite risultassero totalmente e parzialmente non dovute. La società dichiara di rinunciare ad eccepire il decorso del termine ai sensi dell'art. 1957 del codice civile"* (l'enfasi è dell'estensore).

Come già osservato dal Tribunale in altro giudizio (ordinanza dell'11.7.2016 emessa a definizione del procedimento ex art. 702 – bis c.p.c. n. 1298/2016 – giudice dottor Andrea Bernardino) "La natura di contratto autonomo di garanzia della polizza fideiussoria in esame, costituente cauzione definitiva ex art. 113 del Codice dei Contratti è stata inoltre definitivamente affermata dall'A.N.A.C. con la Determinazione n.1 del 29/07/2014 "Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)".

Si riporta il testo integrale del paragrafo 5 di tale determinazione, rubricato, per l'appunto, "Sul contratto autonomo di garanzia": "Contrariamente a quanto sostenuto dalle imprese di assicurazione, la richiesta di rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo appare compatibile con quanto previsto in materia dal Codice.

La normativa primaria, riferibile ai settori ordinari, con riferimento alla "cauzione definitiva" stabilisce al comma 2 dell'art. 113, analogamente a quanto già stabilito dall'art. 75, comma 4, che le garanzie a corredo

dell'offerta rechino le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, e cioè all'eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Può, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell'accessorietà, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante.

Alcune imprese di assicurazione sostengono l'applicabilità al fideiussore dell'art. 1945 c.c., ossia la facoltà di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall'incapacità. Le imprese invocano tale possibilità perché è proprio la rinuncia all'eccezione tout court (piuttosto che il pagamento a prima richiesta o a semplice richiesta o l'esigibilità nei 15 giorni) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal codice civile (Cass. Civ. III, 3 ottobre 2005, n.19300, id. 20 aprile 2004, n.7502). L'impresa di assicurazione, mantenendo in tal modo salva la facoltà di invocare le eccezioni previste dal contratto fideiussorio, conserverebbe la possibilità di indennizzare solo a condizione di aver verificato in concreto la presenza del danno o viceversa rifiutare il pagamento in caso di sua riscontrata assenza o inferiore entità rispetto al denunciato.

La tesi non sembra accoglibile, laddove si consideri che il legislatore, nel prevedere l'assimilabilità delle cauzioni ex artt. 75 e 113 alle garanzie autonome, ha inteso tutelare prevalentemente l'interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti. L'Autorità si è più volte pronunciata sul tema in fase di precontenzioso e, in presenza di bandi o lettere di invito nell'ambito di settori speciali, che prevedevano la prestazione di cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, affermandone la piena legittimità, (vd. Prec. Avcp n. 173 e n. 178 del 2012). Sulla questione, che ha prodotto un acceso dibattito in dottrina, è intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947), nella quale si definisce il contratto autonomo di garanzia "una fattispecie atipica ai sensi dell'art. 1322 c.c. comma 2 che persegue un interesse "meritevole di tutela, identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici." Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono così che "la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale" (le sottolineature sono di chi scrive)".

Come ha già osservato il primo giudice, la tesi della reclamante finisce per subordinare

la non abusività dell'escussione della garanzia a prima richiesta alla previa indicazione di un inadempimento che, per quanto allegato, non potrebbe essere, comunque, oggetto di sindacato da parte del garante o del debitore: il che significherebbe ricondurre la garanzia in questione nell'alveo della fideiussione.

Per altro verso, anche a voler seguire la tesi della reclamante, il Consorzio ha comunque indicato i danni che avrebbe subito per effetto della risoluzione contrattuale, per maggiori esborsi e maggiori spese che saranno necessarie in conseguenza del nuovo affidamento: danni che ha quantificato in euro 7.219.650,94

Tanto premesso, la citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 3947/2010 ha chiarito che sotto il profilo funzionale, il regime autonomo del *Garantievertrag* trova un limite quando:

- a) le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia (Cass. n. 3326/2002 cit.) ovvero al rapporto garante/beneficiario (Cass. n. 6728/2002, sul diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti);
- b) il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass. n. 10652/2008, in motivazione, "*trattandosi pur sempre di un contratto (di garanzia) la cui essenziale - quindi inderogabile - funzione è quella di garantire un determinato adempimento*");
- c) la nullità del contratto- base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (Cass. n. 3326/2002; n. 26262/2007; n. 5044/2009);
- d) sia proponibile la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008).

6.2. Della limitazione alla facoltà di proporre eccezioni derivanti dalla natura di contratto autonomo di garanzia sembra essere consapevole anche la stessa parte reclamante, laddove, oltre a proporre l'eccezione d'ineoperatività della garanzia di cui si è detto poc'anzi, con il motivo di cui alla lettera C) ha fatto riferimento all'*exceptio doli*. Tuttavia, nel caso di specie non si ravvisa da parte del Consorzio una condotta che possa dirsi *ictu oculi* fraudolenta.

Per quanto attiene alla pronuncia di risoluzione del contratto, essa è dipesa dalla degradazione della certificazione SOA di cui si è detto.

Come ha già evidenziato il primo giudice, il ridimensionamento della qualificazione SOA costituisce un fatto che di per sé impone lo scioglimento del rapporto contrattuale. L'affidamento e lo svolgimento di lavori pubblici di importo superiore ad euro 150.000,00 possono essere aggiudicati solamente agli operatori economici dotati dell'attestazione SOA corrispondente ai lavori da realizzare, secondo il sistema di qualificazione disciplinato dal codice dei contratti.

Requisito che deve sussistere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, e deve permanere nelle successive fasi di aggiudicazione, stipula ed esecuzione del contratto di lavori.

Tali principi, che costituiscono il diritto vivente in materia, sono stati ribaditi in più occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (v., per tutte, Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8 e l'ampia giurisprudenza ivi richiamata; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 510 del 3 febbraio 2015), che ha confermato la legittimità della risoluzione del contratto disposta da una stazione appaltante a causa della sopravvenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA all'aggiudicatario.

La risoluzione del contratto costituiva, pertanto, un atto dovuto.

Tanto premesso, nel caso di specie non vi è affatto la "*prova liquida*" dell'escussione fraudolenta della polizza fideiussoria, difettando ogni compiuta allegazione in tale senso.

In primo luogo, difetta la prova liquida delle pur lamentate carenze progettuali.

Sul punto si rinvia alle esaustive considerazioni già espresse nella motivazione dell'ordinanza reclamata (pagg. 10 e 11), ove sono state richiamate le sentenze passate

in giudicato che hanno accertato l'assenza di errori progettuali.

In secondo luogo, difetta altresì la prova liquida per cui l'enorme dilatazione temporale rispetto al termine originario dei lavori ed il protrarsi delle varie sospensioni degli stessi siano dipese unicamente da fatto e colpa del Consorzio.

Spetterà, infatti, al relativo giudizio stabilire le responsabilità delle parti in ordine a tale aspetto, ed in particolare stabilire se i ritardi lamentati in questa sede si sarebbero potuti evitare se l'ATI avesse tempestivamente adempiuto agli ordini di ripresa dei lavori emessi dal Consorzio.

In questa sede si osserva che, nel lungo lasso di tempo intercorso tra la consegna dei lavori e la risoluzione contrattuale in danno dell'appaltatore (dal 2007 al 2019), l'ATI ha sempre mantenuto fermo il proprio interesse alla prosecuzione del contratto, senza recedere dal medesimo e senza invocare la risoluzione del medesimo per fatto e colpa della committente.

Il che dimostra che le condotte poste in essere dal Consorzio, oggetto delle doglianze della reclamante (progettazione carente, ritardi e carenze nell'approvazione delle perizie di variante, illegittimità degli ordini di ripresa dei lavori, ecc.), non sono state considerate di gravità tale da rendere non più tollerabile la prosecuzione del rapporto contrattuale.

Ulteriore elemento da tenere in considerazione per valutare la condotta complessiva delle parti in questa sede è costituito dal fatto che soltanto nel 2019, in occasione della sottoscrizione per accettazione della perizia di variante n. 3 – I° stralcio, Itinera ha comunicato al Consorzio la degradazione della classifica, nonostante tale fatto si fosse verificato fin dal 13 aprile del 2015, come il Consorzio ha avuto modo di appurare mediante la consultazione del casellario ANAC.

6.3. Per quanto concerne il motivo di cui alla lettera D), si osserva che, in ragione della natura di ente pubblico del Consorzio e della sua attuale situazione economico – finanziaria desumibile dal bilancio prodotto, si ritiene inutile disporre che le somme vengano versate in un conto vincolato ovvero imporre al Consorzio il versamento di una cauzione bancaria o la costituzione di un'altra garanzia equivalente.

7. In virtù della soccombenza Itinera e Generali debbono essere condannate in solido alla rifusione delle spese processuali in favore del Consorzio.

Le spese vengono liquidate nel dispositivo, con applicazione del D.M. n. 55/2014.

Tenuto conto dell'attività svolta, nella liquidazione delle spese non si tiene conto della fase istruttoria.

8. Il Tribunale ritiene, altresì, di dover disporre la condanna di Itinera e Generali ai sensi dell'art. 96 terzo comma c.p.c., sussistendone i relativi presupposti.

In primo luogo, sussiste la totale soccombenza.

In secondo luogo, sussiste la colpa grave, consistente nella palese infondatezza del reclamo.

Parte reclamante - e con essa la Generali, che ne ha pienamente condiviso le argomentazioni - ha infatti riproposto i medesimi motivi di doglianza già oggetto di ampio ed esaustivo scrutinio da parte del primo giudice.

In terzo luogo sussiste anche il danno risarcibile, atteso che la parte che debba sostenere una lite va incontro ad una serie di disagi, quali, a titolo esemplificativo, l'attivarsi e l'impiegare il proprio tempo e le proprie energie per le valutazioni preliminari al contrasto processuale, per la scelta del difensore, per le successive consultazioni con lo stesso e per la valutazione della linea difensiva, per il necessario approntamento del materiale difensivo etc.: attività inevitabilmente sottratte alle ordinarie occupazioni e non compensate in alcun modo, sul piano strettamente tecnico, dalla pronuncia sull'obbligo di rimborso delle spese giudiziali (che riguarda evidentemente la sola rifusione degli oneri economici assunti o sostenuti per la difesa tecnica).

Ove tali aggravii non siano quelli consueti, frutto di una normale dialettica processuale, ma, al contrario, quelli connessi ad una lite temeraria, risulta fondata l'applicazione dell'art. 96 c.p.c., ben potendo l'esistenza del danno essere desunta dalla comune esperienza (v. Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 17485 del 23.8.2011).

Con riferimento al *quantum* della condanna, il legislatore impone il ricorso alla determinazione in via di equità, affidando al giudice di commisurare quel danno la cui effettiva esistenza può ritenersi ordinariamente quale conseguenza diretta della condotta processuale della parte rimasta soccombente.

Nel caso di specie, si ritiene pertanto di liquidare il danno in misura pari ad un terzo delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale, disattesa ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione:

1) rigetta il reclamo;

2) condanna Itinera S.p.A. e Generali Italia S.p.A., in solido tra loro, a pagare al Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale, a titolo di rifusione delle spese processuali, la somma di euro 12.600,00 per compenso di avvocato (di cui euro 6.000,00 per la fase di studio, euro 2.500,00 per quella introduttiva ed euro 4.100,00 per quella decisoria), oltre spese generali nella misura del 15% del compenso, I.V.A. e C.P.A. come per legge;

3) condanna Itinera S.p.A. e Generali Italia S.p.A., in solido tra loro, a pagare al Consorzio di Bonifica della Sardegna Centrale, a titolo di risarcimento del danno *ex art. 96 c.p.c.*, la somma di euro 4.200,00.

Si comunichi.

Così deciso in Cagliari il 18.3.2021.

Il giudice estensore

Dott. Andrea Bernardino

Il Presidente

Dott. Stefano Greco