

Corte appello Milano sez. IV, 03/04/2020, n.857

Appalto: per il recesso ad nutum del committente non è necessaria l'indagine sulla gravità dell'inadempimento

Fatto

Concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto

Ma... Plast spa ha proposto appello avverso la sentenza n. 6896/2018, pubblicata il 19.06.2018, con la quale il Tribunale di Milano, in accoglimento della domanda proposta dall'attrice Brofind spa, così ha disposto "1)accerta il diritto dell'attore al pagamento dell'indennità di cui all'art. 1671 c.c. 2)per l'effetto condanna il convenuto al pagamento a favore dell'attore della complessiva somma di Euro 38.750,45; 3) condanna la convenuta Ma... Plast spa a rimborsare all'attrice BROFIND spa le spese di lite che si liquidano in € 5550,00 per onorari € 660,00 per spese oltre IVA, CPA e rimborso forfettario del 15%>>.

Brofind si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

Precisate le conclusioni e concessi i termini ex art. 190 cpc all'udienza del 21 novembre 2019, la causa è stata discussa e decisa nella camera di consiglio del 19 febbraio 2020.

Questi i fatti allegati dalle parti di cui viene dato atto nella sentenza: "Brofind spa con atto di citazione notificato il 18.3.13 ha convenuto in giudizio Ma... Plast spa domandandone la condanna al pagamento della somma di Euro 58.063,00 oltre accessori, con ogni pronuncia o statuizione connessa o dipendente. Ha poi precisato quanto segue in sede di prima memoria ex art. 183 comma 6 cpc: "accertare il rapporto contrattuale intercorso tra le parti e che la convenuta ha esercitato il diritto di recesso ex art. 1671 cc. In alternativa accertare l'illegittimità del recesso e la responsabilità per inadempimento della convenuta condannandola al pagamento della somma di Euro 58.063,00 oltre accessori. L'attrice ha addotto di aver trasmesso, in data 18.7.12, alla convenuta, su richiesta della stessa, un'offerta avete ad oggetto la fornitura di un ossidatore termico rigenerativo oltre alla forniture complementari per un valore complessivo di Euro 260.900,00 e che l'ordine è stato confermato con alcune modifiche in data 21.8.12 (doc.ti 8 e 9 attore). Ha precisato che il contratto si è perfezionato in data 29.8.12 (doc. 12) e di aver eseguito e ultimato l'attività di progettazione in esecuzione del contratto. Ha ulteriormente precisato che nel corso delle opere ha riscontrato un

deposito anomalo di materiali incrostanti nel percorso delle tubazioni e di avere segnalato la circostanza alla committente, ritenendo sussistere un elevato rischio di incendio; di avere pertanto trasmesso anche una relazione tecnica con la quale venivano evidenziate le possibili cause e i possibili rimedi (doc. 13, 14). Ha riferito che a seguito di tale comunicazione la controparte aveva annullato l'ordine (doc. 15) in data 13.9.12 (doc. 17), di non aver avuto nessun ulteriore riscontro, di aver messo in mora la spa Ma.. Plast con missiva in data 27.9.12. Ha dedotto di aver diritto al pagamento del corrispettivo per Euro 58.063,00 (a titolo di corrispettivo per opere di progettazione, gestione tecnica e amministrativa della commessa (doc. 19), e spese\ costi vari, di cui l'importo di 18.000,00 Euro riferibile al mancato guadagno - l'utile conseguente al recesso della committente. Sul punto l'attrice ritiene che la committente abbia esercitato il recesso ad opere iniziata ai sensi dell'art. 1671 cc, e di avere pertanto diritto al pagamento del relativo indennizzo. Ma.. Plast spa, costituitasi con comparsa depositata il 25.9.13, ha domandato il rigetto delle domande di parte attrice in quanto infondate. Ha chiarito che l'offerta dell'attrice è stata revisionata e ritrasmessa più volte a partire dall'1 agosto 2012 e che ancora in data 23 agosto 2012 le parti non avevano perfezionato alcun accordo. La convenuta ha precisato che la conferma d'ordine è stata inviata in data 29 agosto 2012 (doc. 6 convenuto), e di avere ricevuto, giorno dopo, la relazione della Brofind nella quale si prefigurava, tra l'altro, un rischio incendio; ha chiarito di aver risposto all'attrice anche indicando le ragioni tecniche in base alle quali riteneva non sussistere alcun rischio, rendendosi conto in tale circostanza che l'impianto offerto da Brofind non era idoneo all'uso a cui era destinato. Secondo la convenuta la relazione della controparte aveva lo scopo di celare i rischi reali derivanti dall'inidoneità all'uso dell'impianto offerto, e quindi di sottrarsi a priori alle responsabilità per aver fornito un bene inidoneo e addirittura inferiore al combustore già in dotazione alla Ma...Plast sotto il profilo degli standard di sicurezza. In tale ottica la convenuta ha ritenuto, ritenuta la mala fede della controparte, di annullare l'ordine. Ha poi ritenuto non applicabile al caso di specie la disciplina dell'appalto, compreso l'art. 1671 cc, ma quella della compravendita. La convenuta ha infine osservato che il contratto è stato risolto per mutuo consenso (doc. 13 attore). Ha da ultimo contestato l'avversa domanda di indennizzo ex art. 1671 cc, ritendo non provata ed erronea la pretesa sia nell'anche nel quantum>>.

Con il primo motivo si deduce l'erronea qualificazione da parte del Tribunale del rapporto contrattuale nell'ambito dell'appalto in luogo della compravendita.

Il primo giudice avrebbe ommesso di rilevare che:

-l'impianto descritto nell'offerta di Brofind rientrava nell'ambito dei prodotti comunemente commercializzati dalla controparte, tanto che la predetta offerta veniva predisposta tramite condizioni generali che denotano la serialità del prodotto venduto;

-l'offerta predisposta inizialmente è stata definita dalla stessa Ma...plast di tipologia "standard".

Dunque non sarebbe stata eseguita alcuna attività progettuale necessitata da specifiche esigenze di Ma...plast, con la conseguenza che il rapporto contrattuale avrebbe dovuto essere qualificato in termini di compravendita. Conseguentemente la domanda ex art. 1671 c.c. avrebbe dovuto essere rigettata, stante l'inapplicabilità della disciplina speciale del recesso dal contratto di appalto al contratto di vendita.

L'appellata contesta la prospettazione avversaria richiamando il contenuto dell'ordine sottoscritto e le precedenti offerte della Ma...plast che confermerebbero la correttezza della qualificazione operata dal giudice,

La doglianza non è fondata.

Afferma il Giudice di primo grado che "I contraenti si sono accordati per la realizzazione di un impianto di ossidazione termica di tipo rigenerativo a tre camere. La realizzazione di tale impianto prevedeva la progettazione e la fornitura del materiale necessario (nuovo o in sostituzione di quello esistente). Viene dunque in considerazione un contratto di appalto, ciò in relazione al fatto che dalla lettura del testo contrattuale si desume la presenza di una fase progettuale specifica, posta in essere ad hoc per la struttura della committente. Pertanto, la stessa posa dei materiali forniti si presenta come consequenziale al progetto. In altri termini, prevale la progettazione dell'opera rispetto alla fornitura del materiale, materiale da montare in base al progetto. Prevale dunque il facere sul dare, il lavoro, di progettazione e montaggio, sulla materia, la dazione del materiale (Cass. n. 11037\15). Si verte pertanto nell'ambito di un appalto e non di una compravendita>>.

La conclusione del Tribunale è in piena coerenza con i documenti contrattuali.

Ciò che tipizza la fattispecie contrattuale non è la regolamentazione delle condizioni di pagamento e consegna, che può essere anche stata predisposta uniformemente per tutta la clientela, bensì la tipologia della prestazione, se cioè sia a prevalente contenuto di dare ovvero di fare, come sul punto conviene anche l'appellante. Nella specie è documentato che il contratto prevedeva l'esecuzione

di uno studio di fattibilità e di ingegneria di dettaglio per realizzare un impianto consono alle esigenze produttive di Ma... Plast.

Sia l'ordine che le offerte precedenti contengono nel paragrafo relativo ai "dati di progetto" una serie di indicazioni specifiche relative ai valori di produzione della Ma... Plast. Le condizioni generali di contratto, che l'appellante richiama a supporto della serialità del prodotto che avrebbe dovuto ricevere, mirano esclusivamente a disciplinare le condizioni contrattuali ma non influiscono sulla tipologia della prestazione fornita da Brofind. Quest'ultima prevede la realizzazione di un impianto funzionale alle esigenze specifiche della committente e realizzato ad hoc sulla base dei dati da questa forniti, come peraltro conferma il doc. 19 prodotto dall'appellata che attesta l'attività progettuale eseguita da Brofind per realizzare un impianto funzionale alle esigenze produttive della controparte.

Con il secondo motivo l'appellante censura la parte della sentenza in cui la decisione di Ma... Plast di annullare l'ordine viene interpretata come recesso a norma dell'art. 1671 c.c. dal contratto di appalto. Il Tribunale avrebbe ommesso di considerare una serie di circostanze, che denoterebbero l'intervenuta risoluzione consensuale del contratto.

Ma...plast richiama in proposito due comunicazioni prodotte da Brofind (docc. 13 e 14 appellata) dalle quali evince che Brofind aveva manifestato la propria disponibilità ad annullare l'ordine e che a tale disponibilità Ma...Plast aveva prestato adesione.

In secondo luogo il Tribunale non avrebbe considerato che l'annullamento dell'ordine aveva una precisa ragione d'essere nella inidoneità dell'impianto all'uso cui era stato destinato, circostanza che era stata esplicitamente contestata dalla committente. In particolare dopo solo due giorni dalla conferma dell'ordine, Ma... Plast aveva ricevuto da Brofind una relazione nella quale la controparte ipotizzava rischi da incendio, correlati alle condizioni delle linee di aspirazione, e suggeriva, per rendere l'impianto performante, l'assunzione di extra costi. Tali indicazioni non venivano condivise dai tecnici di Ma...plast che le valutavano pretestuose e finalizzate a giustificare l'inidoneità all'uso dell'impianto oggetto dell'ordine.

Brofind spa, richiamando la parte motiva della sentenza e le mail prodotte, rileva di essersi limitata a dichiararsi disponibile a un'ipotesi di risoluzione consensuale, poi non concretizzatasi, per il rifiuto di Ma... Plast a riconoscere a Brofind un indennizzo per i costi sostenuti.

E' opinione della Corte che anche tale motivo non sia fondato.

La risoluzione consensuale del contratto per mutuo dissenso si configura nel caso in cui entrambe le parti concordino nell'attuare lo scioglimento dal vincolo negoziale alle medesime condizioni.

Nel caso di specie, come rileva il primo giudice, la decisione di annullare l'ordine attuata da Ma..Plast con la comunicazione del 4.9.12 "è riconducibile nell'alveo del recesso unilaterale del contratto di cui all'art. 1671 c.c....>>.

Che, come prospetta l'appellata, sullo scioglimento anticipato dal contratto non si fosse raggiunto il comune accordo, si evince perfettamente dalla mail del 7.9.2012 inviata dall'Ing. P. di Brofind a T.M. di Ma.. Plast, nella quale si afferma "..qualora la volontà della Ma...Plast fosse quella di non proseguire oltre Brofind è parimenti disponibile a valutare un'ipotesi di risoluzione consensuale, ma a condizioni che dovranno essere concordate e che tengano conto dei costi sostenuti e delle perdite subite. Fiducioso però che lunedì si possa proseguire il lavoro, ti auguro buon fine settimana". A tale mail seguiva la risposta della dott.ssa M. "adesso mi mandi una mail minacciandomi di chiedere i danni se non riconfermiamo l'ordine. Credimi sono imbarazzata!. Che danni vuoi chiedermi per un ordine trasmesso il 29 Agosto e da te bloccato il 31 Agosto? Credo che invece non ci sono più i presupposti per riconfermarti l'ordine".

Stante il tenore delle suddette comunicazioni è da escludere la configurabilità di una risoluzione per mutuo dissenso. Brofind ha infatti manifestato chiaramente che la sua disponibilità in tal senso era condizionata al riconoscimento di un indennizzo, circostanza sulla quale Ma..Plast ha dissentito preferendo recedere unilateralmente dal contratto.

Infine osserva la Corte che l'assunto dell'appellante in base al quale il Tribunale avrebbe omesso di considerare che l'annullamento dell'ordine trovava la sua giustificazione nella inidoneità dell'impianto all'uso cui era stato destinato è del tutto irrilevante, posto che l'appellante non ha formulato una precisa eccezione di inadempimento. Come affermano i giudici della Suprema Corte "Il diritto di recesso esercitabile "ad nutum" dal committente in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto non presuppone necessariamente uno stato di regolare svolgimento del rapporto, ma, al contrario, stante l'ampiezza di formulazione della norma di cui all'art. 1671 cod. civ., può essere esercitato per qualsiasi ragione che induca il committente medesimo a porre fine al rapporto, da un canto, non essendo configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera (avendo egli diritto solo all'indennizzo previsto dalla detta norma), e, da altro canto, rispondendo il compimento dell'opera esclusivamente all'interesse del committente. Ne consegue che il recesso può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti

d'inadempimento, e, poiché il contratto si scioglie esclusivamente per effetto dell'unilaterale iniziativa del recedente, non è in tal caso necessaria alcuna indagine sull'importanza dell'inadempimento, viceversa dovuta quando il committente richiede anche il risarcimento del danno per l'inadempimento già verificatosi al momento del recesso". (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 11642 del 29/07/2003 conf. Sez. 2, Sentenza n. 10400 del 22/04/2008).

Deve pertanto concludersi che l'indagine sulle motivazioni che ha portato Magni Plast a recedere dal contratto è priva di qualsiasi rilievo e, dunque, del tutto correttamente il Tribunale ha interpretato il recesso semplicemente come manifestazione di sfiducia nei confronti dell'appaltatore, stante l'irrilevanza delle motivazioni sottostanti a tale sfiducia.

Con il terzo e ultimo motivo Ma.. Plast spa lamenta la violazione di legge da parte del Tribunale consistente nell'aver riconosciuto alla controparte un indennizzo e nell'averlo determinato equitativamente.

L'appellante contesta in primo luogo che sia stata fornita prova che Brofind avesse effettuato anche solo in parte l'attività progettuale dedotta.

Inoltre il Tribunale, con motivazione contraddittoria, non avrebbe osservato il consolidato principio giurisprudenziale in base al quale è possibile il ricorso al criterio equitativo per la determinazione dell'indennizzo, solo quando esso non può essere provato nel suo preciso ammontare. In particolare il primo giudice, pur riconoscendo il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte di Brofind spa, aveva contraddittoriamente ritenuto di dovere determinare equitativamente l'indennizzo.

L'appellata dal canto suo replica che la sentenza avrebbe fatto corretta applicazione del criterio equitativo, avendo Brofind spa ampiamente assolto al proprio onere di allegazione probatoria documentando copiosamente "tutta l'attività di progettazione e studio della commessa svolta, le spese sostenute, l'acquisto materiali, le trattative (richieste di offerta e offerte) con i vari fornitori, il costo del personale adibito alla commessa, nonché il mancato guadagno rappresentato dall'utile che l'appaltatore avrebbe conseguito se avesse potuto completare l'opera".

La doglianza è fondata.

Questa la motivazione censurata: " Orbene, in caso di recesso unilaterale del committente dal contratto di appalto, grava sull'appaltatore dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che

si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere (Cass. n. 9132\12 sez. VI). I criteri indicati dall'attore al fine di quantificare la somma richiesta a titolo di indennità non rispondono al parametro suddetto. Da un lato, infatti, non è dato comprendere come sia stato determinato il corrispettivo per la progettazione, dall'altro i criteri adoperati appaiono farraginosi, non adeguatamente supportati, frutto di una valutazione di parte e non oggettiva (anche con riferimento alle ore lavorate). Si ritiene pertanto che l'indennizzo debba essere quantificato in via equitativa, prendendo in considerazione il valore del contratto, pari a 180.000,00 Euro, e tenuto conto che oltre all'attività di progettazione l'attrice avrebbe dovuto eseguire anche il montaggio e l'adeguamento, nonché la fornitura dei materiali. Si ritiene pertanto che tale importo debba essere quantificato nella misura del 20% del valore del contratto, e pertanto che sia pari ad Euro 36.000,00, quale somma onnicomprensiva>>.

Osserva la Corte che il primo giudice non ha fatto corretta applicazione del criterio equitativo.

Il principio secondo il quale, in ipotesi di recesso operato ai sensi dell'art. 1671 c.c., grava sull'appaltatore l'onere di dimostrare le spese sostenute e l'utile che avrebbe potuto conseguire con l'esecuzione dell'opera, avrebbe dovuto portare il Tribunale a verificare se, nel caso di specie, la prova richiesta fosse impossibile ovvero di particolare difficoltà, solo in tal caso essendo possibile il ricorso a un criterio equitativo. Secondo un indirizzo consolidato, ai fini della determinazione del danno risarcibile come dell'indennizzo, il ricorso all'equità giudiziale "presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile, per la parte interessata, provare il danno nel suo preciso ammontare; non è possibile, invece, in tal modo surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 10607 del 30/04/2010).

Partendo da questa premessa, e considerato che l'indennizzo riconosciuto dalla sentenza di primo grado comprende sia i costi sostenuti nella prima fase di esecuzione del contratto che il mancato guadagno, occorre distinguere tra le due voci di indennizzo richiesto.

Le difficoltà che l'appaltatore può incontrare nel dimostrare il mancato guadagno non sono certamente le medesime che accompagnano la dimostrazione dei costi sostenuti nella prima fase della commessa. Proprio facendo riferimento a questi ultimi, si osserva che Brofind non ha prodotto alcun giustificativo di spesa, bensì esclusivamente l'ordine del 31.8.2012 da Brofind ad Asem per l'acquisto di un sistema embedded panel per euro 1.213,00 (doc. 20) e numerose richieste

inoltrate a fornitori sulle quotazioni sui componenti dell'impianto con correlati riscontri (docc. 23 a 37). Non vi è pertanto alcuna prova che l'appaltatore abbia effettivamente sostenuto dei costi per l'acquisto di materiale necessario per la realizzazione dell'impianto. Brofind ha poi prospettato di avere sostenuto i costi di 4 trasferte, senza tuttavia fornire prova adeguata della effettiva esecuzione, avendo articolato su tale circostanza un capitolo di prova testimoniale correttamente reputato inammissibile dal Tribunale per estrema genericità, in difetto di indicazione specifica delle date dei sopralluoghi.

In conclusione, trattandosi di costi che Brofind avrebbe potuto agevolmente dimostrare, non può essere riconosciuto alcun indennizzo. L'assenza di prova dell'an preclude l'utilizzo dell'equità giudiziale.

Brofind propone poi due criteri di quantificazione dell'indennizzo che assume dovuto, che giungono entrambi al medesimo risultato di determinare il mancato guadagno nell'importo di euro 57.600,00.

La prima opzione, partendo dal valore della commessa per la quale era previsto il corrispettivo di euro 180.000,00, calcola l'indennizzo nella misura del 30-35% del corrispettivo, di cui il 10% circa di utile netto ed il resto di 20-25% di spese generali. Tale metodologia di calcolo muove dal presupposto che il mancato guadagno coincida con l'utile lordo che indica nel 32% del corrispettivo. Nella specie tuttavia è agevole replicare che i costi generali sostenuti dalla società, proprio perché costi, non vanno a comporre il mancato guadagno costituito esclusivamente dall'utile netto (Cass. Sez. 2 - , Sentenza n. 8853 del 05/04/2017). Essi, per essere riconosciuti come spese sostenute, andavano provati e correlati con l'attività di progettazione e ingegneria che Brofind allega di avere eseguito. Da questo punto di vista tuttavia la prova dedotta dall'appellata è carente, come sostenuto dal Tribunale.

Ad analoghi rilievi si espone l'alternativo criterio di liquidazione, che prende in considerazione le ore di lavoro impiegate dai tecnici specializzati per la predisposizione dei progetti e gli altri costi generali, pari al 22% del valore della commessa, e infine l'utile netto indicato nel 10% del corrispettivo. Tuttavia come già correttamente sottolineato dal Tribunale nell'ordinanza di rigetto delle istanze istruttorie, i capitoli di prova da 36 a 46, destinati a fornire la prova dei costi del personale e degli ulteriori costi generali sostenuti da Brofind, sono da reputarsi inammissibili per genericità ovvero perché relativi a circostanze da provarsi documentalmente.

Deve pertanto concludersi che, in entrambe le metodologie di calcolo dell'indennizzo, l'articolazione della prova dei costi sostenuti da Brofind, dovendo

comprendersi in tale voce anche i costi generali e del personale, è stata insufficiente e ad essa non può pertanto sopperirsi con la determinazione equitativa. La prova che avrebbe dovuto offrire il creditore, riguardando dati di cui era in possesso e spese effettivamente sostenute, non assume certo i crismi della probatio diabolica né appare connotata da particolare difficoltà.

Tali considerazioni non possono valere con riferimento alla determinazione del mancato guadagno, ossia dell'utile netto che l'appaltatore avrebbe conseguito a seguito dell'esecuzione del contratto. Il dato che si richiede di provare è infatti basato su una valutazione di stima. Esso poggia pertanto su un giudizio prognostico, che può ad esempio attuarsi mediante la comparazione con altre commesse, ma pur sempre fondato su criteri presuntivi e non effettivi come invece nel caso dei costi. In quest'ambito pertanto il ricorso all'equità giudiziale è del tutto legittimo, stante la obbiettiva difficoltà a fornirne la misura.

A tal fine ritiene la Corte che l'utile netto possa essere commisurato, ex art. 1226 c.c., al 10% del corrispettivo contrattuale come indicato dalla stessa parte appellata che, come visto, ha stimato un utile netto del 10%. La Corte ritiene di fare propria tale stima in via equitativa che valuta corretta in quanto pienamente conforme al criterio normativamente adottato in materia di appalti pubblici sia di servizi che di forniture, richiamato dall'art 345 legge 20/3/1865 n. 2248 all. F in materia di recesso e dall'art 132 co 5 del vecchio codice degli appalti, il Dlgs 163/2006, oggi abrogato dall'art. 217 DLgs 50/2016 (cfr. Cass. Sez. 1 Sentenza n. 16152 del 26/6/2013 che ritiene legittima, in tema di risarcimento del danno da lucro cessante per inadempimento della Stazione Appaltante, la liquidazione di una percentuale di utile pari al dieci per cento del residuo corrispettivo).

In conclusione pertanto l'indennizzo riconosciuto dal primo giudice nella misura di euro 38.750,45 deve essere ridotto a euro 18.000,00 quale importo corrispondente al mancato guadagno.

Alla parziale riforma della sentenza segue una rideterminazione delle spese di lite del primo grado, da liquidarsi in base alla somma riconosciuta (Cass Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 15857 del 12/06/2019) in € 4835,00 per compensi professionali ferme le spese.

Quanto alle spese del secondo grado, esse vanno poste integralmente a carico dell'appellante in considerazione della sua prevalente soccombenza.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, sull'appello proposto da Ma...Plast spa avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 6896/2018 depositata e pubblicata il 19 giugno 2018 , in parziale riforma così dispone:

1. In parziale accoglimento dell'impugnazione condanna Ma...Plast spa al pagamento in favore di Brofind spa della complessiva somma di euro 18.000,00;
2. Condanna Ma.. Plast spa a rifondere a Brofind spa le spese del primo grado liquidate in euro 4835,00 per compensi professionali, euro 660,00 per spese oltre iva cpa e rimborso forfettario spese generali;
3. Conferma nel resto;
4. Condanna Ma... Plast spa a rifondere a Brofind spa le spese del presente grado liquidate in euro 3770,00 per compensi professionali, oltre iva cpa e rimborso forfettario spese generali.

Così deciso in Milano il 19 febbraio 2020