

Appalti ed esecuzione del contratto in via d'urgenza prima della stipula.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 25-9-2016

1. Ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006 è consentita l'esecuzione del contratto in via d'urgenza: in tale ipotesi si verterà in ambito di esecuzione delle prestazioni ossia nell'esecuzione di un rapporto giuridico nel quale si confrontano diritti ed obblighi delle parti, tra i quali quello di invocare la risoluzione del contratto eseguito in via d'urgenza. L'esecuzione in via d'urgenza, in forza dell'espressa previsione normativa, anticipa il prodursi degli effetti della disciplina negoziale prima della formale stipulazione del contratto.

1)Conformi: Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3320.

Guida alla lettura

La sentenza in esame si occupa della **giurisdizione** nell'ipotesi di **esecuzione in via d'urgenza del contratto, cioè prima della sua effettiva stipulazione**.

Com'è noto, **l'art. 11 del D.Lgs 163/2006** prevede e disciplina le ipotesi in cui è possibile disporre l'esecuzione in via d'urgenza del contratto.

Si ricorda che, l'esecuzione in via d'urgenza del servizio da aggiudicare, prevista dall'art. 11 comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici, è consentita anche durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, ma solo per le ipotesi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara **“determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare”**.

Tuttavia, sempre più di frequente tale disposizione viene utilizzata dalle stazioni appaltanti quando la causa del grave danno all'interesse pubblico è imputabile esclusivamente all'amministrazione stessa.

In particolare, accade frequentemente che la necessità di iniziare il servizio in via d'urgenza non derivi da fatti nuovi ed imprevedibili che costringono l'amministrazione a stringere i tempi originariamente previsti, quanto piuttosto, più a monte, dalla scelta della stessa stazione

appaltante di celebrare la procedura di gara troppo a ridosso della successiva fase di esecuzione, e ciò anche quando i tempi di esecuzione sarebbero facilmente programmabili.

La stipula del contratto, che non attiene alla fase di scelta, né a quella di instaurazione del rapporto obbligatorio fra le parti, rappresenta lo spartiacque tra la **fase pubblicistica del rapporto**, attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, e quella **paritetica di esecuzione**, riservata alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Sul punto la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che le obbligazioni nascenti a carico delle parti a seguito della consegna anticipata dei lavori, pur se di carattere preparatorio e temporaneo, in quanto destinate a restare definitivamente suggellate nel contratto, sono effettivamente sorte e non potrebbe dubitarsi della loro piena vincolatività, pena altrimenti la frustrazione dell'istituto acceleratorio, finalizzato a soddisfare il prevalente interesse pubblico alla conclusione dei lavori appaltati nel rispetto di termini particolarmente stringenti.

La consegna dei lavori, avvenuta in via d'urgenza e sotto riserva di legge, è sufficiente a ritenere corretta la ritenuta insorgenza, in via anticipata, di diritti ed obblighi in capo alle parti, in relazione agli impegni immediati dalle stesse assunti, per come risultanti dal verbale di consegna. E pertanto, nonostante l'assenza di quello che viene propriamente definito "vincolo contrattuale", l'inadempimento dell'impresa configura comunque un'ipotesi di **inadempimento contrattuale**, con conseguente giurisdizione dell'Autorità ordinaria.

Il nuovo Codice dei Contratti disciplina l'esecuzione in via d'urgenza **all'art. 32, comma 8**, il quale prevede espressamente che l'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Nella nuova disciplina si osserva come la consegna in via d'urgenza delle prestazioni contrattuali non comporti l'insorgere di vincoli contrattuali di tipo privatistico tra amministrazione appaltante ed appaltatore. Essa, infatti, è un provvedimento di natura eccezionale, dal quale non può derivare nel modo più assoluto il perfezionamento del contratto. Infatti, è un provvedimento tipicamente adottato nelle more della stipulazione, allorché ricorrano **circostanze di urgenza** che non consentono gli indugi delle formalità necessarie alla stipulazione. Per sua natura, dunque, la consegna d'urgenza limita i rapporti tra le parti alle sole prestazioni oggetto dell'ordine dell'amministrazione pubblica e non coinvolgono l'intero complesso dell'esecuzione delle opere.

L'ordinamento, come visto sopra, prevede la possibilità di una consegna in via d'urgenza, a seguito dell'aggiudicazione definitiva, nelle more della stipulazione del contratto e contempla l'eventualità che il contratto non intervenga. Sicché, la possibilità di una consegna d'urgenza non seguita da stipulazione del contratto è ammessa. E la consegna stessa non può equivalere a stipulazione del contratto. La consegna in via d'urgenza attiene ancora alla **fase pubblicistica** ed è espressione della potestà pubblica della stazione appaltante, di agire in

posizione di supremazia ed in via unilaterale, imponendo all'aggiudicatario definitivo l'avvio delle prestazioni contrattuali nelle more della stipulazione del contratto. Solo a seguito di questa, che non ha valore riproduttivo dell'ordine di consegna, bensì costitutivo del rapporto di diritto privato, dal quale discende la giurisdizione ordinaria anziché amministrativa, insorgono i **rapporti obbligatori paritetici tra le parti**.

La nuova formulazione dell'articolo 32, comma 8, del Codice fa sparire quanto previsto dal comma 9 dell'articolo 11, del D.Lgs 163/2006, il cui ultimo periodo è rivolto ad evitare che attraverso la consegna d'urgenza si aggirino le **norme dilatorie sulla stipulazione del contratto**, dando vita ad ordinazioni incaute che espongono l'amministrazione a responsabilità. Tale disposizione, non riprodotta dal nuovo Codice dispone che *"l'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita: a) durante il termine dilatorio di cui al comma 10; b) durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter"*.

Nonostante tale eliminazione nella nuova formulazione codicistica non può revocarsi in alcun dubbio che le stazioni appaltanti devono comunque valutare con estrema prudenza l'opportunità di disporre consegne in via d'urgenza nel corso dei termini dilatori.

Ed infatti, nel caso di **lavori**, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie (scavi, impalcature, parapetti, dispositivi di protezione individuale, etc).

Nel caso di **servizi e forniture**, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4597 del 2016, proposto da:

Quadrelle - 2001 Società Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi C.F. TZZLCU73A25F839A, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n13;

contro

Comune di Benevento, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Camillo Cancellario C.F. CNCCLL61C16A783F, con domicilio eletto presso Luigi Molinaro in Roma, via Federico Cesi, n. 44;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VIII, n. 2812/2016, resa tra le parti, concernente appello avverso sentenza con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione - risoluzione contratto per la gestione del servizio ristorazione scolastica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Benevento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi, Camillo Cancellario;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Campania l'odierna appellante invocava: a) l'annullamento del provvedimento dirigenziale prot. n. 44749 del 16 maggio 2016, avente ad oggetto "Risoluzione servizio ristorazione scolastica 01.03.2016 - 31.05.2016"; ove atti lesivi, delle presupposte diffide dirigenziali, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto; b) l'accertamento della validità ed efficacia del rapporto in essere fino al 31 maggio 2016.

2. Il TAR, qualificata la fattispecie come appalto di servizi, riconduceva alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della lite riguardante la risoluzione di un rapporto contrattuale con la pubblica Amministrazione, anche se nella fattispecie non si era ancora provveduto alla sua formalizzazione attraverso la stipula del relativo contratto.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, che denuncia l'erroneità della sentenza di prime cure nel non aver rilevato la sussistenza della

giurisdizione del g.a., in quanto: a) in contrasto con i principi affermati dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014, sostiene che il potere di autotutela pubblicistica sarebbe spirato non con la stipulazione del contratto, ma con l'inizio del servizio; b) l'inizio del servizio in mancanza del rapporto paritetico generato dalla stipulazione contrattuale impedisce all'amministrazione di utilizzare una tutela negoziale, consentendo solo l'utilizzo dell'autotutela pubblicistica; c) nel caso concreto il servizio in questione sarebbe reso in concessione, poiché il costo del servizio sarebbe sopportato dall'utenza e non dall'amministrazione comunale che sarebbe mera intermediaria, sicché assume il rischio che non acquistino i ticket o le card dal comune emittente. Pertanto, la giurisdizione esclusiva del g.a. dovrebbe essere affermata in forza dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione invoca la conferma della sentenza di prime cure, evidenziando tra l'altro che l'art. 23 del capitolato, pur precisando che il rapporto numero dei pasti serviti per il prezzo offerto dalla ditta possa subire variazioni pone tale rischio a carico dell'impresa nel limite massimo del 40%. In ogni caso a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004, anche in materia di servizi pubblici, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto dovrebbero essere devolute al g.o.

5. Con successiva memoria l'appellante, nel contestare le argomentazioni dell'amministrazione appellata, evidenzia che l'art. 23 della *lex specialis* stabilirebbe la mera facoltà dell'Amministrazione di richiedere l'aumento o la riduzione entro il 40% dei pasti indicati nel capitolato ma, in ogni caso, nessuna norma del capitolato prevede il diritto dell'affidatario di pretendere il pagamento di eventuali somme da parte del Comune in caso di mancata erogazione dei pasti per assenza di domanda da parte degli utenti. Inoltre, lo stesso art. 22 del Capitolato vincolerebbe il pagamento delle fatture, l'analitica indicazione dei pasti serviti nonché delle ordinazioni effettuate dai vari plessi scolastici serviti.

6. Occorre premettere che il presente giudizio quanto all'ampiezza del sindacato risulta limitato ai soli profili di giurisdizione in omaggio a quanto disposto dall'art. 105 c.p.a.

7. Nel merito l'appello è infondato e non può essere accolto.

7.1. Quanto alle prime due doglianze deve rilevarsi che non si registra alcun contrasto con i principi enunciati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014, dal momento che l'art. 11, d.lgs. 163/2006, disciplina le ipotesi nelle quali è possibile disporre l'esecuzione in via d'urgenza del contratto, ossia prima della sua concreta stipulazione, come avvenuto nella fattispecie. In quest'ipotesi è la stessa legge che consente il riferimento e l'operatività della disciplina negoziale, non ancora oggetto di formale stipulazione da parte dei paciscenti. Pertanto, non può dubitarsi che si versi in ambito di esecuzione delle prestazioni ossia nell'esecuzione di un rapporto giuridico nel quale si confrontano diritti ed obblighi delle parti, tra i quali quello di invocare la risoluzione del contratto eseguito in via d'urgenza.

Né si ravvisa alcun contrasto con il principio di diritto affermato dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014, secondo il quale: "*Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici se, una volta stipulato il contratto di appalto, le Pubbliche amministrazioni rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono*

utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo (di recesso) regolato dall'art. 134 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163'. Ed, infatti, l'esecuzione in via d'urgenza, in forza dell'espressa previsione normativa, anticipa il prodursi degli effetti della disciplina negoziale prima della formale stipulazione del contratto. La contestazione dell'inadempimento da parte dell'amministrazione nei confronti dell'appellante è intervenuta a gara conclusa, dopo che l'aggiudicazione definitiva era stata disposta, vale a dire dopo la <<scelta del contraente>>, che a norma dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., in una lettura conforme ai principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, fonda l'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. Cons. St., Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4363). Pertanto, l'originaria ricorrente non ha azionato un interesse legittimo, avverso l'esercizio di una potestà discrezionale da parte dell'amministrazione in sede di autotutela diretta a rivedere la scelta del contraente a conclusione della fase ad evidenza pubblica, ma ha contestato la valutazione dalla stessa compiuta in ordine all'inadempimento dell'esecuzione in via d'urgenza delle prestazioni dedotte in contratto. In sostanza, il *petitum* sostanziale azionato nella presente controversia, il quale per conforme giurisprudenza di legittimità ed amministrativa va apprezzato sulla base delle caratteristiche e della consistenza della situazione giuridica fatta valere in giudizio (*ex plurimis*: Cass. civ., Sez. Un., 11 ottobre 2011, n. 20902, 16 novembre 2010, n. 23108, 16 maggio 2008, n. 12378; Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 396, 2 ottobre 2012, n. 5170; Sez. VI, 24 marzo 2014, n. 1409), attiene all'esecuzione del contratto ed è diretto ad accertare l'esatto adempimento delle obbligazioni da esso discendenti. Sicché deve escludersi nella fattispecie la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. sulla scorta di quanto disposto dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.

7.2. Del pari infondato, è il terzo motivo di appello, non sussistendo nella fattispecie i presupposti per ritenere si sia in presenza di una concessione di servizi.

In disparte il fatto che tutti i documenti di gara utilizzano la locuzione appalto di servizi, infatti, non risulta che il rischio economico incomba in capo all'appellante ed, infatti, nella definizione dell'oggetto dell'appalto l'art. 1 della *lex specialis* precisa che il servizio è reso a favore degli alunni delle scuole materne ed elementari ivi indicate oltre che del personale dell'amministrazione che ne ha diritto, e che i fruitori sono all'incirca 850 con una possibile oscillazione tra il 40% in più o in meno. L'art. 2 stabilisce l'ammontare dell'appalto. L'art. 22 prevede che: *"l'appalto è finanziato con fondi propri dell'amministrazione Comunale di Benevento e in quanto servizio a domanda individuale, in quota parte, rimborsato all'ente successivamente dagli utenti"*. L'art. 23, infine, precisa la possibilità di eventuale estensione o riduzione della fornitura. Il suddetto quadro esclude che il rischio di impresa sia a carico del fornitore, dal momento che l'amministrazione riserva all'appellante una prestazione che remunera in via diretta e che può essere quantificata preventivamente sulla base di indicazioni che sebbene di massima consentono all'imprenditore di prevedere le possibili oscillazioni della prestazione eroganda, escludendo che lo stesso possa vedersi non remunerato il capitale investito.

Pertanto, il riferimento al citato art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a. non risulta corretto, dal momento che non si è in presenza di una concessione di servizi, ma di un appalto di servizi.

8. In definitiva, l'odierno gravame merita di essere respinto. Nella novità e complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.