

APPALTI: Consegna anticipata dei lavori - Insorgenza automatica del formale vincolo contrattuale - Esclusione.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 6 luglio 2021, n. 1655

“[...] L’art. 32 comma 14 del codice impone infatti che il contratto sia stipulato con atto pubblico notarile o mediante scrittura privata «a pena di nullità» e la sanzione della nullità esclude che possano esistere forme equipollenti di stipulazione, fra cui quella di cui al citato art. 1327 del codice civile.

Il menzionato comma 14 consente altresì, per i casi di minore rilevanza economica, la stipulazione non attraverso un documento unitario e contestuale – come è ad esempio l’atto pubblico notarile - bensì attraverso lo scambio di lettere secondo l’uso del commercio ma anche per tale ipotesi non viene ammessa la stipulazione attraverso l’esecuzione senza risposta da parte del destinatario della proposta contrattuale, in base al più volte richiamato art. 1327 del codice civile.

D’altronde il contratto con la Pubblica Amministrazione, di cui al codice dei contratti pubblici, determina per le parti tali e rilevanti conseguenze che il legislatore impone che la volontà del contraente privato debba essere espressa e non desumibile dal semplice comportamento materiale del soggetto che esegue la prestazione richiestagli senza una preventiva risposta al proponente.

Sul punto sia consentito altresì il richiamo alla condivisibile sentenza del TAR Lombardia, Brescia, Sezione I, n. 1003/2018, che ha escluso che la consegna in via d’urgenza faccia sorgere un vincolo contrattuale privatistico fra l’Amministrazione e l’appaltatore [...]”.

FATTO

L’Università di Pavia indiceva una procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l’affidamento dei lavori di rifacimento della rete idraulica dell’impianto di riscaldamento a servizio degli edifici del Polo di Chimica-Fisica, ai sensi dell’art. 36 comma 2 lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”).

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso.

Al termine della procedura risultava aggiudicataria la società -OMISSIS-, che era autorizzata all’esecuzione in via d’urgenza dei lavori nelle more della stipulazione del contratto, ai sensi dell’art. 32 comma 8 del codice.

Non appena avviati i lavori sorgevano però una serie di questioni fra l’Amministrazione e l’impresa, la quale lamentava che nelle tubazioni esistenti vi sarebbero stati materiali pericolosi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Al termine di un fitto scambio di corrispondenza l'Università intimava alla società la consegna della documentazione necessaria per la stipulazione del contratto, fra cui in particolare la cauzione definitiva di cui all'art. 103 del codice.

L'aggiudicataria non ottemperava a quanto richiestole sicché con determinazione del Direttore Generale dell'Università prot. -OMISSIS-del 21.1.2021 era disposta la decadenza dall'aggiudicazione, che era contestualmente revocata.

Contro il citato atto di revoca ed altri atti connessi era proposto il ricorso in epigrafe, affidato a tre distinti motivi.

Si costituiva in giudizio l'Università di Pavia, concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza di merito del 30.6.2021 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Deve essere esaminato per primo, data la sua priorità logica, il secondo mezzo di gravame, nel quale l'esponente sostiene che, per effetto della consegna anticipata ed in via d'urgenza dei lavori, si sarebbe concluso il contratto fra essa e la committente pubblica in applicazione dell'art. 1327 del codice civile, norma secondo cui il contratto si conclude nel momento e nel luogo in cui ha inizio l'esecuzione, allorché – ricorrendo determinate circostanze – la prestazione deve eseguirsi senza una preventiva risposta.

Intervenuta la stipulazione del contratto, continua la parte istante, l'Amministrazione non potrebbe più disporre la revoca dell'aggiudicazione ma soltanto esercitare il diritto potestativo di recesso, come stabilito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014.

La doglianza, per quanto suggestiva, appare infondata, per le ragioni che seguono.

Il particolare meccanismo di conclusione del contratto previsto dall'art. 1327 del codice civile (rubricato «*Esecuzione prima della risposta dell'accettante*») appare inapplicabile al sistema dei contratti pubblici, nei quali l'eventuale esecuzione anticipata in via d'urgenza della prestazione contrattuale non può assurgere ad avvenuta stipulazione del contratto, con tutte le conseguenze che ne derivano.

L'art. 32 comma 14 del codice impone infatti che il contratto sia stipulato con atto pubblico notarile o mediante scrittura privata «*a pena di nullità*» e la sanzione della nullità esclude che possano esistere forme equipollenti di stipulazione, fra cui quella di cui al citato art. 1327 del codice civile.

Il menzionato comma 14 consente altresì, per i casi di minore rilevanza economica, la stipulazione non attraverso un documento unitario e contestuale – come è ad esempio l'atto pubblico notarile – bensì attraverso lo scambio di lettere secondo l'uso del commercio ma anche per tale ipotesi non

viene ammessa la stipulazione attraverso l'esecuzione senza risposta da parte del destinatario della proposta contrattuale, in base al più volte richiamato art. 1327 del codice civile.

D'altronde il contratto con la Pubblica Amministrazione, di cui al codice dei contratti pubblici, determina per le parti tali e rilevanti conseguenze che il legislatore impone che la volontà del contraente privato debba essere espressa e non desumibile dal semplice comportamento materiale del soggetto che esegue la prestazione richiestagli senza una preventiva risposta al proponente.

Sul punto sia consentito altresì il richiamo alla condivisibile sentenza del TAR Lombardia, Brescia, Sezione I, n. 1003/2018, che ha escluso che la consegna in via d'urgenza faccia sorgere un vincolo contrattuale privatistico fra l'Amministrazione e l'appaltatore.

Accertata l'inesistenza di un contratto fra le parti del giudizio, occorre ora valutare la legittimità della revoca (cfr. il doc. 1 della ricorrente).

1.2 L'Università ha disposto la decadenza dall'aggiudicazione e la revoca di quest'ultima in asserita applicazione dell'art. 103 comma 3 del codice, norma secondo cui la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dall'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria.

Orbene, dall'esame dei documenti versati in atti ritiene il Collegio che non possa reputarsi provato in capo all'impresa affidataria un inadempimento dei propri obblighi tale da giustificare il provvedimento di decadenza; parimenti l'Università non pare avere adeguatamente motivato la propria determinazione, alla luce delle risultanze successive all'aggiudicazione ed emerse nel corso della - seppure parziale - esecuzione dei lavori richiesti.

Risulta, infatti, che l'impresa avviava i lavori ma ne chiedeva quasi subito la sospensione, ritenendo che nelle tubazioni oggetto di intervento fosse presente un elemento cancerogeno quale l'amianto crisotilo.

Le indagini svolte in seguito dall'Amministrazione portavano ad escludere la presenza di amianto, tuttavia era accertata la presenza di fibre artificiali di vetro (FAV), denominate anche "lana minerale", con diametro inferiore a 6 micron (millesimo di millimetro o milionesimo di metro), quindi pericolose secondo il regolamento del Parlamento e del Consiglio (CLP) del 1.6.2016, di sostituzione delle Direttive 67/548/CEE e 99/45/CE (cfr. sul punto i risultati delle analisi, documenti 33 e 34 della ricorrente, attestanti l'esistenza di FAV con il citato diametro).

La pericolosità di tale materiale, ancorché diverso dal tradizionale amianto, è riconosciuta dalla letteratura scientifica e dalla normativa (cfr. il doc. 38 della ricorrente).

Appare altresì provato che la documentazione di gara (disciplinare e capitolato speciale d'appalto, in particolare) nulla dice o dispone sulla presenza delle citate FAV; tale circostanza non può

riverberarsi sull'impresa, dato che si tratta di un appalto aggiudicato con il criterio del prezzo più basso, per cui le soluzioni tecniche sono rimesse integralmente alla stazione appaltante, senza che il partecipante possa fornire alcun supporto.

Gli accertamenti in fatto sopra indicati non sono smentiti dalle parti, che ne traggono tuttavia conclusioni differenti.

L'esponente ha chiesto all'Amministrazione quanto meno un maggior approfondimento della questione, trattandosi della presenza di materiale pericoloso non previsto dagli atti di gara (cfr. ad esempio il doc. 36 della ricorrente), mentre l'Università, nella sua diffida del 22.12.2020, si limita ad affermare in maniera piuttosto laconica che è stata rinvenuta sugli impianti della "lana minerale", in misura non pericolosa per la salute (cfr. il doc. 35 della ricorrente, pag. 2, lettera "i").

Nel provvedimento di revoca ivi impugnato l'Università dà atto delle vicende successive alla consegna anticipata dei lavori, ribadendo l'assenza di amianto ma senza affrontare specificatamente la questione delle FAV.

L'Avvocatura dello Stato, nella sua memoria difensiva e nel corso della discussione orale all'udienza del 30.6.2021, ha sostenuto che la rimozione delle FAV non richiederebbe le cautele previste invece per la rimozione dell'amianto ma solo l'uso di diffusi dispositivi di protezione individuale (DPI) ma si tratta di argomentazioni difensive in giudizio, che non possono integrare la lacunosa motivazione della determinazione ivi gravata.

In conclusione, reputa il Collegio che l'Amministrazione non abbia adeguatamente affrontato e valutato la questione dell'accertata presenza delle FAV, né abbia disposto alcunché in relazione all'impatto delle medesime sull'esecuzione delle prestazioni d'appalto.

Sussistono quindi i lamentati vizi di travisamento, difetto di istruttoria, illogicità ed erronea applicazione dell'art. 103 del codice (primo motivo), che impongono l'accoglimento del gravame, con assorbimento di ogni altra censura e con conseguente annullamento integrale del provvedimento ivi impugnato in via principale.

1.3 Per effetto dell'accoglimento del gravame l'Università dovrà determinarsi nuovamente sulla questione dell'accertata presenza di FAV e sul loro impatto sull'esecuzione delle prestazioni d'appalto.

E' rimessa ovviamente all'esclusiva discrezionalità dell'Amministrazione, nel caso in cui dovesse accertarsi che la rimozione delle FAV realizza una variante sostanziale dell'appalto, la scelta della rimozione a propria cura esclusiva ovvero mediante modifica delle condizioni del presente appalto.

Preme altresì al Collegio rilevare, per doverosa completezza, che dopo la revoca dell'aggiudicazione alla prima classificata, l'impresa seconda in graduatoria ha rifiutato il subentro, per cui la presente gara è andata di fatto deserta (cfr. il doc. 39 della ricorrente).

1.4 Quanto alla domanda di risarcimento dei danni, la stessa non può essere allo stato accolta, giacché per effetto della presente sentenza l'Università dovrà determinarsi nuovamente e soltanto all'esito della rinnovata valutazione potrà accertarsi l'esistenza di un danno risarcibile in capo alla società esponente (cfr. sul punto TAR Campania, Napoli, Sezione VIII, sentenza n. 261/2019).

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'Università degli Studi di Pavia al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma 6bis1 del DPR n. 115/2002).

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2021 tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6 del D.L. 1° aprile 2021, n. 44 convertito in Legge 28 maggio 2021, n. 76 e del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Consigliere

