

L'inversione del rischio di impresa e la decadenza dell'aggiudicazione: una interessante pronuncia del Tar Lombardia.

di Emanuela Mastrodomenico

Data di pubblicazione: 21-10-2013

Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 7 ottobre 2013, n. 824

Presidente Calderoni, Estensore Pedron

1. L'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 consente e impone l'attribuzione dell'intera attività gestionale ai soggetti investiti della direzione degli uffici. La decadenza dall'aggiudicazione deriva dalla conclusione non positiva dei controlli preliminari alla stipula del contratto. Non vi sono in tale attività profili che richiedano un nuovo atto di indirizzo da parte degli organi politici, né esiste un rapporto fiduciario che richieda di essere rivisto, e neppure devono essere adottate nuove risoluzioni sull'organizzazione della piscina comunale. L'analisi è focalizzata sull'esistenza delle condizioni necessarie per la stipula del contratto e l'avvio del servizio. Ne consegue che è legittimo un provvedimento adottato da un dirigente di un Comune con il quale è stata disposta la decadenza dall'aggiudicazione di un contratto pubblico.

2. Nelle concessioni di servizi almeno una parte del rischio deve necessariamente ricadere sul concessionario; se quest'ultimo chiede di essere sollevato interamente da tale rischio, si esce dallo schema del partenariato pubblico-privato e si entra nel campo degli appalti.

3. E' legittima la decadenza dall'aggiudicazione disposta non già per semplici lacune nella documentazione, ma perché è risultato chiaro a un certo punto che l'impostazione economica dell'offerta rimasta aggiudicataria non era idonea a raggiungere il risultato voluto dall'Amministrazione, se non a costo dell'inversione del rischio d'impresa.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1450 del 2004, proposto da: ?ASSOCIAZIONE TEMPORANEA tra RIVIERA DEL MINCIO DI BONFIGLIO OMBRETTA e ADAMI PAOLO, rappresentata e difesa dagli avv. Claudio Arria ed Enrico Codignola, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via Romanino 16;

contro

COMUNE DI MOGLIA, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Arrigo Gianolio, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3; ?RESPONSABILE DEL SETTORE TECNICO DEL COMUNE DI MOGLIA, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

SPORT MANAGEMENT SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

(a) nel ricorso introduttivo:

- della nota del responsabile del Settore Tecnico prot. n. 3974 del 27 maggio 2004, con la quale è stata dichiarata la decadenza dell'associazione temporanea ricorrente dall'aggiudicazione della gestione della piscina comunale del Comune di Moglia;

- con condanna alla restituzione della cauzione provvisoria e al risarcimento dei danni;

(b) nei motivi aggiunti:

- della deliberazione giunta n. 50 dell'8 giugno 2004, con la quale è stata affidata a trattativa privata alla controinteressata Sport Management srl la gestione della piscina comunale per la stagione estiva 2004;

- con condanna al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Moglia;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2013 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente associazione temporanea tra l'impresa Riviera Del Mincio di Bonfiglio Ombretta e l'impresa Adami Paolo è risultata aggiudicataria (11 marzo 2004) del servizio di gestione della piscina comunale del Comune di Moglia per una durata massima di 30 anni. L'aggiudicazione è stata disposta sulla base di una griglia di criteri tecnici ed economici, così sintetizzabili: (a) piano di gestione (36 punti); (b) progetto dei lavori accessori e complementari (30 punti); (c) durata della concessione (0,5 punti per ogni anno in meno rispetto alla durata massima, fino a 9 punti); (d) agevolazioni tariffarie per i residenti (5 punti); (e) agevolazioni tariffarie per i partecipanti a iniziative organizzate dal Comune (5 punti); (f) valore economico delle opere offerte (15 punti).

2. Il capitolato speciale (20 gennaio 2004) prevedeva (art. 2) i seguenti obblighi a carico del concessionario: (i) esercizio del servizio di piscina pubblica, compresa la manutenzione ordinaria e straordinaria della struttura; (ii) progettazione, finanziamento e realizzazione dei lavori accessori e complementari, come definiti nell'offerta.

3. Coerentemente con questa impostazione, l'offerta dell'associazione ricorrente conteneva l'impegno a realizzare alcune opere. Per rendere possibile il finanziamento dei lavori da parte delle banche, l'offerta prevedeva che il Comune rilasciasse una garanzia fideiussoria per un importo pari a € 610.000, corrispondente all'80% del valore delle opere.

4. Il Comune in data 26 marzo 2004 ha chiesto all'associazione ricorrente di produrre sollecitamente la documentazione necessaria per la stipula del contratto (visure camerali, certificati penali, cauzione definitiva, modello GAP, polizza sulla responsabilità civile, fideiussione assicurativa, estratti di bilancio degli ultimi tre esercizi, atto di costituzione dell'associazione temporanea, piano di ammortamento del mutuo). Non avendo ottenuto quanto richiesto, il Comune ha inviato un sollecito in data 20 aprile 2004.

5. Con nota del 29 aprile 2004 l'impresa Adami Paolo ha comunicato al sindaco che gli istituti di credito interpellati non intendevano accettare la sostituzione della fideiussione del Comune con una garanzia diretta da parte dello stesso. In una successiva nota del 18 maggio 2004

l'impresa Adami Paolo ha specificato che la fideiussione del Comune non era ritenuta sufficiente dagli istituti di credito, i quali chiedevano in aggiunta garanzie collaterali. Di conseguenza, non essendo praticabile il finanziamento bancario, la realizzazione delle opere non risultava possibile.

6. Su invito del Comune, l'associazione ricorrente con nota del 19 maggio 2004 ha dichiarato di considerare ancora valida la propria offerta ma di non essere tenuta a individuare ulteriori garanzie per gli istituti bancari: il peso di queste ultime doveva quindi intendersi nella sua interezza a carico del Comune.

7. A questo punto il Comune con nota dirigenziale del 27 maggio 2004 ha dichiarato la decadenza dall'aggiudicazione della gestione della piscina comunale, disponendo l'incameramento della cauzione provvisoria (€ 5.000).

8. In seguito, con deliberazione giunta n. 50 dell'8 giugno 2004, la gestione della piscina comunale per la stagione estiva 2004 è stata affidata a trattativa privata alla controinteressata Sport Management srl.

9. Contro i suddetti provvedimenti l'associazione ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 29 luglio 2004 e depositato il 26 agosto 2004, integrato da motivi aggiunti. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) incompetenza del responsabile del servizio che ha disposto la decadenza dall'aggiudicazione; (ii) travisamento e falsa rappresentazione dei fatti, in quanto l'impossibilità di eseguire i lavori non sarebbe dipesa da un inadempimento dell'associazione ricorrente ma dall'atteggiamento non collaborativo del Comune; (iii) incompatibilità della decadenza con la fase pre-esecutiva; (iv) contraddittorietà e difetto di motivazione. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento del danno.

10. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

11. Questo TAR con ordinanza n. 1617 del 15 ottobre 2004 ha respinto la domanda cautelare.

12. Con memoria depositata il 18 giugno 2013 il Comune ha evidenziato che l'impresa individuale Adami Paolo è stata cancellata dal registro delle imprese in data 25 gennaio 2012 per cessazione dell'attività. Di conseguenza è stata chiesta l'interruzione del giudizio ai sensi dell'art. 300 cpc.

13. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) per quanto riguarda la cancellazione dal registro delle imprese di una delle due ditte che compongono l'associazione ricorrente, si ritiene che tale circostanza sia ininfluenza sul piano processuale. In giurisprudenza si è in effetti consolidato un orientamento che individua nella cancellazione una causa di interruzione del processo quando l'impresa cancellata abbia forma societaria, indipendentemente dal fatto che si tratti di società di capitali o di persone (v. Cass. civ. SU 12 marzo 2013 n. 6070). Tuttavia questa soluzione (che trova il proprio fondamento

normativo nell'art. 2495 c.c.) non è applicabile alle ditte individuali, non presentando queste ultime dopo la cancellazione i medesimi problemi di successione tra soggetti diversi che sono invece caratteristici delle società. I titolari delle ditte individuali, una volta dismessa l'attività, proseguono infatti nei rapporti sostanziali e processuali pregressi senza soluzione di continuità;

(b) passando al merito, la censura di incompetenza non appare condivisibile. L'art. 107 del Dlgs. 18 agosto 2000 n. 267 consente e impone l'attribuzione dell'intera attività gestionale ai soggetti investiti della direzione degli uffici. La decadenza dall'aggiudicazione deriva dalla conclusione non positiva dei controlli preliminari alla stipula del contratto. Non vi sono in tale attività profili che richiedano un nuovo atto di indirizzo da parte degli organi politici, né esiste un rapporto fiduciario che richieda di essere rivisto, e neppure devono essere adottate nuove risoluzioni sull'organizzazione della piscina comunale. L'analisi è focalizzata sull'esistenza delle condizioni necessarie per la stipula del contratto e l'avvio del servizio: tutto questo si colloca nella cornice già delineata dall'art. 16 del bando di gara, dove vengono precisate le verifiche successive all'aggiudicazione. Non possono quindi esservi dubbi sul carattere propriamente gestionale dell'attività svolta dal funzionario comunale;

(c) la decadenza dall'aggiudicazione è stata decisa non per semplici lacune nella documentazione, che sarebbero per sé insufficienti a giustificare una decisione di questo genere, ma perché è risultato chiaro a un certo punto che l'impostazione economica dell'offerta dell'associazione ricorrente non era idonea a raggiungere il risultato voluto dall'amministrazione, se non a costo dell'inversione del rischio d'impresa;

(d) si osserva in proposito che nelle concessioni di servizi almeno una parte del rischio deve necessariamente ricadere sul concessionario. Se quest'ultimo chiede di essere sollevato interamente da tale rischio, si esce dallo schema del partenariato pubblico-privato e si entra nel campo degli appalti. L'impegno del Comune a rilasciare una garanzia fideiussoria a favore dell'associazione ricorrente per le opere da realizzare su un bene di proprietà comunale (nello specifico, la piscina) costituisce una facoltà prevista dall'art. 207 del Dlgs. [267/2000](#), ma sposta significativamente il rischio dei lavori a carico dell'amministrazione (v. TAR Brescia 19 aprile 2007 n. 398). Se addirittura si procede oltre questa linea, con ulteriori garanzie a carico del Comune, non vi sono più giustificazioni per un impegno finanziario dell'amministrazione;

(e) pertanto, una volta appurato (in base alle stesse informazioni dell'associazione ricorrente) che per gli istituti di credito contattati la fideiussione del Comune non era sufficiente e doveva essere accompagnata da garanzie collaterali, anche queste a carico del Comune, risultava evidente l'impossibilità di realizzare i lavori. E poiché senza le opere previste nell'offerta non era possibile dare avvio alla concessione del servizio, la decadenza dall'aggiudicazione era una soluzione inevitabile.

14. Il ricorso deve quindi essere respinto, sia nella parte impugnatoria sia relativamente alla domanda di risarcimento. La particolarità di alcuni aspetti della vicenda consente la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Tar Lombardia dopo aver individuato la disciplina applicabile ad una concessione che riguardava la gestione di piscina e la costruzione di opere annesse, ne traccia la differenza rispetto al contratto di appalto di servizi, sulla base dell'individuazione del "rischio" e soffermandosi sul tipo di competenza ed attività sottesa ai controlli successivi alla aggiudicazione della concessione.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Prima di ripercorrere le linee argomentative della pronuncia in commento, occorre precisare che l'art. 30 del Codice appalti dispone che, salvo quanto indicato nei commi 2, 3, 4, 5, 6, non si applica alle concessioni di servizi, e dispone che " nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio". L'aggiudicatario, dunque, viene

remunerato non attraverso il prezzo, come avviene per gli appalti, ma attraverso la gestione del servizio, infatti, prosegue l'art. 30 codice appalti, si può eccezionalmente disporre che il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo qualora venga imposto al concessionario di praticare prezzi inferiori a quelli conseguenti alla somma tra costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa.

La formulazione dell'articolo 30 del Codice degli appalti pubblici lascia intendere che fa parte del sinallagma contrattuale della concessione di gestione, anche l'assunzione di una parte del "rischio". E' evidente, dunque, che la concessione ha natura contrattuale, disciplinata almeno con riferimento alla disciplina del rapporto contrattuale in se dal diritto privato.

In tal senso si pronuncia anche copiosa giurisprudenza e dottrina, tanto più che anche la sentenza del Tar Lombardia, seguendo un orientamento costante, considera la mutua ripartizione del rischio di impresa l'essenza del partenariato pubblico/privato, diversamente da quanto avviene nei contratti di appalto dove il rischio mancherebbe del tutto e comunque verrebbe coperto dalla "contropartita" economica prevista in capo all'appaltante.

In altre parole, nella concessione il privato assume un rischio diverso ed ulteriore rispetto a quello che si assume l'appaltatore, esso non si limita all'assunzione di un rischio "qualificato" dallo stesso contratto, ma riguarda anche la gestione della concessione e della realizzazione delle opere in essa previste. Il rapporto concessorio, dunque, avrebbe natura trilaterale in quanto è preordinato ad offrire specifiche utilità (es: corresponsione del servizio oggetto di concessione ad un prezzo di favore) anche a soggetti terzi che non fanno parte del contratto così come stipulato.

Nel caso in esame, la concessione comprende la gestione della piscina comunale e la connessa realizzazione di alcune opere, in altri termini si tratta di una concessione a contenuto misto (costruzione e gestione). In particolare, il valore delle opere da realizzare doveva coprirsi per l'80% mediante polizza fideiussoria del comune (ex art. 207 del d. lgs 267/2000) mentre la restante parte doveva essere coperta dal concessionario mediante apposita polizza fideiussoria. Sono dunque questi, i perni su cui ruota l'intero equilibrio delle prestazioni contrattuali.

Al fine di sottolineare la natura contrattual/privatistica della concessione, il Tar Lombardia sviluppa il suo percorso argomentativo partendo dall'individuazione della disciplina applicabile.

E' dunque applicabile, nel caso in esame, l'art.107 del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (che consente e impone l'attribuzione dell'intera attività gestionale ai soggetti investiti della direzione degli uffici), la pubblica amministrazione aggiudicataria: vengono così rigettate le eccezioni di incompetenza fatte dalla aggiudicataria della concessione in quanto, il provvedimento di decadenza della aggiudicazione rientra nelle consuete attività di controllo successive alla aggiudicazione stessa.

Si legge, nel corpo della motivazione che: "la decadenza dall'aggiudicazione deriva dalla conclusione non positiva dei controlli preliminari alla stipula del contratto. Non vi sono in tale

attività profili che richiedano un nuovo atto di indirizzo da parte degli organi politici". Al fine di giustificare il provvedimento di decadenza dalla aggiudicazione, inoltre, i controlli effettuati devono necessariamente portare all'individuazione non di semplici carenze/irregolarità documentali ma un esame complessivo degli elementi, anche fattuali successivo alla aggiudicazione ha evidenziato che: "l'impostazione economica dell'offerta dell'associazione ricorrente non era idonea a raggiungere il risultato voluto dall'amministrazione, se non a costo dell'inversione del rischio d'impresa".

Un esame della valenza tecnica del termine "rischio di impresa", non è cosa di poco conto. Quest'ultimo è l'elemento che qualifica i contratti aleatori, caratterizzati dalla c.d. "alea": essi si differenziano dai contratti commutativi in cui le parti non si assumono vicendevolmente il rischio legato alla esecuzione del contratto, ma l'equilibrio del sinallagma contrattuale dipende solamente dalla corretta esecuzione del contratto stesso. Anche l'AVCP si è espressa sul tema, affermando che "caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa per l'intervento realizzato". In mancanza di tale aleatorietà si avrà un contratto di appalto: in quest'ultimo, "continua la decisione AVCP, "vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito della realizzazione dell'opera."

In passato, sempre il Tar Lombardia nel 2011 (T.a.r. Lombardia, sez. III, 16-12-2011, n. 3200) riguardo le concessioni di costruzione e gestione, per molti versi simili al *project financing*, affermava che "le prestazioni che ne connotano l'oggetto (realizzazione dell'opera e diritto di gestirla per un determinato arco temporale) sono determinate fino alla nascita del contratto, costituendo dei contratti commutativi e non a contenuto aleatorio.

Nel caso in esame, la concessione su cui si controverte riguarda primariamente la gestione della piscina e, in via accessoria, la realizzazione, strumentale alla gestione di alcune opere. E' fuor di dubbio che elemento principale sia l'attività di gestione con i connessi rischi, e accanto alla gestione, si conserverebbe anche l'elemento del rischio legato alla gestione, all'esecuzione dei lavori e al rendimento complessivo dell'attività.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il comune, a seguito dell'esercizio del controllo successivo alla aggiudicazione è legittimato a dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione della concessione per impossibilità di esecuzione.

L'esame sulla corretta esecuzione del sinallagma contrattuale sembra dunque dover passare, in tema di concessioni, attraverso una equa ripartizione del rischio di impresa, aspetto che incide anche sulla applicazione, al contratto di concessione, del principio di equilibrio

economico-finanziario e che, avvicinerrebbe la fattispecie in esame al *project financing*, ad iniziativa privata (art.153 comma 19 codice appalti), dove il fatto che non siano individuati ab origine i beni da eseguire e la loro modalità di gestione, incide fortemente sull'equilibrio finanziario del contratto, ma per cause sopravvenute e non legate alla genesi dello stesso.

Infine, e' da rimarcare, che l'art 19 del d. lgs 69/ 2013, noto come il decreto del fare, ha disposto che la convenzione di concessione deve contenere, fin dall'inizio, i presupposti base del piano economico finanziario le cui variazioni, non imputabili al concessionario, potrebbero comportare la variazione del piano stesso. Inoltre si dispone che la convenzione debba contenere una definizione di equilibrio economico finanziario indicando quali sono gli indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale della verifica dei presupposti di base. Nel contempo anche l'art 153 comma 9 del codice degli appalti dispone che l'offerta debba essere correlata anche da un piano economico finanziario "asseverato" ovvero garantito, da un apposito istituto di credito: il ruolo delle banche all'interno del sistema di equilibrio economico finanziario diventa particolarmente importante, al punto tale che lo stesso legislatore interviene delegando agli istituti bancari il compito di impegnarsi all'erogazione del finanziamento prima che la gara si concluda.

E' oltremodo evidente, anche alla luce delle recenti evoluzioni legislative, che la circostanza per cui l'istituto bancario non abbia inteso coprire il 20% del valore delle opere da realizzare per la residua parte dell'aggiudicatario, abbia inciso negativamente, per ragioni legate all'equilibrio del sinallagma contrattuale, sulla genesi stessa del contratto di concessione, rendendone impossibile la corretta esecuzione e fondando la pronuncia di decadenza.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p.129; W. DAMIANI, *Distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi pubblici - Considerazioni e riflessi sulla disciplina applicabile*, in *Nuova rass.*, 2010, p. 1730; C.F. CODUTI, *La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico* (Nota a C. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008 n. 36,) in *Rass. avv. Stato*, 2008, fasc. 1, p. 298; F. BASSI, P. MICHIARA, *Considerazioni sulle differenze intercorrenti tra concessione di servizio pubblico e appalto di servizi*, in *Riv. amm. appalti*, 1996, p. 441; S. PISCITELLI, *Il ruolo delle banche nella concessione di costruzione e gestione secondo il Decreto del Fare*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.