

NEGLI APPALTI DI SERVIZI E' ESCLUSA LA PRESTAZIONE A TITOLO GRATUITO

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 29-12-2016

1) Gli ordini professionali sono legittimati a ricorrere quando fanno valere l'interesse omogeneo della categoria, anche se in concreto il provvedimento lesivo è ritenuto vantaggioso da singoli professionisti (1).

2) L'appalto di servizi va qualificato con riferimento alla natura imprenditoriale ed all'organizzazione delle risorse, soprattutto umane, da parte dell'operatore economico, in considerazione alla complessità dell'oggetto della prestazione e della predeterminazione della durata dell'appalto (2).

3) L'appalto di servizi è da collocare nella categoria dei contratti speciali di diritto privato ed è contraddistinto, ai sensi del D.lgs. 50/2016, dalla onerosità e sinallagmaticità delle prestazioni (3).

1. Conforme: Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 2011, n. 4776; Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451.

2. Conforme: Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2012, n. 2370; Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019.

3. Conformi: linee guida ANAC, delibere del 14 e 21 settembre 2016.

N. 02435/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01363/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1363 del 2016, proposto da:
Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori della Provincia di Catanzaro,
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Catanzaro, Ordine dei Dottori Agronomi e Dottori
Forestali della Provincia di Catanzaro, Ordine dei Geologi della Calabria, Collegio dei Geometri
e Geometri Laureati della Provincia di Catanzaro, Collegio dei Periti Industriali e Periti
Industriali Laureati della Provincia di Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentati e difesi dall'avvocato Alfredo Gualtieri C.F. GLTLRD49M10C352P, con domicilio
eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Comune di Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Valerio Zimatore C.F. ZMTVLR60E18C352Y, con domicilio eletto presso il suo
studio in Catanzaro, via Buccarelli, 49;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Demetrio Verbaro C.F. VRBDTR65S29C352F, con domicilio eletto presso
il suo studio in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (C.N.A.P.P.C.), in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Antonucci
C.F. NTNMR68M31H501P, con domicilio eletto presso Demetrio Verbaro in Catanzaro, via
Vittorio Veneto, 48;

*per l'annullamento della determina dirigenziale del Comune di Catanzaro n. 3059 del
21.10.2016;*

della determina dirigenziale n. 2905 del 10.10.2016;

del bando di gara;

del disciplinare di gara e del Capitolato speciale d'appalto, oltre che di ogni altro atto
presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa, ove occorra, quale atto presupposto,
la deliberazione della Giunta Comunale n. 33 del 17.2.2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2016 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il ricorso in oggetto gli ordini provinciali professionali indicati in epigrafe hanno impugnato la determinazione del Comune di Catanzaro n. 3059 del 24 ottobre 2016 con cui è stato approvato il bando e il disciplinare di gara aventi ad oggetto la *“procedura aperta per l'affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro, ai sensi della L.R. Calabria 19/2002 e relativo regolamento edilizio urbanistico”*, nonché la determinazione 2905 del 10 ottobre 2016, con cui è stato approvato il relativo capitolato speciale di appalto, nonché la deliberazione della Giunta Comunale n. 33 del 17 febbraio 2016 con cui è stata condivisa *“la possibilità di formulare un bando che preveda incarichi professionali a titolo gratuito, delegando il dirigente del settore Pianificazione territoriale all'approvazione dello stesso con determinazione dirigenziale”*.

2. Le diverse censure poste a fondamento della domanda di annullamento dei predetti atti – rubricate come violazione di legge con riferimento agli artt. 1655 e 2233 c.c., a plurime norme del D.lgs. 50/2016 (artt. 35, 95, 83, 93, 97), come violazione dei principi di trasparenza, economicità, imparzialità, buon andamento e come eccesso di potere, sotto molteplici profili, attengono tutte ad una medesima doglianza: l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha previsto la natura gratuita del contratto di appalto di servizi, cui è finalizzata la procedura, avendo il punto 2.1 del bando stimato il valore della prestazione pari ad “1,00 euro” e stabilito che *“l'appalto è a titolo gratuito”, salva la previsione di una somma di euro 250.000,00 comprensiva di iva a solo titolo di rimborso spese per come indicato nel disciplinare di gara*”.

In sintesi, ad avviso dei ricorrenti, la natura essenzialmente onerosa contratto di appalto è imposta non solo dalla disciplina civilistica (ai sensi dell'art. 1655 c.c.), ma anche dalle regole e principi che reggono gli appalti pubblici, le quali sono articolate sul presupposto della causa onerosa del contratto: così, in particolare, quelle che concernono l'individuazione delle soglie di rilevanza europea e dei requisiti di partecipazione con riferimento al fatturato minimo (artt. 35, 95 co. 3 e 83 co. 4 e 5 del D. Lgs. 50/2016); che impongono l'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria (art. 93 del D. Lgs. 50/2016); che disciplinano il sub- procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (art. 95 e ss. del D Lgs 50/2016); che stabiliscono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale può – in determinati casi indicati dall'art. 95 c. 7 del D.Lgs. 50/2016, non ricorrenti nel caso di specie – articolarsi su un prezzo o costo fisso, che però deve comunque essere in quanto tale predeterminato.

3. Hanno spiegato atto di intervento *ad adiuvandum*, i Consigli nazionali degli ordini professionali indicati in epigrafe nazionali.

4. Si è costituito il Comune di Catanzaro, sollevando preliminarmente eccezione di tardività del ricorso; di difetto di legittimazione a ricorrere da parte degli ordini professionali; di mancata notifica ai controinteressati (che gli stessi Ordini avrebbero avuto l'onere di individuare interpellando tra i propri iscritti coloro disponibili a rendere una prestazione a titolo gratuito).

Nel merito, l'amministrazione ha concluso per il rigetto del ricorso, sul presupposto che non vi è alcuna norma che vieti l'affidamento gratuito di un appalto pubblico.

5. Alla Camera di Consiglio del 30 novembre 2016, il ricorso è stato trattenuto in decisione, previo avviso alle parti ex art. 60 c.p.a.

6. Il ricorso è fondato e va accolto.

7. Vanno preliminarmente respinte le eccezioni processuali sollevate da parte resistente:

La domanda di annullamento ha ad oggetto, in via principale, il bando di gara che risulta pubblicato sulla G.U. della Repubblica Italiana in data 24 ottobre 2016 e la cui previsione di gratuità della prestazione di servizi è idonea a manifestare immediatamente la sua attitudine lesiva, incidendo sull'interesse attuale alla partecipazione. Il ricorso è stato notificato all'amministrazione resistente in data 10 novembre 2016 e depositato il successivo 14 novembre, con conseguente sua tempestività.

Quanto alla legittimazione a ricorrere degli ordini professionali, è sufficiente il rinvio ex art. 88 co. 2 lett. d) c.p.a alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451 che, distinguendo tra interessi superindividuali, di cui sono titolari anche i singoli appartenenti alla categoria, e "interesse collettivo" nella esclusiva titolarità dell'ente esponenziale, riconosce la legittimazione ad agire dell'ordine professionale che faccia valere l'interesse omogeneo della categoria, anche se in concreto il provvedimento ritenuto lesivo sia ritenuto "vantaggioso" da singoli professionisti. (per una fattispecie analoga a quella in esame: cfr. Cons. St., IV sez., 12 agosto 2011 n. 4776).

Quanto all'eccezione di difetto di contraddittorio per mancata notifica ad un controinteressato, deve osservarsi che non si ravvisa, nel caso di specie, né il requisito sostanziale -costituito dalla titolarità in capo a terzi di un interesse alla conservazione dell'atto impugnato di natura uguale e contraria a quello "collettivo" fatto valere dagli ordini professionali, proprio alla luce della distinzione tra interesse individuale ed interesse collettivo richiamata *supra* lett. b)- né quello formale della facile identificabilità nominativa di soggetti cui possa essere riconosciuta la qualifica di controinteressati.

8. Nel merito, ritiene il Collegio che alla questione giuridica, concernente la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito, ovvero "atipico" rispetto alla disciplina normativa di cui al D.Lgs. 50/2016 sottesa alle doglianze di parte ricorrente, debba darsi soluzione negativa.

La qualificazione dell'oggetto della gara in esame – peraltro formalmente riconosciuta dalla stessa Amministrazione nel richiamo alle diverse norme del D.Lgs. 50/2016 – quale *appalto di servizi* è desumibile dalla natura imprenditoriale che si richiede all'organizzazione delle

risorse, soprattutto umane, da parte dell'operatore economico partecipante, in considerazione della peculiare complessità dell'oggetto della specifica organizzazione e dalla predeterminazione della sua durata (cfr. Cons. St., sez. V, 11 maggio 2012, n. 2370 Cons., sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019).

L'affidamento ha infatti ad oggetto la *“elaborazione, stesura e redazione integrale del Piano Strutturale del Comune di Catanzaro”* e di tutte le norme, discipline, atti, piani, programmi e accordi di governo del territorio, di settore e di programmazione, comunque correlati (ivi compresa la redazione del regolamento edilizio e urbanistico); ovvero la redazione di un atto di pianificazione territoriale, compresa la relativa necessaria *“Valutazione Ambientale Strategica”*, che non tenga conto solo del profilo urbanistico, ma anche dei diversi profili connessi (specificatamente indicati: geologici, idrogeologici, sismici, ambientali, culturali, tecnologici, storico-architettonici, socio-demografici, economici); la natura organizzativo-imprenditoriale è peraltro imposta dalla stessa stazione appaltante che richiede specificamente all'operatore di avvalersi di una pluralità di figure professionali, specializzate in funzione delle diverse competenze tecniche richieste dalla particolare complessità del servizio di progettazione (cfr. art. 1 lett. b n. 1,2,3,4,5,6,7, del capitolato speciale di appalto, all. 4 fascicolo parte ricorrente).

L'appalto pubblico di servizi rientra, come è noto, nella categoria dei *“contratti speciali di diritto privato”* connotata da una disciplina, di derivazione europea, derogatoria dei contratti di diritto comune, in ragione degli interessi pubblici sottesi e della natura soggettiva del contraente pubblico, e che trova la sua principale fonte nel cd. Codice di Contratti Pubblici (D Lgs. 50/2016). Non vi è dubbio che, alla stregua di tale normativa speciale, il contratto di appalto sia contraddistinto dalla necessaria *“onerosità”* e sinallagmaticità delle prestazioni, essendo connotato sia dalla sussistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti che dal rapporto di reciproco scambio tra le stesse.

E' sufficiente sul punto richiamare la definizione normativa di cui all'art. 3 co. 1 lett. ii di *“appalti pubblici”* di cui al D.Lgs. 50/2016 quali contratti a titolo oneroso e stipulati per iscritto; e, quanto alla tipologia dei *“servizi di architettura ed ingegneria e altri servizi tecnici”* alla definizione rinvenibile nell'art. 3 lett. vvvv come quelli *“riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 2005/36/CE”*.

A tale specifica tipologia di servizi fa inoltre riferimento anche la norma di cui all'art. 95 co. 3 lett. b del D. lgs. 50/2016 che stabilisce come obbligatorio il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, nell'ipotesi di contratti relativi all'affidamento *dei servizi di ingegneria e architettura, e degli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale, di importo superiore a 40.000 euro*, così confermando la necessità che sia specificato il valore della prestazione richiesta, ovvero che sia previsto come elemento essenziale del contratto il corrispettivo.

Sul punto, come correttamente rappresentato da parte ricorrente, assumono particolare rilievo le linee guida n. 1 e 2 adottate dall'ANAC, rispettivamente con delibera del 14 e del 21 settembre 2016.

Con le prime, recanti *“indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”*, e dirette a garantire la promozione dell’efficienza, della qualità delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi ex art. 213 co. 2 del D.Lgs. 50/2016, si sottolinea l’esigenza che il corrispettivo degli incarichi e servizi di progettazione ex art. 157 Codice degli Appalti venga determinato secondo criteri fissati dal decreto del Ministero della Giustizia 17 giugno 2016 *“nel rispetto di quanto previsto dall’art. 9 co.2 del decreto 24 gennaio 2012 n.1, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27, così come ulteriormente modificato dall’art. 5 della legge 134/2012”*, al fine di garantire anche il controllo da parte dei potenziali concorrenti della congruità della remunerazione”.

Con le Linee Guida n. 2 *“Offerta economicamente più vantaggiosa”*, si specifica che la valutazione dell’offerta sulla base di un prezzo o costo fisso è ammessa solo entro i limiti rigorosi dell’art. 95 co. 7 del Codice, ovvero o nell’ipotesi in cui esso sia rinvenibile sulla base di *“disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici”*, o, in mancanza, *“valutando con attenzione le modalità di calcolo o di stima del prezzo o costi fisso. Ciò al fine di evitare che il prezzo sia troppo contenuto per permettere la partecipazione di imprese “corrette” o troppo elevato, producendo danni per la stazione appaltante”*; fermo restando, in questa ultima ipotesi, l’obbligo di un particolare impegno motivazionale dal quale emerga l’iter logico comunque seguito per la determinazione del prezzo fisso, a garanzia della imparzialità della scelta del contraente e in generale dell’obiettivo che la concorrenza si svolga nel rispetto della sostenibilità economica e quindi *“serietà”* delle offerte.

La necessaria predeterminazione del prezzo del servizio oggetto di appalto, anche quando tale componente quantitativa sia valutata unitamente a quella qualitativa, nell’ottica del legislatore sia nazionale che europeo, è funzionale a garantire il principio di qualità della prestazione e della connessa affidabilità dell’operatore economico, rispetto al quale va temperato e per certi versi anche *“misurato”* il principio generale di economicità, cui solo apparentemente sembra essere coerente il risparmio di spesa indotto dalla natura gratuita del contratto di appalto *“atipico”*.

Il principio della qualità delle prestazioni che l’amministrazione aggiudicatrice intende acquistare sul mercato e che, in termini economici, si traduce nella *“serietà”* dell’offerta sotto il profilo quantitativo, è infatti alla base della regolamentazione specifica dell’anomalia dell’offerta (ora disciplinata dall’art. 97 del Codice degli Appalti), poiché, anche nella prospettiva del perseguimento da parte dell’amministrazione del *“risparmio di spesa”*, le offerte che appaiono *“anormalmente basse rispetto ai lavori, alle forniture o ai servizi potrebbero basarsi su valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico”* (considerando 103 della Direttiva 2014/24 UE), così rischiando di rivelarsi, nel lungo periodo, poco convenienti, foriere di ritardi, inadempimenti, contenziosi giurisdizionali, (cfr. Corte Cost. 5 marzo 1998 n.40 i cui principi sono applicabili anche nel vigore delle norme attuali; cfr. anche TAR Brescia, sez. I, 9 luglio 2007 n. 621).

9. Alla luce della natura essenzialmente onerosa del contratto di appalto pubblico di servizi, devono ritenersi pertanto fondate le censure di violazione delle norme del Codice degli appalti sopra indicate, che, come indicato in premessa, costituiscono applicazioni specifiche del

principio di onerosità del contratto di appalto di servizi.

10. Per mera completezza di motivazione pare opportuno aggiungere che ad una diversa figura contrattuale, quella del contratto di opera di prestazione professionale intellettuale ex art. 2230 e ss.cc. si riferisce invece la delibera della Corte dei Conti sezione regionale di controllo per la Calabria del 29 gennaio 2016 n. 6, cui rinvia espressamente la determinazione del Comune 3059 del 24 ottobre 2016. La considerazione che, almeno per una parte della giurisprudenza civilistica, il corrispettivo in tale tipo contrattuale sia considerato quale elemento "naturale" e non essenziale del contratto non rileva nel caso di specie, poiché, anche alla stregua della disciplina civilistica, il contratto in controversia deve essere invece qualificato come appalto di servizi, poiché connotato dalla organizzazione dell'attività di servizi in forma imprenditoriale (cfr. Cass. 12519/2010); in quanto tale "tipicamente" oneroso e commutativo anche secondo la disciplina civilistica, come attestato dall'art. 1657 c.c. che, in caso di mancata determinazione del corrispettivo, rimette in via sussidiaria tale determinazione al giudice; né il contratto di appalto pubblico di servizi "gratuito" potrebbe essere configurato facendo leva sulla generale capacità dell'amministrazione di stipulare contratti atipici ex art. 1322 c.c., la quale deve essere comunque esercitata compatibilmente la realizzazione degli interessi pubblici, ostandovi, da un lato, la natura "speciale" e vincolante della disciplina pubblicistica dei contratti di appalto; dall'altro, la considerazione che, proprio alla luce dei principi di imparzialità, tutela della concorrenza ed economicità dell'azione amministrativa cui risponde il requisito della "onerosità" del contratto di appalto di servizi come sopra indicato, il contratto di appalto pubblico di servizi "atipico" perché gratuito non supererebbe comunque il vaglio di meritevolezza ex art. 1322 comma 2 c.c.

11. In conclusione, il ricorso va pertanto accolto e gli atti oggetto di impugnazione annullati.

12. In ragione della peculiarità della questione giuridica trattata possono compensarsi le spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese di lite tra tutte le parti in giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti riguardanti l'appalto di servizi.

L'oggetto del contendere è rappresentato da un bando di gara, dal relativo disciplinare e capitolato speciale d'appalto, concernente l'affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale di un Comune.

I ricorrenti (tutti ordini professionali) ne censurano la legittimità nella parte in cui viene previsto che la prestazione sia a titolo gratuito.

Il Tar preliminarmente, riconosce, la legittimazione ad agire dei ricorrenti poiché trattandosi di ordini professionali che fanno valere l'interesse omogeneo della categoria anche se la lesività del provvedimento sia vantaggiosa per singoli iscritti all'Ordine e, nel merito, accoglie il ricorso.

Nelle specie, i giudici calabresi osservano come la procedura di gara in questione rientri nella categoria degli appalti di servizi avendone i requisiti previsti dalla normativa e dalla giurisprudenza.

A tal proposito, il Tar osserva come l'appalto pubblico di servizi fa parte dei contratti speciali diritto privato, connotati da una disciplina, di derivazione europea, derogatoria dei contratti di diritto comune, in ragione degli interessi pubblici sottesi e della natura soggettiva del contraente pubblico, e che trova la sua principale fonte nel cd. Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 50/2016).

Sicché applicando la normativa speciale citata risulta contraddistinto dalla sinallagmaticità della prestazione e dalla necessaria onerosità, essendo connotato sia dalla sussistenza di prestazioni a carico delle parti che dal rapporto di reciproco scambio tra le stesse.

Di conseguenza alla luce della natura essenzialmente onerosa dell'appalto di servizi, la procedura di gara in questione, deve avere come elemento essenziale la predeterminazione di un corrispettivo economico.