

Sulla corretta individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti (Tar Bari, Sent. n. 300/2016)

Autore: Cassano Giuseppe

In: Giurisprudenza commentata

Il Tar Bari è adito per l'annullamento, tra l'altro, della determinazione con cui un Comune ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di un'A.T.I. della gara indetta per l'affidamento della concessione della progettazione esecutiva, realizzazione e gestione di un "microbirrificio artigianale".

La ricorrente, che aveva preso parte a detta procedura, precisa che all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, ed espletato il subprocedimento di verifica dell'anomalia, con la determinazione impugnata, il Comune aveva aggiudicato la gara all'altra partecipante con 100/100 punti (rispetto ai 98,07 punti attribuiti ad essa classificatasi seconda).

Preliminarmente il Tar Bari precisa che la fattispecie concreta sottoposta al suo esame, in cui concorrono più elementi di negozi tipici che si fondono in un'unica causa, risulta inquadrabile nell'ambito di un contratto misto, contemplato dall'art. 14 D.Lgs. n. 163/2006, e a pieno titolo posto in essere dal comune nell'esplicazione dell'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento ex art. 1322 c.c..

L'originalità dell'operazione è ritenuta del tutto coerente con la ratio

sottesa al finanziamento concesso per la sua realizzazione, in quanto rientrante tra i progetti volti a favorire

servizi di utilità sociale, a carattere innovativo, riguardanti l'integrazione e l'inclusione sociale soprattutto

per le persone anziane e disabili, attraverso l'erogazione di prestazioni di terapia assistita (pet therapy, horticultural therapy, agrotterapia, arteterapia, ippoterapia) e altri servizi innovativi finalizzati in tal senso.

Risulta così chiara la finalità unificante dell'intervento ideato dall'Amministrazione, ben presente negli atti di gara, costituita dalla gestione del servizio di inclusione sociale per disabili psichici, in grado di autofinanziarsi successivamente alla fase iniziale oggetto di aiuto.

Tale meritorio obiettivo finisce per permeare la causa in concreto della complessa operazione negoziale, in cui convergono l'esecuzione di un appalto di lavori per la riqualificazione dell'immobile di proprietà comunale da adibire a birrificio e lo svolgimento di un progetto a sfondo sociale di inserimento lavorativo per disabili psichici (servizi esclusi

ex

art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto ricompresi nell'allegato II B del medesimo decreto), attraverso la concessione della gestione del microbirrificio, nell'ambito delle misure promozionali per l'economia e la popolazione rurale, volti a migliorare l'offerta di servizi essenziali alla popolazione, soprattutto delle fasce deboli, onde migliorare la qualità della vita e della salute nei contesti rurali.

La peculiarità dell'operazione, che rasenta i confini della tipicità negoziale, consiste - si legge ancora in sentenza - nella circostanza che il servizio sociale di inserimento lavorativo dei disabili, oggetto principale del contratto, è remunerato solo in parte dal Comune (limitatamente al primo anno), atteso che per il restante periodo (ulteriori quattro anni) lo stesso finisce per autofinanziarsi attraverso la gestione funzionale e lo sfruttamento economico dell'attività di produzione della birra, analogamente allo schema delineato dall'art. 30, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

In tal modo si attribuisce all'aggiudicatario, quale corrispettivo per l'attuazione del progetto, il diritto di uso del birrificio di proprietà comunale, strumentalmente adibito alla realizzazione dell'innovativo servizio sociale, previa esecuzione - con costi interamente a carico del Comune - dei necessari lavori di ristrutturazione da parte dello stesso aggiudicatario.

La fattispecie, pertanto, non è suscumbibile nell'ambito della concessione di lavori, ove la controprestazione per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità di regola consiste nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, con il rischio a carico del concessionario del mancato recupero degli investimenti effettuati per le opere, atteso che nell'ipotesi in esame il rischio economico che viene riversato sul concessionario afferisce ai soli costi sostenuti per la gestione del servizio aggiudicato, per gli anni successivi al primo, e non anche ai costi relativi ai lavori, già pagati per intero a monte dal Comune.

In altre

parole, secondo il G.A. del capoluogo pugliese, nel caso sottoposto al suo giudizio, inquadrabile in un contratto di tipo misto, la disciplina applicabile va individuata in ragione del carattere prevalente del servizio di inclusione dei disabili rispetto ai lavori, tenuto conto della preminenza del criterio funzionale di cui all'art. 14, co.3, D.Lgs. n. 163/2006, che può certo dirsi espressivo di un principio avente portata generale ed applicabile nonostante le peculiarità del caso concreto.

Tale impostazione è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (Corte giust. 14 novembre 2001, C310/01; 18 novembre 1999, C107/98; 19 aprile 1994, C331/92), per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti, quando vengono in considerazione prestazioni di lavori e servizi.

In tal caso occorre avere riguardo all'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente (c.d. criterio qualitativo), a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime (c.d. criterio quantitativo).

Alla luce di tali argomentazione, il Tar adito chiarisce ancora che alla gara, pur non assoggettata alla disciplina puntuale del D.Lgs. n. 163 cit., esulando il contratto da aggiudicare da quelli espressamente ricadenti nel suo ambito di applicazione, in ragione delle prestazioni aventi funzione prevalente, si applicano tuttavia le singole disposizione codicistiche cui la *lex specialis*

ha fatto chiaramente richiamo e che si pongono con natura di autovincolo rispetto alla regolamentazione della fattispecie concreta.

Risulta pertanto senz'altro applicabile l'art. 37 D.lgs. 163/2006, in forza dei plurimi richiami contenuti nel bando di gara.

La norma in questione consente il cumulo dei requisiti partecipativi tra le imprese, in funzione pro-concorrenziale e antimonopolistica assicurando nel contempo il soddisfacimento delle esigenze della S.A. alla corretta esecuzione delle prestazioni affidate, fissando all'uopo un'apposita disciplina cui sono tenute ad uniformarsi le imprese associate nei loro rapporti interni e con la Stazione appaltante.

In particolare, per l'ipotesi in cui concorra un'associazione di tipo verticale, si prevede che la mandataria, in relazione al ruolo e alle garanzie che quest'ultima è tenuta ad offrire alla S.A., in quanto depositaria di specifici e peculiari poteri decisionali, preposta alla gestione dei rapporti con la S.A. in nome e per conto di tutte le imprese del raggruppamento e viepiù solidalmente responsabile con le mandanti di tutte le prestazioni (anche secondarie) dedotte in contratto, debba apportare le competenze necessarie ad eseguire la prestazione prevalente o principale, potendo associarsi ad altre imprese ma solo in relazione alle prestazioni secondarie scorporabili.

La
ratio
della normativa è dunque quella di consentire alla S.A. di potersi interfacciare con il soggetto più qualificato del raggruppamento, individuato in relazione alla prestazione principale oggetto del contratto.

È chiaro, pertanto, argomenta ancora l'adito G.A., che per la ricorrenza della partecipazione in A.T.I. di tipo verticale, in applicazione dell'art. 37 cit., la posizione di capogruppo-mandataria doveva essere rivestita da impresa destinata a svolgere l'attività da ritenersi principale, ovviamente in possesso del

necessario requisito soggettivo dell'iscrizione nel registro delle società cooperative di tipo "B".

È invece accaduto che la mandataria dell'A.T.I. aggiudicataria sia un'impresa edile in possesso dei requisiti speciali di partecipazione (sia pure in forza del ricorso all'istituto dell'avvalimento) ma non di quelli generali, in quanto priva dello specifico requisito richiesto per lo svolgimento del delicato servizio oggetto principale del contratto, e designata per il solo svolgimento dei lavori che, per quanto argomentato, finiscono per essere una componente assolutamente secondaria rispetto al complessivo assetto delle prestazioni richieste.

Giuseppe Cassano, Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche della European School Of Economics

<https://www.diritto.it/sulla-corretta-individuazione-della-disciplina-applicabile-ai-contratti-di-appalto-misti-tar-bari-sent-n-3002016/>