

## AMMINISTRATIVO

09 Ottobre 2017

**(Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4614/17; depositata il 3 ottobre)****Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 marzo – 3 ottobre 2017, n. 4614**

Presidente Severini – Estensore Fantini

Fatto

1.- Il Comune di Catanzaro ha interposto appello avverso la sentenza 13 dicembre 2016, n. 2435 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sez. I, che ha accolto il ricorso dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggistici e Conservatori, dell'Ordine degli Ingegneri, dell'Ordine dei Dottori Agronomi e Dottori Forestali della Provincia di Catanzaro, dell'Ordine dei Geologi della Calabria, del Collegio dei Geometri e del Collegio dei Periti Industriali della Provincia di Catanzaro avverso i provvedimenti dirigenziali comunali dell'ottobre 2016 di approvazione del bando e del disciplinare di gara della "procedura aperta per l'affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro e relativo regolamento urbanistico", nonché del capitolato speciale, ed ancora avverso la presuppunta delibera di Giunta comunale del 17 febbraio 2016 con cui è stata condivisa la possibilità di formulare un bando contemplante incarichi professionali a titolo gratuito.

La delibera di Giunta, dando attuazione alla deliberazione consiliare n. 25 del 13 maggio 2015 disponente la predisposizione di un nuovo strumento urbanistico generale, rilevava l'assenza di copertura finanziaria per una spesa stimata in circa euro 800.000,00; e stabiliva, previo parere favorevole della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, del 29 gennaio 2016, di formulare un bando che prevedesse incarichi professionali da affidare a titolo gratuito, delegando il dirigente del Settore Pianificazione Territoriale all'approvazione dello stesso.

Tali atti sono stati impugnati dagli indicati ordini professionali con il ricorso in primo grado, articolato in censure incentrate sull'illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha previsto la natura gratuita del contratto di appalto di servizi, indicando, al punto 2.1 del bando, un corrispettivo pari ad euro uno, laddove l'appalto si caratterizza come contratto a titolo oneroso, sia nella disciplina del Codice civile, sia in quella dei contratti pubblici.

2. - La sentenza qui appellata ha accolto il ricorso, nell'assunto che si verta di un appalto di servizi (avente ad oggetto la "elaborazione, stesura e redazione integrale del piano strutturale del Comune di Catanzaro" in forma imprenditoriale) e che non è configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito, ovvero atipico rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

3. - L'appello critica la sentenza deducendo motivi in rito (di inammissibilità del ricorso di primo grado) e nel merito, essenzialmente convergenti nell'allegazione dell'erroneità della sentenza gravata per avere individuato una corrispondenza tra onerosità dell'incarico professionale e garanzia dei requisiti di qualità dell'offerta, e dunque dell'appalto di servizi.

4. - Si sono costituiti in resistenza l'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, l'Ordine degli Ingegneri, l'Ordine dei Dottori Agronomi e Dottori Forestali della Provincia di Catanzaro, l'Ordine dei Geologi della Calabria, il Collegio dei Geometri, il Collegio dei Periti Industriali della Provincia di Catanzaro, il Collegio Nazionale degli Ingegneri, il Collegio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori, il Consiglio Nazionale dei Geologi, chiedendo la reiezione dell'appello.

5. - Nella camera di consiglio del 9 marzo 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

1.-Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata dal Consiglio Nazionale dei Geologi nell'assunto che il Comune di Catanzaro si sia limitato ad una mera reiterazione delle censure in primo grado.

L'appello evidenzia con chiarezza le specifiche censure sulle statuizioni in rito e nel merito della sentenza impugnata. La tipologia delle censure dedotte, convergenti in un dissenso di base sull'impianto motivazionale della prima sentenza, comporta che l'appellante abbia dovuto sollecitare al giudice di appello un vero e proprio riesame dei motivi originariamente formulati.

2.- Il primo motivo di appello, in rito, con cui si deduce l'irricevibilità e l'inammissibilità del

## Notizie correlate

**Il TAR Lazio si pronuncia sulla disciplina in tema di start up innovative**

**Rintracciabilità degli alimenti: in G.U. il decreto**

**Trattori ingombranti sorvegliati speciali sulle strade trafficate**

**Il business dei farmaci oncologici e la competenza regionale in materia di tutela della salute**

**Concessioni cimiteriali tra rinnovo e revoca**

## ieri

**AMMINISTRATIVO | Rintracciabilità degli alimenti: in G.U. il decreto**

**PENALE | La voliera piccola è una tortura per il gufo: allevatore condannato**

**PROFESSIONE | Responsabilità professionale avvocati: obblighi di**

archivio

## I più letti

Oggi

Settimana

Mese

- 1 In vigore il nuovo istituto del silenzio-assenso introdotto dalla riforma Madia
- 2 Il TAR Lazio si pronuncia sulla disciplina in tema di start up innovative
- 3 Trattori ingombranti sorvegliati speciali sulle strade trafficate
- 4 Rintracciabilità degli alimenti: in G.U. il decreto
- 5 Va in soffitta l'ex foglio complementare: arriva il collega digitale
- 6 Come si configura il danno erariale da disservizio nella giurisdizione contabile?
- 7 Prestazioni tecnicamente complesse, da effettuare gratuitamente in favore della PA? Il CdS (poco convincentemente) dice di sì!
- 8 La dirigenza pubblica fra vecchio e nuovo ordinamento
- 9 Intervento, opposizione ad ingiunzione e domanda riconvenzionale, chiamata del terzo, responsabilità aggravata e

ricorso introduttivo, è infondato.  
Anzitutto, sotto il profilo della tardività dell'impugnativa della deliberazione di Giunta municipale n. 33 del 17 febbraio 2016, atto presupposto della determinazione indittiva del bando, vale rilevare che la medesima è stata fatta oggetto di gravame in via cautelativa. La delibera, nel recepire la proposta del dirigente del Settore Pianificazione Territoriale e PUC, si limita a «condividere 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». Si tratta dunque di un atto, che, seppure presupposto, è privo di autonoma lesività, come si inferisce anche dal letterale tenore: poteva dunque, se del caso, essere impugnato solamente con il bando di gara, mediante il quale è divenuto attuale l'interesse al ricorso.

2.1.-L'eccezione di difetto di interesse e di legittimazione al ricorso degli Ordini e Collegi professionali è poi argomentata nella considerazione che la natura onerosa di un incarico professionale non è un interesse generalizzato ed omogeneo delle categorie professionali, ma solo di quei professionisti che considerano la retribuzione elemento indispensabile del rapporto d'opera intellettuale.

La sentenza bene ha evidenziato che va riconosciuta «la legittimazione ad agire dell'ordine professionale che faccia valere l'improvvedimento ritenuto lesivo sia per la mancanza di legittimazione attiva degli ordini professionali considerata, va infatti affermata la natura istituzionale della categoria stessa. Appare difficilmente contestabile che il titolo gratuito interferisce sugli interessi legittimi appellati, e non tutela interessi di natura esclusiva». 2.2.-Quanto, poi, all'infammissibilità del ricorso, nell'ambito degli ordini e collegi professionali, la gara non ha controinteressati, poiché il professionista richiede un retribuzione nominativa nel provvedimento amministrativo (costituito dalla sussistenza di un provvedimento attuale definita dal provvedimento impugnato).

3. - Il secondo e terzo, tematicamente complementari, la sentenza che ha respinto il ricorso al titolo gratuito (finalizzato alla pianificazione urbanistica), precedentemente autorizzate dal RUP), quanto non conforme al paradigma stabilito dalla sentenza del 2016, e inoltre perché inidonea a consentire una sua effettiva valutazione. Per l'appello, l'ordinamento in generale, il professionista a titolo gratuito a vantaggio del sistema dei contratti pubblici (sponsorizzazione). L'Amministrazione pubblica economicamente più vantaggiosa è la sola esclusione dell'elemento prezzo dal parametro proprio dell'offerta economica, prevenendo lo spazio della valutazione. I motivi d'appello, ritiene il Collegio di appello che il bando di gara qualifica l'affidamento comunale del Comune di Catanzaro tra le "informazioni complementari" previste una somma totale di €. 250.000,00, le spese per come indicato nel disciplinare di gara. «si precisa che l'incarico è a titolo gratuito, documentate e preventivamente approvate le dovute relative alle prestazioni da svolgere. Il Gruppo di progettazione incaricato dell'incarico affidato ammonta ad €. 250.000,00. Analogo contenuto si desume dal disciplinare dell'appalto posto a base di gara e dalla polizza assicurativa, riferita all'incarico. Il Collegio rileva che si tratta, anzitutto, di un contratto : cioè se un contratto a titolo gratuito (seppure ampio) rimborso del danno normativo dell'appalto pubblico (disciplinato dalla legge n. 50 del 28 aprile 2016, n. 50 definisce gli appalti di servizi, l'esecuzione di lavori, la fornitura di materiali e attrezzature). In particolare, per gli appalti nei si

formule di stile: quale il regime fiscale?

10 Rinegoziazione dei contratti pubblici di servizi e forniture: disciplina recente e non convincente

Network Giuffrè

- 1 Clies Processo Telematico
- 2 e-learning Giuffrè
- 3 Giuffrè Formazione
- 4 Giustizia Civile
- 5 Il Fallimentarista

GIUFFRÈ

Gentile cliente, per attività di manutenzione straordinaria, l'accesso, l'aggiornamento e la fruizione del sito potrebbero essere interrotti fino a lunedì 9 alle 14.00.

Ci scusiamo per eventuali disagi  
Giuffrè Editore

10 Rinegoziazione dei contratti pubblici di servizi e forniture: disciplina recente e non convincente

1 Clies Processo Telematico

2 e-learning Giuffrè

3 Giuffrè Formazione

4 Giustizia Civile

5 Il Fallimentarista

trazione della giustizia

o dei Ministri Contratti

Garante Privacy

fficiale PAT Processo

vo telematico antitrust appalto di

avvocati cdm

azione stradale

trada corte costituzionale diritto di

ia privata giurisdizione lavoro

0 multe pec privacy pubblica

ne pubblico impiego risarcimento

al cdm

17

NA DELLE SEZIONI CIVILI DELLA

IONE

antonio Genovese

17

NA DELLA CORTE

EA DEI DIRITTI

OMO

europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (Consiglio, 2014/25/UE). L'intero settore degli appalti è disciplinato da questa necessaria connotazione. Ciò rilevato, si deve considerare che in principi generali del diritto dell'Unione nazionale (art. 18 T.F.U.E.), le libertà di stabilimento, e di circolazione dei servizi (art. 56 T.F.U.E.). I contratti pubblici debbono essere disciplinati in conformità con la disciplina è improntata alla concorrenza. La caratterizzazione di "onerosità" del mercato di matrice europea; semmai, l'appalto costituisca un elemento di affidabilità dell'offerente. Il fondamento pare esservi il concetto di "prezzo gratuito", dunque senza curare il peso economicamente sostenere, celi in via pubblica Amministrazione.

Il tema ha naturalmente diverse dimensioni (comportanti per l'Amministrazione e per l'Amministrazione una spesa). Per i contratti passivi e su questi occorre distinguere tra par condicio tra partecipanti all'appalto, presupposto che la tutela della concorrenza. In una tale prospettiva - osserva il Consiglio di Stato, con considerazione degli interessi e esigenze che lo muovono, induce a ritenere che assumere per il contratto pubblico all'accezione tradizionale e propria è accennato, di garanzia della serietà, ragionevolmente assicurata da altri elementi, direttamente finanziari, potenzialmente. La garanzia di serietà e affidabilità necessariamente trova fondamento contrattuale, che resti comunque in analogia ragione anche in un altro caso apprezzabile, che nasca o si immagini. Del resto, quanto alla ragione economica, ammette l'abilitazione a partecipare al settore", per loro natura prive di fini scopi non di stretto utile economico, estensibile il principio del c.d. "utili" un operatore del mercato, di un'offerta (Cons. Stato, V, 20 febbraio 2009, settembre 2010, n. 6528; V, 13 luglio 2011, n. 4720; III, 20 novembre 2013, n. 2056; V, 16 gennaio 2015, n. 3685; V, 13 settembre 2015, n. 3685; V, 13 settembre 2015, n. 3685). La consolidata giurisprudenza dimostra un elemento indispensabile dal diritto testé enunciato.

La circostanza che l'offerta senza soggetto non sia presunta, solo per il perseguimento efficiente di finalità di senso economico, dimostra che le offerte non possono essere parte di un contratto pubblico. E' proprio per questo riguardo che l'offerta di un operatore economico contenuta nelle offerte delle associazioni di volontariato.

A maggiore ragione, dunque, può prescindere non già da un'utilità economica si sposta su leciti elementi di apparire esecutore, evidentemente dall'Amministrazione.

Conseguenza di una tale considerazione è che i contratti pubblici, per un'accezione ampia e «contratti a titolo oneroso», tale c



offerte gratuite (salvo il rimborso prestazione contrattuale il contraente autonoma, quand'anche non corrisponda all'appaltante.

L'assunto trova del resto conforto nella sentenza della Corte Giust. U.E., 12 luglio 2011, n. C-193/37/CEE, che coordina le procedure di appalto ad una normativa nazionale in materia di appalti, legge reg. Lombardia n. 60 del 19/12/2007 e direttiva, consenta al titolare di un contratto approvato la realizzazione diretta della prestazione del contribuente dovuto per il rilascio di un documento eguagli o superiori la soglia fissata dalla direttiva ha affermato (§§ 76 e ss.) che se il contratto di appalti pubblici di lavori, la sua prestazione è un contratto a titolo oneroso» va interpretato alla medesima: infatti per attribuire a un contratto la natura di appalto è necessario un esborso pecuniario, la cui realizzazione a scomputo di opere pubbliche. Quel ragionamento incentrato sulla natura del contratto siano lette, di preferenza, nel senso di un contratto prefissato, avvalorata le considerazioni della Corte. Del resto, non è inconferente rilevare che il contratto nell'ordinamento, evidenziando il ruolo del contratto di sponsorizzazione, che ha per gli appalti pubblici del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. art. 10) non è un'applicazione nel settore dei beni culturali. La sponsorizzazione non è un contratto di appalto sponsor in termini di dazione del contratto a favore dello stesso sponsor, del diritto di partecipazione di titolarità pubblica: il motivo che muove il contratto dall'opportunità di spendita dell'immagine. Per l'Amministrazione è finanziaria la natura finanziaria - ma comunque genera un costo per il prodotto immateriale dal valore aggiunto. La circostanza che vi sia verso lo sponsor un ritorno di immagine, della cosa di titolarità pubblica, ma va posta in stretta relazione, non è sufficiente della controprestazione, vale a dire il contratto. Con la sponsorizzazione si ha dunque un contratto costituita dal ritorno di immagine. L'utilità costituita dal potenziale ritorno di immagine anche nell'appalto di servizi contenute in un contratto di interesse economico, seppure mediate da un rapporto speciale ratio - il divieto di non onerosità - dell'asserita natura gratuita del contratto. Catanzaro.

L'effetto, indiretto, di potenziale perdita di valore della comunicazione al pubblico di dati.

costituire, nella struttura e nella funzione concreta del contratto pubblico, di cui qui si verte, una controprestazione contrattuale anche se a risultato aleatorio, in quanto l'eventuale mancato ritorno (positivo) di immagine (che è naturalmente collegato alla qualità dell'esecuzione della prestazione) non può dare luogo ad effetti risolutivi o risarcitori.

Non vi è dunque estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia, per la ricordata matrice euorunitaria, il Codice degli appalti pubblici quando si bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale.

Il mercato non ne è vulnerato. Al tempo stesso, non si vede per quale ragione le dette considerazioni di economia dell'immagine non possano essere prese in considerazione quando giovano, come qui patentemente avviene, all'esigenza generale di contenimento della spesa pubblica.

4. - Resta comunque l'esigenza della garanzia della par condicio dei potenziali contraenti, che va assicurata dalla metodologia di scelta tra le offerte.

E' infatti il caso di rilevare che è per questa essenziale ragione che un tale contratto pubblico, per quanto "gratuito" in senso finanziario (ma non economico), non può che rimanere nel sistema selettivo del d.lgs. n. 50 del 2016: altrimenti, se ne fosse fuori, portando alle conseguenze un diverso ragionamento, l'Amministrazione appaltante potrebbe scegliere il contraente a piacimento, con ciò ingenerando un'evidente lesione della par condicio dei potenziali interessati al contratto proprio per quell'utile immateriale e ledendo gli stessi principi di derivazione euorunitaria del mercato concorrenziale che sono alla base delle commesse pubbliche.

La gratuità finanziaria, anche se non economica, del contratto si riflette infatti sulla procedura di selezione, che non può non esservi in concreto adattata.

La descritta concezione "debole" di «contratto a titolo oneroso» va dunque ulteriormente valutata in compatibilità con il d.lgs. n. 50 del 2016 anche per ciò che riguarda la procedura di

scelta del contraente, improntata al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che, di suo, si baserebbe sul miglior rapporto tra qualità e prezzo.

Ma la caratterizzazione che si è finora esaminata corrisponde fatalmente a una *lex specialis* del tutto particolare, che non può che riservare punti zero alla componente economica. Sicché il vaglio della domanda si esaurisce nella valutazione dell'offerta tecnica, in ipotetica criticità con la configurazione di tale criterio ad opera dell'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016.

Occorre dunque valutare la compatibilità di una siffatta tipologia contrattuale con le regole dell'evidenza pubblica ed i principi eurounitari, in particolare sotto il profilo della suscettibilità di adeguata valutazione delle offerte prive di un contenuto economico. Si tratta di una valutazione da svolgere in concreto ed ex ante.

A questo riguardo, osserva il Collegio che i criteri di aggiudicazione enucleati alle pagg. 16 e seguenti del disciplinare di gara, basati sulla componente tecnica (professionalità, adeguatezza dell'offerta, caratteristiche metodologiche dell'offerta), cui sono attribuiti novanta punti, e residualmente sul tempo, al quale sono riservati dieci punti, appaiono comunque sufficientemente oggettivi per una valutazione dell'offerta e non contrastano dunque con il rammentato art. 83. E' questo, del resto, il solo modo in cui può essere inteso in un tal caso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Un tale carattere sintetico e sincopato del criterio di aggiudicazione in concreto stabilito è infatti coerente con la delineata nozione di onerosità del concreto contratto, che impone un'applicazione adattata della disciplina del Codice degli appalti pubblici sui criteri di aggiudicazione.

4.1.- Occorre aggiungere, vista anche la riproposizione dei motivi assorbiti in primo grado da parte del [Consiglio Nazionale degli Ingegneri](#) e da parte dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, [dell'Ordine degli Ingegneri](#) ed altri della Provincia di Catanzaro, che nel caso di specie la scelta di questo contratto risulta presidiata, per l'assoluta particolarità della fattispecie, da un'attenta valutazione a monte in ordine alla necessità di pervenire al nuovo piano strutturale, oltre che della non (integrale) copertura in bilancio del costo stimato, anche nella misura minima, del compenso professionale.

Al contempo, il valore dell'appalto è stato parametrato al valore della prestazione, ad evitare l'elusione delle regole dell'evidenza pubblica.

Il ricorso ad un siffatto contratto è stato sottoposto al parere della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, che, con atto 10 febbraio 2016, ha ritenuto, seppure con ragionamento diverso, che l'Amministrazione comunale può «procedere alla indizione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito di redazione del nuovo piano di sviluppo comunale, con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, onde consentire la valutazione oggettiva degli elaborati tecnici che vengono così prodotti, senza pretesa di corrispettivo, dai tecnici interessati a prestare appunto gratuitamente la propria opera professionale».

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità e novità della questione trattata costituisce motivo per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

*P.Q.M.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

[Vai alla notizia](#)

[Cookie](#)

Utilizzando il nostro sito web, si  
accosente all'uso dei cookie  
anche di terze parti. [Gestisci i cookie](#)

[Modifica l'impostazione dei cookie](#)

© Copyright 2017 - Tutti i diritti riservati - Infogiuridica S.r.l. - P. IVA 12858940153  
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Giuffrè Holding S.p.A.

 Associata Unione Stampa Periodica Italiana

Distribuito da  GIUFFRÈ EDITORE



Accedi

