

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, Pres. Lamberti, Est. D'Agostino (riforma Tar Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737)

L'art. 75, d.lgs. n. 163/2006, contenente il codice dei contratti pubblici, che dispone l'onere per i partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un contratto di corredare l'offerta di una garanzia, sotto forma di cauzione o di fideiussione, non si applica ad una procedura selettiva per l'affidamento di una concessione di servizi.

Non ha titolo a far valere la violazione di una norma attinente alla fase di esecuzione di un contratto pubblico un soggetto diverso dalle parti del contratto stesso.

ALBERTO MASSERA

LA CONCESSIONE DI SERVIZI: UNA QUESTIONE DI REGIME SEMPRE APERTA

SOMMARIO: 1. I termini della questione. – 2. La distinzione della concessione di servizi dall'appalto. – 3. I punti salienti della pronuncia.

1. I termini della questione

Quando nello studio della attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni vengono in evidenza questioni attinenti all'applicazione del relativo diritto alle concessioni si ripropongono continuamente, in ragione dell'attuale assetto della disciplina *in subiecta materia*, profili meritevoli di indagine e inerenti di volta in volta al tipo contrattuale (quanto alla distinzione del contratto di concessione dal contratto di appalto) o all'oggetto contrattuale (quanto alla distinzione della concessione di servizi dalla concessione di lavori, nella configurazione ormai dominante assunta da quest'ultima di concessione di costruzione e gestione), ma anche quanto alla distinzione della concessione di servizi alla amministrazione dalla concessione di servizi al pubblico.

Nel caso della sentenza del Consiglio di Stato qui in esame (e della sentenza del Tar Latina appellata davanti al supremo giudice amministra-

tivo)¹, in effetti, vengono in rilievo punti problematici relativi al primo e al terzo dei profili sopra indicati; ad essi si aggiunge, tuttavia, il punto specifico relativo ad una particolare qualità della prestazione dedotta nel contratto. Ma pare opportuno riepilogare preliminarmente, seppure in modo sintetico, i momenti salienti della fattispecie controversa.

Davanti al giudice di prime cure era stata impugnata dal concorrente pretermesso l'aggiudicazione di una gara relativa al servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni, bandita da un comune del territorio laziale; il motivo dell'impugnazione era stato dedotto principalmente dalla circostanza per cui la società aggiudicataria non aveva accluso all'offerta presentata allo scopo né la cauzione provvisoria né l'impegno a quella definitiva, con conseguente violazione, rispettivamente, dell'art. 75, c. 1 e 8, e dell'art. 113, d.lgs. n. 163/2006, che quegli adempimenti dispongono a carico dei partecipanti a procedura dell'evidenza pubblica: e ciò pur in assenza di una specifica previsione in merito nell'apposito bando, ma facendo valere da parte del ricorrente il principio di etero-integrazione delle regole di gara. Il Tar laziale aveva (per questa parte) accolto il ricorso, avendo ritenuto illegittimo l'operato della commissione di gara, la quale aveva invece proceduto alla aggiudicazione *de qua* nel presupposto che, dovendo la fattispecie essere qualificata come concessione di servizi e in quanto tale non assoggettata ai sensi dell'art. 30 dello stesso decreto legislativo alla disciplina dettagliata stabilita nel codice dei contratti per gli appalti, gli adempimenti contestati non potessero ritenersi esigibili, a pena di esclusione, dai partecipanti alla gara poiché non specificamente previsti dall'apposito bando, con la conseguenza che l'offerta non corredata dalle summenzionate garanzie doveva essere valutata come regolare.

In particolare, il collegio aveva affermato che «la specifica *ratio* a cui risponde l'istituto della cauzione sia essa provvisoria che definitiva, non consente di potere differenziare la concessione di servizi dall'appalto di servizi, tenuto conto che con la cauzione provvisoria il Legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che della mancata sottoscrizione del contratto; laddove, con quella definitiva l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso»: e, dunque, «non appare, invero, ragionevole ipotizzare che la vista giustificazione non possa operare anche per le concessioni di servizi, tanto più in mancanza di una espressa esclusione», al contrario dovendosi considerare la «portata etero-integrativa» delle di-

¹ Si tratta della decisione n. 737 del 28 luglio 2009 della I sezione di quel Tribunale.

la concessione di servizi

sposizioni in questione e dovendosi fare riferimento ai principi comunitari ai fini della individuazione dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara.

Per il vero, il ragionamento condotto dal giudice di prime cure risultava per più versi criticabile o quanto meno opinabile. La questione, pure sollevata dalla difesa comunale a sostegno dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, della qualificazione della fattispecie nei termini della concessione o dell'appalto è stata pressoché completamente accantonata, avendo dato il giudice stesso assoluta e assorbente prevalenza alla argomentazione circa la generalizzazione della portata applicativa delle disposizioni richiamate a prescindere dal tipo contrattuale; l'adempimento degli obblighi di garanzia (pre- e soprattutto post-aggiudicazione) è stato classificato come requisito di partecipazione alla gara – piuttosto che come modalità necessaria innanzitutto per la presentazione dell'offerta – e in quanto tale ricondotto per la sua disciplina ai principi comunitari, rispetto ai quali quegli adempimenti non costituiscono affatto attuazione, essendo piuttosto da ricondurre al quadro normativo nazionale precedente alle direttive europee del 2004 come formato dalla legislazione sui lavori pubblici; tanto è vero che a tale scopo la pronuncia di Latina finisce per fare riferimento all'art. 40 del codice e all'art. 3, d.P.R. n. 30/2000, che hanno per oggetto appunto i sistemi di qualificazione per l'esecuzione dei lavori, i quali nel codice stesso pure hanno disciplina distinta rispetto ai sistemi di qualificazione per i prestatori di servizi.

Chiamato a pronunciarsi sulla fattispecie dall'appello promosso dal Comune soccombente, il Consiglio di Stato ha valutato come erronea la pronuncia formulata dal giudice di primo grado. Ciò perché, una volta presupposta l'esclusione delle concessioni di servizi dall'assoggettamento alla disciplina dettagliata disposta dal codice dei contratti pubblici, con la contestuale applicazione dei soli principi desumibili dal Trattato e concernenti la tutela della concorrenza (come del resto sancito espressamente dall'art. 30 dello stesso codice, a sua volta contenente l'elencazione di tali principi), non potevano ritenersi applicabili le disposizioni del d.lgs. n. 163/2006 in punto di garanzie fideiussorie a corredo dell'offerta, in quanto il bando della gara informale nulla disponeva in proposito e quindi nessun onere di prestazione al riguardo poteva insorgere a carico dei partecipanti alla procedura, «né tanto meno poteva imporsi il principio di etero integrazione che vale evidentemente per le fattispecie soggette alla disciplina generale del codice dei contratti pubblici»; ché, altrimenti opinando, ha continuato il giudice di secondo grado, «l'intero *corpus* del citato codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30». Né, ancora, era fondato il motivo del ricorrente nel giu-

dizio di primo grado relativo alla asserita violazione dell'art. 113, d.lgs n. 163/2006, in quanto in proposito «è sufficiente osservare come, rispetto alla fase esecutiva, nessun titolo contestativo possa vantare un soggetto diverso dalle relative parti, con l'ovvia eccezione della richiesta di annullamento per motivi che si attestino e si appuntino in ogni caso a illegittimità realizzatesi nella fase antecedente». Conseguentemente, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del Tar Latina e, per l'effetto, ha rigettato l'originario ricorso del concorrente pretermesso.

Se dunque, come già detto, il ragionamento del giudice di primo grado appariva per più versi criticabile e opinabile, anche il ragionamento del giudice di secondo grado non sembra esente dal suscitare qualche motivo di perplessità. Risulta quindi opportuno, innanzitutto, procedere a un breve inquadramento normativo della specifica fattispecie esaminata dai due giudici, per poi passare ad esaminare le questioni più generali come investite dalle due pronunce.

2. La distinzione della concessione di servizi dall'appalto

Il servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni trova il suo primario riferimento normativo nel d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, per quanto concerne la configurazione delle entrate in questione di spettanza delle amministrazioni locali, e nel d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 52, per quanto riguarda le modalità di gestione del servizio stesso. In particolare, la gestione del servizio, sulla base di una decisione assunta con regolamento, può essere condotta dall'ente locale in modo diretto, anche in forma associata, oppure mediante affidamento a terzi «nel rispetto della normativa dell'Unione europea e delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali»; previsione subito nel seguito della disposizione stessa articolata nelle tre ipotesi dell'affidamento a operatore economico (anche comunitario), a società mista ovvero a società *in house*.

Quest'ultima disposizione si presta, peraltro, ad alcune osservazioni. La prima, che pure non interessa *ratione temporis* la fattispecie controversa e alla quale quindi si accenna solo per completezza, concerne il fatto se essa contenga, o meno, un rinvio di tipo formale alla fonte della disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali; questo perché, in effetti, l'elencazione delle modalità di affidamento ivi prevista corrisponde in buona sostanza a quella generale ancora vigente al momento dell'ultima modifica della disposizione stessa che era allora (cioè, nel 2007) intervenuta, seppure con