

Le garanzie procedurali nei contratti di concessione

Autore: Martina Bozza

In: Diritto amministrativo

(Dott.ssa Martina Bozza)

Indice

1. **Premessa**
2. **Le garanzie in favore della Stazione Appaltante**
3. **Garanzie in favore del privato**
4. **La libera negoziazione della Stazione Appaltante**
5. **Conclusioni e disposizioni pratiche**

1.

Premessa

L'art. 171 del D. Lgs. n. 50/2016 (c.d Codice dei Contratti Pubblici), collocato nella parte III "Contratti di concessione", rubricato "Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione", costituisce una fedele riproduzione dell'art. 37 della direttiva 2014/23/UE e prescrive specifiche disposizioni tanto a carico dei concorrenti, quanto delle Stazioni Appaltanti. Queste disposizioni di garanzia si applicano nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni. Tale norma ha portata innovativa rispetto al previgente Codice degli Appalti (D. Lgs. n. 163/2006) che non prevedeva una disciplina analoga.

2. Le garanzie in favore della Stazione Appaltante

I primi due commi dell'art. 171 introducono delle previsioni di garanzia, in favore della Stazione Appaltante, di adeguatezza tecnico-economica dell'offerta aggiudicataria e quindi degli interessi della Pubblica Amministrazione procedente. Queste previsioni di garanzia, difatti, costituiscono un vincolo che impedisce alla Stazione Appaltante di procedere all'aggiudicazione della concessione qualora non risultino soddisfatti i requisiti minimi predisposti dalla stessa. Il comma 1 subordina l'aggiudicazione della concessione alla sussistenza di tutte le condizioni previste nelle lettere successive a), b) e c), ovvero l'offerta deve rispondere ai requisiti minimi prescritti dalla Stazione Appaltante; l'offerente deve ottemperare alle condizioni di partecipazione di cui all'art. 172; l'offerente non deve essere escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 172 (norma questa ridondante, atteso che è pacifico che una volta escluso il concorrente, non può in alcun modo contrarre nell'ambito della medesima procedura).

3.

Garanzie in favore del privato

I commi da tre a sei dell'art. 171, dettano una serie di prescrizioni a garanzia del privato e del principio di libera concorrenza. In capo alle Stazioni Appaltanti vige l'obbligo (nei documenti di gara) di consentire la piena intelligibilità della procedura, fornendo, nel bando di concessione, una descrizione della stessa e delle condizioni di partecipazione. Inoltre di fondamentale importanza è la previsione della espressa indicazione nel bando di concessione ovvero nella lettera di invito/disciplinare che la concessione è vincolata alla piena attuazione del Piano Economico Finanziario nonché al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti e, soprattutto, che l'offerta dell'operatore economico deve contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso al rispetto di tali condizioni. La ratio della disposizione è di responsabilizzare l'offerta da parte del privato, garantirgli contezza dell'oggetto della procedura e, indirettamente, consentirgli la tutela giurisdizionale. A fronte di tali impegni a carico dei partecipanti alla procedura, la legge impone, alla Stazione Appaltante, specifici obblighi di trasparenza, da rinvenirsi nella comunicazione delle modalità della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti. La Stazione Appaltante può anche limitare il numero di candidati o di offerenti ad un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati deve, tuttavia, essere sufficiente a garantire una effettiva concorrenza.

4.

La libera negoziazione della Stazione Appaltante

Disposizione alquanto controversa e di difficile interpretazione ed applicabilità è data dal comma 7, che consente alla Stazione Appaltante di “condurre liberamente negoziazione con i candidati e gli offerenti. L’oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni”. Il contenuto della norma è diretta applicazione della flessibilità formale delle procedure di affidamento delle concessioni, fino ad arrivare a consentire alla Pubblica Amministrazione di contrattare liberamente i profili contenutistici del contratto. Gli unici limiti sostanziali, previsti dalla norma, sono costituiti dalla immutabilità dell’oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione nonché dei requisiti minimi di partecipazione. La ratio della norma è consentire di ritagliare, su misura, le condizioni tecnico giuridiche di affidamenti connotati da un elevato grado di complessità. Appare, di tutta evidenza, la problematicità della previsione normativa di “libera concorrenza” della P.A. per una serie di ragioni:

- La contrattazione non è del tutto libera, anzi è vincolata principalmente rispetto al principio di immutabilità dell’oggetto della concessione[i]. Non si comprende, difatti, quali elementi significativi del contratto possano essere mutati senza modificare anche l’oggetto stesso dell’affidamento. Non certamente la durata della concessione e l’eventuale controprezzo, in quanto la modifica di tali elementi incidono, inevitabilmente, sull’oggetto della concessione;
- La disciplina in esame mal si concilia nei confronti delle procedure aperte. La negoziazione, difatti, può avvenire solo in presenza di una controparte singolarmente individuata o, tutt’al più, con un numero ristrettissimo di concorrenti.

Le ragioni esposte inducono a ritenere la portata applicativa del comma 7 molto residuale.

5.

Conclusioni e disposizioni pratiche

Dopo avere esaminato l'analisi esegetica dottrinale della norma, giova sottolineare la parte importante per le Stazioni Appaltanti (si pensi alle centinaia, se non migliaia di piccole Stazioni Appaltanti presenti sul territorio) chiamate ad applicare concretamente la norma e che poco o per nulla si interessano delle previsioni di scuola previste al comma 7. La parte centrale è da ravvisarsi nell'art. 171 comma 3 lett. b) laddove è previsto che "nel bando di concessione o nell'invito a presentare offerte [la Stazione Appaltante] indica che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni". Ci si pone il problema, da parte delle Stazioni Appaltanti, di come comportarsi, in sede di valutazione delle domande di gara, della mancanza da parte dell'operatore economico, dell'impegno espresso al rispetto di quanto previsto nel Piano Economico finanziario, laddove il bando di gara, ovvero la lettera invito/disciplinare abbia ommesso di introdurre, nella *lex specialis*, l'apposita previsione di cui all'art. 171 comma 3 lett. b). Fornisce una risposta esaustiva, in proposito, una interessante sentenza del TAR di Campobasso 11.12.2017 n. 520, ove prevede che la mancata previsione di cui all'art. 171 comma 3 lett. b) "non incide sulla validità della procedura, producendosi quella forma di etero integrazione della *lex specialis* pacificamente ammessa e che permette, grazie al principio di conservazione, di colmare le lacune del regolamento della selezione attraverso la diretta applicazione delle clausole previste dalla legge, con la conseguenza che la legge di gara resta integrata dalle previsioni delle norme e non potrà essere dichiarata illegittima in ragione della mancata menzione delle clausole di legge anche se escludenti". In questi casi, la mancanza nell'offerta dell'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto delle condizioni previste dal Piano Economico Finanziario (determinata dalla mancata previsione di essa nel Bando o Lettera di invito) è sostituita dalla presentazione del Piano Economico Finanziario laddove questo sia richiamato negli atti di gara.

Volume consigliato

Note

[i] R. CARANTA, D. COSMIN DRAGOS, La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici, in *Urb. E App.*, 2014, fasc. 5.

<https://www.diritto.it/le-garanzie-procedurali-nei-contratti-di-concessione/>