

Concessioni: solo a discrezione della stazione appaltante possono essere richieste le cauzioni(Cons. di Stato N.03764/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La natura concessoria del rapporto, tuttavia, non preclude di per sé sola l'applicabilità dell'art. 75 del codice dei contratti, qualora l'amministrazione, nella sua discrezionalità, espressamente preveda nel bando o nella sollecitazione di voler fare applicazione di tale norma. (cfr Tar Lazio, Roma, 11.01.2012 n. 239)

Infatti, l'art. 30 del codice dei contratti si limita semplicemente a prevedere che alle concessioni di servizi non si applicano tutte le norme del codice stesso ma solo i principi dell'evidenza pubblica, desumibili dal Trattato e dal codice, nonché le norme sul contenzioso. Tale norma, dunque, non impedisce alla amministrazione concedente, nella sua discrezionalità, di prevedere all'interno del bando o della Sollecitazione una clausola riproduttiva di una norma del codice dei contratti, nel caso di specie dell'art. 75, salvo sempre il sindacato di ragionevolezza sulle scelte effettuate e il rispetto dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione alle gare. In tal senso deve essere letto, ancorché a contrario, il precedente del Consiglio di Stato depositato da parte ricorrente in allegato alla sua memoria (CdS, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510). In quel caso, infatti, il Consiglio aveva negato la possibilità di una applicazione in via analogica delle norme dettate dal codice dei contratti ai rapporti concessori, ma non si era affatto occupata del diverso caso di una norma del bando o della sollecitazione riproduttiva di una norma del codice.

Orbene, nel caso di specie, il citato rinvio all'art. 75 del codice dei contratti non appare di per sé irragionevole, né - una volta che sia stata interpretata correttamente la norma, come si vedrà tra breve - non pare nemmeno lesivo del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

tesi confermata anche dal giudice di appello _Consiglio di Stato con la decisione numero 3764 del 26 giugno 2012

Per quanto riguarda poi l'appello, proposto dal Ministero per i beni culturali ed ambientali, non appare più in contestazione l'applicabilità alla concessione di cui trattasi dell'art. 75 del codice degli appalti (d.lgs. 12.4.2006, n. 163), pur essendo le prescrizioni del codice stesso formalmente riferite ai pubblici appalti per forniture, lavori o servizi, con specifica esclusione, ai sensi del precedente art. 30, delle concessioni di servizi (salvo per quanto riguarda i principi generali in materia di scelta del concessionario, tramite gara informale in cui siano assicurati "trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità").

Come riconosciuto nella sentenza appellata, d'altra parte, l'applicazione di norme, anche non direttamente richiamate dal citato art. 30 d.lgs. n. 163/2006, può considerarsi rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione concedente, ove quest'ultima si sia esplicitamente vincolata in tal senso (cfr. Cons. St., sez. V, 24.3.2011, n. 1784 e 24.9.2010, n. 7108).

Il medesimo articolo 30 del codice peraltro, nel dichiarare applicabili alle concessioni di cui trattasi "i principi generali relativi ai contratti pubblici", non può non recepire il carattere cogente della cosiddetta autodeterminazione vincolistica dell'Amministrazione, a tutela dell'interesse pubblico da quest'ultima perseguito sia nell'attività autoritativa, sia (per la parte procedurale che l'affianca) in quella privatistica; i medesimi principi rendono, inoltre, congrua la previsione di adeguate garanzie per l'Autorità concedente, tenuto conto dei numerosi profili di affinità fra la concessione di cui trattasi e l'appalto di servizi, alla luce della normativa comunitaria e della giurisprudenza (senza sostanziale distinzione fra servizio di biglietteria e servizi aggiuntivi, in presenza di una procedura di affidamento unitaria, pur essendo stato ritenuto configurabile, limitatamente al primo, un vero e proprio appalto di servizi: cfr. direttive 95/50/CE, 2004/18/CE, CGCE, sentenza 13.10.2005, Parking Brixen GmbH, C- 458 - 03; Cons. St., sez. V, 30.4.2002, n. 2294; Cons. St., sez. VI, 15.5.2002, n. 2634; Cass. civ. SS.UU. 27.5.2009, n. 12252).

<https://www.diritto.it/concessioni-solo-a-discrezione-della-stazione-appaltante-possono-essere-richieste-le-c>

auzionicons-di-stato-n-037642012/