

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29798-pare-al-collegio-che-nella-specie-si-sia-in-presenza-di-una-gara-per-la-concessione-di-un-servizio-di-pregnante-rilevanza-pubblica-l-affidamento-del-servizio-di-tesoreria-ancorch-del-tutto-partic>

Autore: Lazzini Sonia

Pare al Collegio che, nella specie, si sia in presenza di una gara per la concessione di un servizio di pregnante rilevanza pubblica (l'affidamento del servizio di Tesoreria), ancorchè del tutto particolare; per il quale - per quanto qui rileva - non suss

Tar Friuli,Trieste, 27.05.2010 n. 358

Parè al Collegio che, nella specie, si sia in presenza di una gara per la concessione di un servizio di pregnante rilevanza pubblica (l'affidamento del servizio di Tesoreria), ancorchè del tutto particolare; per il quale - per quanto qui rileva - non sussiste quindi l'obbligo, per l'esclusione sancita dall'art. 30 del Codice, di prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 75 del D. Lg. 163/06.

Nell'ipotesi in cui il bando nulla preveda in termini di cauzione definitiva (imponendo bensì la presentazione di quella provvisoria), ed era quantomeno dubbia l'applicabilità dell'art. 75 - non pare che la Commissione potesse senz'altro escludere il concorrente che aveva puntualmente seguito le indicazioni della lex specialis.

Col primo motivo, l'istante sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver omesso di presentare, a corredo della sua offerta, quanto prescritto dall'art. 75, comma 8, del D.Lg. 163/06, cioè "l'impegno di un fideiussore a rilasciare idonea garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, laddove il partecipante risultasse aggiudicatario".

Precisa la ricorrente che tale impegno (pur non richiesto dalla lex specialis, che imponeva solo il rilascio della cauzione provvisoria), era pur sempre necessario, in quanto previsto, a pena di esclusione, dalla normativa in tema di appalti, che integra automaticamente le prescrizioni del bando, nel caso in cui lo stesso non ne riporti espressamente le disposizioni inderogabili (c.d. "eterointegrazione del bando").

A questo argomento le parti resistenti oppongono: che il bando non imponeva tale adempimento (da ritenersi surrogato dalla prescrizione di cui all'art. 211 del D.Lg. 267/00 che "intesta al tesoriere una vera e propria garanzia legale generica"), e che, in ogni caso, il D.Lg. 163/06, per tale parte, non si applica al caso di specie, vertendosi in tema di concessione di servizi e non di appalto di servizi.

Sul punto, entrambe le parti sviluppano in memoria puntuali ed interessanti argomentazioni, richiamando anche una serie di decisioni della Corte di Cassazione, del Giudice Amministrativo e della Corte di Giustizia.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il Collegio osserva che la soluzione della delicata vicenda passa da due snodi, aventi autonoma rilevanza: la corretta qualificazione della gara e le prescrizioni del bando.

6.1.1. - La procedura di cui si controverte ha quale suo oggetto il "servizio di tesoreria".

Secondo la definizione ricavabile dall'art. 209 del D.Lg. 267/00 (Testo Unico degli Enti Locali), il servizio di tesoreria consiste nel "complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'Ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme pattizie".

La ricorrente sostiene che la gara ha natura di "appalto di servizi", soggetto in toto al D.Lg. 163/00, mentre le controparti affermano trattarsi di "concessione di servizi", come recentemente stabilito anche dalla suprema Corte di Cassazione (nella decisione n. 8113/09, emessa peraltro senza esaminare funditus il problema, dato che la controversia riguardava non la natura della gara bensì il riparto di giurisdizione), sottratta, come tale, alla disciplina del Codice dei Contratti, a tenore del suo art. 30, che (per quanto qui rileva) espressamente prevede che "salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi..... Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7".

In altre parole, la concessione di servizi, oltre ai principi generali in tema di gare, deve rispettare, puntualmente, quanto stabilito dal Codice solo per ciò che concerne il contenzioso e i contenuti dell'offerta e del contratto.

Per la soluzione della controversia è opportuno precisare cosa si debba intendere per "appalto di servizi" e "concessione di servizi".

Torna utile, innanzi tutto, esaminare il dato normativo che emerge dallo stesso articolo 30. A tenore del secondo comma, infatti, "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio" (pur potendo, in certi casi, essere previsto anche un prezzo; ed esattamente "qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare"). Non diversamente si esprimono le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004. Entrambe infatti definiscono la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Ciò che appare caratterizzare, in primis, la concessione è, quindi, l'essere la gara, non tanto "gratuita", quanto priva di "prezzo", a differenza dell'appalto, ove il prezzo è sempre presente.

Su questo punto la ricorrente, in memoria, si diffonde lungamente, rappresentando che, in realtà, questa gara (come tutte quelle che riguardano i servizi di tesoreria) è solo apparentemente priva di remunerazione per l'aggiudicatario, che, al contrario, ottiene evidenti vantaggi economici dalla differenza sui tassi praticati e altre remunerazioni, sia pure non immediatamente quantificabili, dal fatto stesso di gestire il servizio. Quindi il contratto sarebbe comunque, indirettamente, oneroso.

La, pur vera, prospettazione della ricorrente non è pertinente, e non scalfisce la natura essenzialmente "gratuita" del contratto.

L'art. 30, comma 2, infatti (a tenore del quale nella concessione di servizi "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio") non significa che il concessionario non può trarre alcuna utilità economicamente apprezzabile dallo svolgimento del servizio (se così fosse, ben difficilmente si troverebbero concorrenti, per le gare di tesoreria), ma solo che la gara non deve prevedere un "prezzo" che remuneri il servizio, a carico della Stazione Appaltante; in altre parole, la concessione di servizi prevede il trasferimento in capo al concessionario della responsabilità della gestione, da intendersi come assunzione del rischio, che dipende direttamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla utilizzazione economica del servizio. In questo senso si è espressa anche la Corte di Giustizia, con la decisione del 18.7.07, in causa C 382/05, ove, al punto 34, testualmente si afferma che si è in presenza di una concessione di servizi "allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione".

Ne consegue che la gara di cui stiamo discutendo rientra pienamente tra quelle in cui "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio", e, perciò solo, tra le concessioni di servizi.

6.1.2. - Va ancora precisato che l'art. 3 del Codice degli Appalti, ricomprende nella categoria "contratti", sia i contratti d'appalto che i contratti "di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi", precisando, al comma 10, che gli "appalti pubblici di servizi" sono "appalti pubblici, diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II", il quale si compone di due elenchi denominati A) e B).

L' All. II A), alla cat. 6, richiama - genericamente - tra i servizi appaltabili, anche i "servizi bancari e finanziari", che l'art. 20, comma 2, a sua volta, dichiara espressamente essere "soggetti alle disposizioni del presente Codice"

Pertanto, lo stesso All. A, per identificare meglio tali servizi, indica i numeri di riferimento CPV dal 66100000-1 a 66430000-3 e da 67110000-1 a 67262000-1, tra i quali, testualmente, NON rientra,

contrariamente a quanto afferma la ricorrente, il servizio di tesoreria, avente codice 6660000, dal che deriva che anche il D.Lg. 163/06 considera tale contratto del tutto peculiare, e non assimilabile senz'altro ai servizi bancari e finanziari, genericamente intesi, soggetti alla disciplina ivi contenuta.

Entro la species "concessione di servizi" si colloca il genus "concessione di servizi pubblici" o "di rilevanza pubblica".

6.1.3. - In sintesi: l'appalto di servizi (finanziari) è il contratto con il quale la P.A. acquisisce i servizi di cui (per quanto qui rileva) all'all. A (tra i quali, va ribadito, non è ricompreso il servizio di tesoreria), dietro corresponsione all'appaltatore di un prezzo; la concessione di servizi (pubblici e non) può definirsi invece, come il contratto con cui la P.A. affida - di norma senza che a suo carico gravi alcun corrispettivo - a terzi la gestione di un servizio che coinvolge anche gli utenti (ove il concessionario ottiene la propria remunerazione principalmente prestando servizi ai terzi; si veda, sul punto: C.S. n. 4890/09, secondo cui "la giurisprudenza ha ritenuto che l'appalto si abbia per prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi instaura un rapporto trilaterale, tra Amministrazione, concessionario ed utenti - Cons. St., n.3333/06; e n. 2294/02, decisioni queste secondo cui, in particolare, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione compensare l'attività svolta dal privato").

La concessione di servizio "di rilevanza pubblica" concerne una fattispecie peculiare, in cui la P.A. rimette a terzi il compimento di attività che dovrebbe svolgere in proprio, aventi significative connotazioni pubblicistiche. Questi soggetti devono essere comunque selezionati con il rispetto delle regole generali desumibili dalle norme comunitarie, riconducibili principalmente a "trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità" (si veda in proposito, la decisione della Corte di Giustizia del 7.12.00, in causa C324/98, considerato n. 60, ove si precisa che "nonostante il fatto che siffatti contratti - di concessione di pubblico servizio - allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano (siano) sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato", nonché l'ordinanza del 20.3.02, in causa C 358/00).

Nel senso proposto si è, per l'appunto, espressa la Corte di Cassazione, con la ricordata decisione n. 8113/09, ove viene precisato che "come reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite (sentenze n. 13453/91, n. 874/99, n. 9648/2001) il contratto di tesoreria de quo va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi come ipotizzato dal ricorrente, avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio". (Si vadano, ancora: TAR Sicilia - Catania n. 152/10 e TAR Campania - Napoli, n. 1009/10)

Il Collegio ritiene di condividere questa prospettazione, dato che il servizio di cui trattasi non è un semplice e mero servizio finanziario, analogo a quello che la Banca svolge nei confronti dei privati, ma ha caratteristiche particolari, sicuramente di rilevanza pubblica. Inoltre, può prevedere in aggiunta (per giurisprudenza oramai pacifica) anche la possibilità di sponsorizzazioni o "liberalità" diverse (sulla natura atipica del contratto di tesoreria si veda, ad esempio C.S. n. 3685/01 e 5773/01 e TAR Veneto n. 2006/06),.

A quanto sinora esposto consegue che l'affidamento del servizio di tesoreria è una concessione di servizi, appartenente alla particolare tipologia dei servizi, se non ex se pubblici, sicuramente "di rilevanza pubblica" (sul "carattere oggettivamente pubblico dell'attività del tesoriere" si veda, pur se in fattispecie differente, C.S. n. 4443/07).

La atipicità di questo servizio (già evidenziata dalla giurisprudenza; si vedano, ancora: C.S. n. 6073/01 e 6521/03) fa sì, ad avviso del Collegio, che esso rientri a pieno titolo tra le concessioni di servizi soggette al Codice degli Appalti solo nei limiti previsti dall'art. 30, pur se non caratterizzato da una pregnante trilateralità (che peraltro non è del tutto assente, come si evince agevolmente dalla Convenzione accessiva, dato che il servizio di tesoreria si compone anche di pagamenti a terzi e di riscossioni di entrate da terzi).

La ricorrente osserva ancora che è maggiormente in linea col diritto comunitario qualificare l'affidamento del servizio di tesoreria come contratto di appalto piuttosto che come concessione di servizi.

Il Collegio non condivide questa conclusione, dal momento che le direttive comunitarie non si occupano affatto di queste specifiche questioni, avendo come obiettivo solo il rispetto, in qualsiasi tipo di gara, dei principi generali (come precisa il D.Lg. 163/06, di “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”, e come ribadisce anche lo stesso “Libro Verde sul partenariato pubblico privato”, citato dalla ricorrente, il quale, al punto 29, precisa che “quanto al regime applicabile in occasione della fase di aggiudicazione delle concessioni di servizi, esso è regolamentato unicamente attraverso il riferimento agli articoli 43 e 49 del Trattato, segnatamente ai principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo reciproco”), principi che neppure parte istante afferma essere stati violati nella gara in questione.

Conclusivamente, pare al Collegio che, nella specie, si sia in presenza di una gara per la concessione di un servizio di pregnante rilevanza pubblica, ancorchè del tutto particolare; per il quale - per quanto qui rileva - non sussiste quindi l'obbligo, per l'esclusione sancita dall'art. 30 del Codice, di prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 75 del D.Lg. 163/06.

A questo punto, affrontare il tema delle puntuali prescrizioni del bando, ed in particolare della mancata previsione dell'obbligo di fornire la cauzione definitiva, e delle sue conseguenze, alla stregua di quanto sopra esposto, appare del tutto superfluo.

Va peraltro precisato che, in questo particolare caso - in cui il bando nulla prevedeva in termini di cauzione definitiva (imponendo bensì la presentazione di quella provvisoria), ed era quantomeno dubbia l'applicabilità dell'art. 75 - non pare che la Commissione potesse senz'altro escludere il concorrente che aveva puntualmente seguito le indicazioni della lex specialis. In questo senso pare aver stabilito anche la recentissima sentenza del C.S. n. 223/10 (di cui, ad oggi, è noto solo il dispositivo).

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 358 del 27 maggio 2010 pronunciata dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

**N. 00358/2010 REG.SEN.
N. 00606/2009 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 606 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente del Friuli Venezia Giulia S.P.A - Ricorrente, rappresentato e difeso
dagli avv. Mario Bertolissi, Renato Fusco ed Enrico Minnei, con domicilio eletto
presso il secondo, in Trieste, via Donata 3;

contro

Provincia di Pordenone, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea De Col,
Giuseppe Sbisà e Cristiana Rigo, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste,
via Donata 3;

nei confronti di

Banca Popolare Controinteressata Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Mirta
Samengo, con domicilio eletto presso la stessa, in Trieste, via Donata 3;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia, quanto al ricorso introduttivo:

- degli atti di gara, analiticamente indicati nel ricorso, per l'affidamento del servizio di Tesoreria della Provincia di Pordenone per il periodo 2010-2014, nella parte in cui determinano l'aggiudicazione in favore di Banca Popolare Controinteressata s.p.a.
- per l'aggiudicazione del servizio alla ricorrente nonché per l'accertamento e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno da ritardo
- in via subordinata, per l'annullamento ed il rinnovo dell'intera procedura di gara; quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 11 gennaio 2010, della nota inviata il 9.12.2009 con cui è stata comunicata a RICORRENTE l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata; del provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno e per l'annullamento dell'intera procedura di gara e, con essa, di tutti gli atti gravati e per il rinnovo della procedura medesima.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Pordenone e di Banca Popolare Controinteressata Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2010 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Col ricorso introduttivo, l'istante Ricorrente del Friuli - Venezia Giulia s.p.a. (RICORRENTE) impugna l'aggiudicazione provvisoria (e atti connessi), alla controinteressata Banca Popolare Controinteressata s.p.a., della gara - da aggiudicarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per l'assegnazione del servizio di tesoreria bandita dalla Provincia di Pordenone.

Secondo la sua prospettazione, la controinteressata andava esclusa dalla gara o, comunque, non doveva essere proclamata vincitrice.

Questi i motivi di ricorso:

1) violazione dell'art. 75, comma 8, e 113 del D.Lg. 163/06; motivazione perplessa, ingiustizia e disparità di trattamento. Violazione dei principi comunitari in tema di parità di trattamento e di libera concorrenza.

2) Violazione dell'art. 83, del D.Lg. 163/06 e dell'art. 210 del D.Lg. 267/00). Violazione dei principi comunitari in tema di parità di trattamento e di libera concorrenza. Irragionevolezza dei criteri; disparità di trattamento, incongruità e illogicità.

2. - La Provincia di Pordenone, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

3. - E' presente in giudizio anche la controinteressata Banca Popolare Controinteressata s.p.a., che chiese essa pure che il ricorso sia respinto.

4. - Con motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, sia per illegittimità derivata, sia per un vizio proprio, consistente in: violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 1 della L. 241/90, degli artt. 2 e 81, comma 3, del D.Lg. 163/06 e dell'art. 2 della Dir. 2004/18/ CE.

5. - Tutte le parti hanno presentato memorie, con cui hanno ampliato e precisato le già rassegnate conclusioni.

6. - Col primo motivo, l'istante sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver omesso di presentare, a corredo della sua offerta, quanto prescritto dall'art. 75, comma 8, del D.Lg. 163/06, cioè "l'impegno di un fideiussore a rilasciare idonea garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, laddove il partecipante risultasse aggiudicatario".

Precisa la ricorrente che tale impegno (pur non richiesto dalla lex specialis, che imponeva solo il rilascio della cauzione provvisoria), era pur sempre necessario, in quanto previsto, a pena di esclusione, dalla normativa in tema di appalti, che integra automaticamente le prescrizioni del bando, nel caso in cui lo stesso non ne riporti espressamente le disposizioni inderogabili (c.d. "eterointegrazione del bando").

A questo argomento le parti resistenti oppongono: che il bando non imponeva tale adempimento (da ritenersi surrogato dalla prescrizione di cui all'art. 211 del D.Lg. 267/00 che "intesta al tesoriere una vera e propria garanzia legale generica"), e che, in ogni caso, il D.Lg. 163/06, per tale parte, non si applica al caso di specie, vertendosi in tema di concessione di servizi e non di appalto di servizi.

Sul punto, entrambe le parti sviluppano in memoria puntuali ed interessanti argomentazioni, richiamando anche una serie di decisioni della Corte di Cassazione, del Giudice Amministrativo e della Corte di Giustizia.

6.1. - Il Collegio osserva che la soluzione della delicata vicenda passa da due snodi, aventi autonoma rilevanza: la corretta qualificazione della gara e le prescrizioni del bando.

6.1.1. - La procedura di cui si controverte ha quale suo oggetto il “servizio di tesoreria”.

Secondo la definizione ricavabile dall’art. 209 del D.Lg. 267/00 (Testo Unico degli Enti Locali), il servizio di tesoreria consiste nel “complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell’Ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell’ente o da norme pattizie”.

La ricorrente sostiene che la gara ha natura di “appalto di servizi”, soggetto in toto al D.Lg. 163/00, mentre le controparti affermano trattarsi di “concessione di servizi”, come recentemente stabilito anche dalla suprema Corte di Cassazione (nella decisione n. 8113/09, emessa peraltro senza esaminare funditus il problema, dato che la controversia riguardava non la natura della gara bensì il riparto di giurisdizione), sottratta, come tale, alla disciplina del Codice dei Contratti, a tenore del suo art. 30, che (per quanto qui rileva) espressamente prevede che “salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi..... Si applicano le

disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7".

In altre parole, la concessione di servizi, oltre ai principi generali in tema di gare, deve rispettare, puntualmente, quanto stabilito dal Codice solo per ciò che concerne il contenzioso e i contenuti dell'offerta e del contratto.

Per la soluzione della controversia è opportuno precisare cosa si debba intendere per "appalto di servizi" e "concessione di servizi".

Torna utile, innanzi tutto, esaminare il dato normativo che emerge dallo stesso articolo 30. A tenore del secondo comma, infatti, "nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio" (pur potendo, in certi casi, essere previsto anche un prezzo; ed esattamente "qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare"). Non diversamente si esprimono le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004. Entrambe infatti definiscono la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Ciò che appare caratterizzare, in primis, la concessione è, quindi, l'essere la gara, non tanto "gratuita", quanto priva di "prezzo", a differenza dell'appalto, ove il prezzo è sempre presente.

Su questo punto la ricorrente, in memoria, si diffonde lungamente, rappresentando che, in realtà, questa gara (come tutte quelle che riguardano i servizi di tesoreria) è

solo apparentemente priva di remunerazione per l'aggiudicatario, che, al contrario, ottiene evidenti vantaggi economici dalla differenza sui tassi praticati e altre remunerazioni, sia pure non immediatamente quantificabili, dal fatto stesso di gestire il servizio. Quindi il contratto sarebbe comunque, indirettamente, oneroso.

La, pur vera, prospettiva della ricorrente non è pertinente, e non scalfisce la natura essenzialmente “gratuita” del contratto.

L'art. 30, comma 2, infatti (a tenore del quale nella concessione di servizi “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”) non significa che il concessionario non può trarre alcuna utilità economicamente apprezzabile dallo svolgimento del servizio (se così fosse, ben difficilmente si troverebbero concorrenti, per le gare di tesoreria), ma solo che la gara non deve prevedere un “prezzo” che remuneri il servizio, a carico della Stazione Appaltante; in altre parole, la concessione di servizi prevede il trasferimento in capo al concessionario della responsabilità della gestione, da intendersi come assunzione del rischio, che dipende direttamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla utilizzazione economica del servizio. In questo senso si è espressa anche la Corte di Giustizia, con la decisione del 18.7.07, in causa C 382/05, ove, al punto 34, testualmente si afferma che si è in presenza di una concessione di servizi “allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione”.

Ne consegue che la gara di cui stiamo discutendo rientra pienamente tra quelle in cui “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”, e, perciò solo, tra le concessioni di servizi.

6.1.2. - Va ancora precisato che l'art. 3 del Codice degli Appalti, ricomprende nella categoria "contratti", sia i contratti d'appalto che i contratti "di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi", precisando, al comma 10, che gli "appalti pubblici di servizi" sono "appalti pubblici, diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II", il quale si compone di due elenchi denominati A) e B).

L' All. II A), alla cat. 6, richiama - genericamente - tra i servizi appaltabili, anche i "servizi bancari e finanziari", che l'art. 20, comma 2, a sua volta, dichiara espressamente essere "soggetti alle disposizioni del presente Codice"

Pertanto, lo stesso All. A, per identificare meglio tali servizi, indica i numeri di riferimento CPV dal 66100000-1 a 66430000-3 e da 67110000-1 a 67262000-1, tra i quali, testualmente, NON rientra, contrariamente a quanto afferma la ricorrente, il servizio di tesoreria, avente codice 6660000, dal che deriva che anche il D.Lg. 163/06 considera tale contratto del tutto peculiare, e non assimilabile senz'altro ai servizi bancari e finanziari, genericamente intesi, soggetti alla disciplina ivi contenuta.

Entro la species "concessione di servizi" si colloca il genus "concessione di servizi pubblici" o "di rilevanza pubblica".

6.1.3. - In sintesi: l'appalto di servizi (finanziari) è il contratto con il quale la P.A. acquisisce i servizi di cui (per quanto qui rileva) all'all. A (tra i quali, va ribadito, non è ricompreso il servizio di tesoreria), dietro corresponsione all'appaltatore di un prezzo; la concessione di servizi (pubblici e non) può definirsi invece, come il contratto con cui la P.A. affida - di norma senza che a suo carico gravi alcun corrispettivo - a terzi la gestione di un servizio che coinvolge anche gli utenti (ove il concessionario ottiene la propria remunerazione principalmente prestando servizi ai terzi; si veda, sul punto: C.S. n. 4890/09, secondo cui "la giurisprudenza ha ritenuto che l'appalto si abbia per prestazioni rese in favore

dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi instaura un rapporto trilaterale, tra Amministrazione, concessionario ed utenti - Cons. St., n.3333/06; e n. 2294/02, decisioni queste secondo cui, in particolare, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione compensare l'attività svolta dal privato”).

La concessione di servizio “di rilevanza pubblica” concerne una fattispecie peculiare, in cui la P.A. rimette a terzi il compimento di attività che dovrebbe svolgere in proprio, aventi significative connotazioni pubblicistiche. Questi soggetti devono essere comunque selezionati con il rispetto delle regole generali desumibili dalle norme comunitarie, riconducibili principalmente a “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità” (si veda in proposito, la decisione della Corte di Giustizia del 7.12.00, in causa C324/98, considerato n. 60, ove si precisa che “nonostante il fatto che siffatti contratti - di concessione di pubblico servizio - allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano (siano) sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato”, nonché l'ordinanza del 20.3.02, in causa C 358/00).

Nel senso proposto si è, per l'appunto, espressa la Corte di Cassazione, con la ricordata decisione n. 8113/09, ove viene precisato che “come reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite (sentenze n. 13453/91, n. 874/99, n. 9648/2001) il contratto di tesoreria de quo va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi come ipotizzato dal ricorrente, avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento,

nonchè sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio”. (Si vadano, ancora: TAR Sicilia - Catania n. 152/10 e TAR Campania - Napoli, n. 1009/10)

Il Collegio ritiene di condividere questa prospettazione, dato che il servizio di cui trattasi non è un semplice e mero servizio finanziario, analogo a quello che la Banca svolge nei confronti dei privati, ma ha caratteristiche particolari, sicuramente di rilevanza pubblica. Inoltre, può prevedere in aggiunta (per giurisprudenza oramai pacifica) anche la possibilità di sponsorizzazioni o “liberalità” diverse (sulla natura atipica del contratto di tesoreria si veda, ad esempio C.S. n. 3685/01 e 5773/01 e TAR Veneto n. 2006/06),.

A quanto sinora esposto consegue che l'affidamento del servizio di tesoreria è una concessione di servizi, appartenente alla particolare tipologia dei servizi, se non ex se pubblici, sicuramente “di rilevanza pubblica” (sul “carattere oggettivamente pubblico dell'attività del tesoriere” si veda, pur se in fattispecie differente, C.S. n. 4443/07).

La atipicità di questo servizio (già evidenziata dalla giurisprudenza; si vedano, ancora: C.S. n. 6073/01 e 6521/03) fa sì, ad avviso del Collegio, che esso rientri a pieno titolo tra le concessioni di servizi soggette al Codice degli Appalti solo nei limiti previsti dall'art. 30, pur se non caratterizzato da una pregnante trilateralità (che peraltro non è del tutto assente, come si evince agevolmente dalla Convenzione accessiva, dato che il servizio di tesoreria si compone anche di pagamenti a terzi e di riscossioni di entrate da terzi).

La ricorrente osserva ancora che è maggiormente in linea col diritto comunitario qualificare l'affidamento del servizio di tesoreria come contratto di appalto piuttosto che come concessione di servizi.

Il Collegio non condivide questa conclusione, dal momento che le direttive comunitarie non si occupano affatto di queste specifiche questioni, avendo come obiettivo solo il rispetto, in qualsiasi tipo di gara, dei principi generali (come

precisa il D.Lg. 163/06, di “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”, e come ribadisce anche lo stesso “Libro Verde sul partenariato pubblico privato”, citato dalla ricorrente, il quale, al punto 29, precisa che “quanto al regime applicabile in occasione della fase di aggiudicazione delle concessioni di servizi, esso è regolamentato unicamente attraverso il riferimento agli articoli 43 e 49 del Trattato, segnatamente ai principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo reciproco”), principi che neppure parte istante afferma essere stati violati nella gara in questione.

Conclusivamente, pare al Collegio che, nella specie, si sia in presenza di una gara per la concessione di un servizio di pregnante rilevanza pubblica, ancorchè del tutto particolare; per il quale - per quanto qui rileva - non sussiste quindi l'obbligo, per l'esclusione sancita dall'art. 30 del Codice, di prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 75 del D.Lg. 163/06.

6.2. - A questo punto, affrontare il tema delle puntuali prescrizioni del bando, ed in particolare della mancata previsione dell'obbligo di fornire la cauzione definitiva, e delle sue conseguenze, alla stregua di quanto sopra esposto, appare del tutto superfluo.

Va peraltro precisato che, in questo particolare caso - in cui il bando nulla prevedeva in termini di cauzione definitiva (imponendo bensì la presentazione di quella provvisoria), ed era quantomeno dubbia l'applicabilità dell'art. 75 - non pare che la Commissione potesse senz'altro escludere il concorrente che aveva puntualmente seguito le indicazioni della *lex specialis*. In questo senso pare aver stabilito anche la recentissima sentenza del C.S. n. 223/10 (di cui, ad oggi, è noto solo il dispositivo).

Sul punto controverso (mancata indicazione nel bando dell'obbligo di fornire la garanzia definitiva, in una gara per l'aggiudicazione del servizio di tesoreria), si è

espressa anche la giurisprudenza di prime cure - sia pure avuto riguardo ad un profilo diverso; si veda TAR Veneto n. 449/10 - precisando che: “trattandosi, nel caso di specie, di affidamento di un servizio a titolo gratuito, non era ragionevolmente imponibile, mancando il parametro di commisurazione - e per ciò stesso la disciplina di gara non l’aveva imposto - l’obbligo di costituire garanzie per l’esecuzione del contratto commisurate all’importo contrattuale”.

Il primo motivo di ricorso, in definitiva, va respinto.

6.3. - Anche il secondo motivo è infondato.

La ricorrente si duole del fatto che, a suo dire, la lex specialis abbia assegnato un peso determinante - e non meramente residuale - all’elemento di valutazione consistente nella “concessione di un contributo per ciascun anno di durata della convenzione, per attività istituzionali, culturali, sociali, educative, sportive, per la realizzazione di investimenti pubblici ecc.”, avendo previsto per tale voce ben 15 punti su 100 totali.

La giurisprudenza è del tutto consolidata nel ritenere legittimo, nelle gare per l’aggiudicazione del servizio di tesoreria, attribuire un determinato punteggio anche per tale voce, purchè non abbia un rilievo tale da snaturare la gara (C.S. A.P. n. 6/02), che ovviamente deve tendere a scegliere il “tesoriere” che offre le migliori condizioni sotto il profilo economico- organizzativo del servizio (si veda, da ultimo e per tutti: TAR Campania - Salerno n. 1016/10).

In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo il bando in cui, alla richiesta “liberalità”, veniva attribuito il punteggio sino a 25 punti su 100 totali (si vedano, ad esempio: TAR Lombardia - Milano n. 1874/07 e Emilia - Romagna, Parma n. 187/07, che fissano, appunto, il limite massimo a 25 punti su 100; nonché TAR Veneto 2851/06 e C.S. n. 6261/07, che, decidendo su di una sentenza di questo stesso Tribunale, ha ritenuto legittimo il punteggio per la “sponsorizzazione” di 18 punti su 60).

Il bando di cui trattasi - che prevede un punteggio per le “sovvenzioni” offerte di 15 punti sul totale di 100 - appare ampiamente in linea con le ricordate decisioni.

L'istante lamenta, peraltro, che, nel caso di specie, proprio i 15 punti previsti per le erogazioni economiche hanno consentito alla controinteressata di aggiudicarsi la gara (essendo le due concorrenti praticamente in posizione di parità, quanto al resto degli elementi di valutazione), il che dimostra che quel punteggio era proprio determinante.

L'argomento prova troppo. Infatti, come sottolineano le altre parti, a parità di requisiti è stato premiato il concorrente più “generoso” (35.000 euro contro i 5000 offerti dalla ricorrente), essendo nella disponibilità della parte - che ben conosceva i termini del bando - offrire una somma più o meno elevata. L'aggiudicazione alla controinteressata non è quindi frutto di una illegittima articolazione dei pesi attribuiti alle diverse voci dell'offerta, ma è unicamente dovuta alla parsimonia della ricorrente.

Né, in questo modo, si è finito per scegliere il concorrente che aveva fatto l'offerta peggiore (sotto il profilo economico e organizzativo), dato che, per espressa affermazione anche di parte istante, le due offerte, sotto tali aspetti, erano praticamente in posizione paritaria.

7. - Coi motivi aggiunti la deducente aggredisce l'aggiudicazione definitiva; per illegittimità derivata, all'evidenza - alla stregua di quanto sopra esposto - insussistente, nonché per un vizio proprio, consistente, in sostanza, nel preteso mancato esercizio del potere di autotutela, in esito al quale l'Amministrazione, preso atto delle illegittimità della procedura, avrebbe dovuto procedere all'annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata, assegnando il servizio alla ricorrente.

Anche questo motivo non merita accoglimento, dato che nessuno dei vizi dedotti è sussistente.

In definitiva, il ricorso va respinto.

8. - Vi sono giuste ragioni, in specie per la complessità e la novità delle questioni proposte, per disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente FF

Vincenzo Farina, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO