

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37741-concessioni-non-trova-automatica-e-diretta-applicazione-la-disciplina-di-cui-all-art-75-sulla-garanzia-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

Concessioni non trova automatica e diretta applicazione la disciplina di cui all'art 75 sulla garanzia provvisoria

E' necessario premettere che l'affidamento in esame è annoverabile tra quelli aventi ad oggetto concessioni di servizi di cui all'art. 30 D.Lgs. n.163/2006 (sentenza numero 2411 del 13 luglio 2015 pronunciata dal Tar Puglia, Lecce)

Sonia Lazzini,

secondo il quale “1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi ...3. 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,.....”.

Ne deriva che non trovano in alcun modo diretta applicazione (secondo un principio di “eterointegrazione”) le disposizioni del Codice degli Appalti, salvo che possano essere configurate esse stesse quali principi fondamentali generali relativi ai contratti pubblici e/o risultino diretta specificazione di detti principi, ovvero siano espressamente richiamate nel predetto art. 30 D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, per quanto di rilievo, non trova automatica e diretta applicazione la disciplina (di dettaglio) di cui all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, trattandosi di disposizione “preordinata alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato articolo 30 del codice dei contratti pubblici. Diversamente opinando, l'intero corpus del Codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30” (Consiglio di Stato, V, 13 luglio 2010, n. 4510).

Ciò, in ogni caso, non preclude la possibilità per le stazioni appaltanti, nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta, di fissare condizioni più stringenti per la partecipazione alle gare e, dunque, di "autovincolarsi", tramite il recepimento (non necessariamente a mezzo di esplicito richiamo della specifica disposizione, ma anche sostanzialmente e parzialmente) nella lex specialis di ulteriori norme del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto il summenzionato art. 30 non obbliga, ma neanche vieta di applicare in tutto o in parte alle concessioni di servizi la disciplina codicistica dettata per gli appalti pubblici, purchè compatibile con l'istituto, ed eventualmente con i necessari e/o opportuni adeguamenti (ad esempio, con riferimento alla cauzione provvisoria ed a quella definitiva, specificando il parametro rispetto al quale calcolarne l'importo ovvero mercè definizione dell'importo stesso).

Naturalmente, gli unici limiti da osservare sono quelli derivanti dal "rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici" di cui allo stesso art. 30, comma 3 Cod. App., tra i quali i principi di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza. Laddove i suddetti principi risultino in concreto rispettati dalle prescrizioni della lex specialis, non si configura alcuna violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 bis D.Lgs. n. 163/2006 (applicabile anche alle concessioni di servizi di cui all'art. 30 Codice Appalti, "quale principio fondamentale generale relativo ai contratti pubblici specificazione dei principi di massima partecipazione e di proporzionalità, ..." in tal senso, T.A.R. Puglia, Lecce, III, 7 gennaio 2015, n. 37).

Tale soluzione appare, peraltro, coerente anche con il disposto dell'art. 73, comma 3 D.Lgs. n. 163/2006 ("Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi e i documenti necessari o utili per operare la selezione degli operatori da invitare, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità della domanda di partecipazione"), norma anch'essa applicabile alle concessioni di servizi

in quanto diretta specificazione dei principi generali di adeguatezza e proporzionalità.

N. 02411/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00428/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

0. - Il ricorso merita accoglimento, nei sensi e termini di seguito precisati.

Appaiono fondate le censure incentrate sull'omissione del soccorso istruttorio e sull'abnormità della motivazione posta a base del provvedimento di esclusione, nella parte in cui la stazione appaltante ha ritenuto la polizza fideiussoria irregolare in quanto *"presentata solo dalla ditta ricorrente Cristina come capogruppo"*.

1. - E' necessario premettere che l'affidamento in esame è annoverabile tra quelli aventi ad oggetto concessioni di servizi di cui all'art. 30 D.Lgs. n.163/2006, secondo il quale *"1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi ...3. 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,....."*.

Ne deriva che non trovano in alcun modo diretta applicazione (secondo un principio di "eterointegrazione") le disposizioni del Codice degli Appalti, salvo che possano essere configurate esse stesse quali principi fondamentali generali relativi ai contratti pubblici e/o risultino diretta specificazione di detti principi, ovvero siano espressamente richiamate nel predetto art. 30 D.Lgs. n. 163/2006.

In particolare, per quanto di rilievo, non trova automatica e diretta applicazione la disciplina (di dettaglio) di cui all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, trattandosi di disposizione *"preordinata alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del*

citato articolo 30 del codice dei contratti pubblici. Diversamente opinando, l'intero corpus del Codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30" (Consiglio di Stato, V, 13 luglio 2010, n. 4510).

Ciò, in ogni caso, non preclude la possibilità per le stazioni appaltanti, nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta, di fissare condizioni più stringenti per la partecipazione alle gare e, dunque, di "autovincolarsi", tramite il recepimento (non necessariamente a mezzo di esplicito richiamo della specifica disposizione, ma anche sostanzialmente e parzialmente) nella *lex specialis* di ulteriori norme del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto il summenzionato art. 30 non obbliga, ma neanche vieta di applicare in tutto o in parte alle concessioni di servizi la disciplina codicistica dettata per gli appalti pubblici, purchè compatibile con l'istituto, ed eventualmente con i necessari e/o opportuni adeguamenti (ad esempio, con riferimento alla **cauzione** provvisoria ed a quella definitiva, specificando il parametro rispetto al quale calcolarne l'importo ovvero mercè definizione dell'importo stesso). Naturalmente, gli unici limiti da osservare sono quelli derivanti dal "*rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici*" di cui allo stesso art. 30, comma 3 Cod. App., tra i quali i principi di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza. Laddove i suddetti principi risultino in concreto rispettati dalle prescrizioni della *lex specialis*, non si configura alcuna violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 163/2006 (applicabile anche alle concessioni di servizi di cui all'art. 30 Codice Appalti, "*quale principio fondamentale generale relativo ai contratti pubblici specificazione dei principi di massima partecipazione e di proporzionalità, ...*" in tal senso, T.A.R. Puglia, Lecce, III, 7 gennaio 2015, n. 37).

Tale soluzione appare, peraltro, coerente anche con il disposto dell'art. 73, comma 3 D.Lgs. n. 163/2006 ("*Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi e i documenti necessari o utili per operare la selezione degli operatori da invitare, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità della domanda di partecipazione*"), norma anch'essa applicabile alle concessioni di servizi in quanto diretta specificazione dei principi generali di adeguatezza e proporzionalità.

1.1 - Tutto quanto innanzi considerato, il Collegio rileva che la clausola del bando di cui all'art. 8, busta "A" - "Documentazione amministrativa", punto n. 5 (la busta "A" deve contenere, "pena l'esclusione dalla gara", "*la dichiarazione di un istituto bancario ovvero di una compagnia di assicurazione contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione della concessione, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla **cauzione** definitiva pari ad euro 75.000,00 in favore della città di Parabita*") ha operato un recepimento sostanziale (e parziale) nella *lex specialis* della previsione di cui all'art. 75, comma 8 D.Lgs. n. 163/2006 (che non ha automatica portata "eterointegrativa" del bando - come viceversa sostenuto dalla stazione appaltante, si veda verbale n. 2 del 13 gennaio 2015). La suddetta clausola, così come nello specifico formulata, non viola in alcun modo i principi di cui all'art. 30, comma 3 Cod. App., poiché risulta, in concreto, adeguata e proporzionata all'oggetto della concessione, alla sua durata (quindici anni) ed alla sua rilevanza (non solo economica), nonchè, comunque, tesa a fornire alla stazione appaltante un'idonea garanzia (accessoria) ai fini della corretta esecuzione del contratto da parte dell'affidatario, onde tutelare adeguatamente la posizione della P.A. in relazione alla specifica concessione, nell'apprezzabile e condivisibile intento di salvaguardare l'Amministrazione dall'eventualità di inadempimenti contrattuali.

Sicchè non può essere accolta la censura del R.T.I. ricorrente fondata sull'asserita illegittimità della clausola di cui all'art. 8, punto n. 5 del bando per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 163/2006.

Parimenti non merita accoglimento, nello specifico, il motivo di doglianza inerente l'illegittimità della clausola (**cauzione** provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara) di cui all'art. 8, punto n. 4 del bando, che risulta adeguata e proporzionata alla concessione *de qua* ed in concreto idonea a garantire la serietà dell'offerta presentata.

1.2 - Precisato quanto innanzi ed acclarata la legittimità delle previsioni di cui all'art. 8, punti nn. 4 e 5 del bando, la Sezione osserva quanto segue.

L'art. 46, comma 1 *ter* Cod. App., introdotto dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, applicabile, per espresso *dictum* normativo, alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del suddetto decreto legge (e cioè dal 25 giugno 2014), estende il meccanismo introdotto dal comma 2 *bis* dell'art. 38 ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni (evidentemente ulteriori rispetto alle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1 del Codice, inerenti i requisiti generali di partecipazione), anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (ovviamente nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* Cod. App.). Quindi, nell'ipotesi in cui vi sia una omissione, incompletezza o irregolarità di una dichiarazione o di un elemento con il carattere dell'essenzialità (ex art. 46, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 163/2006), la stazione appaltante non può più comminare direttamente l'esclusione del concorrente, ma deve avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006.

La nuova disciplina rinviene il solo *"limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara"* (Autorità Nazionale Anticorruzione, Delibera n. 1 dell'8 gennaio 2015).

Il principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1 *ter* Codice Appalti si applica anche alle concessioni di servizi di cui all'art. 30 Codice Appalti, quale principio fondamentale generale relativo ai contratti pubblici e costituisce specificazione dei principi di massima partecipazione e di proporzionalità, talché la sua estensione alla materia delle concessioni trova esplicito fondamento nell'art. 30, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006. Diversamente opinando, si giungerebbe ad un'ingiustificata divaricazione del regime da seguire nella gare per l'affidamento di appalti ed in quelle per l'affidamento di concessioni di servizi.

Nel caso in esame, rileva il Collegio che la dichiarazione dell'Istituto di credito, così come presentata (*"in caso di aggiudicazione della gara d'appalto, ci impegneremo a valutare un eventuale impegno fideiussorio qualora alla data della richiesta ne sussistano i presupposti di concessione"*), non soddisfa (come invece sostenuto dal R.T.I. ricorrente) i requisiti previsti dal bando, in quanto non configura un impegno certo ed attuale al rilascio (futuro ed eventuale - in caso di aggiudicazione) della garanzia, bensì un *"impegno all'impegno"*, condizionato alla sussistenza (ed alla relativa valutazione da parte dell'Istituto) dei relativi *"presupposti di concessione"*.

Ciò posto, la Sezione ritiene che, come già anticipato nella fase cautelare, l'esclusione comminata in danno dell'odierna ricorrente è illegittima, in quanto il Comune di Taurisano ha ommesso di attivare, prima di disporre l'esclusione, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1 *ter* Cod. App. (principio generale applicabile, come innanzi evidenziato, alle concessioni di servizi ed ammesso anche per le dichiarazioni di soggetti terzi - quale, appunto, l'Istituto di credito), con riferimento alla dichiarazione di impegno resa dall'Istituto di credito (nessun soccorso istruttorio, viceversa, la P.A. doveva attivare con riferimento alla **cauzione** provvisoria, in considerazione dell'idoneità della stessa, come prestata - si veda il successivo punto n. 2).

Né è condivisibile quanto affermato dal Comune di Parabita, secondo il quale la norma *de qua* non sarebbe applicabile al caso in esame, poiché la procedura ristretta in parola risulterebbe (asseritamente) "indetta" prima dell'entrata in vigore della novella *de qua* (25 giugno 2014) con la determina n. 270 del 21 marzo 2014, pubblicata il 25 marzo 2014, con la quale è stata approvata ed autorizzata la fase esplorativa e qualificatoria (approvazione dell'avviso esplorativo per l'acquisizione delle manifestazioni di interesse a partecipare alla procedura ristretta *de qua*).

Ad avviso del Collegio, infatti, il momento temporale determinante ai fini dell'applicazione dell'art. 46, comma 1 *ter* D.Lgs. n. 163/2006 è quello del bando (20 ottobre 2014), contenente la *lex specialis* di gara: il bando, difatti, ha concretamente e specificamente stabilito le regole della selezione, e, in particolare, la prescrizione della quale si assume la violazione.

2. - Fondata appare, poi, l'ulteriore censura formulata dal R.T.I. ricorrente, volta a rilevare l'abnormità della motivazione della disposta esclusione, nella parte in cui ha ritenuto la **cauzione** provvisoria irregolare in quanto "*nel caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo ad una gara di appalto, come nel caso della ditta ricorrente Maria Cristina in R.T.I con altre due ditte, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la **cauzione** provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti...*", nel mentre dalla documentazione prodotta "*si rileva che la **cauzione** provvisoria è stata presentata solo dalla ditta ricorrente Cristinacome capogruppo*".

Il Collegio osserva al riguardo che tale motivazione si riferisce a situazione diversa da quella in esame, posto che, nel caso di specie, la **cauzione** provvisoria è stata prestata in conformità ad una delle modalità previste dal bando ("*versamento in contanti presso il Tesoriere della Città di Parabita*") con bonifico bancario recante espressamente la relativa causale (**cauzione** provvisoria bando gestione e manutenzione parco comunale Aldo Moro). Il versamento in contanti costituisce una garanzia immediata per la stazione appaltante, in virtù della quale l'eventuale inadempimento da parte del R.T.I., indipendentemente dall'impresa associanda alla quale è dovuto, viene garantito dalla possibilità stessa, per l'Ente, di trattenere direttamente le somme depositate, mentre eventuali questioni per ciò che attiene all'impresa oggettivamente responsabile dell'inadempimento dovranno essere risolte tra le imprese associande, senza che nelle relative controversie tra di esse possa essere coinvolta la stazione appaltante (arg. ex T.A.R. Toscana, I, 27 ottobre 2011, n. 1584). Talchè risulta pienamente rispettata la finalità di detta garanzia (provvisoria) e del tutto irrilevante, in concreto, la mancata effettuazione del versamento anche da parte delle ditte mandanti. Per mera completezza si rileva che, considerata la sufficienza della garanzia provvisoria come prestata, al riguardo, nessun soccorso istruttorio andava attivato da parte dell'Amministrazione.

3. - Non merita, infine, accoglimento la domanda risarcitoria formulata, in considerazione, da un lato, dell'assoluta genericità della stessa, e, dall'altro, degli esiti del presente giudizio.

4. - Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso è fondato nel merito e va accolto, nei sensi e termini sopra precisati.

5. - Sussistono, tuttavia, gravi ed eccezionali ragioni (la complessità e novità delle questioni trattate) per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'esclusione disposta a carico del R.T.I. ricorrente.

Dispone la compensazione integrale tra le parti delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **13/07/2015**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)