

Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2010 n. 4510

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7671 del 2009, proposto da:
Comune di S., rappresentato e difeso dall'avv. F. S., con domicilio
eletto presso C. V. E. in Roma, via L., 10;

contro

T. E. I. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. D. D., con domicilio
eletto presso D. D. in Roma, via N. N. 53;

nei confronti di

C. Srl, G. Se. P. Srl, A. Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I
n. 00737/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI
ACCERTAMENTO E RISCOSSIONE IMPOSTA COMUNALE SULLA PUBBLICITA'.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di T. E. I. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons.
Filoreto D'Agostino e uditi per le parti gli avvocati S. e C., per
delega dell'Avv. D'A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

"T. E. I." s.r.l. ha impugnato avanti il Tribunale amministrativo
regionale per il Lazio - Sezione staccata di Latina gli atti del
Comune di S. relativi alla concessione del servizio di accertamento,
liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e
diritti sulle pubbliche affissioni, tra i quali il verbale di
aggiudicazione definitiva in favore di C. s.r.l.

Si denunciava l'illegittimità di quelle statuizioni e dei connessi
provvedimenti per omessa applicazione dell'art. 41 del d.lgs
12.4.2006, n. 163; violazione dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241,
oltre che per violazione del principio di "eterointegrazione" delle
regole di gara, non essendo stati acclusi dalla società aggiudicaria
né la cauzione provvisoria né l'impegno a quella definitiva nonché per
violazione di legge, omessa applicazione dell'art. 75, commi 1 e 8 del
d.lgs 163/06; violazione dell'art. 113 del d.lgs 163/06; violazione
dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241.

Con memoria notificata il 17.7.2003 la ricorrente ha dedotto motivi
aggiunti riguardo all'intervenuto contratto stipulato con la ditta
aggiudicataria, deducendo la violazione di legge, l'omessa osservanza
dell'art. 11, comma 10 d.lgs 163/06; nonché della circolare del

ministero delle infrastrutture e dei trasporti 10 marzo 2003, n. 2107 e, infine, l'illegittimità del contratto di esecuzione.

Il Comune di S. si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e richiedendone nel merito la reiezione. Con la pronuncia in epigrafe il Giudice adito ha accolto il gravame ritenendo in buona sostanza che alla procedura in questione dovesse essere disciplinata anche dalle disposizioni su invocate giusta il principio di etero integrazione delle regole di gara. La sentenza è stata impugnata dal Comune di S. che ne ha chiesto la riforma.

Tali conclusioni sono avversate da T. E. che ha con dovizia di argomenti reiterato le proprie difese di primo grado.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Giova precisare in fatto che la vicenda in esame riguarda la concessione del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità e dei diritti sulle pubbliche affissioni per la quale il Comune di S. ha bandito una procedura selettiva (gara informale) ai sensi e per gli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Per esplicita previsione legislativa alle concessioni di servizi non si applicano le disposizioni del codice dei contratti pubblici, salvo quanto disposto nel medesimo articolo 30.

La tesi seguita dal Giudice di prime cure è che alla gara informale si applichi anche l'articolo 75 del medesimo testo legislativo e che ciò comporta la doverosa previsione di una cauzione provvisoria oltre che definitiva a garanzia dell'offerta.

La relativa prescrizione varrebbe indipendentemente dalla inserzione della stessa nel bando di gara, dovendosi ritenere la stessa presente in virtù del principio di etero integrazione.

L'interpretazione seguita in primo grado contrasta con quanto osservato da questa Sezione con decisione n. 2864 del 2009, della quale conviene riprendere un brano chiarificatore: Orbene, merita di essere evidenziato che la disciplina comunitaria (racchiusa nella direttiva in materia di appalti) sottrae le concessioni di servizi pubblici dal suo ambito, fatta eccezione per l'art. 3. La direttiva tuttavia per la prima volta dà una definizione di concessione di servizi, all'art. 1, recepito nell'articolo 3 del cd. Codice degli appalti. Sebbene la direttiva comunitaria abbia tendenzialmente escluso dal proprio ambito le concessioni di servizi, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale l'affidamento delle concessioni di servizi non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di tutela della concorrenza, regola che viene codificata nell'articolo 30 del citato cd. Codice dei contratti. In particolare secondo Corte di giustizia 7 dicembre 2000, C 324/1998 e Corte di giustizia 13 ottobre 2005, C 458/2003, occorre un adeguato livello di pubblicità e gli Stati membri non possono mantenere in vigore norme che consentano l'attribuzione di concessioni di servizi senza gara.

Ciò premesso, va osservato che il citato art 30, comma 1, del ed. Codice dei contratti pubblici stabilisce, senza possibilità di equivoci, che «Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi».

E' erronea, pertanto, l'applicazione analogica della disciplina dettata all'art. 70 del. Codice dei contratti pubblici in materia di gare per l'affidamento di appalti pubblici alla diversa materia delle concessioni di servizi, in palese violazione della previsione

racchiusa nell'art. 30, comma 1, del medesimo Codice dei contratti pubblici."

Conclusioni analoghe e del tutto coerenti possono essere ripetute per quanto previsto dall'articolo 75, trattandosi di disposizioni 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 citato codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30.

Nel caso di specie, peraltro, il bando della gara informale nulla disponeva in proposito così, anche alla luce di quanto appena osservato, nessun onere di prestazione di garanzia fideiussoria poteva insorgere nei partecipanti alla procedura né tanto meno poteva imponersi il principio di etero integrazione che vale evidentemente per le fattispecie soggette alla disciplina generale del codice dei contratti pubblici.

la stessa esplicita previsione di gara informale consente di stabilire una netta distinzione con le procedure disciplinate dal complesso normativo del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: mentre per queste ultime il fenomeno è ampiamente previsto e necessariamente dovuto (si pensi al precetto dell'articolo 38 di quel testo per apprezzarne pienamente lo spessore), altrettanto non può dirsi per i casi nei quali, *expressis verbis*, è negata l'applicazione delle singole disposizioni e si limita l'intervento al rispetto dei principi generali della materia.

Per superare queste agevoli osservazioni parte appellata afferma che le previsioni dell'articolo 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006 esporrebbero principi generali della materia.

E' pur vero che l'approntamento di garanzie risponde alla tutela dell'amministrazione, ma da ciò a enucleare un principio generale esportabile al di fuori della logica dei contratti pubblici il passo è lungo: le concessioni di servizi pubblici rispondono, infatti, ad una impostazione strutturale e si vorrebbe dire di politica istituzionale assai diversa da quella contrattuale, alla quale la lettura del comma 2 dell'articolo 30 implicitamente rimanda.

E' proprio in considerazione della diversità di funzione del contratto e della concessione che il terzo comma del citato articolo 30 ha limitato la fase di scelta del concessionario al rispetto dei principi generali tra i quali la trasparenza, l'adeguata pubblicità, la non discriminazione, la parità di trattamento, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità, a nessuno dei quali si attagliano le previsioni recate nell'articolo 75 del medesimo testo.

Quanto poi alla asserita violazione dell'articolo 113 d. lgs n. 163/2006, 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.

La sostanziale novità della questione consiglia di compensare interamente le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quinta accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe, rigetta l'originario ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF
Filoreto D'Agostino, Consigliere, Estensore
Mario Branca, Consigliere
Aniello Cerreto, Consigliere
Francesco Caringella, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 13/07/2010