

## **Parere n.118 del 22/06/2011**

### **PREC 56/11/S**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Casoria (NA) - " *Procedura aperta per l'affidamento del servizio di tesoreria comunale* " - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Valore dell'appalto: euro 180.000,00 (IVA esclusa) per il triennio - S.A.: Comune di Casoria (NA)

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 4 marzo 2011 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale il Comune di Casoria ha evidenziato che nel bando di gara per l'affidamento del servizio di Tesoreria in oggetto non sono state previste le garanzie contrattuali tipiche previste dagli artt. 75 e 113 del D.Lgs. n.163/2006, ritenendo le stesse assorbite dalla garanzia specificamente prevista per detto servizio dall'art. 211 del D.lgs. n.267/2000, secondo cui " *per eventuali danni causati all'ente affidante o a terzi il tesoriere risponde con tutte le proprie attività e con il proprio patrimonio* ". Pur tuttavia, trattandosi dell'affermazione di una generale garanzia patrimoniale, la S.A. chiede se valga la eterointegrazione della clausola di rinvio del bando, secondo cui "per quanto non espressamente previsto e disciplinato si applica la normativa vigente".

Precisa ulteriormente la S.A. che entrambi i partecipanti alla gara (una banca ed una S.p.a. autorizzata ai sensi dell'art. 208 del D.Lgs. n.267/2000) non hanno corredato le offerte delle cauzioni previste dal Codice dei contratti pubblici e che solo la GOSAF S.p.A., aggiudicataria provvisoria dell'appalto, ha corredato l'offerta dell'avvenuto pagamento del contributo dovuto a questa Autorità.

In buona sostanza la stazione appaltante chiede se la procedura di gara posta in essere possa ritenersi conforme alla vigente normativa di settore e se l'eventuale mancata corresponsione del contributo dovuto a questa Autorità costituisca motivo di esclusione o possa sanarsi con successiva regolarizzazione.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 29 marzo 2011, la GOSAF S.p.A, aggiudicataria provvisoria della gara in oggetto, ha dedotto l'inapplicabilità alla procedura di gara in esame degli artt. 75 e 113 del Codice dei contratti pubblici, trattandosi, nel caso di specie, di concessione di un servizio pubblico ex art. 30 del medesimo Codice.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità concerne la legittimità del bando di gara indetto per l'affidamento del servizio indicato in oggetto per le motivazioni riportate in fatto.

E' stato osservato dall'impresa aggiudicataria Gosaf S.p.A che la gara indetta dal Comune di Casoria ha ad oggetto una concessione di servizio pubblico in quanto la stessa giurisprudenza (Cass. Civ., Sez.Unite, 3 aprile 2009, n. 8113) ha avuto modo di ribadire che il contratto di tesoreria " *va qualificato in termini di rapporto concessorio e non di appalto di servizi, implicando il conferimento di funzioni pubblicistiche, quali il maneggio di pubblico danaro ed il controllo sulla regolarità dei mandati e dei prospetti di pagamento* ". Pertanto, tenuto conto che per la concessione di servizi pubblici, l'art. 30 del D.Lgs 163/2006 esclude l'applicazione delle previsioni stabilite per gli appalti di servizi, ad avviso della società controinteressata, il servizio in questione resterebbe escluso dall'applicazione degli artt. 75 e 113 del Codice dei contratti. È stato, al riguardo, rilevato che la peculiarità della concessione di servizi si incentrerebbe sull'affidamento al concessionario della gestione del servizio, nonché sul rischio ad essa connesso.

Recentemente la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'istituto della cauzione, sia essa provvisoria che definitiva, sia applicabile anche alle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 escluda per le stesse l'applicazione delle previsioni stabilite per gli appalti di servizi. Ad avviso dei giudici amministrativi (si veda, in particolare TAR Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737), invero, la specifica *ratio* cui risponde l'istituto della cauzione, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, non consentirebbe di differenziare - tanto più in mancanza di una espressa esclusione - la concessione di servizi dall'appalto di servizi, tenuto conto che, con la cauzione provvisoria, il legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che la mancata sottoscrizione del contratto e, con quella definitiva, l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso; né l'omessa menzione nel bando di gara delle garanzie partecipative sarebbe idonea ad escludere l'applicazione degli artt. 75 e 113 del Codice, le cui disposizioni avrebbero, pertanto, portata "eterointegrativa".

In riforma di detta sentenza di prime cure, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza 13 luglio

2010, n. 4510, evocata dal legale della Gosaf S.p.A., ha affermato l'opposto principio, secondo cui " *È 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. È 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* ".

Giova, tuttavia, precisare che, a differenza della fattispecie all'esame, la vicenda esaminata in detti precedenti giurisprudenziali riguardava 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 Sora aveva ritenuto di bandire una procedura selettiva (gara informale), esplicitamente ai sensi e per gli effetti di cui al comma 3, dell'articolo 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Ciò spiega perché, in quella occasione, il Consiglio di Stato ha affermato l'erroneità della applicazione analogica della disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici, in materia di gare per l'affidamento di appalti pubblici, alla diversa materia delle concessioni di servizi, ritenendo di pervenire alla conclusione di inapplicabilità dell'art. 75, " *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* ".

Nel caso di specie la stazione appaltante non ha indetto una gara informale, esplicitamente ai sensi e per gli effetti di cui al comma 3, dell'articolo 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ma un bando che, al di là del *nomen iuris* utilizzato (appalto), nulla ha specificamente disposto al riguardo delle garanzie tipiche di tale contratto previste dal D.Lgs. n. 163/2006.

Invero, costituisce da sempre un problema di non facile soluzione pervenire all'individuazione di fondati elementi distintivi fra la concessione di pubblico servizio e l'appalto di servizio, proprio partendo dalla definizione o, *rectius*, dalla mancata definizione del primo istituto.

Resta tutt'oggi valida, però, la guida fornita, al riguardo, dalla circolare 3944/02, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri specifica che, mentre negli appalti pubblici di servizi, l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo. In tal modo, la circolare ha manifestato piena adesione al criterio discrezionale, già avanzato in sede comunitaria (cosiddetto " *criterio del destinatario* ").

Accanto al criterio del destinatario, la giurisprudenza ha posto l'accento su ulteriori profili di distinzione.

In primo luogo, si è fatto riferimento al cosiddetto " *criterio gestionale* ", secondo cui si è in presenza di una concessione di servizi quando l'operatore economico si assume i rischi di gestione del servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone. In tal senso, si è parlato di un fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività, in capo al soggetto privato (C.d.S., Sezione sesta, 2634/02; in tal senso, pure C.d.S., Sezione quarta, 253/02).

In secondo luogo, si è prestata attenzione al costo del servizio ed ai soggetti sui quali il medesimo ricade, affermando che costituisce concessione di pubblico servizio quello reso a terzi ed il cui corrispettivo sia in tutto o in parte a carico degli utenti, mentre è appalto servizi, da affidarsi a seguito di gara pubblica, quello reso a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, che ne corrisponde il controvalore economico.

Orbene, dunque, può affermarsi che, mentre l'appalto di servizi inerisce ad una prestazione, resa da un imprenditore privato nell'interesse della pubblica amministrazione, sinallagmaticamente correlata ad un corrispettivo, la concessione si palesa funzionale alla soddisfazione dell'interesse della collettività locale a fruire di prestazioni, che di per sé non sfuggono, comunque, ad una valutazione di tipo economico-remunerativo. Infatti, il servizio viene remunerato, normalmente su base tariffaria, a carico dell'utenza.

Tornando al caso di specie, e al fine di non trascendere i limiti della presente consultazione, vale il richiamo ad una recentissima sentenza del Consiglio di Stato secondo cui " *l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in una concessione di servizi che, in linea di principio, resta assoggettato alla disciplina del Codice degli appalti solo nei limiti specificati dall'art. 30 che, per quanto qui interessa, non pone di certo l'obbligo di prestare la cauzione di cui all'art. 75 (C.d.S. sez. V 6/6/2011 n. 3377).*

Al fine di sgombrare il campo da ogni possibile dubbio, in detta sentenza il Consiglio di Stato riporta anche il parere dell'Autorità n. 186 del 12 giugno 2008 per sottolineare il diverso caso trattato dall'Organo di vigilanza in cui la stazione appaltante abbia espressamente previsto nella disciplina di gara l'obbligo, in capo agli offerenti, di fornire una garanzia fideiussoria costituita nei modi di cui all'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006. In tal caso, si legge nella suddetta sentenza, " *l'Autorità, lungi dall'affermare che l'affidamento del servizio di tesoreria si sostanzia in un appalto, si è limitata a rilevare che non sembra possibile, alla luce di detta norma espressamente contenuta nella lex specialis, da parte della stazione appaltante ammettere al prosieguo della procedura il partecipante che ha omesso di presentare l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, in quanto si integrerebbe, altrimenti, una violazione del principio della par condicio nei confronti degli altri partecipanti che hanno regolarmente provveduto, in applicazione dell'art. 75, a presentare la dichiarazione richiesta*".

Pertanto, solo in presenza di un appalto di servizi, l'art. 75 del Codice troverebbe comunque applicazione, in quanto norma cogente avente portata etero-integrativa e, come tale, applicabile agli appalti a prescindere dall'espresso richiamo contenuto nella legge di gara (cfr. ad es. in tal senso: T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo 2010, n. 2646, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737; Roma, sez. III, 12 gennaio 2009, n. 106). Diversamente, in caso, cioè, di concessione di servizi, l'art. 75 può trovare applicazione nel solo caso in cui sia espressamente richiamato nella *lex specialis* e mai in forza del principio di eterointegrazione.

Quanto alla seconda questione riportata in fatto, si osserva innanzitutto che l'obbligo del versamento contributivo generalizzato si fonda sull'articolo 1, c. 67, della legge n. 266 del 2005 ed è stato regolato con deliberazione 10 gennaio 2007, art. 1, lettera b) di questa Autorità (che assoggetta a pagamento tutti gli operatori economici che intendano partecipare a procedure di scelta del contraente); ciò implica il superamento di ogni distinzione tra i vari tipi di affidamento previsti dal Codice dei contratti pubblici in tutti i casi nei quali sia prevista una procedura comparativa o comunque selettiva; infatti l'estensione al settore dei servizi e delle forniture dei compiti di vigilanza attribuiti a questa Autorità ha comportato anche l'ampliamento del novero dei soggetti tenuti al pagamento del contributo in suo favore, con la conseguenza quindi che anche per i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti, soggetti anch'essi al potere di vigilanza dell'Autorità, trova applicazione l'obbligo del suddetto versamento contributivo. (C.d.S. Sez.V 8/9/2010 n. 6515);

Pertanto, da quanto sopra specificato deriva che gli operatori economici sono tenuti a versare all'Autorità il prescritto contributo (che diventa condizione di ammissibilità alla procedura selettiva) con riferimento alla singola gara o addirittura al singolo lotto della gara cui partecipano, secondo le prescrizioni di cui alle deliberazioni del 24 gennaio 2008 e 1° marzo 2009, così che l'omissione del versamento (o il versamento in misura non corrispondente a quella dovuta) implica l'inammissibilità della proposta contrattuale.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- che i partecipanti alla gara indetta dal Comune di Casoria per l'affidamento del servizio di tesoreria, laddove questo dovesse presentare gli elementi propri di una concessione di servizi, non erano tenuti a prestare le garanzie di cui agli artt. 75 e 113 del Codice.
- In ordine al contributo da versare all'Autorità, questo costituisce condizione di ammissibilità alla gara.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito