

Consiglio di Stato, Sez.V, 11 maggio 2009, n. 2864

Sebbene la direttiva comunitaria [in materia di appalti] 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 Codice dei contratti [Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163)]. 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 cd. Codice dei contratti pubblici [(d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163)] 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.

Nessun rilievo può avere sul principio della parità di trattamento dei candidati la rettifica del termine finale che non è in grado, da sé, di provare una concreta alterazione della *par condicio* né si trova in relazione causale rispetto alle omissioni o carenze riscontrate dalla stazione appaltante.

REPUBBLICA ITALIANA N. 2864/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 5825 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 5825/2007 R.G. proposto dal Comune di Monterosso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Tedeschini e Daniele Granara ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo, in Roma Largo Messico, n. 7;

CONTRO

G. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. M. Alberto Quaglia e Paolo Gaggero ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Roma Via G. Carducci, n. 4,

e nei confronti di

L'O. s. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Carla V. Efrati ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Roma Via Lucrino, n. 10,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sez. 11, 21 giugno 2007, n. 1195;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio degli appellati;

Visto l'appello incidentale presentato dalla O. s. coop. a r.l.;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 22 aprile 2008, relatore il Consigliere Michele Corradino;

Uditi, altresì, gli avvocati Granara, F. Paoletti per delega di Quaglia e Gallo per delega di Efrati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sez. II, 21 giugno 2007, n. 1195 fu accolto il ricorso (iscritto al n. 515/2007 R.G.) proposto dalla G. S.r.l. per ottenere l'annullamento del provvedimento, comunicato con nota prot. n. 4496 del 3 maggio 2007, di esito gara per la concessione del servizio di gestione di parcheggio pubblico in località Loreto e dei parcheggi pubblici in area limitrofa, nonché dell'invito alla gara, espresso con nota comunale prot. n. 3485 del 3 aprile 2007 (sia nella versione inviata alla ricorrente, sia nella versione corretta).

Il primo giudicante, in particolare, ha stigmatizzato la inosservanza del termine minimo per la presentazione delle offerte (in virtù dell'applicazione analogica del termine fissato dall'art. 70 del d.lgs. n. 163/2006, cd. Codice dei contratti, alle gare informali per l'affidamento delle concessioni di servizi) da parte della stazione appaltante.

Con il ricorso in appello in epigrafe il Comune di Monterosso contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si è costituita in giudizio la G. S.r.l..

L'O. s. coop. a r.l. si è costituita in giudizio; la medesima ha proposto appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 22 aprile 2008, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato e merita di essere accolto.

1. L'appellante Comune di Monterosso al Mare censura la gravata sentenza (fra l'altro) per aver il primo Decidente applicato alle procedure relative all'affidamento di concessioni di servizi il termine per la presentazione delle offerte fissato dall'art. 70 del cd. Codice dei contratti (d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163), concernente le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara in materia di appalti.

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.

2. In relazione al riproposto motivo di prime cure racchiuso nel ricorso introduttivo del giudizio avanti al Tribunale Amministrativo Regionale, motivo assorbito nella sentenza gravata, deve essere considerato congruo il termine in concreto assegnato per la presentazione delle offerte alle ditte che hanno poi partecipato alla gara in questione, mentre nessun rilievo può avere sul principio della parità di trattamento dei candidati la rettifica del termine finale (rettifica avvenuta a mezzo di apposita nota) che non è in grado, da sé, di provare una concreta alterazione della *par condicio* né si trova in relazione causale rispetto alle omissioni o carenze riscontrate dalla stazione appaltante.

Per le ragioni esposte il ricorso in appello deve essere accolto; l'appello incidentale viene assorbito.

Il Collegio ravvisa la sussistenza di motivi equitativi, anche per la novità delle questioni trattate, per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso in epigrafe, riforma la sentenza appellata e respinge la domanda di primo grado.

Dichiara assorbito l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 22 aprile 2008, con l'intervento dei sigg.ri:

Raffaele Iannotta presidente

Cesare Lamberti consigliere

Claudio Marchitiello consigliere

Carlo Lucrezio Ponticelli consigliere

Michele Corradino consigliere estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Michele Corradino F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il11/05/09.....

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

IL DIRIGENTE