

**N. 02014/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 06333/2011 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6333 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

G. S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Dicuonzo, Pietro Di Benedetto, con domicilio eletto presso Salvatore Della Corte in Napoli, via Vittorio Veneto N. 288/A;

***contro***

Comune di Casoria in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Cresci, Mauro Iavarone, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R.;

***nei confronti di***

Banca Popolare di Novara, n.c.;

***per l'annullamento***

*con ricorso introduttivo:*

- della determina dirigenziale n. 110 del 25 ottobre 2011 di esclusione della G. s.p.a. dalla gara per l'affidamento del servizio di tesoreria nell'interesse del Comune di Casoria;

- di ogni altro atto connesso;

*con motivi aggiunti :*

- dei medesimi atti impugnati, nonché del bando di gara pubblicato sul sito internet del Comune di Casoria in data 12 dicembre 2011 di indizione della procedura ex art. 30 d.lgs. n. 163/2006 per la concessione del servizio di tesoreria;

- del provvedimento di aggiudicazione eventualmente intervenuto e di ogni altro atto connesso;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Casoria;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla procedura per l'affidamento del servizio di tesoreria, indetta dal Comune di Casoria, aggiudicandosi provvisoriamente la gara.

In esito alla verifica dei requisiti la stazione appaltante, sul presupposto che la procedura avesse ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi, ha

escluso la G. per mancata allegazione della cauzione ex art. 75 e della garanzia ex art. 113 del codice dei contratti pubblici.

Con ricorso originario contesta la propria esclusione per violazione della disciplina in materia di concessione di servizi e dei principi di imparzialità e correttezza, nonché per eccesso di potere sotto vari profili.

Il Comune di Casoria, in seguito all'esclusione della ricorrente e dell'assenza di altre valide offerte, ha preceduto a bandire una nuova gara per l'affidamento del servizio di tesoreria, richiamando espressamente l'articolo 30 del codice dei contratti pubblici.

Avverso tale bando sono diretti i motivi aggiunti, tesi a far valere i vizi di illegittimità derivata per illegittimità dell'esclusione della gara pregressa.

Il Comune si è costituito in giudizio resistendo alle domande avverse.

La domanda incidentale di sospensione è stata accolta con ordinanza n. 199 del 2012. All'udienza del 18 aprile 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

La società ricorrente è stata esclusa dalla gara per non aver prodotto la cauzione prevista dall'articolo 75 del codice dei contratti pubblici, sul presupposto che la gara avesse ad oggetto un appalto di servizi finanziari.

Vale subito specificare che né il bando di gara né il capitolato speciale hanno previsto tale onere, il quale, secondo l'impostazione dell'amministrazione locale, doveva desumersi implicitamente mediante l'eterointegrazione delle discipline normative.

Il ricorso merita favorevole apprezzamento.

Secondo il ricorrente l'affidamento del servizio di tesoreria per cui è causa ha natura di concessione e non di appalto, ed ha di conseguenza affermato

l'insussistenza dell'obbligo di prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 75 del D. Lgs 163/06.

Giova innanzitutto osservare che la qualificazione giuridica della natura dell'oggetto della gara non dipende dalla eventuale qualificazione effettuata dalla stazione appaltante, ma dalle caratteristiche oggettive della prestazione dedotta nel contratto da stipulare all'esito dell'evidenza pubblica, onde occorre scrutinare la natura di quel particolare complesso di servizi finanziari che integra il servizio di tesoreria (comunale).

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".

Sul punto non vi sono ragioni per discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato su una questione assolutamente analoga (sent. n. 3377 del 2011).

Ed invero, il 2° comma dell'art. 30 del D. Lgs n. 163/2006, nel definire la concessione di servizi, precisa che la stessa si caratterizza per il fatto che "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio", pur potendo, essere previsto anche un prezzo "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, le direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 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".

Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. C.d.S., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634).

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi.

Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione.

E tale assunto, è stato più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, la quale ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi allorché 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 (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C - 196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi (Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C - 206/08).

Tanto permesso, non v'è dubbio che la gara per cui è causa rientri tra quelle in cui "la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio", e, per ciò solo, tra le concessioni di servizi, ai sensi dell'art. 30, 2° comma, del D. Lgs 163/2006.

Infatti, la richiamata normativa 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 remunererà 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, del resto, si è espressa anche la Corte di Cassazione, con la 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... va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi... 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".

Conclusivamente, 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 definitiva di cui al successivo art. 75.

Né, giova evidenziarlo, l'assunto è contraddetto dall'invocato parere della AVCP n. 186 del 12 giugno 2008.

Nella fattispecie esaminata dall'Autorità, infatti, la stazione appaltante aveva espressamente previsto nella disciplina di gara, autolimitandosi, 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.

Per quanto sopra 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".

Infine, va rilevato come sia inconducente disquisire se i servizi di tesoreria siano o meno inclusi tra i codici CPV degli appalti, essendo viceversa essenziale verificare come è stata configurata in concreto la prestazione di quei servizi, posto che ciò che appunto caratterizza (e differenzia) l'appalto dalla concessione è la presenza di un corrispettivo per la prestazione a carico

della pubblica amministrazione e, conseguentemente, l'assenza di qualsivoglia traslazione dell'alea inerente la prestazione stessa in capo al soggetto privato.

Pertanto, nella specie, l'assenza di un corrispettivo a carico dell'amministrazione e la conseguente traslazione dell'alea inerente la prestazione a carico del soggetto privato, non può che sostanziare una concessione di servizio.

Conclusivamente, pare al Collegio che, nella specie, si sia in presenza di una gara per la concessione di un servizio di pregnante rilevanza pubblica, ancorché 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 - la Commissione non aveva il potere di escludere il concorrente che aveva puntualmente seguito le indicazioni della *lex specialis*, tenuto anche conto che si tratta di affidamento di un servizio a titolo gratuito, onde 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 (cfr. TAR Veneto n. 449 del 2010).

A corroborare tale conclusione è lo stesso atteggiamento della stazione appaltante, la quale, nel ribadire la procedura per l'affidamento del medesimo servizio, si premura di precisare espressamente che l'affidamento ricade sotto la disciplina di cui all'articolo 30 del codice di contratti pubblici. Il primo motivo di ricorso, in definitiva, va accolto con conseguente annullamento dell'esclusione della G. dalla gara e con annullamento della successiva procedura di gara per illegittimità derivata.

La opinabilità della questione al momento dell'adozione dell'atto impugnato giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate e contributo a carico del Comune resistente come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Michele Buonauro, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

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