

I principi dell'evidenza pubblica e le concessioni di servizi: il Consiglio di Stato sull'immodificabilità dei criteri di valutazione in corso di gara

di

Data di pubblicazione: 24-6-2015

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755

Presidente Baccharini; Estensore Meschino

La regola della non modificabilità in corso di gara dei criteri di valutazione predeterminati dalla lex specialis è valida in via generale anche per le procedure di affidamento delle concessioni di servizi, tanto più quando siano già state aperte le buste delle offerte, in quanto applicazione diretta dei fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di effettività del loro confronto competitivo, che sono osservati se il confronto è eseguito per tutti i concorrenti secondo i parametri certi e comuni sulla cui base ciascuno di essi ha definito l'offerta.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale ... del 2015, proposto dalla ditta ..., rappresentata e difesa dagli avvocati ..., ..., con domicilio eletto presso in Roma, Via ..., ...;

contro

..., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

..., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ..., ..., , con domicilio eletto presso ...in Roma, Via ..., ...;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 3014/2014, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del ... e del;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2015 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato ..., l'avvocato dello Stato ..., l'avvocato ... per delega dell'avvocato Caravita ...;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ... s.p.a. (in seguito anche soltanto ...):

- ha partecipato, riuscendo seconda classificata su tre concorrenti (essendo gli altri due la ... e la ...), alla procedura concorsuale (CIG ...) indetta dal ..., per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di erogazione all'interno del Liceo di bevande fredde, calde, *snack*/merendine, prodotti freschi quali panini, focacce, *brioche*s;

-con il ricorso n. 2932 del 2014 proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, ha chiesto l'annullamento: dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e di aggiudicazione provvisoria del contratto di affidamento del detto servizio in favore di ..., comunicati, rispettivamente, con note prot.../A24 del 16 ottobre 2014 e prot. .../A24 del 22

settembre 2014; di tutti i verbali della commissione interna di valutazione delle offerte in gara e, in particolare, di quelli delle sedute del 26, 29 agosto e 22 settembre 2014; nonché di ogni atto presupposto o consequenziale, anche ignoto alla Argenta, ivi compreso solo esemplificativamente l'eventuale contratto per l'attivazione della concessione oggetto del provvedimento impugnato.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione quarta, con la sentenza n. 3014 del 2014, pronunciata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., ha accolto il ricorso disponendo, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati; ha condannato l'amministrazione intimata alla rifusione delle spese del giudizio, liquidate in € 2.000,00 oltre gli oneri di legge, a favore della Argenta e alla restituzione del contributo unificato da questa versato.

3. Con l'appello in epigrafe è chiesta la riforma della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione dell'esecutività.

Alla camera di consiglio del 21 aprile 2015 l'esame della domanda cautelare è stato abbinato alla trattazione della controversia nel merito.

4. All'udienza del 19 maggio 2015 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado si rileva che:

- la commissione di gara, dopo avere attribuito alle offerte tecniche delle tre partecipanti lo stesso punteggio di 40 punti ed avere aperto le loro offerte economiche, ha formato una prima graduatoria secondo le prescrizioni della *lex specialis* di gara, risultando la ricorrente prima classificata, ma ha poi deciso di modificare i criteri di valutazione delle offerte economiche e proceduto nuovamente all'attribuzione dei punteggi, facendo prevalere l'offerta economica della ...;

- è stato così violato il principio per cui: i criteri di ammissibilità e di valutazione delle offerte nelle procedure ad evidenza pubblica devono essere indicati chiaramente ed esplicitamente nella *lex specialis* di gara; non possono essere poi modificati, anche in omaggio ai principi del legittimo affidamento e del *favor participationis*; le modifiche tanto più non possono essere introdotte a buste aperte, dopo avere accertato la consistenza delle offerte dei partecipanti, pena la violazione della *par condicio* fra i concorrenti;

- sono fondate di conseguenza le dedotte censure di violazione degli articoli 30 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici; in seguito Codice) e della *lex specialis* di gara e di eccesso di potere per diversi profili.

2. Nell'appello si afferma anzitutto che la sentenza di primo grado deve essere annullata, con la rimessione degli atti al primo giudice ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm., poiché pronunciata, violando gli articoli 60 e 74 cod. proc. amm., in lesione del contraddittorio in danno della controinteressata, qui appellante, non essendosi questa costituita ed essendo ancora pendente il termine per la costituzione di cui all'art. 46 cod. proc. amm.; né vale, nella specie, il regime della dimidiazione dei termini processuali, trattandosi dell'affidamento di una concessione di servizi e risultando l'applicazione del rito ordinario, inoltre, dall'importo del contributo unificato versato, dalla nota di iscrizione a ruolo e dalla implicita e non discussa adozione di tale rito.

Si deduce poi l'inammissibilità del ricorso della ... per carenza di interesse non essendo stata formata alcuna graduatoria all'esito dell'apertura delle offerte economiche e non essendo perciò vero che la stessa vi sia stata collocata come prima; la Commissione infatti nella medesima seduta (18 luglio 2014), riscontrate difformità nei prezzi di taluni prodotti, ha soltanto richiesto ai tre partecipanti chiarimenti (sulle grammature e gli ingredienti), come previsto dall'art. 5 del disciplinare di gara al fine di una "migliore valutazione" proprio "in sede di esame delle offerte" e perciò anche a buste aperte; né sono stati violati il citato art. 30 del Codice o la *par condicio* tra i concorrenti dal momento che i criteri di valutazione predeterminati sono rimasti immutati con l'applicazione consentita di un fattore matematico correttivo, ricorrendosi ad un'operazione di ponderazione e omogeneizzazione delle valutazioni delle offerte prevista dalla stessa normativa sui contratti soggetti alla disciplina del Codice (art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010) nonché richiamata in giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V. n. 2013 del 2002).

Non sussiste, infine, violazione dell'art. 83 del Codice, poiché norma non applicabile al caso in esame sia perché relativo a una concessione di servizi ai sensi dell'art. 30 dello stesso Codice sia perché concernente una prestazione riconducibile a quelle di cui all'Allegato 2 B del Codice e perciò estranee all'art. 83 anche in caso di appalto.

3. L'appello è infondato.

3.1. Non sussiste anzitutto l'asserita lesione del contraddittorio nel giudizio di primo grado in danno della controinteressata (qui appellante).

Sull'applicazione dell'art. 60 cod. proc. amm. questo Consiglio di Stato ha chiarito che *"L'appello può essere definito in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c. p.a. , anche se non sono decorsi i termini per la costituzione delle parti, in quanto l'osservanza della garanzia del contraddittorio qui risulta assicurata dalla rituale notifica del ricorso e dal rispetto del termine dei venti giorni, per la discussione sull'istanza cautelare dall'ultima notifica, concesso ai fini della costituzione delle parti intimare. L'esigenza e l'opportunità della sollecita decisione nel merito di una causa è infatti rimessa dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti per cui, ai fini della decisione in forma semplificata in esito all'udienza cautelare, non è necessario che siano consumati i termini per la costituzione degli appellati. Il contraddittorio deve infatti ritenersi rispettato allorché sono presi a parametro di raffronto i termini del giudizio cautelare, che come tale, può sempre essere convertito in giudizio di merito, e non già quelli di quest'ultimo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 27 giugno 2011 n. 3836; idem sez. V 21 ottobre 2011, n. 5658; sez. V 27 giugno 2012 n. 3777; sez. III 1*

febbraio 2012 n. 506, ecc.)” (Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2012, n. 5904).

Il Collegio condivide questo indirizzo, definito riguardo la decisione in forma semplificata in sede cautelare in appello ma valido anche per quella in primo grado; la possibilità della pronuncia di merito in sede di decisione della domanda cautelare è infatti prevista dalla normativa processuale come propria della relativa fase, le parti intimamente ritualmente notificate sono perciò a conoscenza di tale possibilità e quindi, se il giudizio cautelare è regolarmente tenuto secondo i termini di cui all’art. 55, comma 5, cod. proc. amm., possono costituirsi ed essere presenti nell’udienza camerale per ogni connesso adempimento; depone in tal senso la previsione per cui il collegio pronuncia sull’istanza cautelare nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno *“dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell’ultima notificazione”* (art. 55, comma 5. citato) e può definire il giudizio in forma semplificata sentite le parti costituite *“purché siano trascorsi almeno venti giorni dall’ultima notificazione del ricorso”* (art. 60, comma 1), venendo evidentemente ritenuta la completezza del contraddittorio con il perfezionamento dell’ultima notificazione e consentita perciò l’ipotesi della sentenza breve nella camera di consiglio convocata dal ventesimo giorno successivo.

Per il caso in esame si riscontra che, come precisato nello stesso appello, la notificazione del ricorso di primo grado alla ... era avvenuta in data 23 ottobre 2014 e che l’udienza camerale è stata convocata il 10 dicembre successivo, con il decorso perciò del previsto termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso e la rituale pronuncia, in pari data, della sentenza in forma semplificata, non avendo rilievo per questo profilo il richiamo della tipologia di affidamento quale concessione di servizi.

3.2. L’interesse della ... al ricorso di primo grado sussiste considerato che, a fronte del pari punteggio di 40 attribuito a tutte le offerte tecniche (verbale del 18 luglio 2014), la sua offerta economica era stata ritenuta la migliore, con punti 55,62, rispetto a punti 52,02 per ... e 53,35 per ... (relazione della Commissione di gara del 22 settembre 2014), con la conseguenza per ... di risultare oggettivamente, in tale fase, prima classificata, venendo ciò modificato a seguito dell’attribuzione di punti 56,82 a ..., 55,08 alla ... e 51,13 a ... per effetto dell’utilizzo *“dei criteri correttivi individuati unanimemente nella riunione del 26 agosto 2014 che integrano la valutazione finale dell’offerta economica...”*.

3.3. Nel merito si deve anzitutto richiamare, come già chiarito da questo Consiglio (Ad. plen., sentenza n. 13 del 2013) che, pur non potendosi ritenere applicabili alle concessioni di servizi tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, non di meno l’art. 2, comma 1, del Codice prevede che *“l’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l’affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nello stesso codice.”*, essendosi altresì affermato nella giurisprudenza comunitaria che *“la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici.”*, per cui l’art. 30 del Codice *“si inserisce nell’ottica di una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti, con l’obiettivo, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori*

a rispettare anche nelle procedure di affidamento delle prime i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza invasi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara, nella quale si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale."

Da tanto deriva che la regola della non modificabilità in corso di gara dei criteri di valutazione predeterminati dalla *lex specialis* è valida in via generale anche per le procedure di affidamento delle concessioni di servizi, tanto più quando siano già state aperte le buste delle offerte, in quanto applicazione diretta dei fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di effettività del loro confronto competitivo, che sono osservati se il confronto è eseguito per tutti i concorrenti secondo i parametri certi e comuni sulla cui base ciascuno di essi ha definito l'offerta.

Né l'ipotizzata inclusione del contratto in questione tra gli appalti di servizi di cui all'Allegato II B del Codice dei contratti pubblici varrebbe a far ritenere esente dall'applicazione di principi fondamentali il relativo affidamento, pur sempre svolto con procedura ad evidenza pubblica.

3.4. In questo quadro si deve rilevare che nel procedimento per cui è causa tali principi non sono stati osservati.

3.4.1. Nel punto 5 del Disciplinare di gara è stato disposto che *"Per la comparazione delle offerte, si prenderanno in considerazione i criteri obbiettivi e comparativi indicati nel presente paragrafo, con i relativi punteggi. In sede di esame delle offerte, potranno essere richiesti elementi integrativi per consentire una migliore valutazione, senza modificare le ipotesi prescritte"*:

Nel medesimo Disciplinare si indica che l'offerta economica avrebbe dovuto essere redatta utilizzando *"l'allegato 4 alla documentazione di gara"*, in cui si prescrive di specificare i prezzi per l'acquisto delle diverse categorie di prodotti in moneta e con "chiavetta" o "scheda ricaricabile", con la precisazione che *"Per ciascuna categoria, come spiegato nel Disciplinare, il punteggio massimo sarà attribuito rispettivamente alla ditta e/o alle ditte che avranno offerto il minor prezzo medio (somma dei singoli prezzi proposti divisa per il loro numero, ad es. $0,30+0,32+0,35/3=0,32$)"* e che *"In caso di difformità fra il prezzo espresso in cifre e quello espresso in lettere, sarà considerato valido quello più conveniente per la Scuola"*;

I chiarimenti poi richiesti in data 18 luglio 2007 (nota n. .../A24) hanno riguardato la grammatura, il peso o la tipologia per taluni prodotti, precisandosi che al termine della "valutazione delle offerte" sarebbe stata comunicata la data di aggiudicazione; la Commissione quindi, nella seduta del 26 agosto 2014, pervenuti i dati richiesti, ha stabilito i "criteri correttivi che integrino la valutazione finale dell'Offerta economica, basata sulla media aritmetica, con il rapporto tra costo unitario dei prodotti e peso comunicato o quantità dell'ingrediente caratterizzante i prodotti stessi" e individuato "unanimemente il fattore correttivo nel rapporto tra il prodotto a minor peso o minor contenuto di ingrediente caratterizzante e il prodotto preso in esame".

3.4.2. Da quanto sopra emerge: che l'acquisizione di "elementi integrativi" è consentita dal punto 5 del disciplinare di gara per consentire "una migliore valutazione" delle offerte presentate ma nel limite delle "ipotesi prescritte", cioè, non può che intendersi, in riferimento ai parametri di valutazione dati nel Disciplinare di gara; che con i parametri "aggiuntivi" individuati per i chiarimenti e i conseguenti criteri ritenuti per l'ulteriore valutazione delle offerte economiche, espressamente qualificati come "correttivi", è stato nella specie introdotto un criterio di valutazione (rapporto tra costo e peso o quantità dell'ingrediente) in alcun modo rapportabile a quello predeterminato nella *lex specialis* (minor prezzo medio quale somma dei singoli prezzi proposti divisa per il loro numero); che, di conseguenza, si deve ritenere violato il principio della immodificabilità dei parametri di valutazione in corso di gara, ciò che è tanto più rilevante nel caso dell'avvenuta conoscenza delle offerte economiche, non valendo in contrario la previsione dell'art. 119 del d.P.R. n. 207 del 2010 sulle offerte a prezzi unitari, poiché relativa all'ipotesi della mera correzione da parte della stazione appaltante di errori di calcolo, riguardo i prodotti o la somma finale, fermi però restando i prezzi unitari (comma 7) né la citata sentenza di questo Consiglio n. 2013 del 2002, poiché in essa è accertato, in ogni caso, che la "omogeneizzazione" dei prezzi offerti era già stata "predelineata, a ben vedere, dalla stessa Commissione, in un momento antecedente rispetto a quello dell'apertura delle offerte economiche" ed è richiamato lo specifico criterio ivi previamente definito allo scopo.

4. Per le ragioni che precedono l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono, come di regola la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 1860 del 2015.

Condanna la ..., appellante, al pagamento delle spese del presente grado del giudizio a favore dell'intimata s.p.a. ..., che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre gli accessori di legge se dovuti.

Spese compensate nei confronti dell'Amministrazione intimata.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2015, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Carlo Mosca, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

1. OGGETTO DELLA SENTENZA

Con la pronuncia che si commenta il Consiglio di Stato ha mosso un ulteriore passo in avanti verso l'assimilazione delle concessioni di servizi agli appalti sotto il profilo disciplinatorio degli istituti.

La fattispecie concreta affrontata dal Collegio riguarda l'indizione da parte di un istituto scolastico di una gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di erogazione, all'interno del plesso, di bevande e snack.

La Commissione di gara, dopo avere attribuito alle offerte tecniche delle tre partecipanti lo stesso punteggio e avere aperto le loro offerte economiche, ha formato una prima graduatoria secondo le prescrizioni della *lex specialis* di gara, decidendo in seguito, tuttavia, di modificare i criteri di valutazione delle offerte economiche e procedendo nuovamente all'attribuzione dei punteggi, facendo prevalere l'offerta economica della ditta non classificatasi, in un primo momento, al primo posto.

Impugnato l'esito finale della gara il TAR lombardo aveva accolto il ricorso avanzato dalla ricorrente (odierna appellata). I giudici di Palazzo Spada, nel confermare la pronuncia di primo grado, hanno evidenziato che, pur non potendosi ritenere applicabili alle concessioni di servizi tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, non di meno l'art. 2, comma 1, del Codice prevede che *"l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nello stesso codice"*. L'art. 30, inoltre, se al primo comma sancisce l'espressa esclusione delle concessioni di servizi dall'ambito di applicazione del Codice, al terzo comma precisa che *"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, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale*

numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

A tal proposito, è stato già affermato nella giurisprudenza comunitaria, che la normativa di principio di derivazione comunitaria trova applicazione non limitatamente agli appalti di lavori, servizi e forniture, ma presenta una valenza pressoché generalizzata nel settore dei contratti pubblici, per cui, come opportunamente ribadito dal Consiglio di Stato, l'art. 30 del D.Lgs 163/2006 si inserisce nell'ottica di una progressiva assimilazione delle concessioni agli appalti, con l'obiettivo, di matrice europea, di vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare, anche nelle procedure di affidamento delle prime, i principi dell'evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza invalsi nelle seconde attraverso una procedura tipica di gara, nella quale si impone l'esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale.

Da tanto deriva che la regola della non modificabilità in corso di gara dei criteri di valutazione predeterminati dalla *lex specialis* è valida in via generale anche per le procedure di affidamento delle concessioni di servizi, tanto più quando siano già state aperte le buste delle offerte, in quanto applicazione diretta dei fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di effettività del loro confronto competitivo, che sono osservati se il confronto è eseguito per tutti i concorrenti secondo i parametri certi e comuni sulla cui base ciascuno di essi ha definito l'offerta.

2. PERCORSO ARGOMENTATIVO

È noto che, ai sensi dell'art. 30 del Codice degli appalti (D.lgs. 163/2006), le concessioni di servizi pubblici non sono assoggettate alle norme del Codice stesso. La scelta del concessionario deve però avvenire nel rispetto dei principi generali di matrice comunitaria in materia di contratti pubblici.

Tali principi generali sono alla base dell'intero impianto del Codice degli appalti e, quindi, ciascuna disposizione in esso contenuta, anche se non applicabile alle concessioni di servizi, trae origine da essi.

Consapevole dell'importanza di tali principi, il Consiglio di Stato, pure riunitosi sul tema in Adunanza Plenaria, ha fatto luce sull'esistenza di alcune norme del Codice degli appalti che devono essere considerate imperative ed inderogabili. Esse sono, infatti, applicazione diretta dei suddetti principi e devono quindi essere applicate anche alle concessioni di servizi, anche sovrapponendosi ed applicandosi alla *lex specialis* di gara.

Tra di esse, il Consiglio di Stato, aveva già inserito la disposizione che regola la nomina della commissione di gara che impone che la stessa sia nominata dopo la scadenza del termine per

la presentazione delle offerte e che sia composta da soggetti che non possono svolgere alcuna funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto da affidare. Tale norma, pur essendo contenuta nell'art. 84, commi 4 e 10, del Codice degli appalti, deriva direttamente dai principi di trasparenza e di imparzialità ed ha quindi efficacia imperativa anche nelle concessioni di servizi.

Tale orientamento del Consiglio di Stato, volto ad assimilare sempre più il regime applicabile alle concessioni a quello degli appalti - che il Collegio ha confermato con la decisione in rassegna - si innesta nel filone europeo di armonizzazione dei contratti pubblici di concessione, oggi attuato con la recentissima Direttiva 2014/23/UE.

Ad oggi, in attesa del recepimento della suddetta Direttiva, non tutte le disposizioni del Codice degli appalti hanno però tale efficacia per le concessioni di servizi, ma solo quelle che costituiscono estrinsecazioni essenziali dei principi di diritto dell'Unione europea applicabili. Altre norme del Codice possono essere richiamate nel bando e quindi applicate in quella particolare procedura di affidamento, ma non godono però di efficacia imperativa.

È questo il caso, ad esempio dell'applicazione dell'art. 75 del Codice degli appalti che stabilisce che l'offerta sia accompagnata da una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, calcolato sull'intero valore del rapporto e non solo sulla parte dello stesso riconducibile alla concessione. Si fa riferimento ai casi in cui la concessione rappresenti il rapporto prevalente, ma sia accompagnata ad altri rapporti, assimilabili ad esempio all'appalto di servizi.

Se invece la disposizione del Codice degli appalti non è contenuta nella *lex* di gara – né tantomeno è considerabile essenziale estrinsecazione di un principio generale dei contratti pubblici – allora la sua violazione non può condurre all'invalidazione della procedura.

3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dalle considerazioni appena riportate può desumersi che, pur non trovando le concessioni di servizi, a differenza delle concessioni di lavori pubblici, un sicuro ancoraggio normativo, tuttavia la Corte di Giustizia, e di riflesso la giurisprudenza interna, ha *'via via'* chiarito che la non applicabilità della Direttiva sugli appalti pubblici non comporta che le concessioni di servizi che *"presentino un interesse transfrontaliero, possano sfuggire all'applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE)"*.

L'applicazione dei principi comunitari alle concessioni di servizi si pone, quindi, in linea di continuità con la copiosa tradizione giurisprudenziale della Corte di giustizia europea, la quale più volte si è espressa in materia di concessione di servizi in favore dell'applicazione dei principi desumibili dai Trattati europei (Corte di Giustizia, sent. 21 luglio 2005, C-231/03).

Tali principi costituiscono un costante punto di riferimento per l'interpretazione della normativa europea, indifferentemente in materia di concessione e di appalti. Tale opzione ermeneutica si giustifica ampiamente tenuto conto delle evidenti similitudini tra le concessioni e i contratti pubblici rispetto ai quali viene ad essere la comune rilevanza degli interessi pretensivi dei soggetti che aspirano ad ottenere certi vantaggi o certe *chances* economiche (la gestione di un servizio o la costruzione di un'opera e la relativa gestione) offerti all'amministrazione.

L'ultimo tassello di questo percorso di "assimilazione", come anticipato, è rappresentato dalla Direttiva 2014/23/UE che ha il merito di aver assoggettato ad una disciplina unica ed uniforme le due tipologie di concessioni, di lavori e di servizi (assoggettando così anche quest'ultime all'intera disciplina dell'evidenza pubblica). Questa scelta è stata favorita dal fatto che la Direttiva di recente approvazione ha recepito, a grandi linee, i contenuti delle norme applicabili alle concessioni di lavori. È stata proprio la constatazione delle caratteristiche comuni delle due fattispecie di concessione ad aver concorso ad unificare la disciplina di affidamento sottolineando come i contratti di concessione sia di lavori che di servizi hanno in comune l'aspetto gestionale, a prescindere dal fatto che nella concessione di lavori l'aspetto realizzativo costituisce l'oggetto principale.

Come si evince dai considerando 1 e 4, scopo della Direttiva è quello di fornire un quadro normativo sicuro e certo rispetto alla confusione generata dalla differente applicazione dei principi generali, sia a livello giurisdizionale che a livello normativo dei singoli Stati membri. Nonostante il rilevante contributo della Corte di Giustizia che è intervenuta più volte anche per chiarire la differenza tra contratto di concessione e appalto pubblico, cercando di porre le basi di una disciplina uniforme delle concessioni (considerando 18), le distorsioni di mercato sono, infatti, state frequenti e pericolose.

4. PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2015;
- F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di Diritto Amministrativo, IV. I Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2014.