

Concessioni di servizi e termini di presentazione delle offerte.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 23-6-2016

1. La giurisprudenza di questo Consiglio ammette la rimessione in termini solo allorché sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto, dovuta ad una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa, ad uno stato di obiettiva incertezza per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, alla particolare complessità della fattispecie concreta, a contrasti giurisprudenziali o al comportamento dell'Amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti.

2. Il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'art. 70 del D.Lgs. 163/2006 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a venti giorni dalla data di invio dell'invito" (comma 5) – non è richiamato dall'art. 30 del codice degli appalti, tuttavia la disposizione dell'art. 70, comma 1, deve essere considerata espressione di un principio generale, applicabile anche alle gare per l'affidamento delle concessioni.

1) Conformi: Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5408; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4623; Cons. Stato, Ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3.

2) Conformi: Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 1873 .Contrari: Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385; 3 maggio 2012, n. 2552; 11 maggio 2009, n. 2864.

Guida alla lettura

La pronuncia in esame si sofferma sull'art. 70 del D.Lgs. 163/2006 ritenendo tale norma, in materia di **presentazione delle offerte** e di **giorni entro i quali le stesse devono essere presentate**, applicabili anche **in materia di concessione di servizi**.

Prima di soffermarsi su questo aspetto di merito, i Giudici del Tar Lazio affrontano anche il tema della **rimessione in termini** ricordando come la stessa nell'ambito del codice del processo amministrativo, trovi la sua disciplina positiva nell'art. 37 c.p.a. che prevede tale vicenda processuale, attivabile anche d'ufficio da parte del Giudice Amministrativo, **solo in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto**. In una prima autorevole pronuncia del Consiglio di Stato, la Sua Adunanza Plenaria ha ritenuto che la norma debba intendersi come di stretta interpretazione atteso che, in difetto, laddove il giudice amministrativo allargasse le maglie della casistica legittimante la rimessione in termini, si frustrerebbero i principi sanciti dall'art. 111 Cost. così come richiamati dall'art. 2 del c.p.a. ed in particolare quello della parità delle parti valutato sul versante del rispetto dei termini di decadenza del processo amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5408; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2014, n. 4623; Cons. Stato, Ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3).

In disparte il dato normativo di cui all'art. 37 c.p.a., ai sensi del quale la colpa è esclusa in presenza di un errore determinato da "*oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto*", sono considerati, tra l'altro, come modelli di riferimento, nel giudizio sulla concedibilità dell'errore scusabile, il comportamento di chi sia stato tratto in errore dall'oscurità e ambiguità della normativa applicabile, dal cambiamento del quadro legislativo, da contrasti giurisprudenziali, da attività equivoche poste in essere da parte della stessa pubblica amministrazione. Diversamente, non possono venire in rilievo anche gli aspetti di rilevanza soggettiva: gli impedimenti che rendono non imputabile la violazione devono essere di natura oggettiva. Nel giudizio di confronto tra la condotta concreta e la condotta tipica occorre prendere in esame anche la peculiarità della situazione che viene in rilievo per stabilire se effettivamente possa ritenersi che la violazione processuale non sia imputabile alla parte stessa per la ricorrenza di impedimenti oggettivi. Del resto, anche nei giudizi sulla colpa che si svolgono in ambito sostanziale non si può prescindere, pur in presenza di regole di condotta predefinite (a volte anche a livello normativo), dall'accertamento, imposta dalla natura dei giudizi stessi, della specificità della fattispecie concreta. Non si deve, dunque, effettuare un giudizio meccanico di comparazione ma, per evitare una non consentita sovrapposizione tra le due condotte sopra indicate, è necessario valutare la particolarità del singolo caso.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha, poi, precisato che nel processo amministrativo la rimessione in termini per errore scusabile costituisce istituto di carattere eccezionale, atteso che introduce una deroga al principio cardine della perentorietà dei termini di impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 820).

Com'è noto, l'art. 70 del codice degli appalti dispone che "*nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte*" (comma 1), e nelle procedure negoziate "*il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a venti giorni dalla data di invio dell'invito*" (comma 5). Benché tale articolo non sia richiamato dall'art. 30 del codice degli appalti che regola le concessioni di servizi, deve essere considerato espressione di un

principio generale, applicabile anche alle gare per l'affidamento delle concessioni, tra le quali rientra la gara in esame (cfr Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 1873).

Difatti la Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2006/C179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", ha affermato che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto, e che tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite la previsione di termini adeguati per la presentazione delle offerte, specificando che i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta.

Tuttavia sul punto la giurisprudenza non è sempre stata univoca. Ed infatti diversa e contraria giurisprudenza ha ritenuto che fosse inapplicabile la disciplina dettata dall'art. 70 del Codice dei contratti pubblici sul termine per la presentazione delle offerte per le procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici alle gare indette per la concessione di servizi pubblici.

L'art. 30, comma 1, del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici) stabilisce, infatti, che salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi. Pertanto, sarà erronea l'applicazione analogica della disciplina dettata all'art. 70 del Codice dei contratti pubblici sul termine per la presentazione delle offerte concernente le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara in materia di appalti alla diversa materia delle concessioni di servizi, in palese violazione della previsione racchiusa nell'art. 30, comma 1, del medesimo Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864).

In altre pronunce, la giurisprudenza ha, infatti, precisato che l'applicabilità alle concessioni di servizi delle disposizioni del codice dei contratti può avvenire in conseguenza di un richiamo ad esse da parte della normativa di gara, e dunque in virtù di un autovincolo espresso dell'amministrazione aggiudicatrice (tra le altre Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552; 2 maggio 2013, n. 2385).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;sul ricorso numero di registro generale 442 del 2016, proposto da: Fernando Muci, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro De Matteis, Luigi Suez, con domicilio eletto presso il primo in Sannicola, Via V. Emanuele II, N. 33;

contro

Comune di Gallipoli, rappresentato e difeso dall'avv. Sandro Matino, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, Via Templari,10/A;

nei confronti di

E.P. Service Società Cooperativa, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Altieri, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar in Lecce, Via F. Rubichi 23;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 2391 del 23.12. 2015 comunicata in pari data con cui il Dirigente dell'Area n. 2 "Polizia Comunale ed Amministrativa" annulla in autotutela l'aggiudicazione provvisoria già disposta in favore del ricorrente in esito alle operazioni di gara avvenute l'1.9.2015 e dispone l'aggiudicazione in via provvisoria dei servizi in affidamento alla ditta E.P. Service s.c. seconda classificata;

della comunicazione di avvio del procedimento in autotutela resa con nota del 13.10.2015 prot. n. 42182;dell'atto di aggiudicazione definitiva in favore della E.P. Service s.c. ove nelle more adottato;

ove occorra, della nota 8.9.2015 prot. n. 0036450 del Dirigente dell'Area n. 1 - SUAP;

nonché, in parte qua e nei limiti del dedotto interesse, del bando di gara per la "concessione del servizio di rimozione coatta, blocco, trasporto e custodia veicoli" e del relativo Capitolato;

di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato;

per la condanna al subentro nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gallipoli e della E.P. Service Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2016 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi l'avv. A. De Matteis, anche in sostituzione dell'avv. L. Suez, per il ricorrente, e l'avv. B. Taurino, in sostituzione dell'avv. S. Matino, per il Comune;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il ricorrente è risultato aggiudicatario della gara per l'affidamento della "concessione del servizio di rimozione coatta – blocco, trasporto e custodia veicoli" indetta dal comune di Gallipoli.

Con provvedimento del 23 dicembre 2015, il Comune ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria e ha provveduto ad aggiudicare la gara a E.P. service S.C..

Il Comune e la controinteressata hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per tardività e hanno controdedotto nel merito.

Il ricorrente ha comunque richiesto di essere rimesso in termini per errore scusabile.

Alla camera di consiglio del 25 maggio 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In relazione alla eccezione di tardività è da rilevare che il Consiglio di Stato, con ordinanza del 12 maggio 2015 n. 1927, ha rimesso alla Adunanza Plenaria "la questione relativa all'applicabilità del rito speciale previsto dagli artt. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. e dell'art. 120 c.p.a. alle concessioni dei servizi", con particolare riferimento al termine per l'impugnazione, e la questione "relativa all'applicabilità della rimessione in termini per errore scusabile e, dunque, alla corretta interpretazione dell'art. 37 c.p.a."

Il Collegio ritiene di far proprio l'orientamento espresso dall'ordinanza sopra citata, con la quale, nel darsi atto che "la giurisprudenza di questo Consiglio ammette la rimessione in termini solo allorché sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto, dovuta ad una situazione normativa obiettivamente ambigua o confusa, ad uno stato di obiettiva incertezza per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, alla particolare complessità della fattispecie concreta, a contrasti giurisprudenziali o al comportamento dell'Amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 10.2.2015, n. 671; Cons. St., sez. IV, 30.11.2015, n. 5408)" si è valutato che nel caso all'esame mancasse proprio la chiarezza ed univocità del quadro normativo, con la conseguenza che sarebbe stato concedibile l'errore scusabile.

“Richiamando quanto sopra chiarito dalla sentenza n. 33 del 10.12.2014 della stessa Adunanza, infatti, l'errore rispetto al quale dev'essere accertata la scusabilità è, in questo caso, quello relativo all'omessa, tempestiva attivazione di un potere processuale, quale quello dell'impugnazione, entro il termine dimidiato di 30 giorni, dell'aggiudicazione definitiva in favore di Sigma s.r.l., e le ragioni che l'hanno impedita potrebbero qui proprio riferirsi a difficoltà interpretative della normativa di riferimento circa i presupposti, le modalità, i termini o gli effetti dell'esercizio della potestà in questione, difficoltà che, per tutte le ragioni vedute, compete all'Adunanza Plenaria dirimere. È dalla chiarezza del quadro normativo, infatti, che dipende la scusabilità dell'errore processuale, sicché quando è questo stesso quadro ad apparire incerto o sfumato, come nel caso di specie, l'ignorantia legis non sembra ascrivibile ad una inescusabile negligenza della parte, ove la specialità del rito, che certo deroga alle ordinarie regole processuali e costituisce un limite, pur giustificato da esigenze di speditezza connesse a specifiche materie, al diritto di difesa, appaia controversa nel suo stesso presupposto applicativo”.

In sostanza, proprio l'incertezza dell'applicabilità o meno degli artt. 119 e 120 c.p.a. alle concessione di servizi induce a ritenere applicabile al caso di specie l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile.

Nel merito, il ricorso è fondato laddove si censura l'illegittimità del termine fissato per la presentazione delle offerte.

È da evidenziare che, sebbene l'art. 70 del codice degli appalti – per il quale “nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte” (comma 1); “il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a venti giorni dalla data di invio dell'invito” (comma 5) – non è richiamato dall'art. 30 del codice degli appalti, tuttavia la disposizione dell'art. 70, comma 1, deve essere considerata espressione di un principio generale, applicabile anche alle gare per l'affidamento delle concessioni, tra le quali rientra la gara in esame.

«Difatti la Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", ha affermato che "un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto", e che tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite la previsione di "termini adeguati" per la presentazione delle offerte, specificando che "i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta". Inoltre, come ricordato dalla ricorrente, questo Tribunale (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II ter, 23 maggio 2011, n. 4565) in un caso analogo a quello in esame, relativo ad una gara esclusa dall'applicazione integrale del codice degli appalti in quanto finalizzata all'aggiudicazione di un appalto rientrante nell'allegato II-B del codice, ha censurato "l'esiguità del termine (dieci giorni)

lasciato ai potenziali concorrenti per la predisposizione di una adeguata offerta, tenuto conto, peraltro, del criterio di aggiudicazione prescelto coincidente con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa"» (Tar Brescia, sez. II, 20 marzo 2015, n. 409).

Nel caso in esame, il bando è stato pubblicato il 26 agosto 2015, mentre il termine per le offerte scadeva il 31 agosto, e quindi il termine complessivo era di solo 5 giorni, tra cui rientravano anche un sabato e una domenica, con la conseguenza che il termine effettivo era solo di tre giorni, determinando così una sostanziale difficoltà nella predisposizione delle offerte stesse

Inoltre, anche se l'art. 70 codice appalti, non è applicabile direttamente alla fattispecie in esame, è da rilevare che tale disposizione consente di fissare un termine inferiore a quello di venti giorni laddove sussistano "specifiche ragioni di urgenza", mentre nel caso in esame tali ragioni non emergono.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto.

Dall'accoglimento del ricorso discende, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, la declaratoria di inefficacia – a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza - dell'eventuale contratto medio tempore stipulato.

Quanto alle spese di giudizio, sussistono eccezionali ragioni per disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e dichiara l'inefficacia, a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, dell'eventuale contratto medio tempore stipulato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Claudia Lattanzi, Primo Referendario, Estensore

