



COMMENTI

Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE

di Giovanni D'Angelo

Art. 5 – Definizioni: «... L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile; ...».

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una direttiva sulle concessioni. – 2. La scelta (libera) tra autoproduzione (o autoprestazione) pubblica e affidamento a terzi dei servizi. – 3. La definizione della concessione di lavori e servizi. – 4. La trilateralità della concessione di servizi nella direttiva n. 23/2014. – 5. L'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014. – 6. La disciplina (unitaria) sulla tutela, la scelta del contraente e la durata delle concessioni. – 7. Conclusioni.

1. Le ragioni di una direttiva sulle concessioni

Le ragioni che hanno portato all'emanazione della direttiva sulle concessioni, con particolare riferimento a quelle di servizi, sono varie.

Fra tutte, però, una emerge con forza sia nei lavori che hanno preceduto la direttiva sia nei suoi *considerando*.

Nel 2010 la Commissione aveva valutato la necessità e l'impatto di una iniziativa sull'istituto delle concessioni, attraverso un'ampia consultazione delle parti interessate¹.

Il punto di partenza della Commissione era rappresentato dalla definizione delle concessioni accolta nell'art. 1, punto 3 e 4, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio², secondo cui le concessioni sono con-

¹ *An EU initiative on concessions. Questionnaire to contracting authorities*, in www.osservatorioappalti.unitn.it. Sulla procedura di consultazione v. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm. In questo contesto, la Commissione aveva predisposto un questionario al fine di apprendere dalle autorità pubbliche che aggiudicano le concessioni, nonché dalle loro associazioni, la loro esperienza, sentire il loro parere sulla disciplina in materia di concessioni di lavori (quella di servizi non era disciplinata), raccogliere proposte di miglioramento. Il questionario era parte di una più ampia consultazione delle parti interessate, che comprendeva una consultazione aperta e altri due questionari specifici indirizzati alle parti sociali e alle imprese private e pubbliche.

² Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

tratti simili agli appalti pubblici, ma presentano la caratteristica che il contraente sopporta il rischio economico della gestione dell'opera o del servizio³. Analogamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, aveva rilevato che nella concessione il rischio operativo grava, in misura integrale o comunque significativa, sul concessionario⁴.

Il fine dichiarato era quello di migliorare il quadro giuridico. Una direttiva sulle concessioni avrebbe dovuto avere lo scopo di facilitare il loro l'uso e di garantire il miglior rapporto qualità prezzo sia per gli utenti che per le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la certezza del diritto, la trasparenza e la parità di trattamento degli operatori economici. Sarebbe stata inoltre utile per rafforzare la concorrenza e il mercato interno nei contratti di concessione, e contribuire agli obiettivi politici dell'Unione Europea in materia di partenariati pubblico-privato⁵.

Anche le modalità per il raggiungimento di questi obiettivi erano state dichiarate dalla Commissione: la garanzia della certezza del diritto non doveva rendere il quadro normativo troppo complesso o oneroso per l'interprete. In altri termini, la nuova direttiva avrebbe dovuto intervenire in misura proporzionale agli obiettivi dichiarati.

Nella direttiva, tale *ratio* dell'intervento legislativo europeo sulle concessioni appare espressa, per un verso, con maggiore ampiezza, per l'altro, in modo più articolato.

In primo luogo, il rischio di mancanza di certezza giuridica è imputato alle interpretazioni divergenti dei principi del Trattato da parte dei legislatori nazionali e alle disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Questo rischio non è stato del tutto scongiurato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha affrontato solo alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione⁶.

In Italia, il tentativo, spesso 'forzato', della giurisprudenza amministrativa di definire i principi in tema di contratti pubblici applicabili alle concessioni ha destato perplessità. Da questo punto di vista, è significativa Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13⁷, che ha ritenuto che in sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), del codice contratti⁸, in quanto espressione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall'art. 30, comma 3, dello stesso codice⁹.

3 Il diritto di gestire l'opera o il servizio costituisce anche la remunerazione del concessionario, eventualmente accompagnata da un prezzo.

4 Cfr., ad esempio, prima della pubblicazione del documento di consultazione, Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Essent Netwerk Noord B V*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, p. 2022, con nota di E. Mostacci, *Se la concorrenza chiede «aiuto» ...*; Corte giust., 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione/Italia*, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, 955.

5 Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Mobilitazione degli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, Bruxelles, 19 novembre 2009, COM(2009) 615 def., in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0615&from=IT>.

6 Cfr. in particolare *considerando* (4).

7 In *Foro amm.-CdS*, 2013, p. 1176.

8 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

9 Per una lettura più restrittiva dell'art. 30, cfr. Cons. Stato, ad. plen. 30 gennaio 2014, n. 7,

La dottrina italiana ha evidenziato come questa pronuncia abbia sposato «una lettura molto aggressiva dei principi», disegnandoli «in modo estremistico, e discutibile, tanto che la disciplina della commissione incaricata dell'aggiudicazione dettata dalla legge Merloni, che la giurisprudenza ancora recentemente disegnava di eccezionale, diventa espressione di principi generali ben al di là della sua avvenuta estensione a tutti gli appalti pubblici ad opera del codice dei contratti pubblici»¹⁰.

Questo orientamento finisce con delineare un'assimilazione tra appalti e concessioni che, attraverso l'applicazione di prescrizioni molto dettagliate per l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, va ben al di là dell'applicazione di comuni principi generali. Secondo alcuni, però, il risultato è stato quello di generare «maggiori incertezze dato che estende quanto previsto dall'art. 30 alle norme che declinano i richiamati principi, senza però chiarire l'esatto criterio che deve adottarsi per ricondurre la norma al principio»¹¹.

Di questo profilo di incertezza, reso più grave se valutato con riguardo alle diverse interpretazioni fornite dalle corti dei singoli Paesi, la direttiva sembra consapevole, anche se il riferimento precipuo è al legislatore nazionale.

In secondo luogo, la *ratio* dell'intervento del legislatore europeo sembra assumere una dimensione più articolata. L'incertezza del quadro giuridico rappresenta l'occasione per affermare la centralità dei contratti di concessione, ritenuti strumenti importanti «in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione»¹². Il che significa (ri)affermare la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, almeno nel senso che tale disciplina sia funzionale a favorire la concorrenza per il mercato¹³.

Dal punto di vista della regolazione dei mercati, inoltre, la direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione appare significativa (almeno) per altri due profili, che saranno trattati in modo specifico nel corso di questo contributo.

Il primo è quello in ordine all'autonomia della pubblica amministrazione

in *Foro it.*, 2014, III, c. 429 con nota di A. TRAVI e in *Urb. app.*, 2014, p. 665 con nota di G. BAIOTTO, *Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria*: la Plenaria ha ritenuto che l'art. 37, comma 13, codice contratti (che, per il caso di raggruppamento temporaneo d'impresе, impone di indicare, già nell'offerta, la corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni) non si applica alle procedure selettive per la concessione di pubblico servizio.

10 R. CARANTA, *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2373. In senso critico pure G.F. NICODEMO, *Concessioni di servizi: nuove regole per l'affidamento. Il new deal dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. app.*, 2013, p. 924 ss., anche in ragione di una corretta interpretazione della natura e dell'ambito di applicazione dell'art. 84 codice contratti.

11 NICODEMO, *Concessioni di servizi: nuove regole per l'affidamento*, cit., p. 926.

12 *Considerando* (3).

13 Sui problemi posti nel suo complesso dalla regolazione finalizzata alla promozione della concorrenza e sugli strumenti della regolazione pro-concorrenziale v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, pp. 5-7 e pp. 9-12.

Sulla concorrenza per il mercato, con particolare riferimento ai servizi pubblici locali, la dottrina è numerosissima. Cfr. tra gli altri M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 127 ss. e ivi F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, p. 7.

Sulla gara come modalità di regolazione pro-concorrenziale del mercato cfr. A. PERINI, *Concorrenza, regolazione amministrativa e società di servizi pubblici*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2007, pp. 143-144.

Sul rapporto specifico tra concorrenza e concessioni cfr. M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziati pubblici. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 43 ss.

quanto all'individuazione e all'organizzazione dei servizi, anche quelli di interesse generale di carattere economico. L'espressione più significativa di tale autonomia è rappresentata dalla possibilità di scelta dell'amministrazione tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi, che si pone a monte di ogni aspetto regolatorio della nuova disciplina sulle concessioni e che comporta la necessità di delimitare il campo di operatività delle regole sulla concorrenza dell'Unione europea.

Il secondo è quello in ordine alla distinzione tra concessione e appalto, che presenta, in particolare nella individuazione dei caratteri essenziali della concessione, elementi di discontinuità rispetto alla lettura tradizionale di questo istituto. Ciò comporta la necessità di ridefinire la linea di demarcazione tra l'appalto e la concessione e dunque, in definitiva, il confine delle rispettive discipline che l'amministrazione è tenuta ad applicare.

2. La scelta (libera) tra autoproduzione (o autoprestazione) pubblica e affidamento a terzi dei servizi

Si è anticipato che la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, è un profilo differente e logicamente subordinato rispetto quello relativo alla scelta tra autoproduzione (o autoprestazione) e affidamento a terzi dei servizi.

Non è nuovo il dibattito intorno alla affermazione che l'ordinamento comunitario resterebbe estraneo alla libera scelta degli Stati di ricorrere al mercato o all'autoproduzione¹⁴. Il dibattito è stato alimentato anche di recente da contributi che hanno sostenuto la condivisibilità di tale affermazione solo se riferita ai servizi di interesse generale di carattere non economico, che per definizione sono estranei al vincolo comunitario dei principi concorrenziali¹⁵.

Il dibattito è stato significativo soprattutto in alcuni settori – penso per esempio al trasporto pubblico locale, e in generale nei servizi pubblici locali di rilievo economico – dove le scelte del legislatore nazionale sembrano essere state guidate prevalentemente da esigenze di contenimento della spesa pubblica, nell'ambito di un'impostazione complessiva che ha eluso la dimensione di utilità sociale caratteristica di questi servizi¹⁶.

Peraltro, questa impostazione ha generato 'resistenze', anche in quanto non fondata su una scelta espressa dalla 'democrazia locale o regionale' (secondo l'espressione del legislatore europeo)¹⁷; resistenze che a loro volta si

¹⁴ Sul punto la dottrina è vastissima; si segnalano, tra i contributi più recenti, M. LIBERTINI, *Le società di produzione in mano pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *www.federalismi.it*, 2011, in particolare § 6; C. IAIONE, *Le società in-house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, p. 137 ss.; S. DEL GATTO, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 495. Cfr. anche la nota n. 19 e la dottrina ivi richiamata.

In precedenza, con accenti più vicini alle ragioni della tutela della concorrenza, cfr. D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, in particolare pp. 22-23.

¹⁵ In particolare v. M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico Privato"*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1416 ss.

¹⁶ Cfr. M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. economia*, 2012, p. 516.

¹⁷ Per esempio, nel settore dei trasporti pubblici locali, prima dell'approvazione del regola-

sono tradotte in un susseguirsi di modifiche legislative incoerenti rispetto al quadro delineato dalla riforme di questi settori tra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo secolo, e a volte perfino tra loro contraddittorie anche se ravvicinatissime.

Il dibattito parrebbe ora essere ad un punto di svolta.

La direttiva 23/2014 precisa in più disposizioni che gli Stati membri mantengono intatta la loro libertà sia, a monte, di individuazione di quali servizi siano da considerarsi di interesse generale sia di organizzazione, non essendo tenuti ad esternalizzare la fornitura di servizi¹⁸.

Del resto tali libertà sono garantite dal TFUE¹⁹ e dalla interpretazione

mento n. 1370/2007, emergeva un orientamento politico (soprattutto in seno al Parlamento) molto attento a bilanciare il principio della concorrenza con altri interessi, in particolare modo con il c.d. principio della democrazia regionale o locale.

Durante i lavori preparatori del regolamento, si era sostenuto con forza un maggiore spazio per «il principio di sussidiarietà» e la necessità di ricondurre la responsabilità dei trasporti locali agli enti territoriali, conservando il diritto delle autorità competenti di effettuare le prestazioni di trasporto direttamente, o tramite imprese proprie senza ricorrere a gara pubblica. Si riteneva che non fosse ammissibile costringere le autorità pubbliche ad abbandonare i servizi di trasporto pubblico locale per sottoporli ad una aggiudicazione concorrenziale. Le amministrazioni che avessero ritenuto più economico, sicuro ed efficace mantenere nelle loro mani i trasporti pubblici avrebbero dovuto mantenere tale diritto. La decisione sul punto avrebbe dovuto spettare unicamente alla «democrazia locale o regionale»: l'auspicio, dunque, era nel senso che sulla base del principio di sussidiarietà le autorità competenti avrebbero potuto optare per un «deliberato approccio non commerciale».

Simile preoccupazione veniva espressa dal Parlamento italiano anche nei lavori preparatori dell'art. 35 legge 28 dicembre 2001, n. 448, la prima di tante riforme dei servizi pubblici locali dell'ultimo periodo.

A me pare che questo punto di vista sia stato recepito in pieno con riferimento al settore del trasporto pubblico locale. A questo riguardo è opportuno ricordare l'art. 5.2 reg. n. 1370/2007: «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale ... hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale ... esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture ...». Nello stesso senso anche il *considerando* (18) del regolamento.

18 V. *considerando* (5); art. 2 (Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche); art. 4 (Libertà di definire servizi di interesse economico generale). Nello stesso senso anche la direttiva 2014/24 sugli appalti, v. art. 1, comma 4. Cfr., inoltre, l'art. 1 protocollo n. 26 TFUE.

19 Spesso, per sostenere la tesi contraria sulla necessità di un'apertura 'incondizionata' al mercato viene richiamato l'art. 106 TFUE. Tuttavia, occorre evidenziare che le regole di concorrenza che la disposizione richiama, e a cui le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale sono sottoposte, sono quelle contenute nel Capo 1 del Titolo VII del TFUE (che comprende regole applicabili alle imprese, e regole sugli aiuti concessi dagli Stati) e che nessuna di queste disposizioni riguarda l'affidamento a terzi dei servizi di interesse economico generale (SIEG).

In definitiva, le norme del TFUE, nel promuovere la creazione di un mercato unico, stabiliscono che quando un mercato esiste deve essere libero, salvi gli aiuti e le deroghe necessari per garantire l'adempimento degli obblighi di servizio universale. Le stesse norme lasciano libere le autorità statali nel decidere se e come intervenire nel settore dei SIEG.

Di conseguenza si può concludere che l'esternalizzazione dei SIEG non sia una scelta necessaria per l'ordinamento comunitario: né in termini generali; né in termini di tutela della concorrenza. In questo senso, molto chiaramente, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2012, p. 723 ss., in particolare p. 739 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA-M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011, pp. 119-120, che evidenzia con precisione che le regole sulla concorrenza dell'Unione europea «iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenerne su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi ... La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizza-

che ne è stata dalla Corte di giustizia²⁰ e dalla Commissione²¹. Il diritto europeo dei contratti pubblici, ed oggi la direttiva concessioni, entrano in gioco una volta che un Paese membro abbia deciso per l'*outsourcing* di determinate funzioni²². Peraltro, alcuni studi hanno evidenziato una tendenza diffusa in Europa al c.d. *insourcing* di servizi pubblici già privatizzati²³ ('pendolo').

In Italia, dopo il referendum del 2011 e Corte cost. 20 luglio 2012, n. 199²⁴, anche la giurisprudenza amministrativa, con precipuo riferimento al modello *in house*, ha sostenuto più apertamente la tesi che il diritto comunitario *non impone* agli enti locali di affidare i servizi pubblici locali di rilevanza economica a terzi sul mercato²⁵.

re l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione».

20 Cfr. in particolare Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 134, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, e in *Urb. app.*, 2005, p. 288, con nota di R. DE NICTOLIS, *La corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, e in *Foro amm.-CdS*, 2005, p. 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della corte di giustizia*; e da ultimo Corte giust., 8 maggio 2014, causa C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, § 25: «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi».

21 *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007, Com(2007) 725 def., § 2, p. 4, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0725&from=IT>: «spetta fundamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale. Le autorità pubbliche possono decidere di erogare esse stesse i servizi oppure di affidarli ad altri soggetti, pubblici o privati, che possono agire a scopo di lucro oppure no».

22 Cfr. R. CARANTA-D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, p. 494.

23 H. WOLLMANN-G. MARCOU, *From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again? Comparative summary*, in H. WOLLMANN-G. MARCOU (a cura di), *The Provision of Public Service in Europe. Between State, Local Government and Market*, Cheltenham, 2010, pp. 240-260.

24 In *Foro it.*, 2013, I, c. 2758, con nota di R. ROMBOLI. La sentenza è stata commentata da moltissimi Autori, si segnalano qui alcuni dei contributi più significati rispetto al tema che si sta trattando: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2900; F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggiornamento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2013, p. 211; L. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno dell'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 679; J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, p. 155.

25 Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, I, 171: «Stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house*) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». «Il diritto comunitario pone per il modello *in house* limiti meno stringenti rispetto alla disciplina statale (art. 23-bis, d.l. n. 112/2008), non avendo mai espressamente e univocamente affermato che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica vi sia, per gli enti locali, un obbligo assoluto e inderogabile di affidarli a terzi sul mercato con esclusione dell'affidamento diretto a società *in house*».

3 La definizione della concessione di lavori e servizi

L'art. 5 della direttiva fornisce una definizione puntuale di concessione.

Al di là delle ovvie differenze quanto all'oggetto della concessione di lavori²⁶ e di quella di servizi²⁷, l'elemento che qualifica l'istituto è rappresentato dall'affermazione che la concessione comporta l'assunzione da parte del concessionario di un rischio operativo legato alla gestione.

Secondo la direttiva, il concessionario assume il rischio operativo solo nel caso in cui, in «condizioni operative normali», non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione. Inoltre, precisa la direttiva, il rischio trasferito al concessionario deve comportare «una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Nell'ambito del partenariato pubblico-privato, al quale tradizionalmente viene ricondotta anche la concessione di lavori o di servizi²⁸, l'assunzione di responsabilità e di rischi in capo all'operatore è un profilo che assumeva un rilievo particolare già nella decisione Eurostat del 2004²⁹.

Si tratta di un profilo che la Commissione ha più volte richiamato sin a partire dalla Comunicazione interpretativa del 2000³⁰ e successivamente ribadito³¹.

Ancora di recente la Commissione ha sostenuto con chiarezza, che «*the concept of risk is an essential element of the concept of concession. ... the concept of exploitation, implying the existence of a risk, is therefore essential in order to determine whether a service is a concession. ... The existence of a*

26 Quanto alla concessione di lavori, una prima lettura dell'art. 5, n. 1, lett. a), della direttiva potrebbe far pensare ad una differenza sostanziale rispetto all'art. 3, comma 11, codice contratti con riferimento all'oggetto del contratto a titolo oneroso. È infatti assente un richiamo all'affidamento della progettazione (esecutiva e/o definitiva) come possibile oggetto della concessione congiunto all'esecuzione di lavori. In realtà, la progettazione è inclusa nella nozione di «esecuzione di lavori» di cui al n. 7 dell'art. 5.

27 Prima della direttiva, per la distinzione tra concessione di costruzione e gestione e quella di pubblici servizi v. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, p. 129: nella prima «l'oggetto della prestazione è costituito dalla realizzazione dell'opera, mentre l'esercizio della stessa ha la funzione di riequilibrio economico, rappresentando il corrispettivo dell'appaltatore; nell'altra, invece, l'oggetto consiste nello svolgimento dell'attività di pubblico servizio, vale a dire di esercizio della relativa gestione, mentre la realizzazione eventuale di infrastrutture ha carattere strumentale».

28 V. l'art. 3, comma 15-ter, codice contratti.

29 *Treatment of public-private partnerships*, 11 febbraio 2004 in http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/EN/2-11022004-AP-EN.html. Sulla rilevanza di questo documento in relazione all'assunzione di responsabilità e di rischi in capo all'operatore, «ancorché soprattutto per ragioni di ordine contabile e finanziario», cfr. A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini di incerti di una categoria*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 16. Sull'individuazione delle tre principali forme di rischio nei rapporti di partenariato cfr. in particolare F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 709-711; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, p. 1201 ss.

30 *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 2000/C 121/2. Cfr. S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm-CdS*, 2013, p. 249, che sottolinea che in ambito comunitario, fin dalla Comunicazione del 2010, «il fattore che connota in via precipua l'istituto della concessione ... è stato individuato ... nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario».

31 *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008, C(2007)6661, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_it.pdf.

significant risk can only be verified on a case-by-case basis. The risks to be taken into account are those involved in providing the service or making available or using the work, particularly the risk associated with demand. In principle, the operator can be deemed to assume substantial operating risks if there is uncertainty as to the return on the investment made for providing the service»³².

Il rischio di gestione economica è stato riconosciuto come l'elemento che caratterizza la concessione anche dalla giurisprudenza comunitaria³³. Pur con alcune sfumature, la giurisprudenza comunitaria ne ha fornito un'interpretazione abbastanza rigorosa: esso deve essere inteso come l'esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio³⁴.

Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che essi sono insiti in qualsiasi contratto³⁵.

Nella direttiva queste affermazioni sono pedissequamente riproposte, in particolare nel *considerando* (20).

Eppure, accanto a significative conferme di orientamenti precedenti, la direttiva sembra segnare un punto di svolta nella definizione del concetto di rischio operativo legato alla gestione «comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi»³⁶ associata al superamento della tradizionale distinzione tra concessione di lavori e quella di servizi.

³² *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Brussels, 29.4.2013, SWD (2013) 53 final/2, p. 102, in http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf. Nella versione precedente del documento (7.12.2010, SEC(2010) 1545, final) cfr. pp. 75-76.

³³ Per un esame analitico di questa giurisprudenza v. G. CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 213 ss., in particolare pp. 227-232; E. MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2011, p. 1183 ss., in particolare pp. 1198 ss. e 1204, dove l'Autore sottolinea come la Corte abbia «imboccato con convinzione» il percorso indicato dalla Commissione europea sin dalla Comunicazione del 2000 «solo dopo un certo numero di tentennamenti»; F. PEIRONE, *La scelta del concessionario di servizi*, in *Foro amm.-CdS*, 2013, pp. 543-545.

³⁴ Corte giust., 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, in *Giurisd. amm.*, 2011, III, 332. Nello stesso senso Corte giust., 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma – A SIA*, in *Urb. app.*, 2012, 287 con nota di R. CARANTA, *La Corte ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, il quale ritiene che le ultime pronunce della Corte, in particolare a partire da Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, in *Racc.*, 2009, I-8377, sembrano aver «ridotto l'enfasi sul rischio che deve essere assunto dal concessionario» (p. 294). A me pare, invece, che anche in queste pronunce più recenti, la Corte di giustizia non si accontenti di «rischi molto ridotti» e ritenga che il rischio di gestione debba essere trasferito al concessionario in modo completo o almeno significativo (v. punto n. 77 in diritto della pronuncia *Eurawasser*).

³⁵ Corte giust., 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, cit. Inoltre, è stata esclusa la configurabilità della concessione qualora il rischio sia collegato alle competenze di regolamentazione dell'amministrazione aggiudicatrice in materia urbanistica e non al rapporto contrattuale derivante dalla concessione, in quanto, in questa ipotesi, il rischio non sarebbe collegato alla gestione (v. Corte giust., 25 marzo 2010, n. 451/08, *Helmut Müller GmbH*, § 78, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 999, con nota di G. CARULLO, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*).

³⁶ Art. 5 n. 1 della direttiva.

La direttiva fornisce una definizione puntuale dei due tipi di rischio, anche se solo nei *considerando*³⁷. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

Il rischio dal lato dell'offerta sembra coincidere con il rischio di disponibilità già definito nella decisione Eurostat del 2004. Si tratta dei casi in cui l'operatore non è in grado di consegnare il volume che è stato concordato contrattualmente o di soddisfare gli standard di sicurezza e di certificazione pubblica relative alla fornitura di servizi agli utenti finali, come specificato nel contratto. Oppure dei casi in cui l'operatore non soddisfa gli standard di qualità richiesti relativi alla consegna del servizio, come indicato nel contratto, e risultante da un evidente mancanza di "performance" del partner. Dunque, come ha efficacemente sintetizzato l'AVCP, il rischio di disponibilità «è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il *partner* privato deve rendere»³⁸.

Al di là della nuova formulazione, credo che il rischio operativo dal lato dell'offerta, indicato nella direttiva, coincida con il rischio di disponibilità, indicato in precedenza nella decisione Eurostat³⁹.

Appare convincente l'opinione di chi ha ritenuto che la direttiva abbia «individuato il comune denominatore economico che possono assumere i rischi, collocandoli nel contesto della dinamica classica del mercato», dove «si frangono domanda ed offerta ed i rischi si collocano in entrambi i versanti»⁴⁰.

Questo profilo di continuità rispetto al passato può rappresentare un elemento di novità se rapportato anche alle concessioni di servizi.

Come si è anticipato la direttiva supera la tradizionale distinzione tra la concessione di lavori e quella di servizi.

Ciò comporta che possa essere configurata una concessione di servizi anche nel caso in cui sull'operatore sia addossato il solo rischio dal lato dell'offerta.

Si tratta del modello delle concessioni c.d. fredde, disciplinate fino ad oggi solo per quanto riguarda la concessioni di lavori dall'art. 143, comma 9, del Codice⁴¹.

37 *Considerando* (20).

38 Determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4174.

39 Nello stesso senso, M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, pp. 746-747, che ritiene che «il motivo di questa mancata ripresa lessicale», nemmeno nei *considerando* della direttiva, «potrebbe risiedere nell'intenzione di voler accedere ad una ricostruzione del rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat degli investimenti in PPP». Sulla proposta in merito alla definizione di rischio operativo durante i lavori preparatori cfr. S. LEVSTIK, *Proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 143.

40 RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 747.

41 Cfr. anche *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30 aprile 2004, Com(2004) 327 def., § 23, p. 9, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=IT>: «in operazioni di altro tipo, il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto). L'esempio più tipico di questo modello è l'operazione di tipo PFI. In questo modello la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico. Questi pagamenti possono essere fissi, ma anche calcolati in modo variabile, in funzione, ad esempio,

Secondo la ricostruzione proposta dall'AVCP⁴², sono «fredde le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa» (è il modello per esempio adottato per scuole, carceri, ospedali). Nel caso delle opere fredde l'amministrazione concedente è tenuta a pagare al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo, ma a corrispondere periodicamente il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. In tal caso l'esborso effettuato dall'amministrazioni concedente è rilevante e costante non soltanto durante il periodo di realizzazione dell'infrastruttura ma anche nel periodo di gestione.

Perché siano effettivamente trasferiti in capo all'operatore economico i rischi economici legati a questo tipo di contratto, l'erogazione del prezzo e dei canoni deve essere subordinata all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dal concessionario, soprattutto in relazione al soddisfacimento degli standard di servizi predeterminati in termini di qualità o di volume⁴³.

Questo modello è stato considerato specifico della concessione di lavori ed è stato spesso rimarcato come nella concessione di servizi la remunerazione provenisse (in tutto o in parte) dagli utenti che usufruivano del servizio offerto dal concessionario.

Su questa lettura della concessione di servizi, ha giocato un ruolo importante anche la giurisprudenza comunitaria, che ha rimarcato spesso il profilo della remunerazione. Per esempio, la Corte di Giustizia europea ha affermato con vigore che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede principalmente nelle modalità previste per l'attribuzione del corrispettivo dovuto a fronte del servizio reso dall'operatore economico⁴⁴; che un appalto pubblico di servizi⁴⁵ comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi⁴⁶; che si è in presenza, invece, di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto dell'operatore economico di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione⁴⁷.

della disponibilità dell'opera o dei servizi ad essa relativi, o anche della frequentazione dell'opera» (quest'ultimo è il caso dei c.d. pedaggi ombra).

42 Determinazione n. 2/2011 cit.

43 Cfr. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 746. Sul tema v. N. LUGARESI, *Concessioni di lavori pubblici e finanza di progetto*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 572-573, che esprime contrarietà all'ammissibilità di una concessione per le opere fredde "pure", «che saranno normalmente oggetto di contratti di appalto», ma che riconosce quanto alle concessioni per opere "tiepide" la possibilità che l'amministrazione sia costretta a un esborso sensibile.

44 Cfr. in particolare Corte giust., 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, cit., § 51.

45 Ai sensi delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

46 Cfr. in particolare, Corte giust. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 271, con nota di G.F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, e in *Giust. amm.*, 2005, 1061, con nota di A. CLARIZIA, *La corte suona il de profundis per l'in house*, e in *Foro it.*, 2006, IV, c. 79, con nota di R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, e in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1915, con nota di F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133, con nota di G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*.

47 Cfr. in particolare Corte giust., sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, *Acoset*, in *Foro it.* 2010, IV, c. 514, con nota di H. SIMONETTI, *Gli affidamenti diretti a società miste all'esame della corte di giustizia: il servizio idrico integrato*, e in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, p. 251, con

E così la Corte di Giustizia ha ravvisato l'esistenza di una concessione di servizi nei casi in cui la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione⁴⁸.

Si tratta di affermazioni sostanzialmente condivise dal giudice amministrativo che ha rimarcato spesso che nella concessione il concessionario eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, mediante la riscossione di un prezzo da parte degli utenti. Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, che è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese. Salvo ritenere, in casi che hanno destato un vivace dibattito, che il servizio di trasporto pubblico urbano o il servizio di trasporto scolastico fossero da considerarsi un appalto in ragione di una specifica remunerazione erogata unicamente dall'amministrazione⁴⁹.

Prescindendo da alcune ambiguità di fondo in alcune pronunce (in particolare, è frequente la mancata distinzione tra destinatari sostanziali del servizio e erogazione della prestazione in favore dell'amministrazione in ragione di un prezzo corrisposto da essa corrisposto), la giurisprudenza europea⁵⁰ e nazionale⁵¹ ha ricostruito le concessioni di servizi essenzialmente con un rapporto trilaterale, nel quale gli utenti sono i destinatari del servizio e sono coloro che remunerano il servizio⁵².

A mio avviso, la casistica oggetto delle pronunce ha condizionato la lettura sul piano generale dell'istituto della concessione. Rimarcato spesso il profilo della remunerazione⁵³ in casi dove il servizio era rivolto a soggetti terzi ha finito con condizionare l'interprete anche sul piano degli elementi essenziali della concessione.

Ora però la direttiva estende il modello delle concessioni fredde alla con-

nota di G.F. FERRARI, *Società miste e affidamento diretto di servizi*, e in *Giur. it.*, 2010, p. 1193 con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, e in *Urb. app.*, 2010, p. 156 con nota di G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*; Corte giust. 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione/Italia*, §§ 29 e 31, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, III, p. 955; 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, cit., §§ 59 e 68.

48 Cfr. Corte giust., *Parking Brixen*, cit., § 40; Corte giust., 6 aprile 2006, causa C-410/04, *Associaz. naz. autotrasp. viaggiatori*, § 16, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 511, con nota di R. URSI, e in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 841 con nota di C. LACAVALA, *In house providing e tutela della concorrenza*; Corte giust., 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, § 24, in *Urb. app.*, 2009, p. 285, con nota di F. LEGGIADRO, *Affidamento in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico*, e in *Giur. it.*, 2009, p. 1254, con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*.

49 Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, 890 e Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, 5068, in www.giustizia-amministrativa.it.

50 Tuttavia, evidenzia MAURO, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, cit., p. 1204, che la Corte, «nelle ultimissime sentenze», posto al centro del ragionamento il rischio di gestione, valuta «la provenienza della remunerazione dall'utenza o dall'amministrazione aggiudicatrice o, in misura variabile, da entrambe» solo un indice dell'effettività del rischio stesso.

51 Di recente v. Cons. Stato, ad. plen., n. 13/2013, cit.: «La distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti». Sulla casistica giurisprudenziale nazionale sul «normale rapporto trilaterale concedente-concessionario-utenti» v. CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, p. 236 ss.

52 Da ultimo sul punto v. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., 749.

53 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «è la modalità della remunerazione ... il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi».

cessione di servizi, rispetto alla quale si è sempre registrata l'assenza di una disposizione analoga all'art. 143, comma 9, Codice contratti.

In questo modello di concessione l'utente resta sullo sfondo, nel senso che la remunerazione generata dalla gestione del servizio inerisce esclusivamente a un rapporto tra l'amministrazione e il concessionario⁵⁴, è indipendente dal rischio della domanda, e dunque è in definitiva indipendente dal pagamento dell'utente. Gli utenti in queste ipotesi possono essere i beneficiari della concessione, ma non sopportano i costi del servizio.

In alcune ipotesi, dunque, la trilateralità della concessione di servizi sarebbe superata, almeno nel senso che è indifferente quale sia il soggetto che remunera il servizio⁵⁵.

Ciò nonostante si tratterebbe pur sempre di un servizio rivolto ad utenti. In questo senso, con riferimento alla concessione di lavori, andrebbe letto il richiamo, contenuto nell'art. 143, comma 9, codice dei contratti, alle opere «funzionali alla gestione di servizi pubblici», anche se utilizzate direttamente dalla pubblica amministrazione⁵⁶.

4. La trilateralità della concessione di servizi nella direttiva n. 23/2014

Tale ultima considerazione però non esaurisce il profilo della trilateralità della concessione⁵⁷. La questione che si va prospettando si pone su un piano differente, e cioè se sia possibile una concessione di servizi dove la bilateralità non sia riferita (solo) alla remunerazione del servizio, ma anche al beneficiario del servizio. In altri termini, se sia possibile una concessione di servizi senza dare rilievo a utenti terzi rispetto all'amministrazione.

L'orientamento maggioritario in dottrina ha finora ritenuto che la circostanza che il servizio fosse pubblico, cioè rivolto alla collettività e quindi a una utenza,

⁵⁴ Cfr. *Considerando* (18): «... occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura».

⁵⁵ In questo senso RICCHI, *op. cit.*

⁵⁶ Diversamente GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., pp. 725-726, che distingue tra opere fredde che mirino ad un servizio alla collettività, in cui la trilateralità si ritrova in senso «meramente sostanziale», e opere fredde godute direttamente dall'amministrazione ex art. 143, comma 9, Codice, in cui il «rapporto è meramente bilaterale sul piano sia formale (nessuna relazione negoziale è destinata a stabilirsi con soggetti diversi dall'amministrazione concessionaria) che economico sostanziale (non esiste un'utenza che direttamente si avvantaggi, anche solo materialmente, dell'opera ...)». A me pare che questa ulteriore distinzione non sia convincente, nel senso che anche nelle ipotesi di cui all'art. 143, comma 9, sia configurabile un'utenza che si avvantaggi seppure solo materialmente dell'opera; ciò alla luce del richiamo, evidenziato sopra nel testo, che l'art. 143, comma 9, compie alle opere «funzionali alla gestione di servizi pubblici». In questo ultimo senso, anche il Libro verde del 2004 (v. sopra nota 41) e l'AVCP nella determinazione n. 2/2011 che non a caso fanno riferimento agli esempi degli ospedali e delle scuole.

⁵⁷ Prima della direttiva ha prevalso la convinzione che la trilateralità fosse un elemento necessario della concessione di servizi: cfr. ad esempio C. IANONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 218 (secondo cui «è sicuramente vero che tutti i servizi prestati direttamente alla pubblica amministrazione non possono mai costituire oggetto di un contratto di concessione».); S. DE FELICE, *Concessioni di servizi*, in G.F. FERRARI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, I, Milano, 2013, p. 390.

fosse uno dei requisiti fondamentali della concessione di servizi⁵⁸. Anche in alcuni studi, che hanno preceduto la direttiva n. 23/2014, si è ritenuto che la trilateralità del rapporto concessorio di servizi fosse un elemento imprescindibile, nonostante si sia riconosciuto che in generale essa appaia «sotto alcuni profili recessiva in sede legislativa interna e comunitaria»⁵⁹. Certamente, la circostanza che la casistica esaminata dalla giurisprudenza comunitaria sia stata prevalentemente incentrata su servizi pubblici (casi dunque dove la remuneratività del servizio era legata in tutto o in parte dal prezzo pagato dall'utente) ha agevolato questa interpretazione.

Anche l'AVCP si è mossa su questo solco e ha argomentato che il «vero *discrimen*» tra la concessione e l'appalto debba essere ricercato, oltre che nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio, «nel differente destinatario della prestazione». Secondo l'Autorità si ha concessione «se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se, almeno per la parte prevalente, la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio»⁶⁰.

Credo che la direttiva sulle concessioni si ponga su una linea già tracciata dal legislatore comunitario del 2004: la trilateralità non è un elemento che qualifica la concessione rispetto all'appalto. Alcuni servizi indicati nell'allegato II del codice dei contratti sono certamente rivolti a una collettività, eppure se remunerati dall'amministrazione sono configurati come appalto (di servizi)⁶¹.

Tuttavia, anche in questo caso, con precipuo riferimento all'art. 30 codice contratti, la lettura prevalente è stata nel senso che l'appalto di servizi possa avere una struttura trilaterale, cioè il servizio può essere rivolto a soggetti diversi dall'amministrazione⁶², ma non il contrario, cioè la prestazione del servi-

⁵⁸ Dunque servizio pubblico reso alla collettività nel caso di concessione, servizio reso all'amministrazione nel caso di appalto. Su questo profilo cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 107 ss.

⁵⁹ GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 725.

⁶⁰ Parere 9 febbraio 2011, n. 28 in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4565. Nello stesso senso la Deliberazione 8 maggio 2013, n. 22, in www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5409, che ha ribadito che ai fini della configurabilità della concessione di servizi ex art. 30 codice contratti occorre avere riguardo alle modalità con le quali il servizio è reso (in favore degli utenti), del sistema di remunerazione previsto (il costo grava sugli utenti, ancorché con l'eventuale corresponsione di una quota da parte della pubblica amministrazione), dell'assunzione di rischio di gestione in capo all'impresa (la remuneratività della gestione è legata ai livelli di utenza e sull'operatore economico grava il rischio dell'inadempimento degli utenti).

⁶¹ È il caso dei servizi di trasporto (su cui, inoltre, v. la nota successiva e *infra* nel testo). Nel senso che secondo la nozione comunitaria la concessione di servizi può avere ad oggetto solo eventualmente la prestazione di un servizio pubblico v. F. LEGGIADRO, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in *Urb. app.*, 2005, pp. 217-218.

⁶² Cons. Stato, n. 2531/2012 cit., in materia di trasporto pubblico locale; nella stessa materia, per la giurisprudenza comunitaria, Corte giust., 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma – A SIA*, cit. che ha ritenuto che ai sensi della dir. 2004/17, si ha “appalto”, e non “concessione di servizi”, quando risulta che «il rischio di esposizione all'alea del mercato non venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario», essendo prevista, tra l'altro, la compensazione delle «perdite del prestatore connesse all'esecuzione dell'appalto riguardanti la parte dei costi connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di passeggeri e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi» (§§ 53-55).

Cfr. B. GILBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 186 che evidenzia che «appalti e concessioni di pubblico servizio hanno entrambi natura contrattuale e si distinguono strutturalmente ma possono avere identico oggetto, come in caso di affidamento di pubblici servizi per mezzo di contratti di appalto».

zio oggetto della concessione deve necessariamente rivolgersi a soggetti terzi⁶³.

È stato già autorevolmente evidenziato che il legislatore europeo si sia ben guardato dal fare riferimento in questi anni alla nozione della concessione di servizio pubblico, adoperando al suo posto quella più generica (e ampia) di concessione di servizi⁶⁴. In questa seconda possono rientrare i servizi rivolti alla collettività e i servizi rivolti essenzialmente alla pubblica amministrazione, senza che ciò sia funzionale a qualificare il rapporto in termini di appalto o di concessione.

In Italia, il recepimento integrale della nozione di concessione di cui alla direttiva 2004/18 ad opera del codice contratti ha determinato il venire meno nel nostro ordinamento del tradizionale binomio tra concessione e servizio pubblico⁶⁵.

Da questo punto di vista, in senso critico la dottrina ha messo in luce che la disciplina della concessione di servizi contenuta nel codice dei contratti ha accentuato la «confusione e conseguente tendenziale dissoluzione di pubblico servizio», in quanto caratterizzata dalla confusione tra lo strumento concessorio, «tradizionalmente impiegato per l'affidamento a terzi di servizi pubblici, e l'appalto pubblico di servizi, nato, invece, per l'esternalizzazione di prestazioni strumentali all'amministrazione»⁶⁶.

Analoghe considerazioni si possono ricavare dalla disciplina di alcuni settori speciali, come quello del trasporto pubblico⁶⁷, nel cui ambito la configurazione di una concessione o di un appalto dipende dalla circostanza che vi sia o meno il trasferimento in capo al concessionario del rischio economico della gestione del servizio⁶⁸.

A questa tendenza legislativa, non a caso, si è accompagnata l'interpretazione giurisprudenziale che ha via via riconosciuto al rischio operativo rilievo centrale nella distinzione tra appalto e concessione.

63 È la lettura ad esempio di IANONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, cit., p. 218 e della stessa Autorità nel parere n. 28/2011 cit. Di recente, invece, in senso contrario G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, p. 247, che sottolineano che quanto sancito dall'art. 30 codice contratti «dovrebbe trovare applicazione ogni qual volta si si tratti di affidare l'incarico di prestare un servizio (non necessariamente, si badi, a favore di terzi)».

64 F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Milano, vol. I, 2008, p. 283 Id., *Le concessioni di servizi*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici (nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005)*, Milano, 2005, p. 107; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2008, p. 122. Sulle diverse interpretazioni circa l'allontanamento dalla nozione di servizio reso al pubblico nelle direttive del 2004 v. L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, IV, p. 1861 ss. e VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 122 ss.

65 In questo senso CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, cit., p. 253.

66 A. PIOGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 500, che ritiene inoltre che quando «non c'è corrispondenza fra necessario impiego dello strumento concessorio e natura di pubblico servizio dell'attività affidata o necessario impiego dell'appalto e natura strumentale del servizio da affidare, emergono incoerenze che, anche sotto questo profilo, dipendono dalla crisi della nozione di servizio pubblico e al tempo stesso la alimentano» (p. 502).

67 Sul quale v. in particolare L. BERTONAZZI, *La disciplina del trasporto pubblico locale nel regolamento comunitario n. 1370/2007*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 433 ss.; M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it.

68 Cfr. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslattività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 728; SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 10-11.

Tale centralità nella configurabilità della concessione ha trovato oggi una precisa corrispondenza nella definizione dell'istituto codificata dalla direttiva, come si è già avuto modo di evidenziare. E rispetto a questa centralità appaiono marginali i riferimenti agli utenti, pure presenti nella direttiva⁶⁹, almeno nel senso che la trilateralità del servizio non è mai posta quale elemento essenziale della concessione (né evidentemente elemento distintivo della concessione rispetto all'appalto). Nella direttiva del 2014, ciò che qualifica la concessione, e la differenza rispetto all'appalto, è unicamente il trasferimento del rischio operativo⁷⁰.

Se a queste considerazioni si associa il profilo in precedenza esaminato, cioè che il rischio operativo è configurato dalla direttiva del 2014 anche solo in termini di rischio dell'offerta (v. paragrafo precedente)⁷¹, mi pare che la conclusione debba essere nel senso di ammettere la concessione di un servizio rivolto essenzialmente alla pubblica amministrazione, purché ovviamente ricorra il trasferimento del rischio operativo.

Per esempio, nei casi di servizi rivolti a migliorare l'efficienza amministrativa, il privato potrebbe essere remunerato dall'amministrazione attraverso una quota del minor costo o del maggior guadagno indotto dal servizio offerto⁷².

Ciò comporta, evidentemente, che in queste ipotesi l'amministrazione sia tenuta ad applicare la disciplina sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e non quella sugli appalti, nonostante la 'bilateralità del rapporto'. In particolare, in questi casi dovrebbero essere adottate le regole più snelle e semplificate in tema di procedura di scelta del contraente, di aggiudicazione e di esecuzione del contratto.

Il possibile superamento della trilateralità della concessione di servizi dovrebbe comportare una riflessione anche sull'elemento della traslatività, che in questa sede non è possibile affrontare. È opportuno solo accennare a due aspetti. Da un lato, la direttiva del 2014 precisa che le concessioni «possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà» al soggetto concedente, al quale, invece, devono necessariamente spettare «i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione»⁷³. Dall'altro, la concessione può avere ad oggetto un servizio reso all'amministrazione (*id est* non pubblico, dunque senza che vi sia la delega di un'attività di interesse generale propria del pubblico), ipotesi nella quale verrebbe meno l'oggetto della traslazione o dell'accrescimento a favore del concessionario, almeno se inteso nella comune accezione di titolarità del servizio in capo al pubblico.

69 Cfr. i *considerando* (1), (16), (21), (52), (53), (66).

70 Cfr. in particolare *considerando* (18), (20).

71 Così superando gli argomenti condivisibili sostenuti prima dell'emanazione della direttiva da GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 728, secondo cui se «i giudici comunitari pretendono la sussistenza in concreto ed in modo significativo (almeno sotto il profilo del trasferimento) del rischio di domanda, va da sé che quest'ultimo non c'è, almeno di norma, nel caso di una domanda data dal solo contraente pubblico. Invero, il concessionario, a fronte di unico cliente a sé contrattualmente legato, non ha e non può avere, a suo carico, alcun rischio di domanda qualificato». Ora, come specificato nel testo, la direttiva configura un rischio dal solo lato dell'offerta anche con riferimento ai servizi, rischio che è appunto (può essere) alternativo al rischio di domanda.

72 Per un esempio simile, anche se riferito al profilo della remunerazione del servizio prescindendo dai soggetti, v. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 750.

73 *Considerando* (11). In precedenza, in senso diverso, Corte giust., 25 marzo 2010, n. 451/08, *Helmut Müller GmbH*, § 72, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 999, con nota di G. CARULLO, *Rapporti tra potestà pubbliche ed opere di urbanizzazione*

5. L'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014

Si è già esposto che la direttiva si applica tanto alle concessioni di lavoro che a quello di servizi⁷⁴ e che la direttiva fornisce una definizione articolata dell'istituto, funzionale da un lato a definire l'ambito oggettivo di applicazione della direttiva n. 23/2014, dall'altro a distinguere la concessione dall'appalto pubblico, che rientra nel campo di applicazione delle altre due coeve direttive nn. 24 e 25/2014.

Gli elementi di interesse rispetto al campo di applicazione della nuova direttiva attraverso il prisma della nozione di concessione non sono limitati alla distinzione tra concessione e appalto e concernono anche le principali esclusioni, con particolare riferimento alla concessione di beni pubblici e alle concessioni nei settori regolamentati.

Quanto al *primo aspetto*, ribadita la distinzione tra le concessioni e le autorizzazioni o le licenze⁷⁵ alle quali si applicano (solo) le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁷⁶, la direttiva precisa che non dovrebbero configurarsi come concessioni – almeno ai fini dell'applicazione delle disposizioni della direttiva stessa – gli accordi che hanno ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica⁷⁷, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di immobili demaniali «che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore»⁷⁸.

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 19 della direttiva le concessioni per i servizi sociali e altri servizi indicati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'art. 31, comma 3 (pubblicazione di un avviso di preinformazione); 32 (avvisi di aggiudicazione); 46 e 47 (tutela).

⁷⁵ *Considerando* (14): «non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi ... A differenza di detti atti dello Stato membro, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva».

Sulle concessioni di beni pubblici, con particolare riferimento alla soddisfazione nel rapporto concessorio di un interesse privato e dell'interesse pubblico, v. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 462 ss.

Sulle autorizzazioni e concessioni come alternative tra due visioni opposte dei regimi autorizzatori istituiti per la regolamentazione di molte attività economiche, v. da ultimo M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato*, relazione al 60° Convegno di studi amministrativi *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Varenna, 18-20 settembre 2014.

⁷⁶ Cfr. ancora *considerando* (14).

⁷⁷ Il riferimento è in particolare al settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti (v. *considerando* (15)).

⁷⁸ *Considerando* (15).

Tale ipotesi sembra non coincidere con quella contenuta nell'elenco puntuale delle esclusioni contemplato dall'art. 10, il cui comma 8 dispone che la direttiva non si applica alle «concessioni per ... l'acquisto o la locazione quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni». In prospettiva sistematica, infatti, sembra più rigoroso ritenere che questa fattispecie di esclusione sia la medesima di quella già prevista per gli appalti pubblici dall'art. 19, comma 1, lett. a), codice contratti, che aveva recepito quanto disposto dall'art. 16 della direttiva 2004/18, e cioè una disposizione diretta ad escludere dal novero degli appalti pubblici, e (ora) delle concessioni, i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di immobili *da parte* dell'amministrazione.

In ogni caso, è opportuno sottolineare che l'esclusione non dovrebbe operare esclusivamente in ragione della natura pubblica del bene e che sarebbe possibile configurare una concessione di servizi in quei casi in cui la concessione del bene pubblico sia strumentale alla fornitura e alla gestione di un servizio, con le caratteristiche in precedenza evidenziate⁷⁹.

Quanto al *secondo aspetto*, le concessioni nei settori regolamentati, nonostante sul punto si registri una 'esposizione a salti' nei *considerando*, attraverso una lettura composita delle premesse e di alcune disposizioni specifiche, emerge un quadro coerente con la definizione di concessione, per un verso, e abbastanza chiaro da un punto di vista sistematico, per l'altro.

I contratti che non implicano pagamenti al contraente, in cui la remunerazione del contraente è determinata in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva n. 23/2014.

Qualora la regolamentazione di settori specifici elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, non dovrebbe potersi configurare una concessione. Tuttavia, la circostanza che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione⁸⁰. Si è già evidenziato che, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, il rischio operativo trasferito al concessionario deve essere sostanziale ma non necessariamente totale.

Ora, accanto ad alcuni settori regolamentati esclusi in senso oggettivo dal campo di applicazione della direttiva, come ad esempio il trasporto pubblico di passeggeri di cui al regolamento n. 1370/2007⁸¹, e ad alcune esclusioni speci-

⁷⁹ Si condivide l'opinione espressa da RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 748, che ritiene che «la Direttiva è applicabile qualora la p.a. programmi e affidi mediante gara concorrenziale al privato un bene demaniale, anche un tratto di litorale per balneazione, specificando i servizi da erogare, il volume della domanda pubblica da soddisfare, la tipologia delle strutture utili per la balneazione come un parco acquatico, le strutture alberghiere, le sale convegni per estendere l'attività in bassa stagione, una eventuale riqualificazione del water front, ecc.».

Sul tema, prima della direttiva, cfr. G. ROMA, *Concessioni di beni o di servizi? Divergenze giurisprudenziali fra Francia e Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1128 ss., in particolare pp. 1128-1129.

⁸⁰ *Considerando* (20): «Può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore».

⁸¹ Art. 10, comma 3, direttiva.

fiche come quelle nel settore delle comunicazioni elettroniche⁸² e nel settore idrico⁸³, la direttiva non pone un'esclusione generale o generalizzata rispetto a tutti i settori regolamentati, rispetto ai quali vale una considerazione in parte analoga a quella in precedenza avanzata rispetto alle concessioni di beni pubblici: la direttiva si applicherà anche nei settori regolamentati, ovviamente lì dove non operano specifiche esclusioni, se ricorra la figura della concessione secondo le caratteristiche proprie definite dalla direttiva. In definitiva, anche nei settori regolamentati non espressamente esclusi, rappresenta ancora una volta un elemento decisivo il fatto che nel contratto sia previsto il trasferimento in capo al contraente del rischio operativo, non necessariamente in misura integrale purché significativa (dunque rischio in astratto configurabile anche in presenza di una sua limitazione *ab origine*). Se questo trasferimento sussiste, attraverso una valutazione che non può prescindere dall'analisi attenta delle condizioni contrattuali nel caso concreto, allora si devono applicare le disposizioni della direttiva, perché in questi casi si configura una concessione.

6. La disciplina (unitaria) sulla tutela, la scelta del contraente e la durata delle concessioni

Si è già esposto che la direttiva fornisce una definizione di concessione funzionale, tra l'altro, a distinguere la concessione dall'appalto pubblico, che rientra nel campo di applicazione delle altre due coeve direttive nn. 24 e 25/2014.

Non sempre, però, la distinzione tra concessione e appalto marca una differenza di disciplina. Se questo è certamente vero quanto alle procedure di aggiudicazione, che rispetto alla concessione sono previste snelle e flessibili, ciò non accade rispetto alla disciplina sulla tutela. L'art. 46 della direttiva n. 23/2014 modifica la direttiva 89/665/CEE, come già modificata in precedenza dalla direttiva 2007/66/CE, di fatto estendendo alla concessione le garanzie previste, nell'ambito degli appalti pubblici, a favore dei soggetti non aggiudicatari, come ad esempio il termine di *stand still* per la stipulazione del contratto dopo l'aggiudicazione⁸⁴. Nell'ordinamento italiano, ciò dovrebbe contribuire a superare ogni incertezza sulla piena applicabilità della complessa disciplina oggi contenuta negli artt. 121-122-123 codice del processo amministrativo anche alle concessioni⁸⁵.

82 Art. 11 direttiva.

83 Art. 12 direttiva.

84 In modo analogo l'art. 47 d modifica la direttiva 92/13/CEE. Cfr. il *considerando* n. (81) «Allo scopo di garantire un'ideale tutela giurisdizionale dei candidati e degli offerenti durante le procedure di aggiudicazione di concessioni, nonché al fine di rendere effettivo il rispetto delle disposizioni della presente direttiva e dei principi del TFUE, la direttiva 89/665/CEE del Consiglio e la direttiva 92/13/CEE del Consiglio dovrebbero applicarsi anche alle concessioni di servizi e alle concessioni di lavori aggiudicate sia da amministrazioni aggiudicatrici che da enti aggiudicatori. È opportuno pertanto modificare di conseguenza le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE».

85 Il richiamo contenuto nell'art. 30, codice contratti, ai principi generali relativi ai contratti pubblici e quello alle disposizioni della parte IV sul contenzioso, ora trasfuse nel codice del processo amministrativo, in alcune occasioni sono stati ritenuti decisivi per ritenere applicabili anche alle concessioni di servizi il termine di *stand still* di cui all'art. 11, comma 10, codice contratti. Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 10 aprile 2012, n. 618, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lombardia, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1524, in www.giustizia-amministrativa.it. Diversamente

Infine, un ultimo breve cenno deve essere dedicato alla disciplina della scelta del contraente e alla durata delle concessioni di lavori e di servizi.

Si tratta di disposizioni minime, che vanno nella direzione, da molti auspicata, di un testo snello e flessibile rispetto alla direttiva appalti⁸⁶. Da un lato la direttiva fa propri i principi noti di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, nell'ordinamento italiano già richiamati come principi fondamentali applicabili anche alle concessioni dall'art. 30, comma 3, codice contratti. Dall'altro, la direttiva codifica pochi obblighi procedurali (o «garanzie procedurali»), spesso semplificati rispetto a quelli negli appalti pubblici, tra i quali quelli ad esempio in merito alla pubblicazione di un bando (art. 31), ai requisiti tecnici (art. 36), ai termini per la presentazione delle offerte (art. 39) e ai criteri di aggiudicazione (art. 41).

Si è già evidenziato che la *ratio* dell'intervento del legislatore europeo assume un significato ampio e serve a anche (ri)affermare la valenza regolatoria della disciplina delle concessioni, in particolare quelle di servizi pubblici, almeno nel senso che tale disciplina sia funzionale a favorire la concorrenza *per* il mercato. Uno dei punti della disciplina più significativo rispetto a questo profilo è rappresentato, a mio avviso, dall'affermazione che la durata di una concessione di lavori o di servizi è limitata⁸⁷. Il termine, pur non essendo fissato in via generale, in quanto lasciato alla stima dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario, trova un parametro di riferimento in cinque anni.

La direttiva precisa che il termine di durata delle concessioni deve essere limitato al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza. Le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento⁸⁸.

Nel quadro di una disciplina flessibile, attenta a diverse esigenze⁸⁹, è però possibile che la concessione abbia un termine di durata molto lungo; ciò può essere giustificato se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito. Per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata deve essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere

TAR Toscana, sez. I, 20 dicembre 2010, n. 6780 in *Foro amm-Tar*, 2010, p. 3820 secondo cui nella procedura per l'affidamento di una concessione di servizi, pur non essendo la stipulazione del contratto soggetta al rispetto del termine dilatorio ex art. 11, comma 10, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e non essendo quindi applicabile alla fattispecie l'art. 121 c.p.a., il contratto può egualmente essere dichiarato inefficace in base all'art. 122 c.p.a. poiché l'art. 30 comma 7, d.lgs. n. 163/2006 richiama le disposizioni della parte quarta del decreto medesimo, che a sua volta, in tema di inefficacia del contratto, rimanda alle norme del codice processuale. In senso contrario all'applicazione della clausola di *stand still* alla procedura per l'affidamento di una concessione di servizi Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2249, in www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina cfr. C. BENETAZZO, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, p. 340, nota 120; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, p. 629.

⁸⁶ Cfr. M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di public procurement*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 126.

⁸⁷ Perentorio in questo senso l'art. 18 direttiva.

⁸⁸ *Considerando* (52).

⁸⁹ Sul punto cfr. CARANTA-DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, cit., 494 «Le specificità della materia, che incide non si dimentichi su contratti normalmente a lunga durata che riguardano la prestazione di servizi auspicabilmente di buona qualità a cittadini ed utenti, hanno dunque indotto il legislatore europeo ad optare per una disciplina "light", che contempera flessibilità (ed adeguatezza) nella scelta del modulo contrattuale e del contraente con una tutela di base della concorrenza».

che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti⁹⁰.

Di converso, l'amministrazione dovrebbe sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo.

È evidente che rispetto al termine di durata la centralità del rischio operativo è bilanciata dall'esigenza di assicurare al concessionario l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti, ma tali valori sono calibrati in funzione pro-concorrenziale. Non è un caso che il termine massimo della concessione dovrebbe essere indicato nei documenti di gara, a meno che la durata sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto⁹¹.

7. Conclusioni

La direttiva imporrà alcune modifiche importanti nella disciplina sui contratti pubblici.

L'unificazione della disciplina della concessione di lavori pubblici e di servizi ad opera della direttiva potrà essere attuata in modi diversi dal legislatore. Alcune linee guida, fondate su un principio di semplificazione e chiarezza del testo normativo, possono essere però sin d'ora prospettate.

Sarebbe auspicabile che il codice dei contratti prevedesse una parte generale riferita ora a tutti i contratti, senza distinzione tra concessioni e appalti. È ormai chiaro che vi siano alcuni principi fondamentali che devono sorreggere la procedura di affidamento a prescindere dal fatto che il contratto sia qualificabile in termini di appalto o di concessione.

Anche alcune garanzie procedurali sono comuni e di carattere generale, in quanto espressione di questi principi, e potrebbero trovare un'analoga collocazione nel codice; penso soprattutto alla pubblicazione di un bando come regola di principio per assicurare la trasparenza e la più ampia partecipazione degli operatori economici.

Interventi più di dettaglio, ma pur sempre comuni alle concessioni di servizi e di lavori, saranno poi resi necessari dalla centralità del rischio operativo nella nozione comunitaria di concessione e dall'obbligo del trasferimento di questo rischio in capo al concessionario imposto assai chiaramente dalla direttiva. Penso, per esempio, a quanto dispone l'art. 143, comma 7, richiamato dall'art. 30, comma 7, codice contratti, volto nella sostanza a eliminare il trasferimento del rischio assunto dal concessionario, mediante la previsione nel contratto di un corrispettivo da versare al concessionario per l'eventuale valore residuo

⁹⁰ Cfr. art. 18, comma 2 e *considerando* (52), che inoltre precisa che «La stima dovrebbe essere valida al momento dell'aggiudicazione della concessione. Dovrebbe essere possibile includere gli investimenti iniziali e successivi ritenuti necessari per l'esecuzione della concessione, in particolare spese per infrastrutture, diritti d'autore, brevetti, materiale, logistica, affitto, formazione del personale e spese iniziali». In questo senso v. l'art. 18, comma 3, direttiva.

⁹¹ Cfr. *considerando* (52).

dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione⁹². Penso, ancora, al principio di equilibrio economico finanziario⁹³ che dovrà assumere un significato più coerente rispetto all'obbligo di trasferimento, integrale o sostanziale, del rischio operativo.

Più in generale, la direttiva pone la necessità di un ripensamento dell'approccio del legislatore e dell'interprete rispetto ad alcuni grandi temi. Ancora una volta la direttiva europea non prende in considerazione la specificità della nozione di servizio pubblico. Non si tratta più di una tendenza che può essere diversamente interpretata. A distanza di dieci anni occorre prendere atto che il punto di vista del legislatore europeo è più pragmatico e propone categorie giuridiche meno raffinate di quelle che hanno impegnato gli interpreti in questi anni.

La logica di fondo nella direttiva è quella di una 'distinzione tenue' tra appalti e concessioni, destinata a tradursi in una disciplina di dettaglio differente, ma pur sempre retta da principi, regole di fondo, tutele comuni⁹⁴. Tale distinzione, inoltre, non passa attraverso l'oggetto della prestazione, che può riguardare tanto i servizi resi all'amministrazione quanto quelli destinati e rivolti a terzi, ma attraverso l'assunzione o meno del rischio gestionale da parte dell'operatore economico.

Ciò rafforza l'esigenza che l'amministrazione espliciti già prima del bando la propria determinazione in ordine al contratto, di concessione o d'appalto, da stipulare in esito alla procedura di aggiudicazione. L'amministrazione, dunque, dovrà compiere con trasparenza la scelta di fondo sul modello contrattuale prescelto nel caso concreto, attraverso l'individuazione chiara degli elementi essenziali del contratto, tra i quali, ovviamente, è ricompresa anche l'assunzione o meno del rischio gestionale da parte dell'operatore economico. Da questo punto di vista, sarà decisiva la valutazione caso per caso anche delle clausole contrattuali⁹⁵, che però non potrà più essere condotta sulla scorta degli schemi tradizionali della trilateralità della concessione e bilateralità dell'appalto. Occorrerà invece una valutazione rigorosa circa l'effettivo trasferimento del rischio di gestione in capo al contraente, e poiché i criteri per questo tipo di valutazione possono essere molto vari, è opportuno che in sede di recepimento della direttiva il legislatore italiano adotti degli indici di valutazione stringenti ad ausilio degli operatori e del giudice amministrativo.

In definitiva, a me pare che nella direttiva n. 23/2014 la nozione di concessione finisca col risultare molto influenzata dal dato economico-finanziario⁹⁶ e sia ispirata da una 'logica di bilancio', sulla scorta della decisione Eurostat 2004 sul partenariato pubblico-privato: se l'operatore privato non sostiene il

⁹² Critico rispetto a questa disposizione già prima della direttiva GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., p. 737 e il parere del Cons. Stato, ad. gen., 6 giugno 2007, n. 1750, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, I, 1034 relativo allo schema di decreto legislativo correttivo del codice contratti (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113).

⁹³ Prima della direttiva cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urb. app.*, 2012, p. 129 ss.

⁹⁴ Le disposizioni sulla tutela (v. sopra nel testo e nota 85) sono comuni anche alle concessioni per i servizi sociali e altri servizi elencati nell'allegato IV (v. nota 74).

⁹⁵ Sugli *escamotage* contrattuali per "liberare" l'operatore economico dal rischio gestionale v. M.G. GRECO, *Chiarimenti sull'istituto di concessione nella direttiva 2014/23/UE. Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio*, in *www.lineavcp.it*, p. 10.

⁹⁶ Così come accadeva per la giurisprudenza di Lussemburgo più recente v. Mauro, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti*, cit., p. 1204.

rischio operativo (nelle sue diverse possibili articolazioni) il contratto ricade sui bilanci pubblici, con ovvie conseguenze in termini di impatto sul *deficit* dello Stato. La concessione dunque non deve (più) rappresentare lo strumento per aggirare le regole del bilancio pubblico.