

BIANCAMARIA RAGANELLI

PUBBLICO, PRIVATO E CONCESSIONI IN EUROPA:
ALCUNI LIMITI DELLA DISCIPLINA.*1. Pubblico e privato nel finanziamento e nella gestione delle opere pubbliche in Europa.*

La forte crescita del mercato degli appalti pubblici e concessioni registrata negli ultimi tempi in rapporto alla riduzione della spesa pubblica è in gran parte legata alla carenza da parte delle pubbliche amministrazioni di risorse economiche e di competenze tecniche idonee a provvedere alla realizzazione e gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità. Ciò ha alimentato la ricerca di forme di *collaborazione* tra pubblico e privato.

Gli interessi coinvolti nel settore sono molteplici, in parte imputabili agli operatori economici che concorrono negli affidamenti, in parte riconducibili alle pubbliche amministrazioni come stazioni appaltanti e alla generalità degli utenti. Gli stessi obiettivi della disciplina, delineati dal legislatore a livello comunitario e a livello nazionale, possono in alcuni casi risultare in tensione. Si discute delle scelte legislative adottate e degli strumenti giuridici proposti per il perseguimento degli stessi.

La generalizzata contrazione degli investimenti pubblici negli ultimi decenni, in parte dovuta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, ha alimentato un interesse crescente verso modelli alternativi di finanziamento delle opere pubbliche e, in particolare, verso forme di Partenariato Pubblico-Privato (PPP) ⁽¹⁾.

Come noto, l'espressione fa riferimento a tutte quelle «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di

⁽¹⁾ Sul tema del partenariato pubblico privato COMMISSIONE EUROPEA, *Guidelines for successful Public-Private Partnership*, marzo 2003; ID., *Resource Book of PPP Case Studies*, giugno 2004; CORTE GIUSTIZIA CE, *Decisione Eurostat sul trattamento contabile delle operazioni di PPP*, febbraio 2004; COMMISSIONE EUROPEA, *Green Paper on PPP's and Community Law on Public Contracts and Concession*, marzo 2004; da ultimo la *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. In letteratura si rinvia tra gli altri a M.P. CHITI (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009; ID., *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005; ID., *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; M.A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Atti Convegno SPISA, 29 luglio 2005; IOSSA, RUSSO, *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in *Riv. pol. econ.*, 2008; DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; RAGANELLI, FIDONE, *Public Private Partnerships and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2008, fasc. 1, pp. 23-53.

un'infrastruttura o la fornitura di un servizio» ⁽²⁾. L'espressione citata include una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, tra cui il contratto di concessione, che costituisce un modello di riferimento in Italia e in Europa, nonostante manchi ancora una direttiva che disciplini compiutamente le concessioni di servizi.

Una vasta letteratura sostiene l'esistenza di un nesso di causalità tra dotazione infrastrutturale e sviluppo economico di un paese. Si discute, invece, se il finanziamento delle infrastrutture debba avvenire con investimenti pubblici: meccanismi creativi di contabilità possono mascherare sotto forma di investimenti pubblici spese da catalogarsi come spesa corrente; inoltre, alcuni investimenti pubblici potrebbero spiazzare altri investimenti potenzialmente più produttivi. In tal senso l'adozione di partnership pubblico private potrebbe aiutare ad individuare il mix migliore.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di estendere maggiormente al settore pubblico il «*know-how*» e i metodi di funzionamento tipici del settore privato. Lo sviluppo dei PPP può essere d'altronde inquadrato nel fenomeno dell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che ha registrato nel tempo il passaggio dal un ruolo di operatore diretto a quello di organizzatore, regolatore e controllo ⁽³⁾.

Come noto, da un punto di vista giuridico, il PPP si articola in due forme principali: il PPP di tipo contrattuale e il PPP di tipo istituzionalizzato.

Nel primo caso il rapporto tra soggetto pubblico e privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali. Nel secondo la cooperazione tra il soggetto pubblico e privato avviene in seno ad un'entità distinta dotata di personalità giuridica propria e che permette al *partner* pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura, compatibilmente ad «un'applicazione normale del diritto societario» ⁽⁴⁾. La seconda tipologia può realizzarsi sia attraverso la creazione di un'entità distinta *ad hoc* detenuta congiuntamente tra il settore pubblico e quello

⁽²⁾ COMMISSIONE EUROPEA, Libro Verde, 30 aprile 2004, n. 327. Nel «*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni*» della Commissione Europea sono dettate le linee guida del fenomeno, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti e si tenta di «illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP». Tra i principali elementi caratterizzanti il fenomeno ricordiamo: *a)* la lunga durata del rapporto, che implica una cooperazione tra i due *partner* sui vari aspetti del progetto da realizzare; *b)* il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato; *c)* il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a tutte le fasi del progetto; *d)* la distribuzione dei rischi tra il *partner* pubblico e quello privato. Il riparto dei rischi tra *partner* pubblico e privato si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

⁽³⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sul PPP*, 2004.

⁽⁴⁾ Cfr. punto 63 del *Libro Verde*.

privato, sia attraverso il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica preesistente. In entrambi i casi il profilo rilevante è quello della scelta del soggetto privato che deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali della trasparenza e della parità di trattamento. Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPP Istituzionalizzati è stata emanata una Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008 (C(2007)6661), che chiarisce alcuni aspetti dibattuti.

Con particolare riferimento ai PPP contrattuali la Commissione Europea ha svolto alcune interessanti considerazioni in tema di concessioni e di finanza di progetto, istituti giuridici che corrispondono al modello tipo di PPP per durata del rapporto, impegno finanziario dei privati, ripartizione dei rischi.

Relativamente alle concessioni – caratterizzate dal legame diretto tra il privato e l'utente finale, sotto il controllo del *partner* pubblico – la mancanza di una completa disciplina comunitaria, analoga a quella degli appalti pubblici, sarebbe dovuta alla diversità delle discipline nazionali e alla perdurante volontà degli Stati di mantenere un rilevante ruolo in materia. Tale apparente *self-restraint* della Commissione, sarebbe motivato, secondo alcuni, dalla pervasività delle prescrizioni che la Corte di giustizia ha posto per l'affidamento delle concessioni, simili alle regole che presiedono agli appalti, sulla scorta di un'applicazione estensiva dei principi di cui agli artt. 20 e 49 del Trattato sull'Unione Europea ⁽⁵⁾.

Una disciplina europea in materia di concessioni sarebbe tuttavia quanto mai utile per armonizzare gli ordinamenti dei diversi Stati membri e fornire delle linee guida uniformi di un modello chiave di partenariato pubblico privato.

Il processo di armonizzazione regolamentare in materia di contratti pubblici prosegue in fasi di progressivo adattamento, che coinvolgono profili sostanziali e processuali, non sempre pienamente perfezionate.

Come noto, le fonti internazionali della disciplina sui contratti pubblici ⁽⁶⁾ sono rinvenibili tra i principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale (*Government Procurement Agreement*, GPA, del 1994, del *World Trade Organization*, WTO); a livello di diritto comunitario primario e secondario (principi generali contenuti nel Trattato, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e disciplina dettata dalle principali direttive comunitarie in materia).

In Italia la disciplina è oggi contenuta nel Codice dei contratti pubblici ⁽⁷⁾, nel

⁽⁵⁾ Cfr. M.P. CHITI, *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze*, cit., che cita gli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

⁽⁶⁾ Per un rinvio alla letteratura europea, tra gli altri, BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham-Northampton, 2008; ID., *EC Public Procurement Law: Case Law and Regulation*, Oxford, 2006; HEBLY, *European Public Procurement: Legislative History of the Utilities Directive 2004/17 EC*, London, 2008; RONSE, DE KONINCK, *European Public Procurement Law: the European Public Procurement Directives and 25 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities: Texts and Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2008; HJELMBORG, JAKOBSEN, POULSEN, *Public Procurement Law: the EU Directive on Public Contracts*, Copenhagen, 2006; ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 2005; G. GRUBER, T. GRUBER, MILE, SACHS, *Public Procurement in the European Union*, Mortsel, 2006; NIELSEN, TREUMER, *The New EU Public Procurement Directives*, Copenhagen, 2005.

⁽⁷⁾ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Esiste una vasta letteratura sul tema. Tra le principali opere monografiche e commentari, FRANCHINI, *I contratti di appalto privato e pubblico*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010; CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino,

successivo regolamento di attuazione ⁽⁸⁾, e nel Codice del processo amministrativo. In questo contesto, la tutela giurisdizionale si pone come necessario completamento e garanzia dell'intero processo di selezione del contraente della pubblica amministrazione e di formalizzazione negoziale del rapporto ⁽⁹⁾.

Le procedure di scelta del contraente, quali procedimenti a evidenza pubblica ⁽¹⁰⁾, rappresentano uno dei modelli di procedimenti di valutazione comparativa finalizzati all'individuazione dell'offerta migliore sul mercato, nel rispetto del meccanismo concorrenziale e dei principi generali di parità di trattamento e di trasparenza. Una garanzia giurisdizionale effettiva ne costituisce il corollario. La disciplina di derivazione comunitaria è finalizzata a contenere la discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante e a canalizzarla entro procedure tipizzate.

La mancanza di una disciplina europea efficace che garantisca ai cittadini e agli operatori economici del mercato europeo degli appalti e concessioni di ricorrere a mezzi di tutela effettivi, priva del necessario completamento il processo di selezione

2010; FRANCHINI, TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009; GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; BALDI, TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice dei contratti*, Milano, 2009; DE NICTOLIS, *I riti speciali degli appalti pubblici: alla luce dell'art. 20, commi 8 e 8-bis, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009 n. 2*, Roma, 2009; CARULLO, IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; CARTEL, *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008; CANCRINI, CAPUZZA, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2009; M.A. SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; SANINO (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008; ID. (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008; F. SAITTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008; URBANI, PASSERI, *Guida al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008; FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007; GIURDANELLA, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2007; MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2007; GENTILE, VARLARO SINISI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Rimini, 2007.

⁽⁸⁾ D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, pubblicato in G.U. 10 dicembre 2010, n. 288, Suppl. Ord. n. 270, in vigore dal 9 giugno 2011.

⁽⁹⁾ Sui diversi interessi che emergono nelle gare pubbliche CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001. Sulle asimmetrie informative, gli interessi potenzialmente in contrasto tra pubblica amministrazione e privati sia nella fase precedente di selezione del contraente che precede la stipulazione del contratto sia nella fase successiva e i conseguenti effetti discorsivi che ne derivano RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche quali incentivi ?*, cit.; RAGANELLI, FIDONE, *Public Private Partnership and Public Works: Reducing Moral Hazard in a Competitive Market*, cit., p. 23 ss.

⁽¹⁰⁾ L'evidenza pubblica è intesa, nella dottrina tradizionale del diritto amministrativo, come un insieme di accorgimenti (procedimenti, controlli) volti ad assicurare la conoscibilità e la controllabilità delle ragioni di interesse pubblico perseguite dalle amministrazioni (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 459 ss.). La dottrina si è occupata di evidenza pubblica anche in relazione all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni: SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto privato e pubblico*, cit., p. 289 ss.; VINTI, *L'evidenza pubblica*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 257 ss.; DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 381 ss.; MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 1571 ss.; FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 35 ss.; SEPE, *Contratto della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1958; ROEHRSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1961. Per un'analisi accurata della disciplina comunitaria, si rinvia a ARROWSMITH, cit.

e finisce per disincentivare la stessa partecipazione “diligente” dei potenziali contraenti, incidendo, in questo modo, sulla stessa efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici.

Per questo motivo, anche in considerazione del legame tra disciplina sostanziale e disciplina processuale, è opportuno riflettere sulle questioni lasciate aperte da alcune scelte adottate dal legislatore comunitario e da quello nazionale di recepimento.

2. Cenni sulla regolamentazione in alcuni Paesi europei. Gli sviluppi in Italia.

Alcuni Paesi comunitari, si sono interessati di regolamentare il fenomeno del Partenariato Pubblico Privato prima del nostro. Non tutti gli ordinamenti però si sono dotati di una definizione propriamente giuridica di contratto di Partenariato Pubblico Privato.

Come peraltro evidenziato nello stesso Libro verde del 2004, sotto questa dicitura confluiscono esperienze diverse, caratterizzate da una certa complessità. Ciò vale sotto il profilo *soggettivo*, perché trattasi di operazioni che coinvolgono, quali parti di un rapporto, due soggetti, il pubblico ed il privato, spesso visti in contrapposizione piuttosto che in collaborazione; *oggettivo*, perché risulta effettivamente difficile circoscrivere preventivamente l'esatto oggetto di tali operazioni in tutti i suoi elementi; e *funzionale*, perché l'obiettivo perseguito è quello di ricondurre il finanziamento, la realizzazione, la gestione e la manutenzione di infrastrutture e servizi ad esse connesse ad una realtà di mercato regolamentato che stimoli la concorrenza, aumentando i benefici, tanto in termini economici quanto qualitativi, sia per la pubblica amministrazione che, in definitiva, per il cittadino-utente-contribuente.

In questo scenario, è inevitabile che sfumino quelle rigide distinzioni, tipicamente continentali, tra categorie giuridiche sostanziali. Si impone una prospettiva funzionale, come suggeriscono quegli ordinamenti che hanno deciso di inquadrare il fenomeno, definendo figure contrattuali aperte che forniscono agli operatori di settore ed alle pubbliche amministrazioni strumenti flessibili. Quale che sia la loro definizione, comunque, nei rapporti di Partenariato Pubblico Privato l'obiettivo fondamentale per l'amministrazione resta la selezione del “contraente migliore”, in grado di proporre la migliore offerta e di garantire, dopo la conclusione del contratto, la buona esecuzione dello stesso, come corretto adempimento.

Già a partire dai primi anni Novanta il Regno Unito ⁽¹¹⁾ ha iniziato a coinvolgere i privati nella realizzazione delle opere pubbliche di maggiore complessità allo scopo di ridurre i costi a carico del settore pubblico e di incrementare l'efficienza nella realizzazione delle infrastrutture. Una delle forme più diffuse di *Public-Private Partnership* è la *Private Finance Initiative* (PFI), che risulta peraltro sprovvista di una disciplina organica a livello normativo primario. Nella PFI il committente pubblico seleziona un contraente privato incaricato di realizzare l'opera e di occuparsi della

(11) Cfr. ARROWSMITH, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, in C.M.L.R., 2004, pp. 41 ss.

sua manutenzione. Questi viene remunerato attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, dall'amministrazione stessa, dai soggetti che si servono della infrastruttura, oppure da una combinazione di entrambe le soluzioni. Il PFI non è dunque un contratto, né una procedura di aggiudicazione, bensì una modalità di realizzazione delle opere pubbliche, invero quella di gran lunga più utilizzata e costituisce il riferimento essenziale per l'analisi delle procedure di aggiudicazione per gli appalti complessi nel Regno Unito.

Per incentivare il ricorso alla PFI e diffondere una cultura di collaborazione tra pubblico e privato, il Governo britannico ha preferito puntare su atti giuridici non vincolanti, quali guide, note pratiche, raccomandazioni, lasciando alle amministrazioni la scelta di conformarsi o meno ad esse. Tra le guide più importanti in materia di PFI si segnalano quelle elaborate dal Ministero del Tesoro (*HM Treasury*), aventi ad oggetto, tra l'altro, la standardizzazione dei contratti di PFI e l'individuazione e valutazione delle varie opzioni a disposizione dell'amministrazione per la realizzazione dell'opera.

In Francia, l'*ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004, ratificata dalla legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, definisce, all'art. 1, il *Contrat de partenariat* come un contratto amministrativo attraverso cui lo Stato o un altro ente pubblico statale conferisce a un terzo, per un periodo determinato in funzione del tempo di ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento definite, una missione globale relativa al finanziamento di investimenti immateriali, di opere o attrezzature necessarie al servizio pubblico, alla costruzione o trasformazione delle opere o delle attrezzature, così come alla loro manutenzione, al loro mantenimento, al loro sfruttamento o alla loro gestione e, ove occorra, alle altre prestazioni di servizio concorrenti a l'esercizio, da parte del soggetto pubblico, della missione di servizio pubblico di cui ha l'incarico ⁽¹²⁾.

In realtà, l'ordinamento francese già in passato aveva conosciuto una prassi contrattuale simile. Si tratta della c.d. "*marché d'entreprise de travaux publics*" (METP), un contratto a metà strada tra la concessione di opera o di servizio pubblico e il contratto di appalto. L'analogia è evidente.

L'amministrazione attribuiva il compito di costruire un'opera e di gestirla per un tempo determinato. In tal caso, però, la remunerazione per l'impresa non derivava dagli utenti finali bensì da canoni periodici posti in capo all'amministrazione affidante. Tuttavia il percorso che ha portato all'odierno contratto di partenariato è alquanto travagliato.

Una decisione del *Conseil constitutionnel* ha riabilitato questo genere di contratti ritenendo che non vi fosse alcun principio costituzionale che vietasse l'affidamento congiunto della costruzione e della gestione di un'opera ⁽¹³⁾.

La soluzione è stata così ripresa dalla legge n. 2003-591 del 2 luglio 2003 che ha invitato il Governo a disciplinare una nuova forma di contratto per la realizzazione e la gestione delle missioni di interesse generale. In base a tale legge, il Governo

⁽¹²⁾ *Ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004.

⁽¹³⁾ *Conseil constitutionnel*, n. 2002-460, 22 agosto 2002.

francese ha adottato prima alcune *ordonnances* settoriali e poi l'*ordonnance* n. 2004-559 citata. Si è pronunciato nel senso della legittimità dell'*ordonnance*, *Conseil d'État*, 29 ottobre 2004, Sueur, nn. 269814-271119-271357-271362.

Pur ricordando per molti aspetti il modello precedente (METP), il contratto di partenariato, da un lato, denota una maggiore flessibilità quanto all'ambito applicativo e, dall'altro, si caratterizza per dei vincoli procedurali più stringenti. L'art. 2 dell'*ordonnance* ne definisce l'ambito di applicazione, specificando che le amministrazioni possono ricorrere a tale tipologia di contratto in due casi: per progetti complessi, rispetto ai quali non siano in grado di definire gli aspetti tecnici, economici e giuridici e in situazioni di urgenza. Nel primo, l'amministrazione segue la procedura del dialogo competitivo, mentre nel secondo può indire una procedura ristretta. In entrambe le fattispecie viene seguito il modello definito dalla direttiva 2004/18/CE e si impone il rispetto dei principi di libertà di accesso, parità di trattamento, trasparenza e oggettività (art. 3) ⁽¹⁴⁾.

L'amministrazione governativa ha poi fornito delle indicazioni circa la sua operatività concreta, ritenendolo particolarmente adatto per la realizzazione delle infrastrutture e degli edifici scolastici e sanitari, degli impianti culturali e sportivi, nonché per l'informatizzazione dei servizi pubblici locali (*Circulaire relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales*, 29 novembre 2005, par. 1.4.1). Da ultimo sono state approvate le leggi n.735/08 e n. 179/09 in materia di PPP.

In Germania, manca una disciplina organica del partenariato pubblico-privato ⁽¹⁵⁾. Anche la legge di semplificazione in materia di Partenariato Pubblico-Privato, c.d. *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, entrata in vigore il 7 settembre 2005, non ha previsto una disciplina specifica sul partenariato pubblico-privato, ma si è limitata a modificare il quadro normativo previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione e maggiore flessibilità, come l'introduzione dell'istituto del dialogo competitivo, volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere secondo lo schema del partenariato pubblico-privato.

In Spagna, una delle principali novità introdotte dalla Ley 30/2007 è la previsione all'art. 11 del *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, ispirato al PFI inglese e al *Contrat de partenariat* francese. Tale strumento consente all'amministrazione di affidare a un soggetto privato, per un periodo determinato in relazione all'ammortamento dell'investimento o del tipo di finanziamento ottenuto, la realizzazione di una missione globale e integrata (*realización global e integrada*) che oltre al finanziamento degli investimenti comprenda un'attività aggiuntiva costituita alternativamente: *a)* dalla costruzione di un'opera, *b)* dalla gestione dell'opera, *c)* dalla produzione di beni o prestazione di servizi che incorporino la tecnologia sviluppata con il proposito di apportare soluzioni più avanzate o più vantaggiose, *d)* da altri servizi legati allo sviluppo per l'amministrazione del servizio pubblico o

⁽¹⁴⁾ LANGLAIS, *L'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, in *Revue du droit public*, 2006, n. 6, p. 1601.

⁽¹⁵⁾ HERMES, MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 1819 ss.

all'attivazione dell'interesse generale. Il contraente privato può, inoltre, realizzare totalmente o parzialmente il progetto per l'esecuzione (art. 11 co. 3).

La controprestazione in favore del privato è rappresentata da un prezzo che verrà corrisposto durante la durata del contratto e potrà essere vincolato al compimento di determinati obiettivi di rendimento (art. 11 co. 4).

La legge, inoltre, prevede gli elementi essenziali del contratto, tra i quali si segnalano: *a)* le prestazioni richieste al contraente privato; *b)* le condizioni di riparto del rischio, *c)* le condizioni del contratto e in particolare gli obiettivi di rendimento assegnati al contraente in relazione alle qualità delle prestazioni da rendere; *d)* i criteri per la commisurazione della remunerazione del privato *g)* i controlli della pubblica amministrazione, ecc. (art. 120).

In generale l'aggiudicazione di questi contratti, a norma dell'art. 164 co. 3, è abbinata alla procedura del dialogo competitivo, salvo l'ammissibilità, se ne ricorrono i presupposti stabiliti dall'art. 154 lett. *a)*, della procedura negoziata.

Il modello contrattuale in questione rappresenta sostanzialmente una modalità *aperta* finalizzata alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione. La disciplina applicabile, di conseguenza non è prestabilita aprioristicamente.

Infatti, fermo restando le norme generali sui contratti pubblici previsti dalla legge stessa e comunque applicabili, soltanto quando, attraverso l'apporto del privato, il contratto si riempie di contenuti sarà possibile determinare quale sia la prestazione principale dello stesso e, conseguentemente, il tipo contrattuale cui è riconducibile, nonché la disciplina da applicare nel caso concreto (art. 289). Sottostando a questo regime particolare, ne è prevista un'applicazione residuale. Soltanto qualora le altre forme di contratti pubblici tipizzate dalla legge non soddisfino la finalità pubblica, infatti, è consentito ricorrere alla nuova tipologia (art. 11 co. 2).

Il regime di utilizzo risulta così essere sottoposto a condizioni decisamente stringenti che implicano per l'amministrazione tutta una serie di oneri documentali accessori e prodromici all'esperimento della gara. Sarà pertanto necessario che l'amministrazione elabori un apposito documento di valutazione, c.d. *documento de evaluacion*, da cui risulti la complessità del contratto, l'impossibilità di definire, prima della procedura di valutazione, i mezzi tecnici necessari per realizzare gli obiettivi e di individuare gli strumenti giuridici o finanziari idonei. Lo stesso documento dovrà contenere un'analisi comparativa che dimostri l'inidoneità di un ricorso agli altri modelli contrattuali (art. 118).

In Italia, il terzo decreto correttivo, d.lgs. 152/2008, ha introdotto all'art. 3 comma 15-ter del Codice la definizione di "contratti di partenariato pubblico privato". Tale previsione recepisce una condizione del parere reso dall'VIII Commissione Senato il 29 luglio 2008. La nuova disposizione dispone si tratti di "contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati,

anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat".

La definizione fornita richiama le "prescrizioni e gli indirizzi comunitari vigenti", ma di fatto propende per un'impostazione contrattuale in cui ci in focus è più sull'oggetto degli stessi, piuttosto che sull'elemento della cooperazione tra pubblico e privato, autorità pubbliche e mondo delle imprese che dir si voglia. Di fatto il terzo correttivo introduce nel Codice dei contratti una definizione di contratti di PPP che sembra lasciar fuori i c.d. PPP di tipo istituzionalizzato, anche se poi nell'elenco che segue vi si fanno rientrare le società miste, che per alcuni profili potrebbero rientrare più opportunamente nella seconda tipologia di PPP delineata nel libro verde.

Dall'elenco che segue risulta evidente che il legislatore abbia voluto delineare i rapporti in esame come una tipologia contrattuale aperta che poggia essenzialmente su alcuni presupposti. Si tratta infatti di un elenco non tassativo, formulato "a titolo esemplificativo". Aderendo all'impostazione seguita in altri ordinamenti, quali la Spagna e la Francia, si è preferito regolare la fattispecie più in termini sostanziali che formali. Il contratto diviene, in questo modo, uno strumento di tipo flessibile, a struttura variabile. Il suo contenuto, infatti, potrà essere direttamente determinato dalle parti secondo le esigenze concrete che le stesse vorranno soddisfare.

Il Partenariato, pur rappresentando una categoria contrattuale aperta, si contraddistingue per il suo oggetto tipico, e cioè per il suo essere strumentale alla «progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure alla fornitura di un servizio» (comma 15-ter dell'art. 3), attraverso una partecipazione totale o parziale dei privati dal punto di vista finanziario. Se tipico è l'oggetto, non potendosi leggere in senso esemplificativo le prestazioni elencate dal comma 15 ter, al più tra di loro alternative, diverse possono essere invece le possibili configurazioni contrattuali di tali attività, purché l'allocazione dei rischi sia rispettosa delle «prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti», che fungono da vincolo di risultato. È espressamente prescritto, inoltre, che «si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat» ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ La decisione di Eurostat, «*Treatment of public-private partnerships*» dell'11 febbraio 2004, riguarda il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla pubblica amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private e specifica l'impatto di tali PPP sul bilancio e sul debito pubblico. La decisione riguarda il caso di contratti a lungo termine, tra PA e un *partner* privato in settori di

A ben vedere la pubblica amministrazione e il privato potranno godere di un certo margine di autonomia nel predisporre gli strumenti giuridici/economici necessari alla realizzazione del progetto di investimento. Si spiega così l'assenza di qualsiasi tentativo di tipizzazione da parte del legislatore di tali profili, atteggiamento questo decisamente nuovo per il nostro ordinamento. Ciò comporta una maggiore autonomia negoziale e una maggiore discrezionalità strategica in capo all'amministrazione. In definitiva in un maggior peso specifico del contratto stesso e del suo contenuto. Il richiamo stesso ai contenuti della decisione Eurostat deve leggersi come una sorta di responsabilizzazione delle amministrazioni nell'esercizio di uno strumento così strutturato.

Diversi sono i potenziali settori di intervento dei PPP, che vanno dai progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri finanziari connessi, e in cui il ruolo dell'amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure, a quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica ⁽¹⁷⁾.

In linea generale le opere pubbliche possono essere fatte rientrare tra quei progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica (c.d. opere tiepide), in quanto solitamente richiedono l'applicazione di un prezzo amministrato che

attività dove il Governo è fortemente coinvolto, per la realizzazione di una infrastruttura in grado di erogare servizi secondo parametri quantitativi e qualitativi stabiliti. La decisione si applica solo nei casi in cui lo Stato sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda sia originata dalla stessa parte pubblica che da terze parti (es., servizi pubblici come la sanità o l'istruzione, nei quali, per un meccanismo di sostituzione, le prestazioni erogate ai cittadini sono pagate dalla pubblica amministrazione o di infrastrutture stradali, i cui pedaggi sono pagati dalla parte pubblica attraverso sistemi di *shadow tolls* (c.d. pedaggi ombra)). In questi casi la decisione Eurostat propone che gli *assets* legati a tali forme di PPP non debbano essere classificati come attivo patrimoniale pubblico, e, pertanto, siano registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche, qualora vengano rispettate due condizioni: 1) il *partner* privato si assume il rischio di costruzione; 2) il *partner* privato si assume almeno uno dei due rischi seguenti: quello di disponibilità e quello di domanda. Le conseguenze sul *deficit* e sul debito pubblico sono importanti. Infatti, se l'*asset* viene considerato fuori bilancio dello Stato, le relative spese in conto capitale, sostenute dal *partner* privato, non incidono né sul disavanzo né sul debito pubblico. Sul tema vedi UTFP, *Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 «Treatment of public-private partnerships»*.

⁽¹⁷⁾ Secondo uno studio svolto dall'Unità tecnica Finanza di progetto, i progetti realizzabili attraverso interventi di PPP possono essere classificati, in base alla loro capacità di ripagarsi, in tre principali tipologie: 1) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito mediante ricavi da utenza (c.d. "opera calda"): il flusso prospettico dei ricavi commerciali generati dal progetto consente un'adeguata remunerazione del capitale investito; 2) progetti nei quali il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione (c.d. "opera fredda"): il riferimento è a tutte quelle opere pubbliche (carceri, ospedali, ecc.) per le quali il soggetto privato, che si occupa della realizzazione e della successiva gestione, trae la propria remunerazione principalmente dai pagamenti della pubblica amministrazione su base commerciale; 3) progetti richiedenti una componente di contribuzione pubblica (c.d. opera tiepida): è il caso di quelle iniziative che non sono in grado di assicurare adeguati ritorni economici, ma dalla cui realizzazione derivano rilevanti esternalità positive in termini di benefici socio-economici indotti dalla infrastruttura stessa (cfr. FOSCHI, SERLENGA, *Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche. Introduzione alla finanza di progetto*, UTFP, aprile, 2002 pp. 5-6). Vale la pena ricordare che l'Unità Tecnica Finanza di progetto è stata istituita, con funzioni di supporto e sussidio alle pubbliche amministrazioni nelle operazioni di *project financing*, e con compiti di attività promozionali, dalla legge n. 144/1999.

consenta la fruizione dell'opera al pubblico in senso lato. Si tratta di iniziative che non sono in grado di assicurare adeguati ritorni economici, ma dalla cui realizzazione derivano rilevanti esternalità positive in termini di benefici socio-economici indotti dalla infrastruttura stessa, come può essere il caso della riqualificazione di aree urbane legate ad interventi di edilizia abitativa, ovvero alla riduzione della congestione del traffico legata alla realizzazione di tramvie o metropolitane. Proprio tali esternalità giustificano l'erogazione della contribuzione pubblica.

Tra i fattori di sviluppo del fenomeno nell'ultimo decennio gioca un ruolo importante la convinzione che l'introduzione di modelli privatistici consenta un miglioramento dell'efficacia della fase di programmazione degli interventi e della qualità complessiva delle infrastrutture realizzate e dei servizi erogati, nonché determini l'introduzione di meccanismi che stimolino un'effettiva concorrenza sui costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture. Ciò giustifica la particolare attenzione riposta dalla Commissione Europea sullo sviluppo del PPP, anche in considerazione del rilevante impatto sul sistema economico.

L'auspicata collaborazione tra pubblico e privato costituisce espressione dell'evoluzione del ruolo del soggetto pubblico nella vita economica del Paese, da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

Il PPP in tal senso rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale⁽¹⁸⁾, quale riconoscimento da parte dei pubblici poteri del ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione di attività di interesse generale e, quindi, anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali⁽¹⁹⁾.

Inteso in senso "positivo" tale principio non impone alcun arretramento dello Stato, ma suggerisce una diversa modalità di intervento pubblico che promuova e sostenga l'autonoma capacità di azione dei singoli e delle formazioni sociali.

Il fenomeno del PPP risulta connesso anche con quello della c.d. «*privatizzazione del diritto amministrativo*», cioè della diffusione all'interno della amministrazione della *res pubblica*, di una dimensione *latu sensu* privatistica, tanto sotto il profilo degli strumenti che dei principi, sia da un punto di vista economico che più strettamente giuridico. Essa ha riguardato la maggior parte degli elementi della pubblica amministrazione, sia quelli statici, come l'organizzazione, il personale e la finanza, sia quello dinamico, e cioè il procedimento. È del tutto evidente, in realtà, come si

(18) La letteratura in materia è molto vasta. Tra gli altri VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 54 ss.; MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, p. 4 ss.; D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 ss.; ID., *L'Italia verso il federalismo*, Milano, 2001, p. 319 ss.; DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, cit., p. 11 ss.; CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 373, il quale lo definisce principio ambiguo con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito e epitome della confusione.

(19) Cfr. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006.

sia dinanzi ad una fenomenologia dell'evoluzione del concetto di Stato ⁽²⁰⁾.

Tra le principali ragioni del crescente interesse in Italia per le forme di collaborazione tra pubblico e privato si evidenzia il particolare *deficit* infrastrutturale che caratterizza il nostro Paese e costituisce un limite alla crescita economica e all'acquisizione di competitività in ambito internazionale, esigenze di contenimento della spesa pubblica e la conseguente ricerca di modelli innovativi di finanziamento delle infrastrutture ⁽²¹⁾.

L'Italia si caratterizza per un significativo *gap* in termini di dotazione infrastrutturale rispetto ai principali Paesi industrializzati, che contribuisce a limitare la crescita economica e la competitività in ambito internazionale. Da qui la necessità, condivisa da più parti, di un maggiore coinvolgimento del settore privato, anche attraverso l'adozione di *partnership* in grado di migliorare l'efficienza della spesa rispetto all'alternativa di far gravare interamente sulla pubblica amministrazione l'onere di programmazione, progettazione e controllo dell'investimento ⁽²²⁾. Peraltro, il coinvolgimento del settore privato nella realizzazione di progetti infrastrutturali secondo schemi di partenariato pubblico privato (PPP) rappresenta un fattore positivo nello sviluppo dell'economia del Paese a condizione che vengano rispettate alcune regole e che vengano correttamente percepiti i rischi connessi ad operazioni di questo tipo ⁽²³⁾.

Il dibattito avviato in Europa sul tema delle *partnership* pubblico private relative al finanziamento di infrastrutture e/o alla gestione dei servizi connessi non ha finora condotto all'elaborazione di una disciplina uniforme a livello comunitario e permangono incertezze nella classificazione di alcune operazioni. La stessa Commissione Europea si interroga sull'adeguatezza del diritto comunitario alle caratteristiche specifiche del PPP. Diversi sono i modelli applicati nei singoli Stati membri e comunque disciplinati in modo diverso. La Commissione si preoccupa in particolare di garantire che tali forme di collaborazione non risultino in qualche modo elusive delle regole della concorrenza. La generalizzata tendenza alla ricerca

⁽²⁰⁾ FRANCHINI, *I contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit. Vedi anche FRANCHINI, TEDESCHINI, *La nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009.

⁽²¹⁾ Come evidenziato «in un contesto caratterizzato da scarse risorse finanziarie pubbliche, attivare capitali privati per investimenti attraverso forme di partnership pubblico-privato può consentire il raggiungimento di una maggiore efficienza degli investimenti, sempre che si adottino adeguati criteri economico-finanziari e nel pieno rispetto dei principi di trasparenza, par condicio e concorrenza stabiliti innanzitutto dall'ordinamento comunitario (...). È quindi necessario adottare criteri capaci di governare decisioni tanto rilevanti in termini di spesa pubblica» (CIPOLLETTA, MICOSI, NARDOZZI, *Appalti pubblici e concorrenza*, cit.).

⁽²²⁾ Proposte ABI, 2007, 2008; ANCE, 2007.

⁽²³⁾ Tra le principali criticità del fenomeno si evidenziano: a) la selezione del partner privato; b) la presenza di asimmetrie informative nel rapporto tra *partner* pubblico e privato che determina difficoltà nell'allocazione ottimale del rischio; c) le c.d. *contingent liabilities*, legate al fatto che spesso il privato chiede garanzie ulteriori al settore pubblico con l'effetto di un impatto negativo sulla spesa pubblica (ENGEL e altri, 2006); d) le frequenti rinegoziazioni dei contratti che comportano alti costi di transazione a carico delle pubbliche amministrazioni (GULASCH, 2004); e) la mancanza con particolare riferimento al settore dei trasporti di modelli economici che consentano il calcolo dei flussi di traffico a lungo termine; f) il c.d. rischio istituzionale o regolatorio, particolarmente forte nel nostro Paese, che contribuisce a tenere lontani i capitali stranieri.

di procedure di affidamento più snelle e flessibili trova, dunque, il limite nel rispetto dei principi comunitari. La stessa riflessione pubblicistica a livello nazionale sul tema del rapporto tra salvaguardia della concorrenza e procedure concessorie risulta fortemente influenzata dall'incalzante influenza dei principi europei.

Il rapporto di collaborazione tra amministrazione e impresa risulta caratterizzato da asimmetrie informative e interessi potenzialmente in contrasto. Ciò deriverebbe dalla strutturale incompletezza del contratto, dovuta alla costruzione di un rapporto contrattuale complesso e di lunga durata, e dalla necessità per la parte pubblica, di dover rinegoziare con il privato il suo comportamento, con alti costi di transazione e rischio per il soggetto pubblico di perdita di controllo. In tale contesto, può risultare utile analizzare i potenziali effetti distorsivi prodotti e ricercare i possibili meccanismi di aggiustamento finalizzati alla costruzione di un rapporto tendenzialmente efficiente ⁽²⁴⁾.

3. Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico privato.

L'istituto della concessione nasce ⁽²⁵⁾ e si sviluppa principalmente per fronteggiare la carenza di risorse economiche dello Stato e per la mancanza di competenze tecniche idonee alla realizzazione e gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità ⁽²⁶⁾. L'amministrazione ricerca la "collaborazione" del privato per far fronte alle proprie necessità e perseguire i propri interessi. Per questo motivo la concessione rappresenta il modello tipico di PPP.

Si tratta di esigenze ancora attuali, in considerazione della forte crescita del mercato degli appalti pubblici e concessioni, registrata negli ultimi tempi in rapporto alla contrazione della spesa pubblica.

La dottrina nazionale si è a lungo interrogata sulla natura giuridica della concessione, dividendosi tra i sostenitori dell'impostazione pubblicistica - concessione come atto amministrativo unilaterale (provvedimento amministrativo) - e i sostenitori dell'impostazione privatistica - concessione come contratto. Non è possibile dar conto in questa sede delle diverse tesi sostenute in materia, ma si rinvia alla vasta letteratura sul tema ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche. Quali incentivi*, Torino, 2007.

⁽²⁵⁾ Per una riflessione sulle origini dell'istituto della concessione, ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005; DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001; BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1995, n. 2, p. 276 ss.; CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 335 ss.

⁽²⁶⁾ Le concessioni di servizi pubblici venivano originariamente considerate come strumentali a quelle di lavori e, dunque, prive di rilevanza autonoma.

⁽²⁷⁾ La letteratura sul tema è sconfinata, tra gli altri G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio* (a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA), Milano, 1995; BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1995, p. 267 ss.; PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; SORACE, MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 285 ss.; SCOCA, *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi* (a cura di ROVERSI-MONACO), Rimini, 1988; D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 1988; ID., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; CAIANIELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. II, 1980; GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo*

Occorre ricordare, però, che l'originaria concezione della concessione come forma privatistica di regolazione dei rapporti tra amministrazione e privati trovava fondamento nella convinzione che l'esigenza della pubblica amministrazione di incentivare la collaborazione dei privati imponesse di riconoscere loro una garanzia forte dei diritti economici, che potesse assicurare solo il diritto privato ⁽²⁸⁾.

La ricostruzione della concessione come rapporto di diritto pubblico sottoposto a principi pubblicistici, invece, si fondava sull'assunto che la concessione determinasse un trasferimento di compiti e di funzioni amministrative dal concedente al concessionario, con particolare riferimento all'oggetto pubblico della prestazione a carico di quest'ultimo.

A metà strada tra le due impostazioni si pone la teoria della concessione-contratto, che trova fondamento in una nota pronuncia della Corte di cassazione del 1910 ⁽²⁹⁾, che assumeva la concessione come fattispecie complessa costituita da due atti distinti ma connessi: uno pubblicistico, il provvedimento amministrativo di conferimento della concessione, e uno privatistico, l'accordo tra amministrazione e privato destinato a regolare diritti e obblighi delle parti. Tale impostazione è stata superata da parte della letteratura successiva che, accentuando i profili di differenziazione rispetto al contratto di diritto privato ⁽³⁰⁾, ha finito per ricondurla nell'ambito dei contratti di diritto pubblico, formalizzando peraltro il passaggio dalla concessione-contratto al contratto di concessione. In realtà, è forse più cauto assumere quello attuale come il risultato, sia pure provvisorio, di un confronto di componenti che impediscono una caratterizzazione del contratto in senso esclusivamente privatistico o esclusivamente pubblicistico ⁽³¹⁾.

La disciplina introdotta dalle direttive nn. 17 e 18 del 2004, oggi in vigore nell'Unione Europea e recepita nei principali Stati Membri distingue tra concessioni di lavori, servizi e forniture.

Nell'ordinamento giuridico italiano la concessione di lavori è stata a lungo assunta

trattato completo di diritto amministrativo (a cura di V.E. ORLANDO), vol. II, Milano, 1935; RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII.

⁽²⁸⁾ ALLA, *cit.*, pag. 17.

⁽²⁹⁾ Cass., 12 gennaio 1910, in *Foro it.*, 1915, I, p. 1379 ss.

⁽³⁰⁾ Parte della dottrina ha sottolineato il profilo organizzativo della concessione (la concessione come conferimento di un *ufficio*), riconducendo la fattispecie alla figura del "contratto ad oggetto pubblico" nella forma di "contratti accessivi a provvedimenti" o di "convenzioni sostitutive": M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.

⁽³¹⁾ La stessa giurisprudenza appare oscillante tra le due posizioni. Si è osservato che "la figura della concessione-contratto è caratterizzata dalla contemporanea presenza di elementi pubblicistici e privatistici, sicché la pubblica amministrazione viene a trovarsi in una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte in quanto dispone, oltre che dei diritti e delle facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inserisce la concessione" (TRGA, Bolzano, 11 novembre 2002, n. 495). Secondo parte della dottrina, la definizione di una categoria di contratti pubblici non appare risolutiva nel nostro ordinamento: i contratti con la pubblica amministrazione si caratterizzerebbero rispetto ai contratti di diritto privato esclusivamente per il fatto che una delle parti è la pubblica amministrazione (VALENTINI, 2007).

in dottrina e giurisprudenza come uno “strumento di traslazione dei pubblici poteri”, provvedimento amministrativo unilaterale escluso da qualsiasi confronto concorrenziale.

Attraverso tale strumento la pubblica amministrazione poteva trasferire ad altri un proprio diritto o potere, ovvero costituire un nuovo diritto o potere a vantaggio di altri sulla base di uno proprio, che in tal modo veniva limitato ⁽³²⁾.

La legge 24 giugno 1929, n. 1137, distingueva due tipi di concessione: la concessione di sola costruzione e la concessione di costruzione e gestione ⁽³³⁾.

In questa seconda fattispecie la costruzione risulta strumentale alla gestione di un pubblico servizio. La concessione di mera costruzione ha posto questioni in dottrina, risultando di difficile inquadramento perché difficilmente distinguibile dalla figura dell'appalto di opere pubbliche e per effetto dell'art. 1, lett. d), della direttiva 89/440/Ce, è stata eliminata dal nostro ordinamento.

L'influenza del diritto comunitario è stata particolarmente evidente in questo contesto ⁽³⁴⁾. L'art. 1, co. 3, della direttiva unificata 2004/18/Ce ⁽³⁵⁾, in materia di appalti riproduce la definizione di concessione di lavori come contratto con caratteristiche simili all'appalto, salvo il fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, ovvero nel diritto di gestire l'opera

⁽³²⁾ Sull'evoluzione della nozione di concessione di lavori pubblici nell'ordinamento interno, tra gli altri, PASQUINI, *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in *Modernizzazione del Paese. Politiche, opere, servizi pubblici* (a cura di M.A. CABIDDU), Milano, 2005. In particolare ricordiamo che la legge 8 agosto 1977, n. 584 equiparava la concessione di sola costruzione all'appalto e la sottoponeva allo stesso regime procedimentale e giuridico. Il Consiglio di Stato in tal senso distingueva il concetto di concessione di sola costruzione dalla concessione di costruzione e gestione, sottraendo quest'ultima alle regole dell'altra (Cons. St., sez. III, 30 novembre 1982, n. 703, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1984, p. 1129 ss.).

⁽³³⁾ La prima è l'atto amministrativo con cui una pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica entro un certo termine e dietro il pagamento di un corrispettivo predeterminato; la seconda è atto amministrativo con il quale la pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica e di gestirla per un determinato periodo di tempo, al termine del quale l'opera diventa di proprietà dell'amministrazione.

⁽³⁴⁾ Per un commento GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993; BALOCCO, *Concessioni di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, n. 7, p. 851 ss. Merita ricordare, sia pure brevemente, i principali interventi normativi in materia. Con riferimento alle prime direttive comunitarie adottate per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e di forniture, si ricorda che l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305/Cee, recepita con l. 8 agosto 1977, n. 584, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione. La direttiva del Consiglio 89/440/Cee del 18 luglio 1989, invece, ha preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo a esse applicabili specifiche regole di pubblicità (dir. 89/440/Cee, artt. 12, nn. 3, 6, 7 e 9-13, e 15-*bis*). Successivamente, la direttiva del Consiglio 93/37/Ce, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ha menzionato espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione. L'art. 1 della dir. 93/37/Ce, infatti, definisce la concessione come il contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto di lavori pubblici, “ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”. Le direttive 93/37/Ce e 93/38/Ce, sono state recepite in Italia con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro sui lavori pubblici, c.d. legge “Merloni”.

⁽³⁵⁾ La direttiva 2004/18/CE ha inteso aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie preesistenti, in materia di appalti pubblici, attraverso un'operazione di coordinamento tra precedenti normative rispondente essenzialmente ad un'esigenza di semplificazione, attraverso i principi già indicati nel c.d. *Libro Verde* sugli appalti pubblici e nel c.d. *Libro Bianco*.

accompagnato da un prezzo.

Questa non si discosta sostanzialmente dalla definizione originariamente fornita dall'art. 19, co. 2, della legge quadro ed è stata sostanzialmente riprodotta nel Codice dei contratti pubblici (art. 3, co. 11).

Il mutamento di prospettiva, da “strumento di traslazione dei pubblici poteri” a contratto, espone la concessione di lavori al confronto concorrenziale e comporta l'obbligo del ricorso alle procedure concorsuali (artt. 56-65 dir. 2004/18/Ce).

In Italia il processo di riforma della disciplina dei lavori pubblici ha inizio con l'emanazione della legge quadro sui lavori pubblici, legge n. 109/1994 ⁽³⁶⁾.

Prosegue con legge 18 novembre 1998, n. 415, c.d. *Merloni-ter*, e con il successivo regolamento di attuazione ⁽³⁷⁾, disposizioni normative emanate con l'obiettivo di stimolare il coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche ⁽³⁸⁾; la legge *Merloni-quater* nel 2002 ⁽³⁹⁾; il Codice dei contratti pubblici nel 2006 e le successive modifiche e integrazioni allo stesso.

Il modello concessorio resta centrale in Italia, ma anche in altri Paesi.

La stessa disciplina sulla finanza di progetto, oggi disciplinata dal Codice dei contratti pubblici e più volte oggetto di modifiche normative, si fonda sull'istituto della concessione di costruzione e gestione.

Rispetto al modello base, ambisce a caratterizzarsi essenzialmente per il fatto di originare dall'iniziativa privata, sia pure concernente un'opera inserita nella programmazione dell'amministrazione ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ La concessione di costruzione e gestione ivi disciplinata si propone come sistema di esecuzione indiretta dell'opera pubblica, mediante il quale l'amministrazione affida l'opera a un soggetto privato, che la realizza e la gestisce per un determinato periodo di tempo, scaduto il quale l'opera passa all'ente concedente. La disposizione di cui all'art. 19 della legge quadro è stata a lungo considerata “lo statuto fondamentale dell'istituto della concessione di lavori, che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento e anche se la concessione sia disposta per legge” (Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, circolare 1° marzo 2002, n. 3944, *Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori*, in *GU* n. 102 del 3 maggio 2002. Sul punto vedi anche Cons. St., sez. VI, 28 maggio 1997, n. 584; Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 8 giugno 2000, n. 55). Gli altri sistemi di realizzazione dei lavori pubblici previsti dall'art. 19 erano l'appalto e, in via residuale, i lavori in economia di cui all'art. 24, comma 6.

⁽³⁷⁾ D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

⁽³⁸⁾ La “*Merloni-ter*” ha novellato la legge quadro agli artt. 37 *bis/nonies*, ampliando la gamma degli strumenti disponibili per il coinvolgimento dei privati nelle attività di progettazione, finanziamento, costruzione e gestione di infrastrutture pubbliche, attraverso l'introduzione di una disciplina in materia di finanza di progetto. La normativa non fornisce una disciplina generale sulla finanza di progetto, ma si limita a dettare regole specifiche che ne consentano l'inserimento nel campo delle opere pubbliche.

⁽³⁹⁾ La l. 1 agosto 2002, n. 166, c.d. “*Merloni-quater*”, ha introdotto interessanti novità e modifiche alla legge quadro finalizzate a introdurre incentivi ai privati e semplificare la procedura amministrativa. Tra quelle riguardanti l'istituto in esame possono essere ricordate l'abolizione del limite temporale di durata della concessione, la previsione della possibilità da parte dell'amministrazione di offrire un “contributo” al concessionario a titolo di prezzo finalizzato al perseguimento dell'equilibrio economico finanziario del progetto, anche attraverso la cessione di beni immobili a titolo di proprietà o diritto di godimento la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da realizzare, o attraverso l'affidamento in concessione di opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici.

⁽⁴⁰⁾ A tale riguardo l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha sostenuto che “con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo e autosufficiente”

In realtà, nonostante le diverse modifiche intervenute, l'ipotesi di un'iniziativa privata effettiva resta residuale nella normativa in vigore e le procedure oggi previste risultano, comunque, ancora lontane da quelle esigenze di flessibilità invocate dal mercato, caratteristiche tipiche della *Project Finance Initiative* anglosassone.

4. *Servizi pubblici nell'ordinamento comunitario e concessioni.*

Prima dell'emanazione della direttiva 2004/18/CE ⁽⁴¹⁾, la direttiva 92/50/Cee di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi non prevedeva una definizione di concessione di servizi ⁽⁴²⁾. Si riteneva, comunque, che gli elementi distintivi della nozione di concessione di lavori potessero ritenersi propri anche della concessione di servizi ⁽⁴³⁾: il criterio della gestione costituisce pertanto una caratteristica essenziale in entrambi i casi. Nelle concessioni di servizi, infatti, l'imprenditore assume il rischio di gestione del servizio remunerandosi principalmente attraverso i ricavi da utenza ⁽⁴⁴⁾. Tale orientamento trova conferma nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile 2000 e nella circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, n. 3944.

La direttiva 2004/18/CE introduce per la prima volta una definizione di concessione di servizi (art. 1, par. 4), ma ne esclude l'assoggettamento alla normativa comunitaria (art. 17). Come ricordato, ad oggi manca ancora una disciplina comunitaria di diritto derivato in materia di concessioni di servizi ⁽⁴⁵⁾.

per il *project financing*, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione delle opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione, come risultante dalle modifiche alla legge stessa intervenute nel corso degli ultimi anni" (Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione, 26 ottobre 2000, n. 51).

⁽⁴¹⁾ Sulle concessioni di servizi, prima dell'emanazione della dir. 2004/18/CE, tra gli altri MENSÌ, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999; GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, nn. 3-4, p. 381 ss.; MASTRAGOSTINO, *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998.

⁽⁴²⁾ Un tentativo di definizione a livello normativo di concessione di servizi era contenuto nella proposta della direttiva servizi, 91/C250/05, presentata dalla Commissione al Consiglio in data 28 agosto 1991 (GUCE 25 settembre 1991, N.C. 250/4): "contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici (...) concluso tra un'amministrazione e un'altro ente a sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da una controprestazione pecuniaria". Il riferimento in questo caso è espressamente ai servizi pubblici. Sull'assimilazione della concessione di servizi alla concessione di committenza tra gli altri BONTEMPO, *cit.*, p. 292 ss.

⁽⁴³⁾ COMMISSIONE EUROPEA, Direzione Generale XV-Mercato interno e servizi finanziari, Politica degli appalti pubblici, *Progetto di comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, 24 febbraio 1999: "una concessione, infatti, riveste le stesse caratteristiche distintive indipendentemente dall'oggetto che le è proprio".

⁽⁴⁴⁾ La Commissione europea parla di "canoni sotto qualsiasi forma". In tale prospettiva l'eventuale assicurazione del rimborso dei finanziamenti da parte dell'Amministrazione, fa venir meno l'alea connessa alla gestione e il contratto dovrebbe essere considerato come appalto e non come concessione, alla stregua di ciò che accade della concessione di lavori.

⁽⁴⁵⁾ Sulla concessione di servizi tra gli altri BALESTRERI, *L'applicabilità di meccanismi revisionali ai contratti di concessione di servizi*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 393; SIMONETTI, *Il modello italiano di concessione e/o affidamento di*

Con riferimento all'applicabilità delle direttive sugli appalti alle concessioni di servizi, l'impostazione dominante (avallata dalla sentenza 7 dicembre 2000 della Corte di giustizia ⁽⁴⁶⁾), dal parere del Comitato economico e sociale del 19 ottobre 2000 ⁽⁴⁷⁾, dalla Comunicazione della Commissione europea del 2 aprile 2000, e successivamente confermata dal Libro Verde sui partenariati pubblico-privati del 2004, dall'art. 17 della direttiva 2004/18/CE e dalla Comunicazione della Commissione del 15 novembre 2005) propende per l'impostazione negativa, salvo il caso di concessioni di diritti speciali o esclusivi. Le direttive in materia di appalti, dunque, non disciplinano il "segmento" concedente-concessionario nella concessione di servizi ⁽⁴⁸⁾.

Il Consiglio di Stato ha sostenuto che la pubblica amministrazione, pur richiamando nel bando e nel capitolato i principi della normativa in materia di appalti di servizi, manterrebbe "un'area di regolamentazione discrezionale del rapporto", che le consente di discostarsi dai precetti puntuali della normativa suddetta senza incorrere in alcuna illegittimità ⁽⁴⁹⁾.

In assenza di direttive comunitarie specifiche, si sono sempre ritenuti applicabili anche alle concessioni di servizi i principi generali desumibili dal Trattato e, in particolare, i principi e le regole procedurali a tutela della concorrenza. Ne consegue che l'amministrazione procedente deve operare con modalità che preservino la

servizi, in *Foro it.*, 2008, p. 565; MASERA, *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria.*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 581; MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 2008, p. 277; CLARIZIA, *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, in www.giustamm.it; CONTESSA, *Le concessioni di lavori e di servizi tra tradizione nazionale ed impulsi comunitari*, *ibidem*; PIERGIUSEPPE, *I servizi pubblici locali - Tra appalto e concessione sempre comunque garantendo il rispetto della normativa comunitaria in materia di concorrenza e di non discriminazione. La gestione "in house"*, in *Amm. it.*, 2008, p. 313; RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 985; GIANNELLI, *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione.*, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1280; CODUTI, *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio.*, in *Rass. Adv. Stato*, 2007, p. 64; GASTALDI, *Sui tratti distintivi dell'appalto pubblico di servizi rispetto alla concessione di servizi pubblici.*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2007, p. 69; MINETTI, *Codice dei contratti - La concessione di servizi, un istituto che riprende vita dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti.*, in *Comuni d'Italia*, 2007, p. 51; MOZZATI, *La concessione di servizi nel Codice dei contratti pubblici.*, in *Econ. e dir. del terz.*, 2006, p. 291; BONETTI, *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 296.

⁽⁴⁶⁾ Corte giust., VI, *Teleustria c. Telecom Austria*, 7 dicembre 2000, causa 324/1998, in *Corr. giur.*, 2001, p. 489 ss. Sul punto vedi anche Corte giust., 30 maggio 2002, causa 358/00. Nella prima sentenza la Corte ricorda che la Commissione aveva espressamente proposto di includere la concessione di pubblico servizio nella sfera di applicazione della direttiva, ma nel corso della procedura legislativa il Consiglio ha finito per eliminarne ogni riferimento a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri circa la delega della gestione dei servizi e le modalità della stessa, in grado di creare un forte squilibrio nell'accesso.

⁽⁴⁷⁾ Parere del Comitato economico e sociale sul tema del rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006. Secondo l'Autore si tratta piuttosto di verificare i tratti delle vicende contrattuali che si collocano "a valle" di detto segmento, cui tuttavia si applicano i principi di non discriminazione, libera prestazione dei servizi e proporzionalità (pag. 83). Si tratterebbe di distinguere tra "servizi privati" resi ad un soggetto pubblico da un operatore privato, e in quanto tali disciplinati dalla cd. "Direttiva servizi" (dir. 92/59/Ce), recepita con d.lgs. n. 157/1995 (successivamente modificato dal d.lgs. n. 65/2000), e "servizi pubblici" nel senso di resi al pubblico dal prestatore (cfr. PASSALACQUA, *Concessione di pubblico servizio e cooperazione: nuove prospettive per un istituto antico*, 2002, in <http://www.ddp.unipi.it/dipartimento>).

⁽⁴⁹⁾ Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2003, n. 645.

pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione degli operatori economici e che garantiscano la tutela della concorrenza nelle procedure di gara.

La Corte di giustizia ha ribadito l'esigenza di un adeguato livello di pubblicità e il divieto di normative nazionali che consentano affidamenti di concessioni di servizi senza gara ⁽⁵⁰⁾.

La Commissione ha affermato che l'amministrazione che voglia affidare una concessione di servizi è tenuta all'osservanza delle regole fissate dalla direttiva 93/37/Cee, se applicabile, e comunque, ad attenersi alle regole comunitarie di rango primario, in particolare gli artt. 49 e ss. del Trattato in materia di servizi e al rispetto dei principi generali di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza ⁽⁵¹⁾.

Sul tema è intervenuta anche una circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2002 ⁽⁵²⁾, e nello stesso senso si esprime lo stesso Consiglio di Stato ⁽⁵³⁾. Inoltre, la pubblica amministrazione deve agire nel rispetto dei principi di imparzialità, buona amministrazione ed economicità sanciti dall'art. 97 della Costituzione e dall'art. 1 della legge n. 241/1990: non le si può riconoscere, dunque, un potere puramente discrezionale nella scelta del concessionario.

Il Codice dei contratti pubblici recepisce la definizione di concessione di servizi fornita dalla direttiva 2004/18/CE (art. 3, comma 12) ⁽⁵⁴⁾ e sancisce espressamente, all'art. 30 ⁽⁵⁵⁾ che la scelta del concessionario debba sempre avvenire nel rispetto dei

⁽⁵⁰⁾ Nella sentenza *Teleaustria c. Post & Telekom Austria* del 7 dicembre 2000, causa 324/1998, si afferma che i principi comunitari trovano applicazione anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e per fattispecie diverse da quelle individuate nelle direttive comunitarie, come l'affidamento della concessione di servizi. Anche nel caso di contratto escluso dalla sfera di applicazione delle direttive appalti, gli enti aggiudicatori stipulanti sono comunque tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che implica obblighi di trasparenza. Nello stesso senso Corte giust., 13 ottobre 2005, causa 458/2003.

⁽⁵¹⁾ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, del 26 aprile 2000.

⁽⁵²⁾ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI - Dipartimento per le politiche comunitarie del 1 marzo 2002, n. 3944, *Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori*. La Presidenza del Consiglio dei Ministri invita le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di rilascio di provvedimenti concessori, di gestione delle relative procedure selettive e di adozione degli eventuali conseguenti provvedimenti di proroga o di rinnovo e ricorda che, anche per le concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di partecipare alla selezione.

⁽⁵³⁾ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634: "Sono applicabili alle concessioni di servizi i principi comunitari di non discriminazione in ragione della nazionalità, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità".

⁽⁵⁴⁾ Il Codice indica il criterio della gestione quale elemento caratterizzante la stessa concessione di servizi e sottolinea, come per la concessione di lavori, la centralità del equilibrio economico-finanziario del progetto, prevedendo la possibile corresponsione di un prezzo (art. 30, comma 2) da parte dell'amministrazione e il rinvio all'art. 143, comma 7 (art. 3, comma 7). Si esclude, peraltro, l'applicabilità alle concessioni di servizi della disciplina contenuta nel Codice, ad eccezione della previsione di cui all'art. 30 e disposizioni ivi richiamate.

⁽⁵⁵⁾ Articolo emanato in recepimento degli artt. 3 e 17 dir. 2004/18/Ce e dell'art. 3, comma 8, legge n. 415/1998.

principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici: trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità ⁽⁵⁶⁾.

Una regola speciale è prevista dall'art. 152, comma 3 per le concessioni di servizi mediante finanza di progetto, che ritiene applicabili i principi contenuti al comma 1 della norma stessa (si tratta delle regole contenute nella parte I, II, titolo II, capo I, parte IV, e V del Codice) ⁽⁵⁷⁾.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 30 rinvia espressamente alla disciplina sul contenzioso di cui alla parte IV del Codice. L'art. 244, ivi contenuto, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti all'applicazione della normativa comunitaria o al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica di cui alla normativa statale o regionale nella scelta del contraente o del socio ⁽⁵⁸⁾.

La definizione di una disciplina sulla concessione di servizi risulta complicata dal nesso con la complessa materia dei servizi pubblici, oggetto di diverse interpretazioni in dottrina ⁽⁵⁹⁾, favorite in passato dall'assenza di una definizione

⁽⁵⁶⁾ Per rendere effettivo il rispetto di questi principi è altresì disposto che la selezione avvenga previa gara informale cui sono invitati almeno cinque concorrenti, soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione e con predeterminazione dei criteri selettivi. Anche nella previsione delle possibili deroghe ed esenzioni il legislatore del Codice si preoccupa di assicurare il rispetto dei principi suddetti. In tal senso sono fatte salve le discipline specifiche, solo se prevedano forme più ampie di tutela della concorrenza; le discipline specifiche che prevedono l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario; la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di concedere ad un soggetto diverso diritti speciali o esclusivi di esercizio di un'attività di pubblico servizio, a condizione che l'atto di concessione preveda che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, tale soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 30, commi 4, 5, 6).

⁽⁵⁷⁾ Più diffusamente, sul *project financing* di servizi, RAGANELLI, FIDONE, *Promotore e società di progetto*, in *Il Codice dei contratti pubblici* (a cura di CLARICH), *cit.*

⁽⁵⁸⁾ L'articolo recepisce la disciplina contenuta nell'art. 81 della dir. 2004/18/Ce; l'art. 72 della dir. 2004/17/Ce; l'art. 4, comma 7 legge quadro, l'art. 6, comma 1 legge n. 205/2000; l'art. 6, comma 19 legge n. 537/1993.

⁽⁵⁹⁾ La letteratura sui servizi pubblici è vasta. Per una definizione MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1976, p. 217; POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; CATTANEO, *Servizi Pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, p. 372 ss. Più recentemente si segnala tra gli altri CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1; ID., ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali* (a cura di CORSO, LOPILATO), Milano, 2006; NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 493; AA.VV., *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), Milano, 2000; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999. Sulla qualificazione di servizio pubblico è intervenuto anche il Consiglio di Stato, che lo definisce "produzione di beni o attività rivolti ai fini sociali e di promozione economica", evidenziandone le modalità di erogazione e, soprattutto, le connotazioni "sociali" dell'attività, svolta "a favore della collettività". Il Cons. St. ritiene non costituisca servizio pubblico quel servizio che non è svolto dal Comune a favore della collettività, ma erogato in senso inverso, cioè a favore del Comune stesso; tale erogazione è configurabile come pura e semplice "prestazione economica" sia pure svolta nei confronti di un soggetto pubblico. In tal caso si ha affidamento di un appalto e non di un servizio pubblico (Cons. St.,

normativa espressa e di una disciplina organica ⁽⁶⁰⁾. L'indirizzo di servizio pubblico originariamente prevalente (inteso come attività non autoritativa della pubblica amministrazione, la cui titolarità fa capo all'amministrazione, mentre la gestione può essere concessa al privato, c.d. teoria soggettiva) entra in crisi con il progressivo passaggio da un sistema di intervento pubblico dell'economia ad un sistema di mercato in cui la pubblica amministrazione "concede" anche la titolarità, oltre che la gestione, dei servizi, mantenendo poteri di regolamentazione, indirizzo e controllo. L'entrata in vigore della Costituzione (l'art. 43 fa riferimento ai servizi pubblici essenziali con carattere di preminente interesse generale) ha posto le premesse per il passaggio a un'impostazione diversa, che comprende nella nozione di servizio pubblico qualsiasi prestazione di interesse collettivo, svolta da qualsivoglia soggetto, indipendentemente da un ruolo organizzativo, gestorio o discrezionale del soggetto pubblico (c.d. teoria oggettiva) ⁽⁶¹⁾. Un argomento a favore della sussidiarietà orizzontale come parametro organizzativo dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, in cui la prima interviene solo nei casi in cui il mercato non è in grado di soddisfare le esigenze della comunità ⁽⁶²⁾. Il passaggio dal principio di integrazione della politica al principio di sussidiarietà (orizzontale), coincide sostanzialmente con il più volte discusso passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore.

Dal punto di vista comunitario le concessioni di pubblici servizi si inquadrano nel concetto di *servizi di interesse generale* (economico o non economico) ⁽⁶³⁾. La disposizione comunitaria vieta misure nazionali contrarie ai principi generali di concorrenza e non discriminazione a favore di "imprese pubbliche e imprese cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi", ma riconosce possibili deroghe in favore di "imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale", nei limiti in cui l'applicazione delle disposizioni del Trattato risulti di ostacolo all'adempimento, di fatto o di diritto, della specifica missione loro affidata. La deroga, che si giustifica in considerazione

V, 10 marzo 2003, n. 1289). Per un commento LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, in *Urb. app.*, 2001, p. 48.

⁽⁶⁰⁾ Esistono alcuni riferimenti normativi settoriali da cui risulta difficile trarre una nozione chiara e univoca di servizio pubblico: l'art. 112, del d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali) sui servizi pubblici locali; l'art. 1, comma 2 della legge n. 146/1990 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'art. 358, comma 2 del Codice penale sull'incarico di pubblico servizio.

⁽⁶¹⁾ In senso contrario, la Corte cost., sent. n. 274/2004, afferma espressamente l'irriducibilità dei servizi pubblici locali a tratti meramente concorrenziali, sottolineando il ruolo organizzativo o gestorio del soggetto pubblico, quale elemento fondamentale e *discrimen* tra pubblico servizio in senso stretto e mera attività imprenditoriale.

⁽⁶²⁾ BRAGAGNI, *Servizi ed appalti pubblici nell'ordinamento nazionale e comunitario*, in *Altalex*, 2007, n. 1703, 1.

⁽⁶³⁾ AA.VV., *Servizi di interesse economico generale. Prima relazione triennale italiana*, a cura del Dipartimento delle politiche comunitarie, 2010; MENGOZZI, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 304; COSTAMAGNA, *Direttiva 'servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Il Dir. comun. e degli scambi intern.*, 2009, p. 111; CAPANTINI, *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 71; CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 97.

dell'esigenza di garantire quella "coesione sociale e territoriale" introdotta dal Trattato di Amsterdam, implica il riconoscimento di una *discrezionalità* in capo alle amministrazioni nazionali nell'organizzazione e gestione dei servizi pubblici, che deve comunque essere orientata al rispetto dei principi comunitari ⁽⁶⁴⁾.

La questione attiene sostanzialmente al privilegio per i soggetti nazionali di provvedere all'affidamento diretto di servizi a società miste, su cui si attende un intervento chiarificatore della Corte di giustizia ⁽⁶⁵⁾. La compresenza di un duplice fonte, comunitaria e costituzionale, sul tema dei servizi pubblici di carattere o interesse generale rende la materia particolarmente delicata.

Nel tempo si assiste peraltro a una progressiva erosione dell'area riservata al "pubblico", come dimostra la liberalizzazione di molti settori come i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia. La configurazione negoziale assunta più di recente sembra rispondere meglio a una logica di risultati in chiave di efficienza, economicità ed efficacia ⁽⁶⁶⁾, peraltro in linea con la tendenza ad un dialogo più aperto e "paritario" tra amministrazione e privati, sia pure con le necessarie cautele che la delicatezza della materia richiede.

La direttiva 2004/18/CE contiene un espresso riferimento alle concessioni di servizi pubblici (art. 3), puntualmente recepito all'art. 30, comma 6 del Codice dei contratti, in base al quale "se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di pubblico servizio", l'atto di concessione relativo deve prevedere espressamente che il concessionario rispetti il principio di non discriminazione di base alla nazionalità.

In ambito nazionale la disciplina di riferimento sui pubblici servizi si colloca ancora in una "zona grigia" ⁽⁶⁷⁾. Il principale riferimento è alla disciplina contenuta all'art. 113, comma 5 (gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica) ⁽⁶⁸⁾ del Testo unico degli enti locali (t.u.e.l.), d.lgs. 18 agosto 2000, n.

⁽⁶⁴⁾ Secondo la Commissione europea e la Corte di Giustizia anche in materia di concessioni di pubblici servizi si applicano i principi generali del diritto comunitario derivanti dall'art. 49 del Trattato sulla libera prestazione di servizi (Commissione europea, Comunicazione aprile 2000; Corte giust., sentenza 7 dicembre 2000, Teleustria). In dottrina CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 60 e p. 70; GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1464; GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2282 ss.; FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 408; TURCO LIVERI, *Appalto e concessione dei servizi pubblici*, in *Comuni d'It.*, 1993, p. 1180; PALMIERI, *La scelta del concessionario nella concessione di pubblici servizi: evidenza pubblica o discrezionalità?*, in *Riv. trim. app.*, 1988, p. 1044. Sul punto è intervenuta anche l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, Segnalazione 28 ottobre 1998, concernente Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, in *Boll.*, 2 novembre 1998, n. 42. Per un commento LOMBARDO, *Il rapporto sulle concessioni*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, p. 587; D'ALBERTI, *Concessioni e concorrenza*, in *Autorità garante della concorrenza e del mercato, temi e problemi*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1998.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 95.

⁽⁶⁶⁾ PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2005, p. 675.

⁽⁶⁷⁾ PICOZZA, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit.

⁽⁶⁸⁾ Articolo così sostituito dall'art. 35, comma 15, l. n. 448/2001; rubrica modificata dall'art. 14, comma 1, lett. a), l. n. 326/2003.

267, secondo cui l'espletamento della gara ad evidenza pubblica non è sempre previsto per l'affidamento del servizio pubblico ⁽⁶⁹⁾. Non lo è in particolare per il c.d. *in house providing* o delegazione interorganica o intersoggettiva. Il Consiglio di Stato ha chiarito, comunque, che la procedura di affidamento di servizi pubblici pur non essendo definita dalla direttiva 92/50/ Cee e dal d.lgs. n. 157/95 di attuazione, deve svolgersi nel rispetto delle regole procedurali e dei requisiti fondamentali disciplinati a livello comunitario ⁽⁷⁰⁾.

La letteratura e la giurisprudenza si sono a lungo occupate di chiarire la distinzione tra appalto e concessione, sia con riferimento ai lavori che ai servizi ⁽⁷¹⁾. L'elemento distintivo tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici era già stato individuato dalla Corte di Giustizia nel c.d. rischio di gestione

⁽⁶⁹⁾ L'art. 113, comma 5 TUEL, come modificato dall'art. 23 bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 147, si occupa di servizi pubblici di rilevanza economica e dispone che "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". Da ultimo in giurisprudenza Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, sulla partecipazione di una società a capitale misto alla procedura di affidamento di una concessione.

⁽⁷⁰⁾ Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294. Il Consiglio boccia la tesi secondo cui l'attribuzione di una concessione non è soggetta alle disposizioni del Trattato, consistendo sostanzialmente nella delega di un servizio pubblico che poteva essere attribuita soltanto *intuitu personae*.

⁽⁷¹⁾ In passato, la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi veniva spiegata dalla dottrina giuspubblicistica tradizionale in base a molteplici criteri distintivi: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, rispetto all'appaltatore che compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, rispetto all'appaltatore che esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico. La dottrina più recente, invece, si è concentrata sulla differenza di oggetto tra i due istituti, che si sostanzia in prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione nell'appalto di servizi, mentre nella concessione di servizi si traduce in un rapporto necessariamente trilaterale tra pubblica amministrazione, concessionario e utenti del servizio, su cui grava il costo del servizio e ne fa uno dei più importanti strumenti di cooperazione tra pubblico e privato. Diverso il destinatario della prestazione, che nell'appalto è la sola pubblica amministrazione, mentre nel contratto di concessione, o genericamente servizio pubblico, è la collettività degli utenti; nonché la remunerazione, che nella concessione deriva principalmente dalla prestazione del servizio verso il pubblico. Sul punto, Corte giust., 24 settembre 1998, causa 76/97 *Togel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, commentata da PROTTO, in *Urb. App.*, 1999, p. 221 ss. Parte della giurisprudenza ha sostenuto che nella concessione permarrebbe una prevalenza del profilo pubblicistico del rapporto (TRGA Bolzano, 11 novembre 2002, n. 495). La giurisprudenza nazionale sul tema è intervenuta con l'obiettivo di evitare il ripetersi di tentativi di elusione delle regole della concorrenza rispetto ai contratti di concessione o di affidamento di servizi pubblici (Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294; Tar Puglia-Bari, sez. II, 22 aprile 1998, n. 37, in *Tar*, 1998, I, p. 2753 ss; Tar Puglia, sez. I, 20 marzo 2000, n. 1067, in *Tar*, 2000, I, p. 2790 ss; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 16 luglio 1998, n. 281, in *Tar*, I, p. 3735 ss., Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4 agosto 2004, n. 3242, in *Urb. app.*, 2005, n. 2, p. 211 ss).

economica del servizio ⁽⁷²⁾. Solo nella concessione, e non anche nell'appalto di servizi pubblici, il rischio di gestione graverebbe sull'aggiudicatario. Infatti, a differenza dell'appalto pubblico di servizi (nel quale l'impresa con la sottoscrizione del contratto si assume l'impegno verso la pubblica amministrazione dietro remunerazione, ma senza alcuna responsabilità verso gli utenti finali), con la stipulazione del contratto di concessione di servizi pubblici l'impresa assumerebbe l'impegno di erogare le prestazioni al pubblico con connesso rischio di gestione economica relativo, per tutta la durata della concessione ⁽⁷³⁾.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato chiarisce che le concessioni di servizi si distinguono dagli appalti di servizi per il "fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato" e non, piuttosto, per il carattere provvedimentale dell'attività, né quale vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto. È sostanzialmente la modalità di remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Secondo il Consiglio di Stato, un "servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi, quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio" ⁽⁷⁴⁾.

Quanto alla differenza tra concessione di lavori e concessione di servizi essa risiederebbe sostanzialmente nel trasferimento del rischio di gestione del servizio, come evidenziato dalla giurisprudenza sopra richiamata ⁽⁷⁵⁾.

Nel caso di un affidamento che preveda l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la giurisprudenza ha cercato di fare chiarezza sostenendo che l'attenzione vada riposta nella direzione del *nesso di strumentalità* che lega la gestione del servizio e l'esecuzione di lavori. Ne consegue che solo se la gestione

⁽⁷²⁾ Corte giust., 7 dicembre 2000, causa C-324/98; Commissione Europea, Comunicazione del 2 aprile 2000.

⁽⁷³⁾ In giurisprudenza Tar Puglia, Bari, sez. II, 23 aprile 1998, n. 367, Soc. Puliappalti c. Comune di Bari, Soc. G.E.P.I. e C.G.I.L. ed altri, in *Tar*, 1998, I, p. 2753 ss; Tar Puglia, sez. I, 20 marzo 2000, n. 1067, Consorzio L.Q. c. Regione Puglia, in *Tar*, 2000, I, p. 2790.

⁽⁷⁴⁾ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634. Si è inoltre sostenuto che nella concessione di pubblici servizi l'amministrazione non gestisce direttamente le operazioni tramite contratti di appalto, ma si "spoglia della gestione commettendola ad un altro soggetto"; tale differenza giustificerebbe il permanere in capo all'amministrazione di un margine di discrezionalità nella regolazione del rapporto rispetto alla normativa in tema di appalto di servizi (Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2003, n. 645).

⁽⁷⁵⁾ Da ultimo Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4265; Cons. St. 6 dicembre 2007, n. 6276, secondo cui devono essere considerati servizi pubblici non solo quelli denominati come tali dalla legge e riservati ai comuni e alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità e di promozione sociale. Si è sostenuto ancora che quando vi è prevalenza economica dei lavori si applica la normativa sui lavori; nella fattispecie si trattava di una concessione di lavori pubblici. Si afferma che le strade in quanto tali e la loro rete non possono, dunque, essere cedute come servizio in quanto già appartengono agli enti e soggiacciono al regime demaniale ex art. 824 c.c. (Tar Lazio, Roma, 11 maggio 2007, n. 4315). Il Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, invece, ha recentemente riconosciuto legittima la configurazione come servizi pubblici di quelli affidati dal Comune di Genova per la manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico.

del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari, è configurabile una concessione di lavori pubblici. Se invece l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente, si tratterà di una concessione di servizi ⁽⁷⁶⁾.

Quanto ai servizi pubblici locali, che sono quelli correlati allo sviluppo e alla promozione delle comunità locali, parte della dottrina ha osservato che l'art. 112 TUEL fa riferimento all'*attività* oltre che al *bene* ⁽⁷⁷⁾. Ne consegue che può essere ritenuto servizio ogni attività in grado di garantire una maggiore fruibilità del bene anche se si tratti di bene che soggiace al regime demaniale. In tal senso risulta difficile definire a priori i servizi pubblici ⁽⁷⁸⁾.

In tema di riparto di giurisdizione ⁽⁷⁹⁾ la stessa sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, pur avendo riscritto l'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi", non ha contribuito a fare chiarezza ⁽⁸⁰⁾.

Al di fuori delle controversie relative alle concessioni di pubblici servizi, espressamente rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽⁸¹⁾, permangono dubbi circa il riparto di giurisdizione di tutte le altre controversie in materia ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁶⁾ Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600.

⁽⁷⁷⁾ Ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale l'art. 112 T.U.E.L. dispone che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

⁽⁷⁸⁾ ROSSANO, *I contratti misti*, Relazione al Convegno IGI, *Concessione di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze*, Roma 27 giugno 2007.

⁽⁷⁹⁾ La disciplina di riferimento sul riparto di giurisdizione nei servizi pubblici era originariamente contenuta nell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, poi sostituito dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, a sua volta modificato dall'art. 7, comma 1, lett. a) l. 205/2000, a seguito di dichiarazione di incostituzionalità della Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 262. Nella pronuncia la Corte Costituzionale sosteneva che la cognizione del giudice amministrativo dovesse estendersi alle più moderne forme di gestione dei servizi pubblici, derivanti dall'attuazione o comunque dell'influenza del diritto comunitario. La tutela cautelare c.d. "innominata", operata dalla l. n. 205/2000, avrebbe consentito al giudice amministrativo di assicurare in modo pieno e adeguato la tutela in via d'urgenza anche dei diritti soggettivi, senza l'esigenza di un intervento suppletivo del giudice ordinario, o dell'applicazione analogica di norme processual-civilistiche da parte dello stesso Giudice amministrativo.

⁽⁸⁰⁾ Si è sostenuto che la sentenza della Corte Costituzionale "appare sorprendentemente in linea di controtendenza", proponendo di fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rapporto autorità-libertà, anziché sulla contrattualizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati (PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 345).

⁽⁸¹⁾ Art. 33, d.lgs. n. 80/1998 in seguito all'intervento della Corte Costituzionale n. 204/2004. Il Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1418, ritiene applicabile il criterio di riparto di giurisdizione di cui all'art. 33, comma 2, lett. b), anche nel caso in cui il costruttore di un'opera assuma la qualità di gestore del servizio cui l'opera è destinata. Sul tema vedi anche Cass., SS. UU., 15 aprile 2005, n. 7800, in *Foro it.*, 2006, n. 2, p. 529 ss.; Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, n. 3, p. 291 ss; Cons. St., sez. V., 16 dicembre 2004, n. 8090.

⁽⁸²⁾ È stato sostenuto che ad eccezione della concessione di pubblici servizi, tutte le controversie sull'esecuzione contrattuale in materia dovrebbero essere devolute al giudice ordinario o al giudice amministrativo sulla base delle situazioni giuridiche soggettive, quasi sempre di diritto soggettivo e, quindi, di competenza del primo (VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del*

5. I limiti della tutela giurisdizionale in Europa e i recenti sviluppi.

La disciplina delle procedure di ricorso sui contratti pubblici in Europa è stata oggetto di una importante opera di riforma introdotta a livello comunitario dalla direttiva 2007/66/CE, finalizzata a garantire una tutela processuale effettiva e a migliorare, conseguentemente, l'efficacia complessiva delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione.

Come evidenziato dalla Commissione europea, un importante motivo d'intervento a livello di legislazione europea è legato all'attuale insufficiente tutela giuridica degli offerenti, poiché le vigenti norme concernenti i mezzi di ricorso nel settore degli appalti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi e, in una certa misura, anche alle concessioni di lavori.

A tal proposito, solo alcuni Stati membri hanno esteso l'applicazione delle disposizioni in materia di tutela giurisdizionale alle concessioni di servizi, mentre per gli altri non vi sono norme che consentano un adeguato ricorso contro eventuali violazioni dei principi del Trattato UE.

L'approvazione del nuovo pacchetto appalto dovrebbe consentire di ottenere l'estensione dell'ambito di applicazione delle direttive sui ricorsi (direttive 89/665/CEE e 92/13/CE, modificate dalla direttiva 2007/66/CE) a tutti i contratti di concessione che superano la soglia, così da garantire l'effettiva possibilità di adire il giudice per ricorrere contro una decisione di aggiudicazione, e stabilisce alcune norme minime in materia giurisdizionale che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori devono rispettare. Ciò consentirà di estendere anche al modello concessorio la tutela giurisdizionale prevista a livello comunitario. In questa prospettiva è interessante ricordare le principali novità introdotte dalla direttiva del 2007 e tener conto dei limiti evidenziati dal dibattito su alcuni profili controversi.

In Italia la normativa di recepimento della direttiva ricorsi è oggi contenuta in parte nel Codice dei contratti pubblici, in parte nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 53/2010). È stato introdotto un rito speciale per tutte le controversie in materia di appalti pubblici, intesi in senso lato, che sostituisce quello previsto precedentemente⁽⁸³⁾, recependo la direttiva ricorsi. In questo modo si cerca di dare risposta ad alcune questioni poste in giurisprudenza e in dottrina nel perseguimento dell'obiettivo prioritario a una tutela giurisdizionale celere ed effettiva. Il rito è "speciale", in quanto distinto da quello ordinario applicabile a tutte le altre controversie soggette al giudice amministrativo; "abbreviato", perché contiene significative accelerazioni rispetto a quello ordinario e allo stesso rito sugli appalti precedentemente in vigore⁽⁸⁴⁾; "esclusivo", perché il ricorso al giudice

sistema, in *Urb. e app.*, 2005, p. 564). In senso contrario SILVIA, *Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, servizio pubblico e tutela cautelare*, Nota a ord. Trib. Pescara 3 febbraio 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2264.

⁽⁸³⁾ Art. 23-*bis* della legge n. 1034/1971.

⁽⁸⁴⁾ Per un'analisi dei profili problematici indotti dall'applicazione delle diverse discipline sui termini in sede amministrativa e giurisdizionale, M. LIPARI, *Rito speciale accelerato: profili generali*, in MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, p. 823 ss.

amministrativo è divenuto l'unico rimedio esperibile per ottenere l'annullamento a opera di un soggetto terzo degli atti di una gara pubblica. Non è più previsto, infatti, il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. "direttiva ricorsi", emanata l'11 dicembre 2007) ⁽⁸⁵⁾, ha apportato modifiche alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE rispettivamente per i c.d. "settori ordinari e speciali", finalizzata al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Le novità introdotte sono suscettibili di incidere profondamente sugli ordinamenti degli Stati membri quanto alla tutela giurisdizionale sui contratti pubblici, ivi incluse le concessioni, nonché sul rapporto tra stazioni appaltanti e operatori economici coinvolti e sull'intero mercato del *public procurement* inteso in senso lato.

Obiettivo prioritario del legislatore comunitario è di approntare mezzi processuali efficaci e rapidi, che garantiscano l'effettività della tutela e il rispetto della disciplina comunitaria sostanziale ⁽⁸⁶⁾. Tuttavia, le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza comunitaria hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti nei diversi Stati membri, che in alcuni casi impediscono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie ⁽⁸⁷⁾.

La direttiva ricorsi tenta di porre rimedio alle criticità e alle lacune evidenziate, intervenendo sulla disciplina delle procedure di ricorso avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, e degli enti che forniscono servizi di trasporto e postali.

Le modifiche proposte alla disciplina sono quelle ritenute necessarie a rafforzare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo delle direttive sui contratti pubblici, al fine di garantire che l'Unione nel suo complesso

⁽⁸⁵⁾ Tra i primi commenti alla direttiva, BARTOLINI, FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 2008, 10, p. 1093 ss.; GRECO, *La direttiva 2007/66/Ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *www.giustamm.it*; SANTORO, *La nuova direttiva ricorsi 2007/66/Ce e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 3, p. 676 ss.; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *www.federalismi.it*, 2008.; RUSCICA, *La "rivoluzione" attuata dalla Direttiva n. 66/2007*, in *Riv. Strumentario Enti Locali*, n. 11, 2009; ZERMAN, *Annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3070)*, in *www.giustamm.it*, 2009.

⁽⁸⁶⁾ Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato che gli Stati membri dovrebbero garantire l'accesso a mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori relativamente alla questione se un determinato appalto rientri o meno nel campo di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* delle direttive citate (Considerando n. 2). Come evidenziato nei "considerando" della direttiva, la disciplina precedente mirava a garantire l'effettiva applicazione delle direttive del 2004, riferendosi unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti ivi disciplinate, come interpretate dalla Corte di giustizia a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indicevano le gare.

⁽⁸⁷⁾ I profili critici dell'applicazione delle direttive sui mezzi di ricorso sono stati evidenziati quale esito di un processo di consultazione avviato nel 2003 dalla Direzione Generale *Internal Market and services*, riportati nell'*Impact assesment report – Remedies in the field of public procurement*, 4 maggio 2006, allegato alla proposta di modifica delle direttive 89/665/CE e 92/13/CE. Vale la pena ricordare che già la prima direttiva ricorsi n. 89/665 mise in crisi il sistema italiano di giustizia, in relazione alle (non) risarcibilità degli interessi legittimi.

benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici ⁽⁸⁸⁾.

Tra le principali carenze della normativa oggetto di contestazione, il legislatore comunitario evidenzia l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Quale effetto distorsivo prodotto dalla lacuna normativa, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione oggetto di contestazione sono indotti a procedere molto rapidamente alla firma del contratto.

Ciò può costituire un serio ostacolo a un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, che non sono stati ancora definitivamente esclusi. Inoltre, come evidenziato nell'*Impact assesment report* allegato alla proposta di modifica delle direttive, una volta stipulato il contratto, la valutazione dei contrapposti interessi induce spesso i giudici nazionali al rigetto del ricorso in tutti i casi in cui venga invocato un superiore interesse della stazione appaltante.

Il legislatore comunitario pertanto evidenzia l'assenza di meccanismi che consentano agli operatori di contestare efficacemente, anche in sede giurisdizionale, l'operato della stazione appaltante ottenendo una pronuncia sui profili oggetto di censura in tempo utile a evitare che la stazione appaltante proceda alla stipula del contratto, rendendo in tal modo irreversibile l'esito della procedura ⁽⁸⁹⁾.

Ci si concentra, tuttavia, principalmente sulla previsione di un termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tralasciando di intervenire in modo sostanziale sul tema della tutela risarcitoria.

La direttiva tenta di far fronte a questa criticità prevedendo un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della sottoscrizione dello stesso. Si distingue un termine sospensivo "sostanziale" – di dieci o quindici giorni in base alle modalità di comunicazione dell'aggiudicazione – e uno "processuale" – finché l'organo giurisdizionale adito non si sia pronunciato sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. Ne deriva che la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto non può avvenire prima dello scadere di un termine minimo di giorni, decorrenti da quello successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata comunicata agli interessati ⁽⁹⁰⁾. Inoltre, la direttiva prevede che, qualora un organo di prima istanza, indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo a una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurino che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso.

La fissazione di un termine sospensivo minimo dovrebbe concedere agli offerenti

⁽⁸⁸⁾ Considerando n. 3.

⁽⁸⁹⁾ Considerando n. 4.

⁽⁹⁰⁾ È previsto un termine minimo compreso tra dieci e quindici giorni civili. Art. 2-*bis*, par. 2, della direttiva 89/655/CEE e art. 2-*bis*, par. 2, della direttiva 92/13/CEE.

un lasso di tempo sufficiente per esaminare la decisione di aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Le norme relative sono da considerarsi a recepimento obbligatorio, pertanto *self executing*, in quanto sufficientemente dettagliate e incondizionate. Tuttavia, sono previste deroghe ed eccezioni al termine sospensivo sostanziale, il cui recepimento è rimesso alla facoltà dei singoli Stati membri, come pure la possibilità di condizionare il ricorso giurisdizionale a una espressa informativa da parte del potenziale ricorrente alla stazione appaltante o a un previo ricorso amministrativo.

Un secondo punto affrontato dal legislatore comunitario riguarda la disciplina degli affidamenti diretti, su cui esiste una vasta giurisprudenza comunitaria. L'obiettivo è quello di contrastare gli affidamenti diretti illegittimi attraverso la previsione di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" ⁽⁹¹⁾. In questi casi il contratto può essere considerato privo di effetto, in conseguenza dell'accertamento operato da un organo di ricorso indipendente o quale risultato di una sua decisione ⁽⁹²⁾.

In alternativa alla sanzione della privazione di effetti, gli Stati membri hanno la possibilità di prevedere sanzioni pecuniarie ⁽⁹³⁾.

Il legislatore muove dalla convinzione che la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici illegittimamente privati delle possibilità di competere ⁽⁹⁴⁾. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbero includere tutti quelli avvenuti senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Sono fatte salve le ipotesi espressamente previste dalle direttive 2004/18/CE ⁽⁹⁵⁾ e 2004/17/CE ⁽⁹⁶⁾.

La previsione mira a ottenere che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto sono rimesse alla determinazione del diritto nazionale, che può stabilire la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli

⁽⁹¹⁾ Direttiva 2007/66/CE, Considerando n. 13.

⁽⁹²⁾ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*sexies* e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*sexies*.

⁽⁹³⁾ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 1 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 1. È rimesso agli Stati membri assicurare che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo in caso di violazione del termine sospensivo autonomo o della sospensione automatica che abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto e tale violazione si aggiunge a una violazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

⁽⁹⁴⁾ Sul rapporto tra tutela della concorrenza e pubblici poteri, tra gli altri, POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, in SCOCA, MORBIDELLI, ROVERSI-MONACO (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2007.

⁽⁹⁵⁾ Il riferimento è alle deroghe di cui agli artt. da 10 a 18, all'applicazione dell'art. 31, dell'art. 61 o dell'art. 68, all'aggiudicazione di appalti di servizi a norma dell'art. 21 della direttiva 2004/18/CE, o alla legittima aggiudicazione di un appalto interno, c.d. *in house providing*, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia.

⁽⁹⁶⁾ Ci si riferisce alle condizioni per una esclusione o un regime speciale a norma dell'art. 5, par. 2, degli artt. da 18 a 26, degli artt. 29 e 30 o dell'art. 62 della direttiva 2004/17/CE, per i casi che comportano l'applicazione dell'art. 40, par. 3, della direttiva 2004/17/CE, o per l'aggiudicazione di appalti di servizi a norma dell'art. 32 della direttiva 2004/17/CE.

obblighi contrattuali con effetti *ex tunc* o, viceversa, limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere con effetti *ex nunc* ⁽⁹⁷⁾.

Nel caso in cui la privazione di effetti del contratto sia ritenuta una sanzione non proporzionata, gli Stati membri possono consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto. In alternativa possono riconoscere in tutto o in parte gli effetti nel tempo quando l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. Tra queste non rientrano gli interessi economici legati direttamente all'appalto.

Nel caso in cui il contratto non venga privato di effetti per le ragioni esposte, gli Stati membri devono prevedere l'applicazione di sanzioni alternative ⁽⁹⁸⁾. Al fine di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, la direttiva ricorsi fissa un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti. Vengono aboliti il meccanismo di conciliazione e il sistema volontario di attestazione, che permetteva agli enti aggiudicatori di far constatare la conformità delle loro procedure di aggiudicazione degli appalti in occasione di esami periodici ⁽⁹⁹⁾.

La Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato sul funzionamento Unione Europea, sulla base del presupposto che l'obiettivo della direttiva di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive citate non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può invece esserlo meglio a livello comunitario. La direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in particolare rispettando il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso art. 5.

Nonostante gli sforzi profusi dal legislatore europeo, permangono dei dubbi sulla coerenza delle scelte adottate a livello europeo e a livello nazionale di recepimento, rispetto agli obiettivi fissati dal legislatore comunitario, a quelli formalizzati nell'analisi di impatto della regolazione, nonché ai diversi interessi pubblici e privati coinvolti.

Si discute della validità degli strumenti giuridici adottati per garantire l'auspicata

⁽⁹⁷⁾ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 2 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 2.

⁽⁹⁸⁾ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 3 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 2. È inoltre previsto che in casi eccezionali l'utilizzazione della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (art. 31 direttiva 2004/18/CE e art. 40, par. 3 direttiva 2004/17/CE) è permessa immediatamente dopo l'annullamento dell'appalto.

⁽⁹⁹⁾ Tra le ragioni del fallimento del meccanismo di conciliazione si evidenziano: a) il fatto che non permetteva di ottenere provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire tempestivamente la conclusione illegittima di un contratto; b) la sua natura difficilmente compatibile con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi diretti a ottenere i provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime; c) le difficoltà incontrate nella compilazione di un elenco completo e sufficientemente esteso di conciliatori indipendenti di ogni Stato membro, disponibili in qualsiasi momento e in grado di trattare le domande di conciliazione a brevissima scadenza (Considerando n. 30).

efficacia delle procedure di ricorso in materia, anche alla luce dei potenziali effetti distorsivi che la disciplina è in grado di produrre ⁽¹⁰⁰⁾.

Le scelte operate dal legislatore comunitario, prima, e da quello nazionale di recepimento, sono suscettibili di incidere fortemente sul perseguimento dell'obiettivo di migliorare l'efficacia delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici coinvolti.

La previsione di un termine dilatorio per la stipula del contratto, ad esempio, può determinare un allungamento della durata dei giudizi, ma anche delle procedure di affidamento, con l'effetto di tradursi, potenzialmente, in un ostacolo ulteriore al processo di selezione del contraente e, di conseguenza, al soddisfacimento delle esigenze della pubblica amministrazione e della collettività di riferimento, cui la selezione è finalizzata ⁽¹⁰¹⁾.

Il risultato, dunque, potrebbe essere quello di rallentare le procedure e i processi senza reali effetti positivi in termini di effettività di tutela giurisdizionale. D'altro canto, il dibattito su questi temi coinvolge in modo ineludibile quello sul rapporto tra i diversi interessi in gioco e gli obiettivi al cui perseguimento dovrebbe essere preposta la legge, anche al fine di orientare l'attività amministrativa ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990.

Vale la pena domandarsi, in particolare, se l'aumento dei ricorsi giurisdizionali per affidamenti, eventualmente alimentato dalla nuova disciplina, possa essere interpretato come una misura della maggiore facilità di accesso alla tutela giurisdizionale. L'aumento del numero dei ricorsi di per sé è un indice di incremento della domanda di giustizia e, quindi, di inflazione del contenzioso, effetto non desiderabile perché suscettibile di pregiudicare la ragionevole durata dei giudizi (art. 6 Cedu) e, in generale, la pienezza della tutela, unitamente all'efficienza e all'efficacia del servizio giustizia. Solo ove i ricorsi diano luogo a giudizi di accoglimento, può essere ritenuto un indicatore di maggiore effettività di tutela.

D'altro canto, poiché la direttiva ricorsi è relativamente recente, non esistono ancora dati che consentano di verificare tale effetto sul sistema giudiziario dei singoli Stati membri. Ne esistono tuttavia in Svezia, paese nel quale l'istituto dello *stand still* tra aggiudicazione e stipula del contratto esiste dal 2002. Da allora, si è registrato un incremento dall'1 al 6,9% del numero di ricorsi giurisdizionali per affidamenti, che non ha dato luogo a un'uguale percentuale di pronunce positive.

Tali informazioni suggeriscono cautela di giudizio, in attesa di essere in grado di verificare empiricamente gli effetti delle scelte adottate dal legislatore comunitario e da quello nazionale di recepimento.

6. Brevi riflessioni in vista dell'approvazione del nuovo pacchetto appalti.

Come si legge nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ⁽¹⁰²⁾, a fronte delle notevoli

⁽¹⁰⁰⁾ Per un approfondimento di questi profili, sia consentito rinviare a RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012.

⁽¹⁰¹⁾ Si pensi agli utenti di un servizio di trasporto o ai cittadini che fruiscono dei servizi di un ospedale.

⁽¹⁰²⁾ La proposta è del 20.12.2011, COM(2011) 897 definitivo, 2011/0437 (COD).

restrizioni di bilancio e delle difficoltà economiche di molti Stati membri dell'UE, l'allocazione efficiente dei fondi pubblici è oggetto di particolare attenzione e un idoneo quadro giuridico in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione stimolerebbe gli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici con il migliore rapporto qualità/prezzo.

Il potenziale offerto da un'iniziativa legislativa in materia di contratti di concessione di creare un quadro a livello europeo di sostegno dei PPP è stato evidenziato anche nella comunicazione della Commissione del 2009 "Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati".

Come evidenziato dalla Commissione europea in vista della revisione del quadro regolamentare in materia di appalti e concessioni, l'assenza di un quadro giuridico certo, impedisce agli operatori economici di entrare nel mercato europeo delle concessioni; accresce il rischio di cancellazione o cessazione anticipata di contratti aggiudicati illegalmente; limita l'intenzione stessa delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di ricorrere a tali forme di partenariato pubblico-privato.

La Commissione ritiene che gli ostacoli all'accesso al mercato delle concessioni siano dovuti alle significative differenze tra le varie discipline nazionali, con particolare riferimento – tra l'altro - alle norme procedurali, ai requisiti di pubblicità e trasparenza, e ai criteri di selezione e di aggiudicazione. Tale frammentazione giuridica sarebbe ulteriormente aggravata da talune pratiche (non prive di profili di opacità) attuate dalle autorità e dagli enti aggiudicatori, quali l'affidamento diretto dei contratti di concessione o, comunque, l'applicazione di criteri non oggettivi. Tutto ciò – secondo la Commissione – produce condizioni di disparità per gli operatori economici, i quali sono esposti all'aggravio dei costi per le consulenze giuridiche o per l'acquisizione di conoscenze approfondite delle specifiche condizioni locali.

Tra le principali novità contenute nella proposta di direttiva, si fornisce una definizione più precisa dei contratti di concessione, con riferimento al concetto di rischio operativo. La proposta precisa quali tipi di rischio si debbano considerare rischi operativi e come debba essere definito il rischio significativo. Infine, essa fornisce riferimenti relativi alla durata massima delle concessioni.

La proposta estende a tutte le concessioni di servizi la maggior parte degli obblighi attualmente previsti in materia di aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici. Inoltre, essa introduce una serie di requisiti concreti e più precisi, applicabili alle diverse fasi del processo di aggiudicazione sulla base dei principi del Trattato, nell'interpretazione che ne offre la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Infine, la proposta estende l'applicazione del diritto derivato all'aggiudicazione dei contratti di concessione nel settore dei servizi di pubblica utilità, attualmente escluso dall'applicazione di tale legislazione.

Con riferimento alla misura in cui le norme in materia di appalti pubblici debbano

estendersi alla cooperazione tra le autorità pubbliche, regna una notevole incertezza giuridica. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea viene interpretata in maniera divergente dagli Stati membri e anche dalle amministrazioni aggiudicatrici. La proposta precisa i casi in cui i contratti stipulati tra amministrazioni aggiudicatrici non sono soggetti all'applicazione delle norme sull'aggiudicazione delle concessioni. Tale precisazione è guidata dai principi fissati dalla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia.

La modifica delle concessioni in vigenza delle stesse è diventata un nodo sempre più importante e problematico per gli operatori. Una disposizione specifica concernente la modifica delle concessioni riprende le principali soluzioni elaborate dalla giurisprudenza e offre una soluzione pragmatica, la quale consente di affrontare le circostanze impreviste che possono esigere di adattare una concessione in vigenza della stessa.

Inoltre, nella prospettiva di migliorare l'accesso al mercato delle concessioni, la proposta cerca di aumentare la trasparenza e l'equità delle procedure di aggiudicazione, limitando l'arbitrarietà delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori su aspetti come la pubblicazione precedente e a posteriori, le garanzie procedurali, i criteri di selezione e di aggiudicazione e i termini imposti agli offerenti. Inoltre, le disposizioni sono finalizzate a un migliore accesso alla giustizia allo scopo di prevenire o affrontare eventuali violazioni delle disposizioni stesse.

Al fine di garantire la trasparenza e la parità di trattamento di tutti gli operatori economici, la proposta stabilisce l'obbligo di pubblicare i bandi relativi ai contratti di concessione di valore pari o superiore a 5.000.000 euro. Tale soglia, che già si applica alle concessioni di lavori, è stata ora estesa alle concessioni di servizi tenendo conto delle consultazioni pubbliche e degli studi effettuati dalla Commissione nel corso della preparazione della presente proposta.

Lo scopo è quello di mantenere i costi e gli oneri amministrativi supplementari proporzionati al valore del contratto e di concentrarsi sui contratti che presentano un chiaro interesse transfrontaliero. La soglia sarà applicabile al valore dei contratti, calcolato in base al metodo indicato nel contratto. Nel caso dei servizi, tale valore riflette il valore complessivo stimato di tutti i servizi che il concessionario dovrà fornire nell'intero arco della durata della concessione.

Le nuove norme indicano le informazioni di minima da comunicare ai potenziali offerenti.

Quanto ai termini, viene fissato un termine minimo di 52 giorni (uguale a quello ora vigente per le concessioni di lavori pubblici) per la presentazione delle manifestazioni d'interesse relative a qualsiasi procedura di aggiudicazione di concessioni. Si è deciso di prevedere un termine più lungo per le concessioni, rispetto agli appalti pubblici, dal momento che di solito i contratti di concessione sono più complessi.

Con riferimento ai criteri di selezione e di esclusione, la proposta prevede obblighi attinenti ai criteri di selezione che le autorità aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori devono applicare in sede di aggiudicazione delle concessioni. Tali norme sono

meno restrittive di analoghe disposizioni attualmente applicabili agli appalti pubblici. Esse limitano tuttavia i criteri di selezione alla capacità economica, finanziaria e tecnica dell'offerente e restringono la portata dei criteri di esclusione ammissibili.

Con riferimento, invece, ai criteri di aggiudicazione, la proposta prevede l'obbligo di applicare criteri obiettivi connessi all'oggetto della concessione, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, e assicurando che la valutazione delle offerte si svolga in condizioni di concorrenza effettiva, in modo che sia possibile determinare un beneficio economico generale per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. Tali criteri dovrebbero impedire decisioni arbitrarie da parte delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori e essere pubblicati in anticipo ed elencati in ordine di importanza decrescente. Gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici, o gli enti aggiudicatori che lo desiderino possono prevedere o applicare il criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" per l'aggiudicazione delle concessioni.

Sono inoltre previste specifiche garanzie procedurali. A differenza delle direttive sugli appalti pubblici, le norme proposte non contengono un elenco prefissato di procedure di aggiudicazione. Tale soluzione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di seguire procedure più flessibili per l'aggiudicazione delle concessioni, così da poter riflettere, in particolare, le tradizioni giuridiche nazionali e riuscire a organizzare il processo di aggiudicazione con la massima efficienza. La proposta istituisce tuttavia una serie di chiare garanzie procedurali, da applicare all'aggiudicazione delle concessioni in particolare durante le negoziazioni. Tali garanzie mirano ad assicurare il carattere equo e trasparente del processo.

Infine, con particolare riferimento alle procedure di ricorso, la proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione contempla l'estensione dell'ambito di applicazione delle direttive sui ricorsi (direttive 89/665/CEE e 92/13/CE, modificate dalla direttiva 2007/66/CE) a tutti i contratti di concessione che superano la soglia, così da garantire l'effettiva possibilità di adire il giudice per ricorrere contro una decisione di aggiudicazione, e stabilisce alcune norme minime in materia giurisdizionale che le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori devono rispettare. Ciò consentirà di estendere anche al modello concessorio la tutela giurisdizionale prevista a livello comunitario.

In questa prospettiva, l'approvazione dei progetti di lavoro in corso, unitamente alla revisione delle direttive in vigore sugli appalti pubblici, consentirà auspicabilmente di creare un moderno quadro legislativo per gli appalti pubblici. Il legame con i profili processuali è già stato evidenziato e, in attesa di poter verificare gli effetti prodotti dal recepimento della direttiva ricorsi, sarebbe particolarmente utile si tenesse conto delle criticità evidenziate dalla dottrina in una prospettiva aperta alla valutazione di esigenze diverse, che tengano conto dell'opportunità di migliorare l'accesso dei cittadini alla tutela giurisdizionale, ma anche di celerità di giudizio e di deflazione del contenzioso.