

Lino Bellagamba

**L'illuminazione votiva,
paradigma della
distinzione fra appalto
e concessione**

Collana Dossier

a cura di
Alessandro Massari



LINO BELLAGAMBA

L'illuminazione votiva, paradigma della distinzione fra appalto e concessione

L'errore frequente di considerare appalto di servizio ciò che configura una concessione: la Dir. 2004/18/CE

*La questione aperta se la concessione sia di servizio ovvero di lavori
Dall'analisi della prassi ai principii giurisprudenziali*

Lino Bellagamba, consulente professionista, autore di studi e monografie, docente in seminari di formazione (<http://www.linobellagamba.it>). È specializzato nella fase procedimentale di pubblici appalti e *project financing*.

<http://www.linobellagamba.it>

*Lo studio del Dott. Bellagamba ringrazia
l'A.N.E.I.L.V.E.
(Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche),
per la gentile collaborazione e per la documentazione messa a disposizione.*

1. Gli aspetti generali di un rapporto concessorio: il settore dei lavori pubblici.

- Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, I, 9 settembre 2004, n. 3877 (conforme, n 3880).

«Generalità sul project financing.

La locuzione project financing, correttamente traducibile come finanza di progetto, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie rivolte, appunto, al finanziamento di specifici progetti di investimento, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie precipue caratteristiche, esattamente studiate e “ritagliate” sul progetto da finanziare.

Tali strutture finanziarie si differenziano nettamente da quelle, tradizionali, della corporate finance, cioè della finanza d'impresa, rivolte invece al sostegno finanziario generale di una determinata impresa, e quindi imperniate, in linea di massima, sulla valutazione del patrimonio dell'impresa da ammettere al credito e su garanzie di tipo reale o personale, o in senso più ampio e comprensivo sulla capacità autonoma di indebitamento dell'impresa.

Nel project financing l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata, invece, in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa (cash flow) che essa è in grado di generare, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio.

Esso rispecchia interessi convergenti dell'impresa e delle banche, poiché realizza, generalmente, una netta separazione giuridica ed economica (ring fence) tra il progetto, ovvero l'iniziativa da finanziare, e la generalità delle attività del promotore dell'iniziativa, di solito attraverso la costituzione di una apposita società di progetto (S.P.V.: special purpose vehicle o project company), la cui finalità specifica è appunto la realizzazione e comunque la gestione del progetto, e quindi mediante un soggetto giuridico affatto nuovo e distinto dal promotore.

Ciò consente di limitare il capitale di rischio investito dal promotore al capitale versato nella società di progetto, evitando che il promotore debba inserire nei suoi bilanci il debito d'investimento e consentendogli di iscrivere all'attivo solo la partecipazione alla società di progetto, e ponendo al riparo il promotore dal rischio economico negativo del progetto e, specularmente, la società di progetto dal rischio economico negativo dell'attività del promotore.

Nello stesso tempo, le banche dispongono del beneficio di assicurarsi la restituzione del finanziamento in funzione del rendimento e del flusso di cassa del progetto, oltre che della consistenza patrimoniale della S.P.V., senza dover sopportare il rischio economico negativo dell'attività del promotore e la concorrenza dei suoi creditori, potendo agire anche sulla leva di controlli e vincoli più specifici e stringenti sui contratti di finanziamento e sulla società di progetto.

Il project financing viene comunemente ricondotto all'esperienza nordamericana negli anni '30 e '40 del secolo scorso per il finanziamento del settore energetico, ed in

particolare della costruzione di centrali elettriche e di impianti di estrazione petrolifera, e quindi ad un ambito strettamente privatistico (posto che erano private sia le società costituite per costruire e gestire tali impianti sia quelle interessate all'acquisto dei relativi prodotti).

Taluni, però, ravvisano la radice del project financing nel finanziamento da parte di banche di intraprese commerciali relative allo sfruttamento di determinate risorse nel "Nuovo mondo" e nei paesi del lontano Oriente, o ancor prima al finanziamento, da parte della banca fiorentina Frescobaldi, quasi settecento anni orsono, di attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese, e ripagato dal valore dell'argento estratto.

Declinato nel corso dei secoli, tale sistema di finanziamento, dopo la sua ripresa e perfezionamento nell'esperienza nordamericana, si è poi diffuso in Europa soprattutto nel settore infrastrutturale, parallelamente al processo di privatizzazione di settori prima coperti integralmente dall'intervento pubblico ed in relazione alla crescente onerosità delle iniziative nei vari settori e alla correlativa penuria di capitali pubblici da immobilizzare a tal fine (esemplare in tal senso è la realizzazione, mediante project financing, dell'Eurotunnel, ossia del tunnel ferroviario sotto il canale della Manica), con particolare incidenza, in termini di valore dei progetti finanziati, in Francia e Gran Bretagna.

Ciò ne ha in parte modificato i caratteri originari, introducendo la distinzione tra *due modelli fondamentali: il B.O.T. (build, operate and transfer), ovvero la concessione di costruzione e gestione a tempo determinato con trasferimento dell'opera dopo un certo periodo di tempo alla mano pubblica, ed il B.O.O. (build, operate and own) in cui manca il trasferimento finale dell'opera.*

Nell'ordinamento italiano, come si vedrà più oltre, è ammesso, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità, soltanto il B.O.T., nella forma appunto della concessione di costruzione e gestione a tempo determinato ma con immediato trasferimento dell'opera alla pubblica amministrazione, salvo il riconoscimento al privato, ove previsto, di un diritto di superficie (come ad esempio, proprio nel campo dei parcheggi pubblici).

Altra distinzione teorica importante è quella tra le c.d. opere calde e le c.d. opere fredde, le prime caratteristiche di settori infrastrutturali a domanda rigida e con tariffe tali da generare sensibili flussi di cassa, e quindi di ricavi di gestione (ad esempio, parcheggi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi, piscine etc.), le seconde invece di settori a domanda assai elastica (es. turismo) o nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (edilizia sanitaria, carceraria, eventualmente giudiziaria), e che quindi non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento, nei quali ultimi può dunque risultare necessario un concorso finanziario pubblico.

Le c.d. opere calde, in definitiva, sono opere infrastrutturali e/o produttive di dimensioni medio-grandi, con mercato ben delimitato e a domanda tendenzialmente rigida, con un cash flow prevedibile (si pensi anche ad autostrade, aeroporti, interporti, impianti di produzione e reti di distribuzione di acqua, gas, energia elettrica).

Il cuore di ogni iniziativa da finanziare mediante project financing è costituito dal piano economico-finanziario, ovvero dal documento, elaborato e complesso, che evidenzia e dimostra, tra l'altro, la bancabilità dell'investimento, sul piano dei costi e soprattutto dei ricavi.

Intuitivamente favoriscono la bancabilità del progetto, ovvero la sua concreta suscettività di attrarre i finanziamenti bancari, il fatto che i costi (soprattutto quelli di costruzione, che sono i più rilevanti) siano i più bassi possibili, non varino in modo sensibile rispetto alle previsioni, siano spuntati nel modo più favorevole nel confronto concorrenziale sull'affidamento dei lavori, siano corredati da un efficiente sistema di controllo e verifica; e che i ricavi siano fondati su basi statistiche solide e attendibili e che gli eventuali contratti di cessione di prodotti e servizi siano preventivamente sottoscritti, prima dell'avvio dei lavori e comunque prima dell'avvio della gestione.

I protagonisti del project financing sono molteplici.

Ruolo centrale assumono il/i promotore/i, e la S.P.V. (Special purpose vehicle o società di progetto).

Il promotore (o sponsor) promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta per solito di imprese in joint venture o in associazione temporanea d'imprese), ed il suo compito essenziale è la c.d. implementazione del progetto, cioè la sua strutturazione sotto il profilo tecnico, giuridico, finanziario, la sottoscrizione dei relativi contratti, l'avvio dei lavori di realizzazione, l'erogazione dei relativi finanziamenti per la parte assicurata in proprio dal capitale di rischio e la negoziazione dei capitali da reperire sul mercato bancario.

La società di progetto (S.P.V.), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella "semplice" concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilità), subentra a titolo originario al concessionario, o realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata.

I finanziatori sono in senso proprio le banche che forniscono il capitale da investire nella realizzazione dell'opera.

Le banche, peraltro, intervengono nella fase di elaborazione del progetto anche come consulenti finanziari (financial advisor) e organizzatori del prestito (arrangers), come pure in tale fase figurano società di servizi e società di revisione; nell'ordinamento italiano alle banche compete anche l'asseverazione del piano economico-finanziario.

Le autorità pubbliche svolgono ruolo assai incisivo, sia in fase di programmazione delle opere da realizzare mediante project financing, sia con eventuali sostegni finanziari o sgravi fiscali, sia assicurando gli adempimenti amministrativi necessari per la costruzione dell'opera.

Sempre sul piano generale, le fasi del project financing possono distinguersi nella: a) identificazione del progetto, con la individuazione dell'idea progettuale, la sua strutturazione tecnico-giuridica e finanziaria, la sottoscrizione dei contratti per la sua realizzazione; in tale fase alla definizione dell'idea progettuale segue la sua verifica (studio di fattibilità) da parte dell'advisor finanziario e l'elaborazione del c.d.

information memorandum (documento informativo preliminare), che contiene tutte le informazioni sul progetto, ivi compresi il piano economico-finanziario ed il term sheet, ovvero il documento sintetico sul finanziamento, la sua composizione, i termini di utilizzo e rimborso del prestito, il tasso d'interesse passivo, le banche finanziatrici, il pacchetto delle garanzie, l'insieme degli impegni, obblighi e limitazioni che gravano sul debitore (covenant); in effetti l'information memorandum è un documento complesso e composito (descrizione di progetto, promotori e struttura societaria; quadro normativo e rapporti con le autorità pubbliche; caratteristiche, specifiche tecniche, capacità produttiva, modalità e tempi di realizzazione delle opere e loro manutenzione; tecnologia del progetto; impatto ambientale; caratteristiche del mercato di finanziamento; gestione dell'iniziativa; modello economico-finanziario; struttura finanziaria del progetto; garanzie e aspetti assicurativi); *b) implementazione del progetto*, in cui si provvede alla sottoscrizione dei contratti, all'avvio dei lavori di costruzione, all'erogazione dei finanziamenti, fase che termina con il collaudo delle opere; *c) gestione operativa dell'opera realizzata*, con il rimborso del debito finanziario mediante il flusso dei ricavi ed il ripagamento del capitale di rischio: il rimborso pone termine all'operazione in project financing e da quel momento inizia la fase economicamente attiva per la S.P.V.

Particolare interesse assume, *nella fase di identificazione dell'iniziativa il c.d. studio preliminare di fattibilità*, che compete euristicamente al financial advisor, e che è inteso a individuare i primi elementi progettuali *attraverso i c.d. test di viabilità tecnica ed economico-finanziaria*, e in definitiva a verificare se il progetto è strutturabile in project financing, anche mediante i possibili "scenari economico-finanziari".

Importanza cruciale assume l'analisi del progetto da parte della banca, come financial advisor o ai fini dell'asseverazione del piano economico-finanziario, che attiene ai promotori, al mercato, al profilo tecnico, ai costi, alle garanzie, ai flussi di cassa attesi, ai tempi ai fini delle operazioni di capitalizzazione e sconto.

Poiché la validità economico-finanziaria di un progetto è funzione di una serie di variabili, la identificazione di quest'ultime e la loro previa valutazione diventa fondamentale: tale è il compito della c.d. analisi di sensitività, che serve appunto a individuare le varianti strategiche, cioè i fattori per i quali una piccola variazione rispetto all'ipotesi di base determina un significativo cambiamento della performance di un progetto, e i parametri minimi accettabili di ogni variante strategica, ovvero la misura di discostamento dall'ipotesi di base entro la quale è comunque assicurata la bancabilità dell'iniziativa (tali variabili attengono alla domanda del bene o servizio, al suo prezzo, al livello dei costi di costruzione e gestione, al livello dei ricavi, al tempo di realizzazione, al tasso d'interesse passivo sul debito, all'incidenza di imposte e tasse, alla struttura delle fonti di finanziamento).

Nell'analisi del progetto, ed in particolare del piano economico-finanziario, *assume importanza notevole il rapporto tra capitale proprio di rischio (equity) e capitale di debito (debt)*, espresso dalla formula $equity/debt$; *il capitale di rischio è quello fornito dai mezzi propri investiti dal promotore*, di solito attraverso il capitale sottoscritto nella S.P.V.; una composizione quanto più ottimale della struttura delle fonti di finanziamento, ossia del rapporto $equity/debt$, è essenziale per massimizzare il valore economico

dell'investimento, ovvero minimizzare il costo del capitale di debito: una significativa partecipazione del promotore con capitale di rischio proprio è importante ai fini della bancabilità del progetto, perché le banche difficilmente accettano di correre un rischio commerciale pieno sul progetto, tenuto conto che assai di rado sono disposte ad assumere il ruolo di investitori quali soci della S.P.V.

1.2) Il project financing nella disciplina di diritto positivo – omissis –

1.2.2) *Peculiarità del project financing nella disciplina di diritto positivo; orientamenti dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e della giurisprudenza amministrativa.*

La disciplina di diritto positivo del project financing ai fini della realizzazione di lavori pubblici e opere di pubblica utilità si discosta, com'è evidente, dall'astratto modello esaminato sub 1.1).

*La finanza di progetto è ammessa soltanto nel quadro di specifiche previsioni programmatiche (dovendo i lavori relativi essere inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici o comunque in specifici atti programmatici), sia pure col temperamento di consentire a soggetti pubblici e privati di presentare proposte d'intervento anche nella fase ed ai fini dell'elaborazione del programma triennale; la/le proposta/e devono essere presentate mediante precise scadenze temporali (30 giugno o 31 dicembre di ogni anno) a seguito della pubblicazione di avviso indicativo annuale e devono essere asseverate da un istituto di credito, da una società di servizi o da una società di revisione; la proposta ha un contenuto tipizzato; la valutazione tecnica relativa alla *fattibilità della proposta*, da parte dell'amministrazione, in base ad una pluralità di parametri, non implica ex se la sua approvazione o adozione, ai cui fini rileva anche la *valutazione, di squisita discrezionalità, della sua rispondenza all'interesse pubblico*, da esprimere entro termine contenuto; *l'unico modello ammesso di realizzazione della proposta è la concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 19 comma 2 della legge n. 104 del 1999 (e quindi il c.d. B.O.T.: build, operate and transfer)*; l'approvazione della proposta apre la strada ad una procedura concorsuale (licitazione privata mediante offerta economicamente più vantaggiosa o appalto concorso) finalizzata non già all'aggiudicazione diretta della concessione, sebbene alla individuazione di non più di due soggetti coi quali instaurare una procedura negoziata alla quale partecipa anche il promotore, che peraltro rimane vincolato alla sua proposta e rimane aggiudicatario della concessione se nella gara non vi siano altre offerte ammesse o se nella procedura negoziata adegui la proposta a quella (diversa dalla propria) che l'amministrazione giudichi più conveniente.*

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti importanti della ricordata disciplina. – omissis –

A sua volta la giurisprudenza amministrativa ha posto alcuni punti fermi:

- *le modalità del confronto concorrenziale per l'individuazione e adozione della proposta sono meno formali e più libere rispetto a quelle tipizzate per le gare d'appalto in senso proprio (T.A.R. Lombardia, Milano, 22 Giugno 2000 n. 2036), ancorché la fissazione di criteri di valutazione e correlati punteggi debba necessariamente precedere, secondo un principio di correttezza, l'apertura dei plichi contenenti le proposte (T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358);*

- è senz'altro ammissibile che l'amministrazione solleciti la presentazione di proposte in project financing mediante avviso pubblico inteso alla presentazione ed al confronto concorrenziale di una pluralità di proposte (T.A.R. Marche, 11 aprile 2003, n. 241);
- la procedura di project financing può riguardare anche i settori esclusi i cui appalti pubblici sono normati dal d.lgs. 158 del 1995 (T.A.R. Sardegna, 30 novembre 2001, n. 1288);
- sono legittimati a presentare proposte in project financing non solo associazioni temporanee d'impresa già costituite ma anche costituende (Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468) o singole imprese (Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916), ed anche un raggruppamento di cui sia parte un'azienda partecipata o controllata dall'amministrazione interessata, come pure è consentita la successiva modificazione del raggruppamento promotore (T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002, n. 645);
- *la valutazione ed esclusione della/e proposta/e compete alla commissione tecnica all'uopo costituita e non al responsabile del procedimento* (T.A.R. Veneto, 19 Giugno 2002, n. 3051);
- nel confronto concorrenziale tra le proposte deve escludersi in linea di massima il potere dell'amministrazione di richiedere integrazioni documentali che potrebbero comportare integrazioni alla proposta (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 gennaio 2004, n. 914) [in realtà l'amministrazione ha ogni più ampia facoltà di chiedere le regolarizzazioni del caso: *n.d.a.*] e quindi relative, ad esempio, al piano economico-finanziario (T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449), limiti che non sussistono, invece, nella successiva procedura negoziata in cui può ipotizzarsi una sorta di "dialogo tecnico" sulla proposta (T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 Luglio 2002, n. 1547);
- l'amministrazione non può modificare radicalmente l'impostazione della proposta prescelta, e tantomeno del piano economico-finanziario asseverato (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 Luglio 2001, n. 4729; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449), ma può consentire che assieme alla gestione dell'opera pubblica o di pubblica utilità sia prevista per il concessionario l'alienabilità di parte dell'opera (in caso ad esempio di parcheggi: cfr. T.A.R. Umbria, 14 Gennaio 2002, n. 23);
- *il piano finanziario ha ruolo essenziale e centrale nella proposta di project financing e così le relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio* (Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449; T.A.R. Lombardia, Milano, 2 luglio 2001 n. 4729);
- tanto il promotore quanto la società di progetto sono legittimati ad impugnare l'esito della licitazione privata o dell'appalto concorso indetto ai sensi dell'art. 37 quater (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140)».

2. Criteri distintivi fra appalto e concessione e principii comunitari: senza rischio imprenditoriale non c'è concessione.

▪ In data 24 febbraio 1999 la Commissione Europea ha adottato un «Progetto di comunicazione interpretativa» sulle «concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici».

Cfr. anche Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie, Circolare 1° marzo 2002, n. 3944 (*G.U.* 3 maggio 2002, n. 102).

▪ Vengono delineati i *criteri per distinguere la concessione dall'appalto. In sostanza, laddove non sussista rischio, lì non c'è concessione.*

◦ Già la Direttiva 93/37 dà la definizione della concessione: «la “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a) [cioè dell'appalto], 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*” (art. 1, lett. d)»).

Viene detto che «l'elemento distintivo dominante della nozione di concessione corrisponde al fatto che il corrispettivo dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera e che pertanto i rischi della gestione incombono, per una parte significativa, sul concessionario» (1.1.a).

«La gestione è caratterizzata dal fatto che *l'imprenditore* che realizza i lavori, anziché essere pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice all'origine della procedura, si remunera tramite i canoni riscossi presso gli utenti dell'opera dopo la sua realizzazione. *Oltre al rischio della costruzione, egli assume quindi una parte significativa dei rischi connessi alla gestione e all'utilizzazione dell'impianto. Se il rimborso dei finanziamenti fosse assicurato dall'amministrazione aggiudicatrice senza l'alea connessa alla gestione dell'opera, l'elemento “rischio” verrebbe meno e il contratto dovrebbe essere considerato come appalto di lavori e non come concessione*» (*ibidem*).

«L'esempio più noto di concessione di lavori pubblici è il contratto mediante il quale uno Stato attribuisce ad una società il diritto di costruire e di gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente» (*ibidem*).

Ora, «potrebbero sussistere rischi di confusione tra una concessione di lavori pubblici e un appalto pubblico di lavori oggetto di una costruzione giuridica complessa» (1.1.b).

«Ad esempio, la Commissione ha avuto modo di trattare il caso di un consorzio composto da imprenditori e da banche che s'impegnava a realizzare un'opera destinata a soddisfare le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice in cambio del rimborso, da parte di questa, del prestito contratto dagli imprenditori presso le banche, accompagnato da un *utile* per i partners privati. La Commissione ha considerato questa situazione come un appalto pubblico, in quanto il consorzio non assumeva alcuna funzione di gestione e non sopportava, quindi, alcun rischio ad essa connesso» (*ibidem*).

«Quando le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono a formule contrattuali complesse, queste ultime rimangono appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto

comunitario qualora il costo sia interamente sostenuto dall'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, non vi sia per il contraente alcun rischio connesso alla gestione. La circostanza che la direttiva permetta che il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo non modifica questa conclusione. Infatti, rientrano nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo, a condizione che tale prezzo non elimini una parte significativa del rischio; e ciò in quanto la direttiva 93/37/CEE precisa espressamente che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo. La pratica dimostra che, in certi casi, il concedente interviene parzialmente nel rischio economico assunto dal concessionario. Accade così che lo Stato sostenga parzialmente il costo di gestione della concessione affinché il prezzo delle prestazioni diminuisca per l'utilizzatore. Tale intervento può avvenire secondo diverse modalità (somma forfettaria garantita, somma fissa ma versata in funzione del numero di utenti, ecc.) e non conduce necessariamente alla modifica della natura del contratto. Se il prezzo versato copre solo parzialmente il costo dell'opera, il concessionario dovrà sempre assumere una parte significativa dei rischi connessi alla gestione. Allo stesso modo, se il concessionario deve, per ragioni attinenti all'interesse generale, praticare "prezzi sociali" e riceve a questo titolo una compensazione da parte dello Stato, in un unico versamento o in più versamenti scaglionati nel tempo, siffatta partecipazione dello Stato al costo di funzionamento non solleva il concessionario da una parte significativa del rischio di gestione. Per contro, la situazione è diversa quando l'amministrazione aggiudicatrice assume in proprio l'onere del rischio inerente alla gestione. Si tratta allora di un appalto pubblico» (ibidem).

Il principio affermato, sotto il profilo logico-giuridico, vale per ogni concessione, quindi sia di lavori, sia di pubblico servizio.

3. Concessione (o affidamento) di servizio pubblico e appalto di servizi: la necessità del confronto concorrenziale e l'inapplicabilità del D.Lgs. 157/1995.

▪ Altra distinzione rilevante è quella fra *appalto di servizi* e *concessione di servizi pubblici*, anche sotto il profilo della modalità di affidamento.

Tale distinzione è ben delineata in Cons. Stato, V, 30 aprile 2002, n. 2294.

Si tratta della «delicata questione della delimitazione della figura dell'*appalto di servizi*, in rapporto alla contigua nozione della *concessione (od affidamento) di servizi pubblici*.

I dati normativi di diritto interno e di diritto comunitario non sono affatto univoci e chiari, riflettendo un complesso itinerario evolutivo, tuttora in corso.

L'articolo 112 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, rubricato "servizi pubblici locali", non contiene una precisa definizione della categoria del servizio pubblico (...).

In questo modo, peraltro, la valorizzazione dell'elemento organizzativo ed istituzionale compiuta dal legislatore conferma la sostanziale ampiezza del concetto di servizio pubblico locale, che non preesiste alla decisione di assunzione dell'ente locale, ma viene definito dall'amministrazione territoriale, nel quadro della propria autonomia, in relazione agli obiettivi, di valenza politica, preordinati allo sviluppo sociale ed economico della collettività.

Il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (*Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*), all'articolo 1 definisce il proprio ambito di applicazione, qualificando gli appalti pubblici di servizi come "contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice", e rinviando alla elencazione degli appalti di servizi di cui agli allegati 1 e 2.

Dunque, la disciplina di derivazione comunitaria adotta una definizione di carattere enumerativo ed analitica, volta a ridurre i margini di incertezza interpretativa.

La dottrina tradizionale ha individuato la distinzione fra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, facendo riferimento a molteplici criteri:

- a) la natura *unilaterale* del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere *negoziale* dell'appalto;
- b) il carattere *surrogatorio* dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico;
- c) l'effetto *accrescitivo* della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica;
- d) il *trasferimento di potestà pubbliche* (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che opererebbe quale organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore eserciterebbe solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

La dottrina più recente ha rilevato, in senso critico, che, nell'evoluzione concreta della disciplina dei servizi pubblici, il modulo concessorio è frequentemente sostituito da altri titoli (anche convenzionali) di affidamento del servizio.

Pertanto, in termini più convincenti, si è posto l'accento sulla diversità dell'*oggetto* dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati».

«L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio.

Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sulla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato».

«Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente. Ora, nel caso di specie, l'oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato (...) sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate (...).

A ciò va aggiunto che, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), “i comuni effettuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142, e dell'articolo 23”».

«Si tratta ora di stabilire se la riscontrata differenza tra l'affidamento del servizio pubblico e l'appalto di servizi comporta anche l'inapplicabilità al primo delle regole specificamente contenute nel decreto legislativo n. 157/1995».

«Al riguardo, va premesso che nel progetto originario della direttiva 92/50/CEE si prevedeva l'estensione della disciplina concorrenziale anche alla concessione di servizi, definita come “un contratto, diverso dalla concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art 1, lett. D) della direttiva 71/305/CEE, concluso tra una amministrazione ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione demanda 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”. Analoga nozione di concessione di servizi è ora contenuta nella comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, adottata il 12 aprile 2000, la quale fa riferimento al “criterio della gestione” ed a quello dell'assunzione del rischio».

«Da ciò potrebbe derivare la conclusione che nella scelta dell'affidatario del servizio pubblico, l'amministrazione non è tenuta ad applicare alcuna disciplina di evidenza pubblica, operando con maggiori possibilità di scelte discrezionali.

Questa conclusione, tuttavia, non terrebbe conto di altri elementi sistematici, di valenza radicalmente opposta».

«Nell'ambito del diritto interno, intanto, esistono precise indicazioni di dirette ad affermare l'applicabilità della regola concorsuale nell'affidamento dei servizi pubblici.

Secondo l'articolo 267 del regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo unico per la finanza locale), tuttora in vigore [ora però abrogato dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448: *n.d.a.*], «le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano, il Prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata».

La norma di diritto interno conferma il *principio della concorsualità nell'affidamento del servizio pubblico*. Si tratta, del resto, di una indicazione legislativa seguita anche dai più recenti progetti di riforma dei servizi pubblici locali, tutti rivolti a rendere ancora più chiara e precisa la regola del previo esperimento di gare aperte, accompagnata dalla definizione di ulteriori regole di dettaglio, riferite ai requisiti soggettivi di partecipazione».

«Ma, anche prima di una precisa codificazione delle regole concorrenziali, va considerata la portata espansiva dei principi comunitari, che, indirettamente, toccano anche il settore dei servizi pubblici».

«In tale direzione, va segnalato, che, anche in mancanza di un'apposita direttiva, la comunicazione interpretativa della commissione europea del 12 aprile 2000 chiarisce che, nell'affidamento dei servizi pubblici, vanno comunque applicati i principi riguardanti:

- a) il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità dei concorrenti;
- b) la libera circolazione delle merci;
- c) la libertà di stabilimento;
- d) la libera prestazione di servizi;
- e) la parità di trattamento;
- f) la trasparenza;
- g) la proporzionalità».

▪ Sulla necessità del procedimento concorsuale, cfr. anche Cons. Stato, IV, 17 gennaio 2002, n. 253.

«Assumendo che la fattispecie disciplinata dal bando sia sussumibile nel *genus* delle concessioni di servizio pubblico, può convenirsi, in linea di principio, che a tale figura non sia meccanicamente riferibile il complesso delle norme garantiste divise dalla direttiva 92/50 recante la disciplina dei contratti di appalti di servizi. Sotto tale angolazione la Corte di giustizia delle C.E. (cfr. Corte giust., sez. VI, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria*; Corte giust., 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia*, emessa in relazione alla direttiva lavori 93/36), ha rimarcato l'estraneità delle *concessioni di servizi pubblici* (intesi nell'ottica comunitaria quali contratti caratterizzati dal *trasferimento della gestione di un servizio pubblico avente come*

corrispettivo il diritto del concessionario di sfruttare economicamente il servizio medesimo), all'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti.

La stessa Corte, però, ha inteso rimediare in via pretoria alle delineate lacune normative individuando precetti idonei a scongiurare, sul piano applicativo, il rischio di sottrarre completamente al gioco della concorrenza l'intera gamma dei rapporti concessori.

Per raggiungere tale obbiettivo, la Corte, ponendosi in una prospettiva sistematica tesa a salvaguardare, anche in relazione a fattispecie concessorie, il *rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario*, ha fatto leva sulla *correlazione fra il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e la trasparenza delle commesse pubbliche, intesa sia come esigenza di diffondere le informazioni relative ai contratti da stipulare per consentire alle imprese di valutare l'opportunità della presentazione di un'offerta, sia come criterio informatore delle successive fasi delle procedure di aggiudicazione di cui salvaguardare il corretto svolgimento*.

Così ricostruita nella sua portata applicativa, *la trasparenza appare il logico corollario della parità di trattamento di cui assicura l'effetto utile garantendo, attraverso l'eguale possibilità di accesso alle gare e l'obbiettiva ed imparziale selezione dei candidati, condizioni di concorrenza non falsate*.

Tale impostazione ermeneutica, vincolante per le istituzioni degli stati membri ivi comprese quelle giurisdizionali (sul punto cfr. *ex plurimis*, Cass. sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168; Corte giust. 13 maggio 1981, C-66\80, *soc. International Chemical and Cosmetics co.*), è coerente con le valutazioni formulate dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa sulle concessioni adottata il 29 aprile 2000.

Essa comporta che *l'adozione di adeguati regimi di pubblicità delle procedure di affidamento di servizi pubblici e la loro sottoposizione alle regole basilari del confronto competitivo tragga origine dai principi fondamentali del diritto comunitario enucleabili dalle norme sancite dai trattati* (in particolare artt. 43 e 49), e da quelle riprodotte nelle fonti derivate (segnatamente le direttive in materia di appalti di servizi, lavori, forniture e settori esclusi).

Per completezza si segnala che le indicazioni *in parte qua* vincolanti fornite dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione sono state condivise dalla recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 ottobre 2001, n. 12727 – affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali – che ha invitato le amministrazioni pubbliche a seguire procedure selettive onde evitare l'apertura (peraltro già verificatasi), di procedure di infrazione per la violazione delle disposizioni comunitarie (nella stessa direzione si muovono il decreto del Ministero dell'Ambiente - 22 novembre 2001 e la connessa circolare applicativa - 17 ottobre 2001, n. GAB\2001\11559\B01 - concernenti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, l. 5 gennaio 1994, n. 36).

Per concludere sul punto il collegio osserva che in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli artt. 43 e 49

del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone *all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l'utilizzo di procedure competitive selettive*».

◦ Cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, I, 15 settembre 2003, n. 11394.

«Il rinnovo della concessione è possibile solo ove una disposizione di legge espressamente l'autorizzi. Al contrario la legge 23 dicembre 1994 n. 724 all'art. 44 vieta espressamente il rinnovo tacito dei contratti della Pubblica Amministrazione per la fornitura di beni e servizi. Ciò in quanto l'automatica rinnovazione del contratto verrebbe a comportare di fatto l'assegnazione della concessione per l'ulteriore periodo a trattativa privata, in spregio della regola generale dell'espletamento di procedure di evidenza pubblica, imposte dalla necessità di individuare - mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi (capacità e competenze tecniche, esperienze conseguite nel settore, solidità finanziaria, altri elementi) - il soggetto più idoneo all'affidamento del servizio».

◦ La «definizione» di servizio pubblico, «pur nell'assenza di una dirimente disposizione a livello normativo, dottrina e giurisprudenza collegano all'*erogazione in favore di una utenza collettiva, e alla applicazione di tariffe da parte degli esercenti* (a partire da Cons. Stato, adunanza generale, 16.5.1996, n. 90/96, che indica la chiara differenza tra appalto di servizi e prestazione di servizio pubblico, i primi consistendo in prestazioni effettuate a vantaggio dell'ente pubblico aggiudicatore, remunerate con corrispettivo a carico dell'ente stesso, i secondi, come detto, in prestazioni alla collettività). Non è dubbio che, in base a tale criterio discrezionale, le attività considerate costituiscano (non servizio pubblico, ma, ove il comune intenda affidarli all'esterno) servizi da rendere alla pubblica amministrazione, da remunerare con corrispettivo e regolate secondo le norme degli appalti di servizi (d.lgs. n. 157 del 1995 e succ. mod.)» (T.A.R. Valle d'Aosta, 15 ottobre 2003, n. 180).

▪ *Sebbene la riscontrata distinzione tra l'affidamento del servizio pubblico e l'appalto di servizi comporti anche l'inapplicabilità al primo delle regole specificamente contenute nel decreto legislativo n. 157/1995, non può certo affermarsi che nel nostro ordinamento la scelta del concessionario sia rimessa alla piena discrezionalità dell'Amministrazione* (T.A.R. Lazio, Roma, II-ter, 2 settembre 2005, n. 6581).

«La giurisprudenza amministrativa, sulla scorta delle osservazioni svolte dalla Commissione europea (comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000, ricordata dalla ricorrente), riprese anche in numerose circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri (ad es. la circolare n. 8756 del 6.6.2002), ha rinvenuto il criterio distintivo più convincente tra concessioni di servizi pubblici e appalti di servizi “nell'oggetto dei due

contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati: mentre, infatti, l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio" (così Cons. St., Sez. V, n. 2294 del 30.4.2002). Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sui privati/utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente (per un caso di servizio reso indistintamente nei confronti della collettività cfr. Cons. St., sez.V, 11 settembre 2000, n. 4795, relativa al servizio di illuminazione pubblica). Ora, *sebbene la riscontrata distinzione tra l'affidamento del servizio pubblico e l'appalto di servizi comporti anche l'inapplicabilità al primo delle regole specificamente contenute nel decreto legislativo n. 157/1995* (come si ricorderà la direttiva 92/50/CEE, nella versione definitiva, esclude dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi), *non può certo affermarsi che nel nostro ordinamento la scelta del concessionario sia rimessa alla piena discrezionalità dell'Amministrazione*. Come ricordato dalla cit. sentenza 2294/2002, già prima delle recenti riforme che hanno investito il settore dei servizi pubblici locali, nell'ambito del diritto interno, esistevano precise indicazioni dirette ad affermare l'applicabilità della regola concorsuale nell'affidamento dei servizi pubblici. Secondo l'articolo 267 del regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo unico per la finanza locale), "le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano, il Prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata". Va, infine, adeguatamente considerata "la portata espansiva dei principi comunitari, che, indirettamente, toccano anche il settore dei servizi pubblici" (così la sentenza n. 2294/02). In mancanza di un'apposita direttiva, la giurisprudenza suole fare riferimento alla già cit. comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, la quale ha chiarito che, nell'affidamento dei servizi pubblici, *vanno comunque applicati i principi comunitari di divieto di discriminazione basato sulla nazionalità dei concorrenti, libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità*. A prescindere, insomma, dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte con la conseguenza che la scelta del concessionario deve essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative».

▪ *In tema di affidamento dei servizi pubblici di qualsiasi tipologia, ove gestiti da soggetti terzi, l'individuazione del concessionario va operata con procedura ad evidenza pubblica* (T.A.R. Liguria, II, 18 novembre 2004, n. 1551).

«In materia la giurisprudenza amministrativa è pacifica nell'affermare che: “In tema di affidamento dei servizi pubblici locali di qualsiasi tipologia, ove gestiti da soggetti terzi, l'individuazione del concessionario va operata con procedura ad evidenza pubblica, ovvero con ordinarie procedure di gara, a norma dell'art. 267 r.d. 14 settembre 1931 n. 1175 - t.u. per la finanza locale - nonché degli art. 112, 113 e 113 bis d.lg. 18 agosto 2000 n. 267”. (T.A.R. Lazio, sez. II, 19 aprile 2004, n. 3377). La giurisprudenza del Consiglio di Stato (V 2272002 n.4012) ha ribadito il principio della concorsualità nell'affidamento del servizio pubblico delle concessioni di cui all'art. 265 del r.d.n.117531 e tale principio è da ultimo recepito nell'art. 35 l. 28 dicembre 2001 n. 448. (...) La giurisprudenza amministrativa (da ultimo Tar Lazio II 1942004 n.3377), ha ribadito che *in tema di affidamento dei servizi pubblici di qualsiasi tipologia, ove gestiti da soggetti terzi, l'individuazione del concessionario va operata con procedura ad evidenza pubblica*, ovvero con ordinarie procedure di gara, a norma dell'art. 267 rd. 1491931 n.1175, TU per la finanza locale, nonché degli artt. 112, 113 e 113 bis D.Lgs n.2672000».

▪ La questione si è posta anche in riferimento all'art. 35 della legge finanziaria per l'anno 2002 (L. 28 dicembre 2001, n. 448), che aveva ridefinito il quadro normativo dei servizi pubblici locali.

A tale normativa opera riferimento Cons. Stato, V, 22 luglio 2002, n. 4012.

«Il principio concorsuale è ora chiaramente affermato dall'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448. Detta disposizione sostituisce l'articolo 113 del testo unico degli enti locali ed introduce il nuovo articolo 113-bis. Secondo l'articolo 113, comma 5, (riguardante i servizi pubblici di *rilevanza industriale*), “l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica”.

L'articolo 113-bis (riguardante la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale), prevede al comma 4, che “quando sussistano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore”.

Ma, anche prima di una precisa codificazione delle regole concorrenziali, va considerata la portata espansiva dei principi comunitari, che, indirettamente, toccano anche il settore dei servizi pubblici.

(...) L'ordinamento comunitario impone il rispetto di regole cogenti, tutte correlate alla protezione effettiva della adeguata dinamica concorrenziale tra le imprese. La generica regola della trasparenza deve necessariamente attuarsi mediante l'applicazione delle norme appositamente dettate in materia di *pubblicità* delle determinazioni delle stazioni appaltanti. Infatti, la *pubblicità* non ha lo scopo generico di consentire la verifica dell'operato dell'amministrazione, ma ha la funzione specifica di assicurare la partecipazione al confronto concorrenziale».

▪ Per importante pronuncia che riconosce come *essenziale, al fine di individuare la concessione di servizio rispetto all'appalto di servizio*, non il fatto che il servizio debba essere reso “dall'Amministrazione” (invece che “all'Amministrazione”), quanto *la sussistenza del più pieno rischio imprenditoriale*, cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 15 ottobre 2004, n. 2313.

La pronuncia è pregevole in quanto ricostruisce l'evoluzione della nozione di servizio pubblico, alla luce dell'ordinamento comunitario.

Inoltre, il ricorso, da parte dell'amministrazione, a strumenti privatistici non elimina l'attributo pubblicistico-funzionale della fattispecie, laddove lo strumento negoziale operi in sostituzione dell'atto di esercizio del potere, la cui sostanziale connotazione pubblicistica continua, evidentemente, a permeare la fattispecie.

- «Il problema della individuazione dei contorni della nozione di servizio pubblico inerisce la più vasta tematica dei compiti della P.A. e, più in generale, dell'intervento dello Stato in determinati settori della vita economica. Il riferimento ai compiti dell'amministrazione impone però una più precisa qualificazione contenutistica, di tipo tecnico-giuridico, sotto il profilo delle modalità di manifestazioni di tali compiti. Se da un punto di vista teleologico, infatti servizio pubblico e funzione pubblica possono - appunto, sul piano descrittivo - essere accomunate nel quadro finalistico unitario dell'attività amministrativa, *dal punto di vista strutturale la funzione pubblica è un'attività che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo, mentre la nozione di servizio pubblico prescinde da tale connotato.* Questa tradizionale distinzione poggia, sostanzialmente, sul fatto che il pubblico servizio sarebbe un'attività non autoritativa, di natura tecnica e non giuridica, e come tale qualificata in via residuale rispetto alla funzione pubblica (ferma restando la coincidente destinazione di entrambi al soddisfacimento dei bisogni della collettività). Così operata una prima distinzione “in negativo”, un'altra importante precisazione da fare, e che condiziona, come si vedrà, la stessa impostazione dell'analisi giuridica, è il rilievo della *sussistenza di una teorica pluralità di modelli di gestione dei servizi pubblici*, nel senso che nel nostro ordinamento, per essi, non esiste un unico modello gestorio, ma altrettanti modelli quanti la legislazione ne delinea. *Questa diversificazione dei regimi giuridici aveva già in passato condotto ad assegnare alle operazioni di qualificazione della nozione di servizio pubblico un “valore descrittivo e non dogmatico”, e, più in generale, all'affermazione della “crisi” della nozione stessa*, ritenuta incapace di attribuire qualità e significati giuridico-formali alle diverse manifestazioni della realtà che attraverso di essa si cercava di inquadrare e qualificare. *Dal punto di vista*

storico, mentre si è andato generalizzando l'utilizzo di modelli consensuali o privatistici nell'esercizio della pubblica funzione (ad es., accordi), è soprattutto caduto l'assunto della necessaria imputazione soggettiva, diretta o indiretta, del servizio pubblico allo Stato o ad altri enti pubblici. Conseguentemente, si è passati a qualificare il servizio pubblico come attività economica (non necessariamente riservata ai pubblici poteri), pubblica o privata, diretta a soddisfare fini sociali, e soggetta – ai sensi dell'art. 41, terzo comma, della Costituzione – a programmi e controlli imposti dalla legge al fine di indirizzarla e coordinarla a fini sociali. Si tratta, dunque, di un'attività svolta di regola in forma d'impresa, come si desume: a) a contrario, dall'art. 43 Cost., nella misura in cui tale norma preveda come mera possibilità la riserva o il trasferimento, a fini di utilità generale, di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali (con ciò confermando la sussistenza di imprese non riservate o trasferite allo Stato che esercitano tali servizi); b) dall'art. 41, terzo comma, Cost., che consente di individuare gli elementi costitutivi dello statuto dell'impresa che svolge servizi pubblici: perseguimento di fini sociali, sottoposizione a programmi e controlli, nonché ad indirizzo e coordinamento necessari per il raggiungimento dei fini sociali. I servizi sociali, che non presentano la forma organizzativa imprenditoriale, in quest'ottica rimarrebbero al di fuori dalla nozione oggettiva di servizio pubblico così qualificata. Questa impostazione di tipo oggettivo appare maggiormente rispondente al processo di progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici oggetto di riserva legale e di privatizzazione formale e sostanziale degli enti gestori di servizi pubblici nazionali e locali (enti pubblici economici ed aziende), e, più in generale, all'assunzione da parte dello Stato, in luogo della vecchia posizione di gestore (per lo più in regime di monopolio) del servizio, di un ruolo di regolazione, intesa come vigilanza e tutela dell'esigenza di garantire la parità di accesso ai servizi. Questa evoluzione è stata fortemente influenzata dal diritto comunitario. L'art. 90, paragrafo 2, del Trattato istitutivo della Comunità Europea stabilisce che "Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata" (la c.d. administration de mission, propria dell'ordinamento francese). La Corte di Giustizia ha interpretato questa esenzione in senso assai restrittivo, ponendo a carico degli enti che la invocano l'onere di dimostrarne le condizioni legittimanti, vale a dire l'effettiva incompatibilità della soggezione alle norme sulla concorrenza con lo svolgimento dei compiti affidati agli enti stessi. Nell'ottica del diritto comunitario (della concorrenza), viene sovvertito il tradizionale regime della riserva: i diritti speciali o di esclusiva sono ipotesi

eccezionali e derogatorie, per lo più connesse a corrispondenti obblighi di servizio pubblico, in un'ottica di compensazione fra costi supplementari e interesse commerciale. Gli obblighi di servizio pubblico sono infatti quelle prestazioni che i pubblici poteri, nell'ambito della propria potestà di regolazione, possono imporre ai soggetti che svolgono un pubblico servizio, e che nessun operatore economico in regime di concorrenza o in assenza di sussidi erogherebbe a prezzi accettabili se seguisse il proprio interesse imprenditoriale, sicché l'imposizione di tali obblighi, fonte di costi supplementari per l'impresa, dovrà essere compensata attraverso il finanziamento pubblico o mediante l'attribuzione di diritti speciali o di esclusiva (attività di trasporto di malati in ambulanza: Corte di Giustizia, 25 ottobre 2001). La normativa derogatoria rispetto alle regole di concorrenza si giustifica per il servizio universale, ossia per quel complesso di prestazioni che devono: a) essere rese a tutti; b) senza discriminazioni di territorio e di reddito; c) a prezzi abbordabili. La nozione comunitaria di servizio universale è peraltro flessibile (da puntualizzarsi settore per settore), ed evolutiva, risultando condizionata dallo sviluppo tecnologico e dal mutare delle esigenze dell'utenza. La nozione di servizio pubblico propria del diritto interno si avvicina, sotto questo profilo, alla nozione comunitaria di servizio universale, in relazione ai caratteri di doverosità, capillarità territoriale e sociale, ed accessibilità sotto il profilo economico, quale attività indispensabile alla coesione sociale e di natura tale da non poter essere realizzata completamente se non attraverso l'intervento del potere pubblico e la previsione di regole speciali sull'erogazione e sulle caratteristiche del servizio. (...) Date le superiori premesse di ordine generale sui contorni della nozione di servizio pubblico propria del nostro ordinamento giuridico, va peraltro chiarito, per un verso, che il regime della gestione è tendenzialmente indifferente ai tradizionali schemi classificatori propri delle attività poste in essere da privati nell'interesse della p.a.; e, per altro verso, che l'indicata nozione assume rilievo e significato peculiare in funzione degli specifici settori in cui viene in considerazione. Sul piano dello strumentario giuridico attraverso il quale viene regolata la gestione del servizio pubblico, va detto che l'irrilevanza, ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza, della veste formale del soggetto gestore, ha determinato una radicale trasformazione della natura del tradizionale strumento di gestione indiretta dei servizi pubblici, la concessione. Già in materia di lavori pubblici, l'elemento distintivo fra appalto e concessione era stato individuato non più nel trasferimento di poteri pubblicistici (o comunque nell'ampliamento della sfera giuridica del privato), ma nella traslazione dell'alea economica inerente una certa attività, sicché la concessione di lavori pubblici prevede l'attribuzione al privato della gestione dell'opera quale corrispettivo della sua costruzione (è stata eliminata la figura della concessione di sola costruzione).

Analogamente, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634), la concessione di un pubblico servizio si distingue dall'appalto non in base alla natura unilaterale del provvedimento concessorio, o al carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario, ma per il criterio di remunerazione, avendosi concessione quando il privato assume il rischio della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa».

Si riportano i passi centrali di Cons. Stato, VI, 15 maggio 2002, n. 2634:

«Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. (...) Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione; è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (...). Ed allora un servizio di trasporto pubblico di linea si rivela quale appalto di servizi quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di "scuolabus" 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».

- Continua T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 15 ottobre 2004, n. 2313:

«Conseguentemente, la giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253), stabilisce espressamente l'obbligo di procedere all'affidamento della concessione di servizi pubblici mediante procedure pubbliche competitive. (...) In relazione, invece, al secondo dei profili segnalati, va detto che nel diritto interno la nozione di servizio pubblico rileva su più piani. Così, in relazione all'applicazione delle specifiche discipline di settore, si pone il problema della individuazione del criterio discrezionale della nozione di servizio pubblico quale oggetto di appalti di servizi pubblici, sia rispetto agli appalti di lavori e di forniture, sia rispetto agli appalti pubblici di servizi». La «sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale (...) ha (...) circoscritto l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi alle fattispecie caratterizzate dall'esercizio di poteri amministrativi, escludendo invece quelle in cui la semplice presenza della pubblica amministrazione come parte del rapporto in nulla differenzia il rapporto medesimo da una vicenda tra privati. Si badi però

che la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, non ha ricondotto la linea discrezionale del sistema ad un attributo formale (provvedimento o negozio), ma ha chiarito che il ricorso, da parte dell'amministrazione, a strumenti privatistici non elimina l'attributo pubblicistico-funzionale della fattispecie, laddove lo strumento negoziale operi in sostituzione dell'atto di esercizio del potere, la cui sostanziale connotazione pubblicistica continua, evidentemente, a permeare la fattispecie: "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)". Non tutto l'agire iure privatorum della pubblica amministrazione fuoriesce, in materia di pubblici servizi, dalla norma attributiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, siccome riscritta dalla Corte costituzionale: laddove la ricostruzione formalmente privatistica della fattispecie sia un'opzione qualificatoria – rilevante unicamente con riferimento alla scelta operata sul piano degli strumenti operativi – riferita purtuttavia ad una fattispecie comunque imperniata sul potere funzionale dell'amministrazione, ovvero consegua al mancato esercizio di tale potere ed alla surrogazione del gestore privato al soggetto pubblico inerte, deve ritenersi che la relativa controversia rimanga attratta nell'orbita della giurisdizione esclusiva, pur vertendo intorno alla tutela di diritti soggettivi».

▫ «Rileva (...) il Collegio che la procedura di affidamento ha ad oggetto una concessione di pubblico servizio e non un appalto di servizi, come si ricava dal fatto che, in virtù di quanto previsto nel capitolato di gara, il gestore del servizio non riceverà alcun compenso dall'Amministrazione comunale, dovendo semmai corrispondere un canone annuale di affitto dei capannoni (art. 3 del capitolato speciale di gara), e ricaverà il proprio utile esclusivamente dalla vendita dei biglietti d'ingresso alle piste di pattinaggio (art.6 del capitolato speciale di gara); da ciò consegue che il rischio d'impresa connesso alla gestione dell'impianto gravi esclusivamente in capo al gestore e, conseguentemente, che il relativo rapporto debba essere inquadrato, secondo un'autorevole impostazione giurisprudenziale da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare (vedasi, al riguardo, Consiglio di Stato, Sezione II, 15 maggio 2002, n.2634), nella categoria delle concessioni di pubblico servizio, invece che in quella degli appalti di pubblico servizio, per cui l'art. 25 del decreto legislativo 157/1995 risulta, anche per questo, inapplicabile al caso di specie» (T.A.R. Palermo, Sezione I; 7 aprile 2004, n. 669).

▪ *Per individuare il servizio pubblico, occorre avere riguardo a tre elementi fondamentali: il beneficiario del servizio, la sussistenza o meno di un interesse generale e la remunerazione. Il necessario perseguimento dell'interesse generale richiede che l'attività oggetto del rapporto debba essere rivolta non già direttamente all'amministrazione appaltante, ma ad una utenza indiscriminata. Il servizio può essere svolto anche da soggetti privati, ma ciò non può far concludere che a detta nozione possa essere attribuita un'accezione così ampia da comprendere qualsiasi attività privata soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione della Pubblica amministrazione, in quanto il servizio si qualifica come pubblico perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione pubblica.*

Ne deriva che la remunerazione del servizio non si pone quale corrispettivo del sinallagma contrattuale (che caratterizza, al contrario, la diversa figura dell'appalto pubblico del servizio), ma richiede il ricorso alla diversa forma tariffaria.

In conclusione, i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'idoneità del servizio, sul piano finalistico, a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica ed al soddisfacimento di interessi che il Legislatore ha ritenuto aventi rilevanza sociale. Più precisamente, relativamente ai servizi pubblici locali, l'art. 117 T.U.E.L. n. 267/2000 stabilisce che la tariffa ne costituisce il corrispettivo, ma non ne definisce il contenuto, determinato dalla possibilità concreta dell'ente di dividere sui singoli l'onere della gestione ed erogazione della prestazione.

Non si possono escludere dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente. Il principio, mutatis mutandis, può applicarsi ai servizi pubblici in generale (T.A.R. Sicilia, 21 marzo 2005, n. 466).

«Coerentemente con le definizioni della normativa comunitaria, rese anche in tema di appalto pubblico di servizio, inoltre, per individuare detta figura, occorre avere riguardo a tre elementi fondamentali: il beneficiario del servizio, la sussistenza o meno di un interesse generale e la remunerazione (cfr. T.A.R. Catania, ult. cit.). Il necessario perseguimento dell'interesse generale richiede che l'attività oggetto del rapporto debba essere rivolta non già direttamente all'amministrazione appaltante, ma ad una utenza

indiscriminata (cfr., ex multis, T.A.R. Liguria, sez. II, 31 marzo 2004, n. 312; T.A.R. Milano 6 novembre 2002 n. 4262; Cons. Stato, A.P., 30 marzo 2000 n. 1). *Il servizio può essere svolto anche da soggetti privati, ma ciò non può far concludere che a detta nozione possa essere attribuita un'accezione così ampia da comprendere qualsiasi attività privata soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione della Pubblica amministrazione, in quanto il servizio si qualifica come pubblico perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'Amministrazione pubblica* (cfr. T.A.R. Basilicata ' Potenza 598 - 4 settembre 2002). *In conclusione, la funzione deve in questi casi essere rivolta necessariamente a vantaggio della collettività. Ne deriva che la remunerazione del servizio non si pone quale corrispettivo del sinallagma contrattuale (che caratterizza, al contrario, la diversa figura dell'appalto pubblico del servizio), ma, come era chiaramente ribadito dall'art. 12, comma 5, della L. 23.12.1992 n° 498 (novellato dall'art. 117 del D.Lgs.vo 18.8.2000 n° 267), richiede il ricorso alla diversa forma tariffaria. Per altro, il servizio si qualifica come 'pubblico', proprio a causa della sua vocazione a soddisfare esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica. In altre parole, è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali* (cfr. Cass. Civ. SS.UU. 30.3.2000 n° 71). *Si può, in conclusione, affermare che i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'idoneità del servizio, sul piano finalistico, a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica* (cfr. Cons. Stato, V, 6574/2004, cit.) *ed al soddisfacimento di interessi che il Legislatore ha ritenuto aventi rilevanza sociale. Più precisamente, relativamente ai servizi pubblici locali, l'art. 117 T.U.E.L. n. 267/2000 stabilisce che la tariffa ne costituisce il corrispettivo, ma non ne definisce il contenuto, determinato dalla possibilità concreta dell'ente di dividere sui singoli l'onere della gestione ed erogazione della prestazione. Ne deriva che se è pur vero che lo stesso Titolo V del T.U.E.L. n. 267/2000 disciplina anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe, è altrettanto vero che non si possono escludere dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente* (cfr. C.d.S., V Sez. 16 dicembre 2004, n. 8090). *Il principio, mutatis mutandis, può applicarsi ai servizi pubblici in generale, per i quali, in definitiva, gli elementi veramente caratterizzanti rimangono quelli sopra considerati della generalità dei destinatari e della riconosciuta rilevanza sociale».*

▪ Rilevante Cons. Stato, V, 18 settembre 2003, n. 5316, sul principio della c.d. *delegazione interorganica*:

«Invero, in sede d'interpretazione a norma dell'art. 234 del Trattato CE (sentenza Teckal citata ed ordinanza pronunciata il 14 novembre 2002 su questo specifico caso), è stato chiarito dalla Corte di Giustizia che la direttiva 93/36/CEE – e, quindi, per l'ordinamento italiano, il d. lgs. n. 358 del 1992 – deve applicarsi per l'aggiudicazione di un contratto di fornitura di beni, salvo che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul fornitore, che sia un soggetto distinto da essa, un *controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*, e sempre *che il fornitore svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo controllano*».

La questione dirimente non è quindi quella se si tratti di *appalto pubblico-servizio* ovvero di *servizio pubblico* (sotto questo profilo, descrittivamente, si rientrerebbe nella prima ipotesi). La questione principale è, piuttosto, se debba porsi in essere un *procedimento ad evidenza pubblica* ovvero se possa farsi ricorso ad *affidamento in house*. E allora, nel ricorrere dei due presupposti, si potrà fare ricorso ad affidamento interno di quello che, correttamente e naturalmente, appare nella fattispecie essere un appalto e non un servizio pubblico.

▫ Appare dunque questa la pronuncia di cui tener primariamente conto, in quanto opera riferimento alla famosa sentenza *Teckal* (Corte di giustizia europea, V, 18 novembre 1999, n. C-107/98).

La regola ordinaria è quella dell'evidenza pubblica, che però non si applica nel ricorrere di due circostanze:

- 1) *«l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi»;*
- 2) *«e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».*

▫ Quanto alla configurazione della prima circostanza, cfr. Corte di giustizia europea, V, 27 febbraio 2003, n. C-373/00.

«Un mero controllo *a posteriori* non soddisfa il criterio del controllo della gestione figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, terzo trattino della direttiva 93/36. Soddisfa per contro detto criterio una situazione in cui, da un lato, i poteri pubblici controllano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche l'esattezza, la regolarità, l'economicità, la redditività e la razionalità dell'amministrazione corrente e, dall'altro, gli stessi poteri pubblici sono autorizzati a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche a un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi».

▫ Quanto, invece, alla configurazione della seconda circostanza, può pure trattarsi di soggetto che operi sul libero mercato, purché ciò avvenga in misura da considerarsi oggettivamente minoritaria, proprio in quanto la «parte più importante» deve essere realizzata con l'ente pubblico.

▫ Nella ricorrenza di queste due circostanze, non si tratta, dunque, di affidamento a soggetto *terzo*.

«A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

(...) Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno» (cit. sentenza *Teckal*).

▫ La dottrina e la giurisprudenza parlano, in questa fattispecie, di appalto *in house* o di *delegazione interorganica*.

4. Concessione di servizi e concessione di lavori.

4.1 Aspetti generali.

▫ Ed eccoci ora (dopo l'*excursus* di cui ai paragrafi precedenti) alla differenza più rilevante: quella fra concessione di *servizi* – eventualmente anche di *servizi pubblici* – e concessione di *lavori*.

▫ Si richiama ancora, come base di analisi, il «Progetto di comunicazione interpretativa» sulle «concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici».

▫ «Poiché la direttiva 93/37/CEE istituisce una disciplina particolare concernente le procedure da seguire nell'attribuzione di una concessione di lavori, è utile determinare quando ci si trovi in presenza di una concessione di questo tipo, soprattutto se si tratta di un contratto misto che comporti anche un aspetto «prestazione di servizi». In pratica, *tale*

ipotesi si verifica nella quasi totalità dei casi, poiché il concessionario di lavori pubblici presta molto spesso un servizio all'utente nell'ambito dell'opera realizzata».

«Per la Commissione l'elemento determinante consiste nell'accertare se il contratto riguarda o meno la costruzione di un'opera per conto del concedente».

«La Commissione ritiene che la disciplina prevista dalla direttiva 93/37/CEE vada applicata nei casi in cui oggetto del contratto è la costruzione di un'opera o l'esecuzione e la realizzazione di lavori e quanto realizzato rimane a disposizione dell'autorità concedente.

Tale disciplina è applicabile anche se sono presenti aspetti "prestazione di servizi" purché il relativo importo raggiunga le soglie d'applicazione di tale direttiva (...).

La circostanza che i lavori o le opere siano di fatto realizzati da terzi non influisce sulla natura del contratto. Questo è vero anche se il concessionario non può egli stesso costruire l'opera o effettuare i lavori. L'oggetto del contratto rimane identico».

«Viceversa un contratto di concessione che non comporti alcuna realizzazione di lavori, o che riguardi esclusivamente la gestione di un'opera esistente, va considerato come una concessione di servizi in quanto, in entrambi i casi, non vi è costruzione di un'opera».

«D'altro canto, a margine di una concessione di lavori, possono essere stipulati appalti di servizi o altre concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione, in particolare di un'opera. Ad esempio, i servizi di ristorazione di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada».

▪ Il documento comunitario, a ben vedere, non offre un criterio esaustivo. E esso, infatti, se delimita puntualmente la nozione di concessione di lavori, non affronta il problema della concessione di servizi in cui sia presente una componente accessoria di lavori.

Se infatti è pacifico che «un contratto di concessione che non comporti alcuna realizzazione di lavori, o che riguardi esclusivamente la gestione di un'opera esistente» sia da configurarsi come concessione di servizi, rimane tutta aperta la questione della semplice «gestione di un'opera esistente» che comunque comporti un'attività di lavori a fine di manutenzione ordinaria.

Anche quest'ultima configura una concessione di servizi, in quanto la componente-lavori, che pure sussiste, è accessoria e strumentale rispetto alla funzione primaria consistente nella gestione del servizio.

▪ Secondo certa interpretazione, il punto di che trattasi è di estrema rilevanza nella fattispecie dell'illuminazione votiva.

Intanto bisognerebbe stabilire se i lavori di manutenzione, nello specifico caso, siano accessori al servizio o viceversa.

Nella prassi di gestione dell'impianto di illuminazione votiva si riscontra che, con la manutenzione ordinaria, il concessionario deve compiere operazioni di:

- sostituzione delle lampadine bruciate;
- sostituzione dei portalampade deteriorati;
- sostituzione dei trasformatori o altri strumenti adibiti alla trasformazione dell'energia da alta a bassa tensione;
- rifacimento di linee che l'usura ha reso depotenziati;
- rifacimento *ex novo* di impianti in ordine a quelle parti cimiteriali che sono state oggetto di esumazioni ed inumazioni, ovvero di ripristino a seguito di rotture di linee provocate dagli operatori del comune o da imprese private che all'interno del cimitero operano con continuità.

Parimenti non trascurabili sono i nuovi lavori impiantistici cui il concessionario è costretto, a seguito del riposizionamento delle sepolture e dei viali cimiteriali che l'ente concedente per sua necessità attua.

In sostanza, più spesso avviene che il rapporto contrattuale preveda l'obbligo per il concessionario di costruire nuovi impianti per sepolture, ovvero di provvedere a rifacimenti di impianti – *ex novo* – in relazione ad avvenute esumazioni e a nuove inumazioni. Questa evenienza, oltre che stravolgere il significato originario del contratto sotto l'aspetto economico-finanziario, costringe il concessionario ad eseguire lavori continui, in modo costante e ripetitivo, al punto che i lavori di costruzione di impianti – per ampliamenti legati a nuove sepolture o per rifacimenti totali di campi esumati – superano più spesso la consistenza dei lavori implementati per la costruzione dell'impianto originario!

Nella singolare fattispecie dell'illuminazione votiva si verifica che, pur operandosi su un'opera esistente, di fatto, a seguito di rifacimenti continui, si verifica che prima della scadenza della concessione non vi sia più traccia dell'impianto originario!

Viene sostanzialmente lamentato che nella "concessione di servizi" viene espletata una tale mole di lavori, che i medesimi non possono essere considerati come aventi carattere accessorio. Le attività riferite al servizio sono sostanzialmente di gran lunga inferiori ai lavori di cui s'è detto. La consistenza del servizio, infatti, sarebbe determinata soltanto dalla riscossione del canone (che si attua una volta l'anno) e dall'attività di correzione dell'indirizzo degli utenti. Essa appare, dunque, inconsistente e di facciata.

L'interpretazione *de qua* richiama Cons. Stato, IV, 21 febbraio 2005, n. 537, secondo cui il concetto di "manutenzione" va fatto rientrare nelle prestazioni di

lavori pubblici qualora l'attività dell'appaltatore comporti un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (richiamandosi Cons. Stato, V, n. 2518/2001 e VI, n. 1680/98).

Viene in proposito richiamato l'articolo 2, comma 1, lett. l), del D.P.R. 554/1999, che, in sede di definizione del concetto di "manutenzione", parla di: "combinazione di tutte le azioni tecniche, specialististiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto".

- Il criterio discriminante, ad ogni modo, non può non essere quello del *fine*.

- La distinzione è stata felicemente colta in giurisprudenza con riferimento all'ipotesi del servizio pubblico.

La concessione è di pubblico servizio quando *il concessionario (concessione traslativa) presta un'attività al posto dell'Amministrazione pubblica*. In tale concessione prevale l'obiettivo dell'*erogazione di un servizio pubblico*. La prevalenza funzionale del servizio rimane anche se sul concessionario grava l'onere di realizzazione di lavori accessori.

Nella concessione di lavori prevale invece come *fine la realizzazione di un'opera pubblica*.

- Cfr. Cons. Stato, V, 11 settembre 2000, n. 4795:

«la linea di demarcazione tra i due istituti va individuata avendo di mira la *direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori*. Nel senso che laddove la *gestione dell'opera sia strumentale alla sua costruzione*, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della "concessione di costruzione ed esercizio", mentre nel caso inverso, quando cioè l'espletamento dei lavori pubblici sia strumentale, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione, alla *gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente*, è configurabile l'ipotesi della "concessione di servizi».

- Per un caso significativo, dove è stata appurata la sussistenza di una concessione di servizio e non di lavori, cfr. T.A.R. Molise, 30 agosto 2002, n. 724.

«Ai sensi dell'articolo 19, secondo comma, l. 109 del 1994 (...), a cui rinvia l'articolo 37 bis della medesima legge, "le concessioni di lavori pubblici sono contratti ... aventi ad oggetto ... l'esecuzione dei lavori pubblici ... nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati".

È abbastanza evidente che il caso in esame non possa essere ricompreso all'interno della fattispecie normativa, che prevede la esecuzione dei lavori ed "unicamente" la gestione dei medesimi, eventualmente accompagnata da un corrispettivo determinato, mentre la gestione dell'intera preesistente rete comunale, affidata alla controinteressata, è una "controprestazione" che non presenta alcun visibile collegamento con la realizzazione dei lavori.

E non è tanto l'affidamento di una (peraltro impossibile) gestione "parziale" della rete (vale a dire limitata alle sole opere eseguite dall'impresa) ad essere configurata come corrispettivo dei lavori, unica ipotesi che potrebbe integrare la fattispecie normativa, quanto piuttosto è la gestione "totale" a costituire "oggetto della convenzione" (...), che l'impresa compensa con l'esecuzione dei lavori (...) nonché con un canone annuo (...).

L'obbligo, posto a carico del concessionario, di procedere alla revisione generale dell'impianto e di effettuare tutti gli interventi per mantenerlo perfettamente idoneo allo scopo (...) è evidentemente funzionale alla gestione della rete, il che conferma che l'intenzione delle parti era diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori di potenziamento.

Non è quindi la gestione ad essere configurata come corrispettivo dei lavori, quanto piuttosto è vero il contrario: sono i lavori che l'impresa deve eseguire a costituire corrispettivo (parziale) dell'affidamento del servizio.

È manifesto il rovesciamento della logica legislativa: questa prevede che i lavori siano compensati *unicamente* con la gestione ed eventualmente anche con un prezzo, mentre qui è la gestione ad essere compensata con l'esecuzione di lavori e con un prezzo (canone annuo).

Ne scaturisce l'illegittimità della procedura seguita».

▪ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, I, 30 dicembre 2004, n. 4099.

La nozione di concessione di costruzione e gestione non può estendersi ai casi in cui, a fronte della concessione in uso di impianti preesistenti, il concessionario si impegna a compiere interventi di riqualificazione al fine di renderli più efficienti.

«Da un lato la nozione di concessione di costruzione e gestione non può estendersi ai casi, come quello a mano, in cui a fronte della concessione in uso di impianti preesistenti il concessionario si impegna a compiere interventi di riqualificazione al fine di renderli più efficienti, non potendosi applicare la procedura di project financing per la mera concessione di gestione di un servizio, come è stato rilevato da questo Tribunale, con sent. N. 2239/02 del 25/11/02. Sotto altro profilo si rileva che la prestazione del servizio che l'impresa ricorrente intende assumersi non è rivolta al pubblico che se ne

avvantaggia per mezzo di singoli utenti, bensì all'amministrazione comunale che ha in carico il servizio di illuminazione a favore della collettività. Il rilievo non è di secondaria importanza ove si consideri che ai sensi dell'art. 42 l. reg. n.21/85 i proventi per il gestore del servizio devono essere rappresentati da "tasse, tariffe pubbliche o prezzi", vale a dire da controprestazioni sinallagmatiche rispetto al servizio prestato e non come nel caso di specie, dalle economie di gestione che l'ente territoriale realizzerebbe a seguito dei miglioramenti all'impianto apportati dal concessionario. Tali economie verrebbero realizzate dal comune in conseguenza del minor costo del servizio di illuminazione dallo stesso prestato alla collettività a seguito dei miglioramenti progettati, costo, peraltro coperto con le entrate tributarie (imposte e non tasse) e a totale carico dell'Amministrazione che dovrebbe corrisponderlo al concessionario in rate trimestrali. Osserva infine il Collegio che l'accesso al sistema del project financing, sia nella legislazione regionale che in quella nazionale, comportando una deroga radicale agli ordinari criteri concorsuali di scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, è circoscritto ad ipotesi tassative, di talché l'interprete non può, se non al costo di snaturare la ratio legis e violare i principi di concorrenzialità in materia di gare, estenderne il campo applicativo in via analogica (in termini, TAR Sicilia sez di Catania, sent. n. 2239/02 del 25/11/02, sopra richiamata)».

▪ Inoltre, sempre per quanto riguarda la concessione di pubblico servizio, l'art. 3, comma 8 della L. 415/1998 (c.d. Merloni-ter) prevede che «alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'art. 19, comma 2-bis, della legge n. 109».

◦ Quanto allo schema della relativa convenzione, pertanto, dovranno quanto meno essere disciplinati i seguenti aspetti:

- 1) il progetto di svolgimento del servizio, con l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche e tecniche;
- 2) lo *standard* richiesto;
- 3) i poteri di controllo riservati all'amministrazione sulla gestione;
- 4) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- 5) le modalità e i termini per la manutenzione degli impianti;
- 6) le penali per le inadempienze del concessionario;
- 7) le ipotesi di decadenza dalla concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
- 8) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- 9) l'obbligo del concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie;
- 10) la cauzione;
- 11) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna degli impianti all'amministrazione al termine della concessione.

4.2 La nuova direttiva comunitaria: la 2004/18/CE.

▪ Confrontando il paragrafo 3 con il 4 nell'ambito dell'art. 1 della Dir. 2004/18/CE, si ritrae la *definizione unitaria di concessione*:

«La “concessione (...)” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico (...), ad eccezione del fatto che il corrispettivo (...) consiste unicamente nel diritto di gestire (...) in tale diritto accompagnato da un prezzo».

La concessione si differenzia dall'appalto per il semplice fatto che il corrispettivo non è dato dal prezzo, ma dal diritto di gestione.

Quando nella concessione si parla di «prezzo», questo:

- è soltanto eventuale (mentre nell'appalto è sempre necessario, a ragione del suo carattere oneroso);
- non è mai il prezzo-corrispettivo (come nell'appalto), ma solo un prezzo-contributo.

▫ «La “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (art. 1, paragrafo 3).

▫ «La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (art. 1, paragrafo 4).

La definizione comunitaria depotenzia la distinzione di giurisprudenza interna fra appalto pubblico di servizio e servizio pubblico, basata sul criterio dell'amministrazione come soggetto passivo ovvero attivo in ordine alla prestazione del servizio stesso (nel primo caso l'amministrazione riceve il servizio, nel secondo caso è lei medesima che deve prestarlo).

Con la nozione comunitaria, l'amministrazione è comunque ed anzitutto sempre parte di un contratto, onde è sempre lei l'*accipiens* primaria del servizio.

L'art. 17, «Concessioni di servizi», così prevede:

«Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

La direttiva non disciplina, pertanto, la concessione di servizi, fatto salvo l'art. 3.

L'art. 3 così prevede:

«Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

4.3 *L'illuminazione votiva come fattispecie paradigmatica al fine di distinguere fra concessione di servizio e di lavori.*

▪ In generale, *l'approvvigionamento, mediante procedura di gara, di portafiori, lampade ed altri arredi dei loculi cimiteriali comunali non è suscettibile nell'ambito del servizio pubblico cimiteriale, per quanto tale nozione venga interpretata estensivamente. Infatti, nella fattispecie non si ha a che fare con il servizio di illuminazione elettrica votiva all'interno del cimitero comunale – per il quale, in effetti, non sono mancate da più parti adesioni alla configurabilità quale servizio pubblico locale – bensì con la fornitura di lampade, portafiori ed in definitiva di tutta quella serie di arredi secondari da sempre rimessi alla scelta (ed al soggettivo senso di pietas) dei dolenti; beni dunque del tutto alieni, anche strumentalmente, alla gestione del servizio pubblico cimiteriale stricto sensu, e per i quali, fra l'altro, non si riesce ad avvertire efficacemente la necessità di garantire, anche per esigenze di decoro, l'assoluta uniformità nell'ambito di un cimitero. In definitiva, il servizio pubblico cimiteriale si esplica in maniera del tutto autonoma dal reperimento degli arredi votivi in questione, cosicché non è legittima estrinsecazione delle attribuzioni dell'Amministrazione comunale provvedere con gara pubblica al relativo approvvigionamento (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2002, n. 6620).*

«1. Il Comune – omissis – pubblico incanto per la fornitura di arredi per loculi del cimitero comunale, e precisamente per l'acquisto di 4.000 portafiori, 2.000 lampade e 4.000 anelli in bronzo, decorati con foglie. Il bando chiariva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio del prezzo più basso sull'importo a base d'asta (...), ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. a) del d.lg. 358/92, come modificato dal d.lg. 402/98. 2. L'intestata società appellante, primario operatore nazionale nel settore della produzione di arredi votivi, proponeva ricorso dinanzi al TAR (...) avverso le norme generali di gara, contestando il potere dell'Amministrazione di bandire una gara pubblica per la fornitura degli arredi in questione, la cui scelta doveva intendersi rimessa ai privati (...). 3. Il

TAR adito (...) respingeva il gravame con la sentenza impugnata, (...) argomentando, tra l'altro, circa la sussumibilità della gestione del cimitero tra i servizi pubblici locali, nozione quest'ultima, peraltro, da interpretarsi a sua volta in maniera sufficientemente ampia (e quindi da estendersi, ad esempio, anche ai servizi di illuminazione votiva). (...) L'appello merita accoglimento, sotto il profilo assorbente di seguito esposto. Non può disconoscersi, anzitutto, l'interesse dell'appellante, primario operatore nazionale del settore degli arredi votivi, a gravarsi direttamente avverso il bando di gara e le determinazioni generali dell'Amministrazione comunale volte all'*approvvigionamento, mediante procedura concorsuale per pubblico incanto, di migliaia di portafiori, lampade ed altri arredi dei loculi cimiteriali comunali. Viene in discussione la stessa intrinseca possibilità di procedere mediante pubblica gara, e quindi una volta per tutte, all'acquisto di tali elementi accessori.* 2. Orbene, pur risultando del tutto comprensibile che l'Amministrazione comunale si preoccupi di provvedere alle esigenze di decoro e uniformità nell'ambito dei propri cimiteri, *la procedura di gara contestata riguarda beni il cui approvvigionamento non è sussumibile nell'ambito del servizio pubblico cimiteriale, per quanto tale nozione venga interpretata estensivamente. Occorre, infatti, soffermarsi attentamente sul punto che il cui approvvigionamento non è sussumibile nell'ambito del servizio pubblico cimiteriale, per quanto tale nozione venga interpretata estensivamente., per il quale in effetti non sono mancate da più parti adesioni alla configurabilità quale servizio pubblico locale ai sensi del previgente art. 22 l. 8 giugno 1990 n. 142 (come per la gestione cimiteriale in genere), bensì con la fornitura di lampade, portafiori ed in definitiva di tutta quella serie di arredi secondari da sempre rimessi alla scelta (ed al soggettivo senso di pietas) dei dolenti; beni dunque del tutto alieni, anche strumentalmente, alla gestione del servizio pubblico cimiteriale stricto sensu, e per i quali, fra l'altro, non si riesce ad avvertire efficacemente la necessità di garantire, anche per esigenze di decoro, l'assoluta uniformità nell'ambito di un cimitero. Diversamente opinando, l'apposizione di arredi votivi ed accessori similari (in verità la questione interesserebbe anche l'acquisto delle stesse lapidi, di spettanza dei privati, ai sensi del regolamento di polizia mortuaria di cui al DPR 285/90, salva la sola regolamentazione comunale) verrebbe trasferita a terzi in esclusiva, da un lato impedendo ai dolenti (cessionari della sepoltura privata) di rivolgersi ad imprese da essi liberamente scelte (seppur con oneri a loro carico), con preclusione della libera esplicazione dei loro sentimenti civili e religiosi, e dall'altro lato vulnerando il diritto delle stesse imprese del settore di operare liberamente secondo i principi della concorrenza, fatte salve le prescrizioni generali sancite dalla normativa sanitaria e di polizia mortuaria. In definitiva il servizio pubblico cimiteriale, per come del resto in via generale regolamentato, si esplica in maniera del tutto autonoma dal reperimento degli arredi votivi in questione, cosicché non è legittima estrinsecazione delle attribuzioni dell'Amministrazione comunale provvedere con gara pubblica al relativo approvvigionamento.* Le norme regolamentari prevedono che il Comune, in materia, debba limitarsi alla chiusura del tumulo con muratura di mattoni pieni ed all'apposizione di cippo con targhetta, oltre ai compiti di generale regolazione nel perseguimento degli interessi pubblici alla cui tutela è preposto».

Conforme, T.A.R. Campania, Napoli, I, 29 aprile 2004, n. 7522.

▪ Per una diversa *fattispecie*, in cui invece si configura un appalto, di servizio e neanche di lavori, cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 16 aprile 2004, n. 173.

«Con ricorso notificato al Comune di Fidenza ed alla Cooperativa edilizia fidentina a r.l. CEFA, la S.a.s. S.A.I.E. ha impugnato la deliberazione di G.M. n. 736 del 22/6/1995, con la quale è stato aggiudicato alla associazione d'impresе costituita dalla controinteressata e da Mora Alberto l'appalto del servizio di manutenzione del cimitero del capoluogo e di riattamento e manutenzione degli impianti delle lampade votive, e gli atti connessi. Trattandosi, a parere della ricorrente, di associazione di imprese di tipo verticale (essendo le due imprese specializzate in lavori diversi con iscrizione all'A.N.C. di ciascuna di esse per una sola categoria, sulle due richieste), e poiché si tratterebbe di appalto di opere edili, sarebbe illegittima, per violazione dell'art. 23 del D. L.vo n. 406/91, l'ammissione alla gara della controinteressata, nonostante le argomentazioni dell'Amministrazione, né sarebbe, nella gara in esame, consentito lo scorporo di talune attività. (...) Nel merito, osserva il Collegio che il ricorso è palesemente infondato, in relazione alla natura dell'appalto di cui trattasi, che è costituito da lavori di manutenzione, edile ed elettrici, degli impianti cimiteriali del Comune. Trattasi, in altre parole, di appalto di servizi (e non già di opere, come si sarebbe invece verificato allorché i lavori aggiudicati avessero riguardato consistenti ristrutturazioni del cimitero, e non già, come nella specie, la semplice manutenzione, ancorché straordinaria) al quale non è applicabile, come esattamente ritenuto dalla commissione di opera, il D. L.vo n. 406/91, per cui giustamente l'amministrazione appaltante ha ritenuto sufficiente verificare la capacità tecnica delle imprese concorrenti alla procedura mediante le prove della loro iscrizione all'A.N.C. per le categorie 2 e 5 C e per le classifiche congruenti con i corrispettivi offerti, potendo quindi la CEFA eseguire tutti i servizi cimiteriali esclusi il riattamento, l'adeguamento e la manutenzione degli impianti elettrici delle lampade votive, che spetteranno invece all'imprenditore Mora, e quindi ciascuna delle imprese associate essendo competente all'esecuzione di tali lavori secondo la sua specializzazione».

4.3.1 Premesse.

▪ La differenza rilevante da approfondire – si ribadisce – è quella fra concessione di *servizi pubblici* e concessione di *lavori pubblici*.

▪ Si richiama in proposito, come base di analisi, il «Progetto di comunicazione interpretativa» sulle «concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici» (Commissione Europea, 24 febbraio 1999).

«Per la Commissione l'elemento determinante consiste nell'accertare se il contratto riguarda o meno la costruzione di un'opera per conto del concedente. (...) Viceversa un contratto di concessione che non comporti alcuna realizzazione di lavori, o che riguardi esclusivamente la gestione di un'opera esistente, va considerato come una concessione di servizi in quanto, in entrambi i casi, non vi è costruzione di un'opera».

Si tratta di un'affermazione di principio già essenziale e decisiva: non è il nomen del servizio pubblico a dare automaticamente caratteristica di servizio stesso alla concessione. Se non c'è alcuna realizzazione né di opera pubblica né comunque di lavori pubblici, se cioè la concessione riguarda «esclusivamente la gestione» – in quanto vi è già «un'opera esistente», sostiene la Commissione – solo in questo caso vi sarebbe concessione di pubblico servizio.

▪ La concessione è pertanto di lavori e non di servizio quando si ha *anzitutto la realizzazione di un'opera pubblica*.

«La linea di demarcazione tra i due istituti va individuata avendo di mira la *direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori*. Nel senso che laddove la *gestione dell'opera sia strumentale alla sua costruzione*, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della “concessione di costruzione ed esercizio”, mentre nel caso inverso, quando cioè l'espletamento dei lavori pubblici sia strumentale, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione, alla *gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente*, è configurabile l'ipotesi della “concessione di servizi» (Cons. Stato, V, 11 settembre 2000, n. 4795).

Qui il criterio delineato dalla Commissione acquista più pieno significato. Se l'opera esiste già, la concessione è di pubblico servizio. Se l'opera pubblica non esiste e deve quindi implementarla il concessionario, la concessione è di lavori.

▪ Viene osservato che, nei contratti di concessione che riguardano l'illuminazione votiva, vi è sempre l'obbligo per il concessionario di assumere nuovi investimenti finalizzati alla costruzione di consistenti impianti in relazione a nuove sepolture.

Si tratta allora di capire proprio in concreto, in tali fattispecie, se la gestione degli impianti relativi agli ampliamenti cimiteriali (che talvolta, nei tempi gestionali concessi, superano per quantità ed ampiezza le proporzioni degli impianti costruiti all'origine) sia strumentale alla costruzione degli impianti stessi, oppure se sia l'espletamento dei lavori ad essere strumentale alla gestione del servizio.

Nella prassi, può succedere che gli ampliamenti in questione avvengano nell'ambito di una concessione il cui impianto originario sia stato costruito dalla stessa impresa che ora è gravata dell'onere dei nuovi investimenti, ovvero che i nuovi lavori con annessi investimenti competano ad impresa diversa da quella costruttrice dell'impianto originario.

In sostanza, quando il contratto prevede l'obbligo per la concessionaria di accollarsi l'onere per nuove sepolture in zone ampliate del cimitero comunale, ancorché si tratti di concessione in cui l'impianto era esistente, proprio in questo caso si può ancora parlare di concessione di pubblico servizio? Ovvero, al di là della *fictio* formale, non si tratterebbe in realtà di una concessione di costruzione e gestione?

▪ Il percorso interpretativo delineato dalla Commissione e dalla citata giurisprudenza è confermato, in modo rovesciato, da recentissima giurisprudenza: Cons. Stato, V, 30 ottobre 2003, n. 6768.

Si enuclea una fattispecie concreta in cui proprio l'*illuminazione votiva cimiteriale* – in quanto non definita *expressis verbis* dall'ordinamento giuridico positivo come concessione sempre e comunque di pubblico servizio – viene singolarmente considerata concessione non di lavori pubblici.

Ciò che qui conta rilevare, attenzione, non è tanto l'esito della pronuncia del collegio giudicante, quanto la conferma dell'irriducibilità della *coppia opposizionale* sin qui delineata, a prescindere se poi debba trattarsi di pubblico servizio ovvero di lavori. *La distinzione da operarsi è, cioè, una questione sussistente e incompressibile, comunque non risolvibile in base al mero nomen dato al servizio. Il nomen, cioè, non crea il servizio pubblico una volta per tutte: ciò che, parimenti, vale anche per i lavori.*

Nel caso concreto si trattava di eseguire lavori impiantistici, «per l'adeguamento alla legge n. 46/1990» (già qui è in nuce che non poteva che trattarsi di concessione di servizio, in quanto l'opera principale, l'impianto seppur vetusto, esisteva già).

Da notare una preliminare importante affermazione. «Nei casi in cui le prestazioni contrattuali siano di diversa e commista specie, le discipline in materia di appalti pubblici di servizi e di lavori indicano quale essenziale criterio risolutore quello della "*prevalenza*", con riferimento al valore economico delle prestazioni. Trattandosi, peraltro, di un criterio che nella concreta applicazione può rilevarsi fuorviante e considerato che nei contratti delle Amministrazioni pubbliche l'elemento soggettivo della volontà delle parti ai fini dell'individuazione delle prestazioni rilevanti ha minor rilievo di quanto possa averne in ambito privato (...) detto parametro va interpretato, possibilmente, non sulla base del solo dato meramente quantitativo bensì alla luce anche del criterio

funzionale». La pregevolissima affermazione è in linea con i principi comunitari (si tenga conto, del resto, della procedura d'infrazione a carico dell'Italia, in relazione al disapplicando principio posto dalla legge "Merloni"). Non conta la prestazione economicamente prevalente, al fine di distinguersi fra concessione di pubblico servizio ovvero di lavori, ma quella che l'Amministrazione intende *anzitutto* conseguire: l'opera pubblica o comunque i lavori da farsi *ex novo*, ovvero il servizio da gestirsi su un'opera-impianto già sussistente. *Costituisce senza alcun dubbio concessione di servizio e non di lavori, pertanto, quella in cui non si tratti di implementare l'opera-impianto ex novo, ma solo di mantenerlo ovvero di adeguarlo allo jus superveniens.*

«Nella specie, il rapporto concessorio in argomento è sorto, incontestabilmente, per la gestione del pubblico servizio di illuminazione votiva dei cimiteri comunali e non può ritenersi riqualificato nella sua natura giuridica dal sopravvenuto patto contrattuale inerente all'adeguamento dell'impianto medesimo alle norme della legge n. 46/1990. Ciò (...), soprattutto, perché il patto aggiunto recante l'adeguamento alla legge n. 46/90 ha carattere comunque accessorio e quindi non ha valenza tale da incidere sulla causa del contratto, che rimane appunto volto all'esigenza primaria del pubblico servizio di illuminazione cimiteriale, laddove i lavori di adeguamento si rendono necessari proprio e soltanto per consentire l'espletamento del servizio in condizioni di assoluta sicurezza (...). Non può trovare spazio, dunque, nel caso di specie l'istituto della concessione di costruzione e di gestione di opera pubblica, e quindi la concessione di lavori pubblici di cui all'art. 19 della l. 109/94».

Ma attenzione. Ciò dà proprio la conferma, implicita ma inequivocabile, che la questione inerente alla "coppia opposizionale" di cui si tratta è sempre aperta e soprattutto che, qualora il contratto sia stato stipulato per affidare l'esecuzione di un'opera-impianto fino ad allora inesistente in modo assoluto, lì si è un presenza di una concessione (in primis) di lavori, in cui la gestione del servizio rappresenta la remunerazione dell'esecuzione dell'opera stessa e ad un tempo esecuzione anche del servizio pubblico.

«La tipicità della concessione di lavori pubblici risiede nell'interesse (pubblico) di conseguire un bene di natura mista costituito dalla realizzazione dei lavori e dalla loro gestione funzionale ed economica. Ciò è posto in evidenza dal tenore dell'art. 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (...), che definisce la "gestione funzionale ed economica" nell'ambito dell'oggetto della concessione di lavori pubblici. Dalla definizione normativa emerge la *natura ambivalente della gestione*, che è, nello stesso tempo, una componente del bene su cui si incentra l'interesse pubblico perseguito e, contemporaneamente, "controprestazione" a favore del concessionario, per il quale costituisce, per tale profilo, un "diritto"» (Cons. Stato, VI, 19 dicembre 2000, n. 6838). *Non osta dunque alla sussistenza*

della concessione di lavori il fatto che venga in co-evidenza anche un servizio pubblico locale. Ciò è del resto oggi esplicitamente confermato dalla L. 109/1994 (così come da ultimo modificata dalla L. 166/2002), art. 19, comma 2-ter: «Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere (...), in quanto funzionali alla gestione dei servizi pubblici».

- Per converso, per una diversa fattispecie in cui invece la gestione di un impianto rientra in una concessione di lavori, cfr. T.A.R. Toscana, II, 8 gennaio 2004, n. 5: La «concessione di costruzione e gestione di un impianto pubblico (...) comprende, come un *unicum*, sia la fase della costruzione dell'opera sia quella della gestione del relativo servizio pubblico. Ed è anche vero che il rapporto tra concedente e concessionario non si esaurisce con la fase di esecuzione della concessione ma prosegue nella fase della sua gestione (dalla quale il concessionario trae il proprio corrispettivo)».

- T.A.R. Puglia, Bari, II, 23 aprile 2003, n. 1785, dopo aver diffusamente parlato di *pubblico servizio* ai sensi del T.U.E.L., non può non finire col riconoscere che, se l'impianto deve essere implementato *ex novo*, ivi si applica la normativa-lavori. Si prende proprio in considerazione (a parte gli errori soltanto materiali nell'identificazione della normativa) «la circostanza (art. 1, comma IV, legge n. 10/91) che la realizzazione della centrale eolica (intesa, qui, come impianto di produzione) è considerata opera di pubblica utilità talché ne deriva, in parte qua, l'applicazione alla fattispecie degli artt. 2, comma II, lett. b), 19, comma II e segg. e 20, comma II, della legge 415/98» che, più esattamente, è la c.d. Merloni-ter che ha innovato la L. 109/1994.

- Che non prevalga mai il *nomen* del servizio in quanto tale, al fine di definire l'afferenza della concessione ai lavori pubblici ovvero al pubblico servizio, ciò è confermato dall'esperienza statistica della finanza di progetto *ex artt. 37-bis e segg.* della L. 109/1994. Si tratta del *project financing* oggi più sperimentato in Italia.

Sempre è stato pacifico che la gestione dell'illuminazione votiva – pur costituendo oggettivamente quest'ultima un servizio pubblico locale – sia stata affidata nell'ambito di una concessione di lavori, in quanto la funzione prevalente era quella di avere la doppia opera pubblica, principale ed accessoria: il nuovo cimitero, con annesso nuovo impianto.

- Non si può incidentalmente trascurare, proprio per quanto riguarda la concessione di pubblico servizio, l'art. 3, comma 8 della L. 415/1998 (c.d.

Merloni-ter): «alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'art. 19, comma 2-bis, della legge n. 109».

La L. 109/1994, art. 19, comma 2-bis, così tra l'altro recita: «norme legislative e regolamentari che stabiliscano (...) nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. (...) Nel caso di recesso del concessionario si applicano le disposizioni dell'articolo 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2».

Cioè il concessionario, in mancanza di revisione a proprio favore, può esercitare il diritto potestativo di recedere dalla concessione. In tal caso gli sono rimborsati: 1) i costi effettivi sostenuti (se l'opera non è stata ancora collaudata), o il valore delle opere realizzate più gli «oneri accessori» al netto degli ammortamenti; 2) penali e costi sostenuti o comunque certamente da sostenere a seguito della risoluzione.

In sostanza, questo significa che anche il concessionario di pubblico servizio gode già *ex lege*, a prescindere dalla mancata previsione contrattuale, del diritto del «perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti» (cit. comma 2-bis, primo periodo). Tale diritto per converso, costituisce anche oggetto di un interesse pubblico, in relazione sia al fatto primario che il pubblico servizio stesso venga (traslativamente) *effettivamente reso* e che venga reso inoltre in condizione di ottimalità di *standard* qualitativo.

Il richiamo normativo qui operato all'art. 3, comma 8 della L. 415/1998 ha un senso essenziale, non tanto perché si tratti di norma tuttora vigente, ma soprattutto perché conferma *ad abundantiam* che, qualora trovi applicazione la fattispecie di cui al D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-bis, primo periodo («Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante»), trova applicazione anche l'art. 35, comma 7, della L. 448/2001, così come modificato dall'art. 14, comma 3, della L. 326/2003 (di conversione del D.L. 269/2003): «Le imprese concessionarie cessanti al termine dell'affidamento reintegrano gli enti locali nel possesso delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni utilizzati per la gestione dei servizi. *Ad esse è dovuto dal gestore subentrante un indennizzo stabilito secondo le disposizioni del comma 9 dell'articolo 113 del (...) testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000 (...)*».

Così recita il D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 9, secondo e terzo periodo: «Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara».

Se poi si ritiene che la norma che prevede l'indennizzo de quo non possa essere applicata a favore dei soggetti cessanti alla data del 31 dicembre 2006, resta il fatto che il D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-bis, primo periodo, non può comunque intrinsecamente essere applicato per le fattispecie per le quali l'investimento operato non sia stato del tutto ammortizzato. Occorre pertanto distinguere caso per caso. Una diversa interpretazione non terrebbe conto per nulla della sostanza del rapporto concessorio fondata sul diritto gestionale e come tale genererebbe un profilo di illegittimità costituzionale della norma (così interpretata) per lesione effettiva della libertà di impresa.

▪ Quando l'impianto di illuminazione votiva viene costruito *ex novo* e la sua gestione viene concessa in funzione del reperimento dei fondi per la remunerazione della esecuzione dell'opera, in questo caso – dunque – ci troviamo ad applicare la normativa (L. 109/1994 e suo *corpus normativo*) sulle concessioni di costruzione e gestione.

Quando invece la concessione viene affidata esclusivamente per la gestione di un'opera esistente, si configura una concessione di pubblico servizio. Tuttavia, la sussistenza di quest'ultima fattispecie andrebbe verificata – secondo certa interpretazione – secondo criteri di “peso reale” fra componente-servizio e componente-lavori, anche al fine di stabilire quale sia il nesso direzionale che regoli il rapporto di accessorietà fra le due componenti. Diventerebbe quindi indispensabile dare un quadro preciso delle voci ascrivibili ai lavori o ai servizi, secondo il criterio del costo medio annuo di un punto-luce.

Altra analisi – sempre secondo certa interpretazione – dovrebbe invece rendersi per la concessione di pubblico servizio a suo tempo affidata senza evidenza pubblica, allorché il contratto preveda due modelli esecutivi:

- 1) gestione con sola manutenzione ordinaria;
- 2) gestione con manutenzione ordinaria/straordinaria e assunzione di lavori di estensione di impianto a nuove sepolture.

Sarebbe allora indispensabile – secondo la richiamata tesi – dare una più corretta collocazione dell'attività, sia sotto l'aspetto del “peso reale”, sia sotto quello dell'accessorietà. Il prospetto paradigmatico che segue classifica sia le prestazioni ascrivibili alle attività di manutenzione ordinaria, sia quelle relative alla pura rilevazione dei servizi.

| Prospetto dimostrativo della prevalenza reale e dell'accessorietà, con evidenziazione in percentuale delle voci ascrivibili ai lavori o ai servizi, nell'ambito di una concessione di pubblico servizio la cui gestione viene articolata su 80.000 punti-luce e in cui sono indispensabili n. 4 operai ed un dipendente amministrativo | | | | | | | | | |
|--|-------|---|-----------|-------|--|--|-----------|-----------|-----|
| Voci ascrivibili ai lavori | COSTI | % | TEMPI ORE | % | Voci ascrivibili ai servizi | COSTI | % | TEMPI ORE | % |
| 1-Mano d'opera: manutenzione ordinaria: attività costante che la mano d'opera esercita per dare esecutività agli interventi necessari a mantenere la funzionalità agli impianti con ciò sostituendo cavi deteriorati, lampadine bruciate, portalampe consumati, sostituzione dei trasformatori, differenziali magnetotermici, lavori di scavi e reinterri per ripristini a seguito di esumazioni, lavori di posa linee per nuovi allacci a nuove utenze, con relativi scavi e reinterri; lavori di controllo e supervisione essenziale degli impianti ai fini della loro sicurezza mediante al manipolazione di materiale aggiuntivo e sostitutivo indispensabile al regolare funzionamento degli impianti; Impegno temporale annuo di 4 unità | | | | | Consumo energia elettrica : lampadina utilizzata da : 1,5 wat 24 volts: consumi : watt $1,5 \times \text{volts } 24 = 36 \times 365 =$ $13140 : 1000 = \text{Kw } 13,14 \times \text{€}$ $0,110 \times \text{punti luce } 80.000$ dipendente amministrativo ore 6 X 283 giorni lavorativi =il lavoro del dipendente amministrativo si articola sulle seguenti fasi : | 18.480,00 | | 1698 | |
| | | | | | 1- bollettazione ; 2- spedizione bollettini 3- inserimento nuovi utenti 4- correzione indirizzi 5- cancellazione utenti rinunciatari Costo economico Ore 1698 X 15,80 | 26828,40 | | | |
| | | | | | Costo bollettini Costo economico $80.000 \times 0.06 =$ spedizione di n°80.000 bollettini $80.000 \times 0,45 =$ | 4.800,00 | | | |
| | | | | 10016 | | fornitura materiale : il consumo medio annuo di materiale da utilizzare nella sola manutenzione ordinaria per una ditta che gestisce in concessione 80.000 punti luce è di € opera del datore di lavoro per controllo gestione servizio ore 1 X 283 costo economico : $283 \times 23,60$ | 36.000,00 | | 283 |
| | | | | | | 40.000,00 | | | |

| | | | | | | | | | |
|--|-----------|-------|-------|-------|--|---------|--|------|-------|
| | | | | | | | | | |
| | 286443,20 | 55,17 | 12563 | 86,38 | | 232.787 | | 1981 | 13,62 |

Peso reale

| | | |
|---------------|---------------------|--------|
| Costo lavori | € 286.443,20 | 55,17% |
| Costo servizi | € <u>232.787,00</u> | 44,83% |
| | €519.230,00 | |

Accessorietà

| | | |
|-----------------------|-----------|--------|
| Ore impiegate Lavori | n° 12.563 | 86,38% |
| Ore impiegate Servizi | n° 1.981 | 13,62% |

4.3.2 Analisi di una fattispecie reale: il servizio di illuminazione votiva come contenuto oggettivo di una concessione *in primis* di lavori.

▪ La fattispecie reale che si esamina rinvia a un rapporto concessorio che si è formato nel tempo e che spiega tuttora la sua efficacia.

▪ La prima deliberazione consiliare reca nell'ordine i seguenti contenuti:

- «affidare l'esecuzione dell'impianto e la gestione del servizio»;
- «effettuare l'impianto e la gestione»;
- «disposta ad eseguire l'impianto ed a gestire in privativa il servizio illuminazione»;
- «concedere in privativa alla Ditta – *omissis* – l'esecuzione dell'impianto e la gestione del servizio di illuminazione elettrica delle tombe nel cimitero comunale».

La convenzione stipulata a seguito della predetta deliberazione reca nell'ordine i seguenti contenuti:

- «concedere in privativa alla Ditta – *omissis* – l'esecuzione dell'impianto e la gestione del servizio di illuminazione elettrica delle tombe del Cimitero Comunale»;
- «diritto di privativa per l'esecuzione dell'impianto e per la gestione del servizio di illuminazione elettrica delle tombe cimiteriali»;
- «opere inerenti l'impianto»;
- «L'impianto sarà effettuato»;
- «manutenzione ordinaria»;
- «Gli impianti sono eseguiti»;

- «ordinari lavori di sterro e reinterro, di apertura e chiusura di opere murarie».

Emerge, in tutta oggettiva evidenza, che il concessionario ha eseguito anzitutto un'opera pubblica-impianto prima inesistente.

▪ La convenzione stipulata a seguito di seconda deliberazione, reca il seguente contenuto: «prorogare (...) la scadenza (...) della concessione (...) per la esecuzione dell'impianto e per la gestione del servizio di illuminazione elettrica votiva (...). Per contro la Società concessionaria dovrà provvedere, a sue cure e spese, all'estensione dell'impianto per la illuminazione elettrica votiva delle sepolture, alla parte nuova dei cimiteri comunali».

Qui addirittura l'articolo di convenzione (il cui schema è stato predisposto e deliberato dal Comune) è talmente orientato a parlare proprio e solo di «estensione dell'impianto», cioè di esecuzione anzitutto di una nuova opera pubblica, che si omette del tutto di aggiungere quella che appare una clausola di stile: "e relativa gestione"!

▪ La convenzione, stipulata a seguito di terza e di quarta deliberazione consiliare, reca nell'ordine i seguenti contenuti:

- «ammontare della rifusione alla Concessionaria del residuo *onere economico che la stessa si è accollata per l'esecuzione dei lavori* descritti nelle deliberazioni consiliari – *omissis* – e per il quale onere economico non sia ancora stato completato l'ammortamento mediante rimborso alla concessionaria stessa di quanto dovute, precisando che all'entità dell'ammortamento concorreranno il *valore degli allacci* alle nuove sepolture e *l'importo della quota di ammortamento speseimpianto*» (premessa);
- «Il Comune di – *omissis* – concede alla – *omissis* –, che accetta, la proroga della scadenza della *concessione* in esclusiva *per la esecuzione dell'impianto* e per la gestione del servizio di illuminazione votiva elettrica (...). La scadenza di tale concessione (...) è (...) spostata al 31.12.2029; *Per contro la società concessionaria dovrà provvedere a sue cure e spese, all'esecuzione delle opere descritte nelle deliberazioni consiliari – omissis –*» (art. 2).

La cit. premessa di narrativa appare ante litteram l'enucleazione dei principii di cui alla L. 109/1994, art. 37-septies, comma 1.

Inoltre, con l'art. 2 di convenzione, continuandosi a parlare di concessione di esecuzione e gestione, si affida ancora chiaramente (per la terza volta) l'esecuzione di nuove opere pubbliche, ciò che rende necessario – al fine del rientro dall'investimento – la dilazione nel tempo dell'unico rapporto

contrattuale (al fine di consentire al concessionario-esecutore dei lavori di remunerarsi adeguatamente con i proventi derivanti dalla gestione del pubblico servizio, connesso alla nuova opera pubblica).

Da notare che, se si fosse trattato di affidare la concessione di un servizio, le ipotesi contrattualmente considerate sarebbero state diverse: ad esempio, “concessione per la gestione del servizio di illuminazione votiva elettrica e per la manutenzione degli impianti”, ovvero “concessione per la gestione del servizio di illuminazione votiva elettrica e per l’adeguamento degli impianti alla L. 46/1990”, ovvero ancora “concessione per la gestione del servizio di illuminazione votiva elettrica e per l’esecuzione di lavori accessori all’impianto già esistente”.

- Le conclusioni da trarre per la fattispecie reale esaminata sono le seguenti.
 1. Il rapporto di cui al «Contratto di concessione in esclusiva dell’esecuzione dell’impianto e della gestione del servizio di illuminazione votiva elettrica nel Cimitero Comunale del Capoluogo e della Frazione. Proroga scadenza concessione» inerisce di fatto e di diritto a una concessione di lavori. Come tale, esso non è soggetto al D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-bis, primo periodo.
 2. Dato e non concesso che si tratti primariamente di concessione di pubblico servizio, si applicherebbe comunque, nel caso, l’art. 35, comma 7, della L. 448/2001.

▫ Fra l’altro, vi sarebbero elementi oggettivi addirittura per la configurabilità preferenziale del servizio di illuminazione votiva come oggetto di una concessione di lavori.

Va resa un’oggettiva differenza della concessione di illuminazione votiva rispetto alla gestione di impianti di diversa tipologia, quali, ad esempio, quelli inerenti ai servizi pubblici di distribuzione di gas-metano ovvero di acqua potabile. Gli impianti generali di questi ultimi, proprio per intrinseca caratteristica, nel periodo gestionale concesso non subiscono quasi mai interventi straordinari di rilievo.

Al contrario, l’impianto di illuminazione votiva elettrica sopporta, per struttura e contingenza del luogo dove insiste, continue manomissioni e rotture delle linee principali. Statisticamente, secondo il criterio dell’*id quod plerumque accidit, nel corso della gestione* il concessionario è continuamente necessitato a porre in essere *lavori di rifacimento completo dell’impianto* (ovvero di sue larghe porzioni). Tali lavori sono originati da massicce esumazioni, da tumulazioni, dal riposizionamento dei viali, ovvero da altre cause legate a determinazione del soggetto concedente. Non si tratta soltanto, dunque, della semplice sostituzione della lampadina bruciata o del portalampada usurato nel tempo, questo è il punto.

Ai lavori primari, riferiti alla costruzione vera e propria dell'impianto, si accorpa quindi una rilevante e persistente quantità di lavori straordinari rispetto al mero profilo della gestione (che di fatto si riduce al lavoro di ufficio della riscossione annuale del canone e alla conservazione del registro degli utenti...).

Ora, anche se per principio comunitario quello della prevalenza quantitativa dei lavori sul servizio non può certamente costituire criterio dirimente della questione principale, è tuttavia vero che, quando alla prevalenza quantitativa stessa si accompagna anche quella funzionale – far eseguire lavori pubblici che nel contempo danno sia l'offerta al pubblico del servizio, sia la remunerazione di chi esegue i lavori stessi senza soluzione di continuità – diventa ipotizzabile la naturale configurabilità del servizio di illuminazione votiva come oggetto di una concessione appunto di lavori.

Per riprendere la parametrizzazione empirica di inizio paragrafo, mentre nella costruzione di impianti di gas-metano o di acqua potabile – una volta operati l'interramento e l'asfaltatura delle strade sotto le quali insistono le linee principali – solo in casi eccezionali occorrono nuovi lavori, nell'illuminazione votiva è proprio la caratteristica del luogo a richiedere invece, *naturaliter*, un *continuum* di lavori pubblici in senso proprio.

4.3.3 L'illuminazione votiva e la qualificabilità del rapporto convenzionale: la giurisprudenza che specificamente riscontra ipotesi ordinamentali di concessione di lavori – L'assoluta irrilevanza del criterio della prevalenza economica.

▪ Con la rassegna giurisprudenziale che segue, si evidenziano due linee interpretative.

Una prima, arriva effettivamente a configurare la fattispecie concreta come concessione di costruzione e di gestione, ma senza trarne le debite conseguenze logico-giuridiche.

Una seconda, invece, se pur minoritaria, non può non dare atto che, se la concessione è in realtà di costruzione e gestione, ivi è proprio l'ordinamento giuridico (regionale) che ancor prima inserisce il rapporto convenzionale nella concessione di lavori.

▪ Primo gruppo di sentenze:

- «gara indetta dal comune di (...) per la *costruzione* e la successiva gestione dell'impianto d'illuminazione votiva nel cimitero» (C.G.A.R.S., 3 luglio 2001, n. 303);
- «concessione di *costruzione* e gestione dell'impianto di illuminazione votiva del Cimitero comunale»; «convenzione di costruzione e gestione

del sistema di illuminazione votiva» (T.A.R. Sicilia, Catania, III, 20 marzo 2002, n. 534);

- «rapporto di *concessione per la costruzione* e gestione dell'impianto di illuminazione elettrica votiva cimiteriale» (T.A.R. Campania, Salerno, I, 18 giugno 2002, n. 511);
- «affidamento in *concessione della costruzione* ed esercizio dell'impianto di illuminazione votiva nel cimitero comunale» (T.A.R. Calabria, Catanzaro, II, 11 luglio 2002, n. 1819)
- «è stata indetta nuova *gara per la costruzione*, gestione e manutenzione dell'impianto di illuminazione votiva cimiteriale» (T.A.R. Campania, Napoli, I, 8 marzo 2003, n. 2246);
- «*realizzazione dell'impianto* di illuminazione del cimitero con la relativa gestione della illuminazione votiva» (Cons. Stato, V, 14 maggio 2003, n. 2580).

▪ È nell'ordinamento siciliano che l'illuminazione votiva, laddove fosse prevista anzitutto l'esecuzione dell'opera pubblica-impianto, ha avuto la consequenziale qualificazione di concessione di lavori:

- «concessione di costruzione dell'impianto e gestione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali, *ai sensi della L.r. 4/1996*», ad oggetto: «Norme transitorie per l'accelerazione delle procedure nel settore dei lavori pubblici. Disposizioni varie in materia di lavori pubblici»; «concessione per la realizzazione, gestione e manutenzione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali» (T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 16 novembre 2001, n. 1552);

- «concessione di costruzione e gestione dell'impianto di illuminazione votiva elettrica del cimitero comunale»; «*opera pubblica*, ai sensi dell'art. 42-ter della l.r. 21/1985, per la concessione di costruzione e gestione dell'impianto di lampade votive elettriche nel medesimo cimitero» (T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 4 aprile 2003, n. 447).

▪ Poiché dunque l'ordinamento giuridico ha conosciuto ipotesi di illuminazione votiva qualificate senza mezzi termini come concessioni di lavori, *tutta la questione rimane di volta in volta aperta* e va riportata ai chiarissimi principi delineati dal Consiglio di Stato (V, 11 settembre 2000, n. 4795):

«La linea di demarcazione tra i due istituti va individuata avendo di mira la *direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori*. Nel senso che laddove la *gestione dell'opera* sia *strumentale alla sua costruzione*, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della "concessione di costruzione ed esercizio", mentre nel caso inverso, quando cioè l'espletamento dei lavori

pubblici sia strumentale, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione, alla *gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente*, è configurabile l'ipotesi della «concessione di servizi»

▪ A tal fine – ricorda correttamente e *ad abundantiam* T.A.R. Campania, Napoli, I, 19 marzo 2004, n. 3046 – occorre aver riguardo a *«l'intenzione delle parti, prefigurata negli atti preparatori e definita nel contratto stipulato»* (cfr. proprio la fattispecie reale di cui *supra*).

Da ultimo, cfr. anche T.A.R. Puglia, Lecce, II, 21 aprile 2004, n. 2549: «la problematica della qualificazione della prestazione dedotta in convenzione deve pertanto essere risolta sulla base dei principi generali di accessorieta/prevalenza propri, sia dell'ordinamento comunitario che dell'ordinamento interno».

▪ *In definitiva, la concessione è di lavori e non di pubblico servizio quando si ha anzitutto la realizzazione di un'opera pubblica. Se l'opera esiste già, la concessione è di pubblico servizio. Se l'opera pubblica non esiste e deve quindi implementarla il concessionario, la concessione è invece di lavori pubblici.*

Del resto, tale criterio della prevalenza "funzionale" rispetto a quella "economica" è oggi proprio anche dell'ordinamento nazionale dei pubblici appalti, quando si tratti di valutare il contratto misto comprendente lavori e servizi. Cfr., infatti, D.Lgs. 157/1995, art. 3, comma 3, e L. 109/1994, art. 2, comma 1 (secondo e terzo periodo), così come modificati dalla L. 18 aprile 2005, n. 62 ("legge comunitaria 2004").

▪ *Per un caso concreto di illuminazione votiva, in cui è stata riscontrata un'ipotesi di servizio pubblico, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II-ter, 6 maggio 2005, n. 3397.*

«E' bene da subito chiarire che, *nella fattispecie, si verte in ordine all'affidamento di un servizio pubblico (di illuminazione votiva e altri servizi cimiteriali). Il servizio di illuminazione votiva è un servizio pubblico locale che "mira a soddisfare il sentimento religioso e la pietas di coloro che frequentano il cimitero, e consente pertanto di realizzare <<fini sociali>> e di promuovere <<lo sviluppo civile>> della comunità locale"* – così C.S., sez. V, n. 996 del 16.9.1994 - , rientra cioè tra i servizi pubblici locali così come definiti in origine dall'art. 22, comma 1, della legge n. 142 del 1990, e oggi dall'art. 112, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000. Né vale a revocare in dubbio siffatta qualificazione, la circostanza che, nella fattispecie, sia stata prevista anche l'esecuzione di lavori di implementazione degli impianti esistenti. In primo luogo, si tratta di lavori strumentali all'esecuzione del servizio (cfr. ad es. C.S., V, 11.9.2000, n. 4795). In secondo luogo, l'esame complessivo, della delibera di affidamento e della convenzione,

evidenza che tratto qualificante del rapporto è proprio l'erogazione del servizio nei confronti della collettività degli utenti i quali, tra l'altro, ne sopportano il costo mediante la corresponsione di un "canone annuo" (art. 4). Ad ogni buon conto è stato chiarito che sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi del cit. art. 112, T.u.e.l. n. 267/2000, "quelli di cui i cittadini usufruiscono uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali" (così C.S., V, 16.12.2004, n. 8090). Il carattere di servizio pubblico locale è poi confermato dai richiami storici ("l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica e privata" era incluso tra fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c) r.d. n. 2578/1925 e nel t.u.l.c.p. n. 383/1934) e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell'art. 113 del T.U.E.L. 267/2000. Così, anche nella fattispecie, il Comune, nelle premesse dello schema di convenzione, dichiara di essere "proprietario dell'impianto di illuminazione votiva presso il Cimitero comunale" e titolare della gestione del "relativo servizio". Risulta pertanto inconferente la giurisprudenza richiamata dal Comune di Fiano, relativa, in entrambi i casi non all'affidamento di un servizio pubblico ma all'aggiudicazione di appalti sotto-soglia, strumentali all'esecuzione di un pubblico servizio (nel primo caso di trasporto, nel secondo di illuminazione pubblica), da parte dello stesso soggetto affidatario (rispettivamente una s.p.a. e una ex municipalizzata). D'altro canto, così come esattamente fatto rilevare dalla ricorrente, proprio la cit. sentenza n.7554/2004 conferma, semmai, la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in rapporto all'applicabilità agli Enti locali delle procedure di evidenza pubblica "interna" disciplinate dalla normativa sulla contabilità generale dello Stato ed estesa ai primi da norme specifiche (quali l'art. 192 del cit. t.u. n. 267/2000). (...) 3.b Il Collegio ribadisce, in via preliminare, quanto già accennato al precedente punto, circa l'esatta qualificazione della fattispecie, relativa non già all'affidamento di un appalto pubblico di servizi bensì di un servizio pubblico. In proposito la giurisprudenza amministrativa, sulla scorta delle osservazioni svolte dalla Commissione europea (comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000), riprese anche in numerose circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri (ad es. la circolare n. 8756 del 6.6.2002, richiamata dalla ricorrente), ha rinvenuto il criterio distintivo più convincente tra concessioni di servizi pubblici e appalti di servizi "nell'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati: mentre, infatti, l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio" (così C.S., V, n. 2294 del 30.4.2002). Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sui privati/utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente (per un caso di servizio reso indistintamente nei confronti della collettività cfr. la già cit. sent. n. 4795/2000, relativa al servizio di illuminazione

pubblica). Ora, sebbene la riscontrata distinzione tra l'affidamento del servizio pubblico e l'appalto di servizi comporti anche l'inapplicabilità al primo delle regole specificamente contenute nel decreto legislativo n. 157/1995 (come si ricorderà la direttiva 92/50/CEE, nella versione definitiva, esclude dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi), non può certo affermarsi che nel nostro ordinamento la scelta del concessionario sia rimessa alla piena discrezionalità dell'Amministrazione. Come ricordato dalla cit. sentenza 2294/2002, già prima delle recenti riforme che hanno investito il settore dei servizi pubblici locali, nell'ambito del diritto interno, esistevano precise indicazioni dirette ad affermare l'applicabilità della regola concorsuale nell'affidamento dei servizi pubblici. Secondo l'articolo 267 del regio decreto 14 settembre 1931, n. 1175 (Testo unico per la finanza locale), "le concessioni di cui all'art. 265 devono, di regola, essere precedute da asta pubblica. Tuttavia, quando circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi lo consigliano, il Prefetto può consentire che i contratti seguano a licitazione o a trattativa privata". Oggi, il sistema di affidamento dei servizi pubblici locali è disegnato dagli artt. 113 e ss. del t.u.e.l.. In particolare, per quanto qui interessa, l'ultima versione del cit. art. 113 stabilisce 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" (comma 5, così sostituito dal comma 1 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, come modificato dalla relativa legge di conversione). Va, infine, adeguatamente considerata "la portata espansiva dei principi comunitari, che, indirettamente, toccano anche il settore dei servizi pubblici" (così la sentenza n. 2294/02). In mancanza di un'apposita direttiva, la giurisprudenza suole fare riferimento alla già cit. comunicazione interpretativa della commissione europea del 12 aprile 2000 la quale ha chiarito che, nell'affidamento dei servizi pubblici, vanno comunque applicati i principi comunitari di divieto di discriminazione basato sulla nazionalità dei concorrenti, libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità. A prescindere, insomma, dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte con la conseguenza che *la scelta del concessionario deve essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative*. Ne deriva pertanto che anche

per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale (così in termini T.a.r. Campania, I, 20 maggio 2003, n. 5868). Anche dal punto di vista del diritto interno, peraltro, deve affermarsi che solo in presenza di “speciali ed eccezionali circostanze”, è consentita la deroga alla regola del concorso (art. 6 r.d. n. 2440 del 1923 e art. 41 r.d.n. 827 del 1924). Di tali circostanze, ed in particolare di eventuali ragioni d’urgenza, nella fattispecie, non si fa alcun cenno né le stesse sono agevolmente ipotizzabili, se, come riferisce la società ricorrente, il contratto era ormai da tempo scaduto ed è stato più volte prorogato proprio per consentire al Comune di Fiano di attivare le necessarie procedure per pervenire ad un nuovo affidamento. 4. Per completezza, va accennato ad un’ulteriore ipotesi nella quale è prevista la deroga alla regola della gara con la possibilità di affidamento diretto. Si tratta dei servizi “privi di rilevanza economica” ai quali fa riferimento l’art. 113 – bis del cit. d.lgs. n. 267/2000, pur esso più volte modificato e da ultimo dichiarato costituzionalmente illegittimo in quanto la sua disciplina eccessivamente dettagliata “si configura come illegittima compressione dell’autonomia regionale e locale” in un campo nel quale non risulta applicabile “il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza” (C. Cost., sent. 13 luglio 2004, n. 272). *Proprio avendo riguardo ai criteri all’uopo individuati dalla giurisprudenza comunitaria e richiamati dalla Corte costituzionale (“assenza di uno scopo precipuamente lucrativo”, “mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività” ed anche “eventuale finanziamento pubblico dell’attività”) può agevolmente escludersi che, nella fattispecie, si versi in un’ipotesi di servizio privo di rilevanza economica, suscettibile di essere gestito mediante un affidamento diretto o “in economia”. Il servizio di illuminazione votiva viene infatti svolto da imprese specializzate che operano su un mercato concorrenziale (sia pure a livello locale ovvero nazionale). Ad ogni buon conto, anche nell’ipotesi in cui il servizio in questione possa considerarsi privo di rilevanza economica e suscettibile di essere acquisito secondo i procedimenti semplificati delle “spese in economia”, rimarrebbe comunque del tutto ingiustificato il mancato invito nei confronti della ricorrente, che era il precedente gestore del servizio e vantava pertanto una posizione giuridica qualificata a partecipare alla nuova selezione o negoziazione (cfr. sul punto, TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 17 aprile 1992, n. 592)».*

4.4 L'emersione di un secondo, non divisibile, criterio distintivo: T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483, confermata da Cons. Stato, IV, 30 maggio 2005, n. 2804.

▪ Il principio che noi affermiamo – per quanto fin qui si è venuto dicendo – è che *la concessione è di lavori e non di pubblico servizio quando si ha anzitutto la realizzazione di un’opera pubblica. Se l’opera esiste già, la concessione è di*

pubblico servizio. Se l'opera pubblica non esiste e deve quindi implementarla il concessionario, la concessione è invece, senza alcun dubbio, di lavori pubblici.

▪ Tale principio non viene accolto da T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483.

«Con riguardo alla questione di ordine generale posta dai ricorrenti, relativa alla *qualificazione dell'oggetto della gara*, il Collegio non ignora le difficoltà che possono esservi nell'inquadrare la procedura per cui è processo *tra gli appalti pubblici di servizi di cui al D. Lgs. nr. 157/95, ovvero tra le concessioni di lavori pubblici ex L. nr. 109/94*: in particolare, come sottolineato dall'Amministrazione regionale, gli ampi riferimenti interpretativi e giurisprudenziali forniti da parte ricorrente in ordine alla necessità di cogliere il *criterio discrezionale tra i due istituti nella accessorialità o meno della realizzazione dell'opera rispetto alla gestione del servizio cui la stessa è strumentale, e nella conseguente riconducibilità o meno di tale gestione a mero elemento integrativo della controprestazione prestata dalla P.A. al privato aggiudicatario*, lascia del tutto impregiudicato il quesito se l'oggetto della gara all'esame sia da ricondurre all'uno o all'altro dei due schemi. Sul punto vi è certamente disparità di opinioni in giurisprudenza, potendosi reperire, *accanto all'orientamento richiamato dai ricorrenti, altrettanto autorevoli pronunce di segno opposto, e segnatamente nel senso di considerare, in ipotesi di gara avente ad oggetto la realizzazione e successiva gestione di un impianto per lo smaltimento e/o la lavorazione di rifiuti, quale elemento centrale la gestione di siffatto servizio, rispetto al quale la materiale costruzione dell'impianto costituisce attività soltanto prodromica, accessoria e strumentale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10.6.2002, nr. 3207; Sez. VI, 6.9.2000, nr. 4688)*. È a questo secondo orientamento che il Collegio ritiene di aderire, apparendo convincenti i rilievi dell'Amministrazione, che ha insistito nell'evidenziare come *il vero primario oggetto dell'attenzione del Commissario Delegato, nell'adozione dei provvedimenti oggi impugnati, sia stato il servizio di smaltimento e trattamento dei rifiuti urbani, con il dichiarato proposito di introdurre in tale settore innovazioni determinanti (impiego dei rifiuti per la produzione di combustibile ovvero termovalorizzazione), rispetto alle quali la realizzazione di nuovi impianti, ovvero il potenziamento di impianti già esistenti, costituisce circostanza meramente accidentale ed "eventuale"*: tale aggettivo – è opportuno precisarlo, in replica agli argomenti di parte ricorrente – *va inteso con riguardo non già alla possibilità che impianti idonei preesistano o meno alla gara, ma alla più generale valutazione logica e teleologica degli elementi essenziali e connaturali della gara in oggetto. In altri termini, discende dalla ratio stessa dell'intervento attuato con la gara per cui è processo che, mentre sarebbe astrattamente concepibile un suo esperimento limitato alla sola gestione del servizio (ove, per avventura, vi fossero idonei impianti già esistenti), viceversa non avrebbe alcun senso la mera realizzazione di impianti disgiunta dalla successiva gestione del servizio*. Ai fini del raggiungimento di una tale conclusione, un criterio ermeneutico decisivo è fornito dall'art. 27 D. Lgs. nr. 22/97 (disposizione significativamente quasi del tutto pretermessa dai ricorrenti nella loro pur articolata

esposizione), *nel quale*, seppur riferito alla gestione dei servizi in regime ordinario e non emergenziale, *non può non cogliersi il segno di un evidente favor legislativo verso l'accorpamento in capo ad unico soggetto della realizzazione degli impianti e della gestione del servizio: il tutto – è quasi inutile sottolinearlo – all'interno di un contesto nel quale il secondo obiettivo è pacificamente centrale rispetto al primo».*

In sostanza, la prevalenza funzionale viene riferita non al *criterio oggettivo* inerente al fatto dell'esistenza o meno dell'opera pubblica, ma al *criterio discrezionale* con cui l'amministrazione aggiudicatrice definisce, lei medesima, la priorità funzionale da conseguirsi. Per cui, se l'amministrazione intende anzitutto affidare un servizio, la procedura di affidamento non sarà regolata dalla normativa-lavori.

Tale tesi non è accolta né dalla Commissione comunitaria, né da Cons. Stato n. 4795/2000.

Pertanto, il collegio pugliese cita Cons. Stato, VI, 6 settembre 2000, n. 4688 e Cons. Stato, V, 10 giugno 2002, n. 3207. Ma il richiamo delle due sentenze è del tutto inconfidente, in quanto non vi si tratta affatto la questione inerente al criterio discrezionale fra concessione di lavori ovvero di servizi.

Così prosegue la sentenza del collegio pugliese:

«Quanto fin qui esposto rende giustizia anche dell'ulteriore profilo, affacciato dai ricorrenti sia pure in via subordinata, in ordine alla possibilità di qualificare l'oggetto della gara come concessione "mista" di lavori e servizi, con la conseguente necessità di scinderne la disciplina: sul punto, è sufficiente richiamare *gli arresti giurisprudenziali che, in riferimento alle gare aventi ad oggetto l'affidamento a terzi non del semplice svolgimento di funzioni pubblicistiche, ma di attività a carattere imprenditoriale costituenti servizio alla collettività, considerano necessario l'impiego dello strumento dell'appalto di servizi in luogo della concessione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, nr. 4688/00 cit.)*. Tale schema, in quanto comportante un'analitica e dettagliata disciplina quanto alle modalità dell'affidamento, appare indubbiamente più garantito e conforme ai principi di trasparenza dell'azione amministrativa e massima apertura del mercato. 5. *Dalle considerazioni che precedono discende che va ritenuta corretta la scelta dell'Amministrazione, che ha qualificato l'oggetto della gara come appalto di servizi ai sensi del D. Lgs. nr. 157/95, anziché come concessione di lavori ai sensi della L. nr. 109/94».*

Le due tesi non sono condivisibili.

In ordine alla prima, è sufficiente richiamare l'ordinamento comunitario, che ha cristallizzato sul piano giuridico la *naturale nozione di concessione di servizio*.

«La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi (...)» (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 4). Non solo dunque nella concessione rilevano «attività a carattere imprenditoriale costituenti servizio alla collettività», ma tale imprenditorialità assume addirittura una valenza ben più sostenuta che nell'appalto, a ragione del rischio gestionale che vi si riconnette come elemento essenziale.

La seconda tesi contraddice in pieno la sostanza della fattispecie concreta di cui si tratta. Se il soggetto si remunera non con un prezzo-corrispettivo, ma con la gestione a tariffa sul mercato, intesa come diritto e dovere a un tempo, il problema sarà solo di stabilire se si tratti di concessione di lavori ovvero di servizi. Ma, men che mai, potrà trattarsi di appalto.

◦ Il Consiglio di Stato (IV, 30 maggio 2005, n. 2804) – con tesi niente affatto condivisibili – ha confermato la pronuncia del T.A.R. pugliese (conforme Cons. Stato, IV, 14 giugno 2005, n. 3113, rispetto a T.A.R. Bari, II, 9 giugno 2004, n. 2493).

«Con il fondamentale motivo le appellanti tornano a dedurre che *illegittimamente il Commissario ha configurato la procedura in termini di appalto di servizio sottoposto alle regole del D. L.vo n. 157 del 1995, e ciò in quanto nel caso in esame l'affidamento doveva qualificarsi (alternativamente) quale concessione di pubblico servizio oppure soprattutto quale concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o pubblica utilità*. Il mezzo non è fondato. Per quanto riguarda il primo profilo – che in realtà non risulta evocato in primo grado in modo adeguatamente nitido e che di fatto non è stato esaminato dal Tribunale – *l'appellante evidenzia i tratti distintivi tra i due moduli, osservando che nell'appalto il rapporto giuridico è bilaterale e la remunerazione dell'attività svolta dall'appaltatore è a carico diretto della stazione appaltante senza rischio di gestione; mentre nella concessione il rapporto è trilaterale e coinvolge anche il fruitore o utente a carico del quale grava il costo del servizio. A giudizio del Collegio, la ricostruzione sistematica fornita dall'appellante – nella misura in cui prescinde dall'attribuire rilievo predominante alla qualificazione formale del titolo di affidamento ponendo invece l'accento sulla diversità dell'oggetto sostanziale dei due contigui istituti giuridici, appare senz'altro in linea con i più recenti esiti della giurisprudenza sia comunitaria che di questo Consiglio di Stato (cfr. per tutte V Sez. 22.7.2002 n. 4012). E tuttavia occorre osservare per un verso che nel caso in esame non tutto l'investimento sarà remunerato dall'utenza in quanto parte dei costi di impianto è coperta da*

finanziamenti pubblici; per l'altro, soprattutto, che dalla richiamata distinzione non consegue in alcun modo la necessaria applicabilità alla procedura in controversia (ove anche inquadrata nell'ottica concessoria) delle regole specifiche divise dalla normativa regolamentare sui lavori pubblici. Con il che, tutti gli sforzi difensivi profusi sul punto dagli appellanti si rivelano non produttivi. Infatti, anche volendo ipotizzare che quella in controversia fosse una procedura di selezione a fini concessori e quindi non direttamente disciplinata dal D. L.vo n. 157 del 1995, non perciò la stazione appaltante era vincolata ad applicare la normativa di cui alla legge n. 109 del 1994, potendo essa limitarsi a garantire il rispetto dei principi comunitari di proporzionalità, adeguatezza e non discriminazione la cui violazione in via autonoma non è stata però in generale posta in discussione. Per quanto riguarda il secondo e nodale profilo, gli appellanti affermano che la procedura indetta dal Commissario riguarda in realtà non un appalto di servizi ma una concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità. In sostanza, l'oggetto proprio e verace delle gare è la realizzazione di impianti (per produzione CDR, termovalorizzazione, selezione, biostabilizzazione e discarica) in precedenza non esistenti, da remunerarsi con la riscossione di tariffe gestionali a carico dei fruitori: di talchè la gestione – riguardata dal punto di vista obiettivo – costituisce elemento accessorio, in definitiva funzionale solo a consentire l'esecuzione dei lavori senza oneri per l'Amministrazione. Come risulta dalla narrativa, a fronte di tale impostazione la sentenza appellata ha invece ritenuto oggetto primario dei provvedimenti impugnati la gestione innovativa del servizio di smaltimento e trattamento r.u., rispetto alla quale la realizzazione di nuovi impianti o il potenziamento di quelli esistenti si pone in termini obiettivamente accessori o secondari, comprovati dal fatto che la scelta fra le diverse soluzioni strutturali ipotizzabili (CDR o termovalorizzazione) è dal bando rimessa alle imprese concorrenti. Ed a tale approdo ermeneutico il Tribunale è pervenuto da un lato valorizzando la previsione dell'art. 27 del D. L.vo n. 22 del 1997, espressiva del favor legislativo verso l'accorpamento in capo ad un unico soggetto della realizzazione degli impianti e della gestione del servizio; dall'altro richiamando quegli arresti giurisprudenziali che, in riferimento a gare aventi per oggetto l'affidamento di attività a carattere imprenditoriale a servizio della collettività, considerano necessario lo strumento dell'appalto di servizi. A tali condivisibili rilievi, il Collegio ritiene di dover aggiungere già sul piano generale che nel caso in esame sembrano difettare i connotati essenziali dell'istituto relativo alla concessione di costruzione e gestione in quanto la tariffa posta a carico dei fruitori – lungi dal collegarsi sinallagmaticamente ed unicamente ex art. 19 c. 2 L. n. 109 all'investimento necessario per realizzare i lavori – è in realtà volta a remunerare un servizio unitario e più complesso. In effetti, come chiarito dalla giurisprudenza, qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici (cfr. V Sez. 11.9.2000 n. 4795). In conclusione, in un contesto in cui viene

in rilievo il servizio di gestione di un sistema integrato (oltre che di raccolta, di compostaggio, smaltimento, recupero e riutilizzo energetico) dei rifiuti, non convince la tesi secondo cui i proventi ritraibili da detta gestione rappresenterebbero il mero corrispettivo per gli oneri di costruzione degli (eventuali) impianti. Di talchè, una volta esclusa la ricorrenza dei presupposti necessari per configurare una concessione di costruzione e gestione, appare non concludente il richiamo degli appellanti a quel filone giurisprudenziale secondo il quale in ambito concessorio non rileva la eventuale prevalenza quantitativa del profilo gestionale rispetto a quello infrastrutturale. Riguardando allora la questione sotto una diversa prospettiva, si osserva poi che gli appellanti omettono del tutto di considerare il valore economico delle due diverse prestazioni oggetto del contratto ("misto") da stipulare, e ciò in un contesto in cui gli esiti delle gare – come del resto sostenuto dall'interveniente Consorzio senza contestazioni ex adverso – sembrano ormai evidenziare una incidenza dei lavori inferiore al 50% delle offerte complessive, con conseguente legittima applicazione della normativa sugli appalti di servizi secondo il discrimine obiettivo fissato dall'art. 2 c. 1 L. n. 109 del 1994 come modificato dalla L. n. 415 del 1998 e dall'art. 3 c. 3 D. L.vo n. 157 del 1995 come modificato dal D. L.vo n. 65 del 2000). In disparte ogni approfondimento in ordine ai rapporti che intercorrono tra il criterio quantitativo introdotto dalle disposizioni interne ora citate rispetto a quello della accessoria valorizzazione in sede comunitaria per i contratti misti di lavori e servizi (cfr. 16^ considerando Dir. 92/50 sugli appalti di servizi nonchè Corte di giustizia C.E. 19.4.1994 n.331/92 per appalto misto di esecuzione lavori e cessione di beni), resta poi ad avviso del Collegio che nel caso in esame i lavori, indipendentemente dalla loro sub-valenza sul piano quantitativo, non hanno – ciò va ribadito - quel carattere principale sotto il profilo funzionale che gli appellanti pretendono. In tal senso, come precisamente posto in luce dal Tribunale, è intanto assorbente il rilievo che la centralità dei lavori impiantistici (affermata dagli appellanti nell'ottica dell'intento negoziale unitario) è incompatibile con una procedura di evidenza nell'ambito della quale la scelta sulla tipologia della struttura da realizzare (termovalorizzatore o impianto CDR) è rimessa ai concorrenti, il che fa evidente a giudizio del Collegio come l'infrastruttura materiale costituisca elemento secondario nella logica complessiva dell'appalto. In secondo luogo – come anche si vedrà in seguito – l'oggetto primario e centrale dell'intervento commissariale concretizzatosi nei provvedimenti impugnati attiene al completamento del ciclo di gestione dei rifiuti e dunque all'aspetto gestionale, rispetto al quale le realizzazioni infrastrutturali assumono funzione ontologicamente subordinata: profilo questo già del resto evidenziato da quella giurisprudenza (cfr. V Sez. 10.6.2002 n. 3207 variamente interpretata dalle parti) la quale proprio tenendo presente il criterio discrezionale dell'accessoria divisione dal testo originario dell'art. 3 del D. L.vo n. 157 del 1995 ha affermato che la realizzazione di un impianto di discarica, nell'ambito del piano regionale di smaltimento rifiuti, ha funzione soltanto strumentale e valore marginale rispetto a quello relativo alla progettazione e gestione successiva, con conseguente inapplicabilità della normativa sull'appalto di lavori. E quindi, già sul piano dell'analisi

generale, deve concludersi nel senso che l'affidamento in controversia è suscettibile di inquadarsi a legittimo titolo nella sistematica dell'appalto di servizi».

In quello che appare un coacervo di principi, non si capisce più la differenza fra appalto e concessione, che invece c'è ed è anche nitida; non si comprende più la teoria dell'appalto misto (concetto che non va ridotto a quello di contratto misto, in quanto allora una concessione è sempre, per definizione, un contratto dove sono compresenti lavori e servizio); non si dà più atto che per definizione una concessione – pur rimanendo tale – può comunque sempre comprendere (eventualmente) anche un prezzo, senza che ciò snaturi il rapporto in appalto.

Nel caso in questione si può anche discutere se si tratti di concessione di lavori ovvero di servizio (e comunque la concessione lì sembrerebbe essere di lavori, laddove si costruisce un'opera pubblica *ex novo* rispetto a cui la gestione funge da corrispettivo). Ma, dell'appalto, proprio non c'è niente.

In definitiva, mentre in un appalto non può mai esserci co-remunerazione a tariffa è vero invece il contrario: in una concessione, di lavori o di servizio che sia, può esserci co-remunerazione tramite il prezzo-contributo.

5. I servizi pubblici locali dopo la L. 326/2003 e dopo la finanziaria 2004.

- Cfr., ora, gli artt. 113 e 113-*bis* del D.Lgs. 267/2000, così come modificati:
 - dalla L. 24 novembre 2003, n. 326, art. 14 (di conversione del D.L. 30 settembre 2003, n. 269), art. 14;
 - dalla finanziaria 2004, la L. 24 dicembre 2003, n. 350 (art. 4, comma 234).

Il comma 3 dell'art. 14 della L. 326/2003 aveva coerentemente abrogato esplicitamente i commi 2, 3, 4, 5 e 16 dell'art. 35 della L. 28 dicembre 2001, n. 448 ed al comma 7 dell'art. 35 medesimo aveva sostituito la precedente espressione con: «al termine dell'affidamento».

Sono pertanto rimasti in vigore i commi: 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15.

5.1 I «servizi pubblici locali».

- L'art. 112 del D.Lgs. 267/2000 riguarda la *categoria generale* dei «servizi pubblici locali».

«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» (comma 1).

▪ Sono utili i principi ricognitivi delineati dalla Commissione comunitaria, nel «Libro verde sui servizi di interesse generale» (COM, 2003, 270).

«La realtà dei *servizi di interesse generale* che comprendono *servizi sia di interesse economico che non economico* è complessa e in costante evoluzione. Riguarda un'ampia gamma di attività diverse: le attività delle grandi industrie di rete (*energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni*) la sanità, l'istruzione e i servizi sociali; attività che hanno dimensioni diverse, dal livello europeo o persino mondiale a quello puramente locale; *attività che hanno una natura diversa, dalle attività di mercato a quelle non di mercato*».

«L'espressione "*servizi di interesse generale*" (...) riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico».

«Per quanto riguarda la distinzione fra *servizi di natura economica* e *servizi di natura non economica*, ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica» (sentenza della Corte di giustizia nelle cause congiunte C-180-184/98 *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451).

Si può ipotizzare che, mentre i primi sono idonei a generare la figura della concessione "calda" in senso proprio, i secondi potrebbero ipoteticamente ed infrequentemente generare solo una concessione "fredda", in quanto non gestibili mediante tariffa riscuotibile direttamente sul mercato.

I servizi di natura non economica solo quelli che l'ente pubblico deve istituzionalmente rendere, a prescindere dal fatto della mancanza di domanda individuale. Potranno e dovranno essere resi certamente nel perseguimento dell'ottimizzazione del rapporto costi-benefici, tuttavia non sono suscettibili di lucro neppure a fronte di una tassa che debba eventualmente essere corrisposta.

Potremmo dire che si tratta di servizi suscettibili solo di *gestione funzionale* e quindi, come tali, annessi alla gestione primaria "diretta" dell'ente pubblico, a differenza dei servizi «di natura economica» che, essendo «servizi di mercato», sono suscettibili anche di *gestione economica*, cioè di gestione pubblica indiretta.

Questi secondi soltanto originano sempre la vera e propria concessione "calda", nel senso che il concessionario svolge il servizio pubblico al posto dell'amministrazione concedente e deve consequenzialmente andare a remunerarsi sul mercato con tutto il pieno rischio d'impresa che l'operazione comporta. La *gestione funzionale* di matrice pubblicistica viene classicamente traslata al concessionario, il cui corrispettivo è dato proprio e solo dal diritto di

gestione economica.

Nulla vieta però, per questi servizi “non economici”, di ipotizzare un *project financing* “freddo” (non di lavori), in cui l’amministrazione diventa la diretta acquirente del servizio di gestione. La *gestione funzionale* del servizio pubblico non economico rimane cioè all’ente pubblico, che la esegue in “amministrazione diretta” nell’accezione più ampia del termine (come, del resto, nelle ipotesi di cui al dichiarato costituzionalmente illegittimo art. 113-bis del D.Lgs. 267/2000). Anche una concessione “fredda” può rientrare in questo ampio ambito di “amministrazione diretta” da parte dell’ente pubblico.

Si pensi, ad esempio, alla mera gestione (senza lavori *ex novo*) del patrimonio immobiliare scolastico (*global service*) di un comune. Il servizio è pubblico nel senso che deve comunque essere offerta dal comune, all’utenza scolastica, l’idonea messa a disposizione di locali. L’operazione consiste nel fatto che il servizio non viene reso direttamente dal concessionario all’utenza, bensì al comune. Nei rapporti esterni è quest’ultimo che rende il servizio in “amministrazione diretta” così come acquisito dal concessionario.

In altri termini, per rendere la *gestione funzionale* del servizio pubblico non economico, l’amministrazione, anziché avvalersi strumentalmente di un appalto si avvale parimenti di una concessione “fredda” (per la quale dovrebbe però sussistere anche il presupposto, indefettibile, dell’alienazione al concessionario di tutto il rischio gestionale). E anche nella diversa ipotesi possibile in cui il concessionario assuma rapporti diretti con l’utenza, rendendo egli la *gestione funzionale* al posto dell’amministrazione, si parlerebbe comunque di “delegazione interorganica”, cioè di una sub-ipotesi di “amministrazione diretta” in senso lato.

Rimane il fatto che si tratta comunque di un «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi» (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 4). Ed è qui che si voleva arrivare. Sia che si affidi un appalto per gestire con esso il servizio pubblico in “amministrazione diretta” («*negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività*»), come da T.A.R. Lombardia, Milano, III, 4 agosto 2004, n. 3242), sia che si affidi una concessione “fredda” al medesimo fine, *il principio di concorrenza è sempre inderogabile.*

Cfr. anche T.A.R. Puglia, Lecce, II, 4 marzo 2005, n. 1182: *gli appalti per la gestione del servizio di illuminazione pubblica, del servizio di mensa scolastica, del servizio*

dell'asilo nido e del servizio trasporto disabili ineriscono a beni e servizi che l'Amministrazione deve acquistare per erogare servizi pubblici essenziali.

Si riscontra, infatti, che «i contratti a cui si riferisce la ricorrente non sono suscettibili di essere trasformati in contratti attivi, concernendo beni e servizi il cui costo è necessariamente a carico del contraente pubblico (si tratta degli appalti per la gestione del servizio di illuminazione pubblica, del servizio di mensa scolastica e di gestione dell'asilo nido, del servizio trasporto disabili (...)). A parte la discrezionalità che connota la scelta di procedere al rinnovo dei contratti in scadenza, è evidente che i contratti da ultimo citati non possono essere trasformati in operazioni attive dal punto di vista finanziario, perché si tratta di beni e servizi che l'Amministrazione deve acquistare per erogare servizi pubblici essenziali. Viceversa, la gestione di impianti sportivi e ricreativi comunali può anche essere affidata ad un imprenditore commerciale, nel caso in cui l'Amministrazione ritenga che i costi di manutenzione e gestione non siano sopportabili».

Non contrasta con l'affermazione di principio di cui sopra la sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272.

«La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. A questo proposito la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che *le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale. Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo*

riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come *illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale*. Per tutte queste ragioni va dichiarata l'illegittimità costituzionale del censurato art. 14, comma 2 e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell'art. 113-bis, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001».

In sostanza, «la tutela della concorrenza» si riferisce pacificamente ai «servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, di cui all’art. 113» del D.Lgs. 267/2000. Si tratta, infatti, di concessioni “calde” di pubblico servizio.

Va invece meglio focalizzata – a scanso di equivoci – l’affermazione che «la tutela della concorrenza» non rilevi per i «servizi “privi di rilevanza economica” previsti dall'art. 113-bis». Certamente, questo è vero «proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale», nel senso che – per quanto fin qui abbiamo detto – essi non sono mai suscettibili di concessioni “calde”, cioè di *gestione economica* con riscossione di tariffa direttamente presso l’utenza finale.

Tuttavia, ricorda la Corte, occorre proprio «valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato». La scelta del concessionario che renda direttamente all’amministrazione il servizio pubblico non economico configura comunque la concessione prevista dalla direttiva 2004/18/CE. Esiste infatti nella fattispecie un mercato concorrenziale del tutto particolare, che non è quello vasto ed ordinario della domanda individuale ma quello costituito dalla singola amministrazione.

Tutti hanno una posizione protetta in ordine all’accesso a questo mercato *sui generis*, costituito da un solo soggetto, l’amministrazione, che paga il servizio come tariffa della concessione invece che come prezzo di un appalto.

▫ Anche alla luce della pronuncia della Corte, non sembra cogliere nel segno la seguente pronuncia:

«Va aggiunto, per completezza d’informazione, che ora l’articolo 14 del decreto-legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326, ha *sostituito* (nel solo articolo 113) *le parole “di rilevanza industriale” con le parole “di rilevanza economica”*. La parola “industria” equivale, nella terminologia dell’articolo 2195 del codice civile, che elenca le varie categorie di imprese commerciali, a impresa produttrice di beni o servizi (contrapposta, per certi effetti che qui non rilevano, al piccolo imprenditore, contemplato dall’articolo 2202 del codice civile). Dal momento che gli articoli 113 e 113-bis riguardano solo la produzione di servizi, *la “rilevanza industriale” si riduce al carattere imprenditoriale, ossia economico, definito dall’articolo 2082 del codice civile*, secondo cui “È imprenditore chi esercita

professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi”». Pertanto, «“di rilevanza industriale”» vuol dire «prestato con attività e organizzazione d’impresa». In definitiva: «Non può accogliersi invece la tesi degli appellanti, che i servizi a rilevanza industriale siano solo quelli diretti a produrre beni» (Cons. Stato, V, 15 aprile 2004, n. 2155).

▪ Sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell’art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. Essere o no il servizio subordinato al pagamento di un corrispettivo dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio stesso e della volontà “politica” dell’ente, ma non incide sulla sua qualifica di servizio pubblico locale.

Sul piano interpretativo, il carattere di servizio pubblico locale dell’illuminazione delle strade comunali è confermato da richiami “storici”. Che lo stesso Titolo V° del T.U.E.L. n. 267/2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall’ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all’assolvimento delle finalità sociali dell’ente, come avviene per il servizio di pubblica illuminazione (Cons. Stato, V, 16 dicembre 2004, n. 8090).

«3. Sono indifferentemente servizi pubblici locali, ai sensi dell’art. 112, T.U.E.L. n. 267/2000, quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. 3.1. Correttamente l’appellante afferma che essere o no subordinato al pagamento di un corrispettivo dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio e della volontà “politica” dell’ente, ma non incide sulla sua qualifica di servizio pubblico locale. 3.2. Relativamente ai servizi pubblici locali, l’art. 117 T.U.E.L. n. 267/2000 precisa che la tariffa ne costituisce il corrispettivo ma non ne definisce il contenuto, determinato dalla possibilità concreta dell’ente di dividere sui singoli l’onere della gestione ed erogazione della prestazione. 3.3. Che lo stesso Titolo V° del T.U.E.L. n. 267/2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall’ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all’assolvimento delle finalità sociali dell’ente, come avviene per il servizio di pubblica illuminazione. 3.4. Sul piano interpretativo, il carattere di servizio pubblico locale dell’illuminazione delle strade comunali è confermato dai richiami “storici” [la pubblica illuminazione era inclusa fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c) r.d. n. 2578/1925 e nel t.u.l.c.p. n. 383/1934] e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all’esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell’art. 113 del T.U.E.L. 267/2000 (l. n. 448/2001 e d.l. n. 269/2003): al pari di altri pubblici servizi, anche il servizio locale di illuminazione

pubblica si avvale di un sistema di impianti collegati a rete per la diffusione dell'energia.

4. Diversamente dalla decisione impugnata, il tenore della delibera n. 41/2000 e la Convenzione non implicano che il rapporto debba ricondursi alla figura dell'affidamento.

4.1. *Ai fini della qualificazione del rapporto non rileva che la scelta del contraente sia avvenuta con il sistema dell'affidamento diretto alla So.I.e. (già gestore di parte del servizio). (...)*

6.1. La necessità di individuare l'oggetto della prestazione per discriminare la competenza del giudice appare superata dalle stesse SS.UU. (12 marzo 2001, n. 105) che *la giurisdizione esclusiva determina l'attribuzione ad un determinato giudice della totalità delle controversie concernenti il settore considerato perché volta ad eliminare in radice questioni di riparto di giurisdizione* (cfr. Cass. Sez. Un., 10 dicembre 2001, n. 15608; 10 giugno 2003, n. 9297).

6.2. *Nell'accezione dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, le controversie in materia di pubblici servizi sono tutte devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nessuna esclusa, come più recentemente affermato dalla Sezione e dalle stesse Sezioni Unite (Cass. sez. un., 10 giugno 2003, n. 9297) e riabbandato da questa stessa Sezione (Cons. Stato, V, 3 agosto 2004, n. 5418)».*

▪ *Manca nell'ordinamento amministrativo una definizione del servizio pubblico. Le nozioni penalistiche sono utilizzabili esclusivamente agli effetti della legge penale. Il tentativo di elaborare una nozione unitaria, dunque, è il frutto dell'attività dottrinale e giurisprudenziale.*

Secondo il tradizionale filone interpretativo va accolta la nozione soggettiva: quel che conta, in definitiva, è la titolarità del servizio pubblico, che deve sempre appartenere alla pubblica amministrazione, la quale poi lo gestisce in modo diretto oppure attraverso specifiche articolazioni ovvero mediante affidamento in concessione.

La prevalente concezione oggettiva invece – prendendo atto della tendenza ad affidare i servizi in questione anche a soggetti totalmente o parzialmente privati – valorizza l'attività svolta e la sua diretta fruibilità da parte dei cittadini, definendo il servizio pubblico come un'attività di produzione di beni e di servizi, indirizzata istituzionalmente ed in via immediata al soddisfacimento di bisogni collettivi e sottoposta, per ragioni di interesse generale, a restrizioni disposte dall'autorità. Tale teoria pone dunque in primo piano l'attività, l'organizzazione e soprattutto l'attitudine a soddisfare direttamente un interesse di carattere generale, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore. I fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'essere connotato dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità (T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 giugno 2005, n. 673).

Osserva anzitutto il Collegio che «*manca nell'ordinamento amministrativo una definizione del servizio pubblico. Le nozioni penalistiche di "pubblico ufficiale" e di "incaricato di pubblico servizio" (artt. 357 e 358 c.p.) sono utilizzabili esclusivamente agli effetti della legge penale e non possono essere automaticamente trasferite nel diritto amministrativo, mentre non è neppure possibile rifarsi alla disciplina della L. 12/6/1990 n. 146 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali – intendendo per tali quei servizi che siano volti a garantire il godimento dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati – in quanto essa fa riferimento alle finalità dei servizi pubblici e non enuclea una categoria organica. Il tentativo di elaborare una nozione unitaria, dunque, è il frutto dell'attività dottrinale e giurisprudenziale, la quale ha tenuto conto che, in ambito comunitario, i servizi pubblici sono stati dapprima definiti "in negativo" secondo le previsioni dell'art. 86, 2° comma, del Trattato della Comunità Europea, il quale ammette la deroga alle regole della concorrenza solamente quando queste ultime non permettano il perseguimento della "specifica missione pubblica" affidata alle imprese incaricate del servizio stesso; con la modifica dei Trattati a seguito degli accordi di Amsterdam e di Nizza il servizio pubblico ha ricevuto, in aggiunta, una qualificazione in positivo con il riconoscimento di un significativo ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale (art. 16 del Trattato). In ambito nazionale non esiste identità di vedute. Secondo il tradizionale filone interpretativo va accolta la nozione soggettiva, fondata sul momento dell'assunzione, da parte di un pubblico potere, di una determinata attività produttiva a carattere non autoritativo: quel che conta, in definitiva, è la titolarità del servizio pubblico, che deve sempre appartenere alla pubblica amministrazione, la quale poi lo gestisce in modo diretto oppure attraverso specifiche articolazioni ovvero mediante affidamento in concessione. La prevalente concezione oggettiva invece – prendendo atto della tendenza ad affidare i servizi in questione anche a soggetti totalmente o parzialmente privati – valorizza l'attività svolta e la sua diretta fruibilità da parte dei cittadini (art. 43 Costituzione e art. 112 del D. Lgs. n. 18/8/2000 n. 267), definendo il servizio pubblico come un'attività di produzione di beni e di servizi, indirizzata istituzionalmente ed in via immediata al soddisfacimento di bisogni collettivi e sottoposta, per ragioni di interesse generale, a restrizioni disposte dall'autorità: non vengono inoltre trascurati gli elementi di doverosità del servizio pubblico, che si esplicitano nei principi di sussidiarietà, uguaglianza, continuità, parità di trattamento, imparzialità e trasparenza. Tale teoria pone dunque in primo piano l'attività, l'organizzazione e soprattutto l'attitudine a soddisfare direttamente un interesse di carattere generale, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore. Come riconosciuto dal Consiglio di Stato sin dal parere dell'Adunanza Generale n. 30 del 12/3/1998 – reso in ordine allo schema del D. Lgs. 31/3/1998 n. 80 – in sede di individuazione delle attività sussumibili sotto la nozione di servizio pubblico assume rilievo decisivo non già la possibilità di considerarle "di pertinenza" dell'amministrazione pubblica, bensì il fatto di essere assoggettate ad una disciplina settoriale che assicuri costantemente il conseguimento dei fini sociali: questi ultimi, pertanto, costituiscono la ragione della sottoposizione della stessa ad un regime giuridico tutto peculiare, potendosi*

affermare che i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'essere connotato dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 12/10/2004 n. 6574; Corte di Cassazione, sez. unite civili – 19/4/2004 n. 7461; Consiglio di Stato, sez. IV – 29/11/2000 n. 6325)».

▪ Cfr. T.A.R. Liguria, II, 28 aprile 2005, n. 527.

Secondo l'ordinamento comunitario i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. In tal caso può rendersi indispensabile il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi.

Certamente deve ritenersi a rilevanza industriale (economica) il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi una competizione sul mercato; può invece ritenersi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) «e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza».

Certamente la qualificazione di un servizio come privo di rilevanza economica può operarsi in via residuale, una volta che sia stata verificata l'insussistenza dei caratteri che connotano l'altra categoria.

«Secondo l'ordinamento comunitario i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Ciò non toglie che il mercato e la concorrenza siano, di regola, il miglior meccanismo per gestire anche tali servizi (tant'è che, ai sensi del citato art. 86 comma 2 del Trattato CE, le imprese che ne sono incaricate sono senz'altro sottoposte alle regole di concorrenza), salvo soltanto il caso che, per il fatto di non essere remunerativi, il mercato non possa concretamente assolvere alla loro specifica missione (l'obbligo di servizio pubblico assunto dall'autorità), e si renda pertanto indispensabile il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi. Dunque, “sembra di poter affermare che la distinzione in questione è legata all'impatto che il servizio può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; pertanto, deve ritenersi a rilevanza industriale (economica) il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi una competizione sul mercato; può invece ritenersi privo di rilevanza quello

che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo (e la libertà di iniziativa economica appare in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore) i servizi sono ‘servizi a rilevanza industriale, ai sensi dell’art. 113 cit., ed il comune ha potestà di disciplina regolamentare, indirizzo e vigilanza, ma la gestione deve essere affidata ad un soggetto esterno, avente natura di società di capitali. [...] Può aggiungersi, sempre in considerazione delle esigenze sottese alla distinzione e degli effetti che ne discendono, che *la qualificazione di un servizio come privo di rilevanza economica deve operarsi in via residuale, una volta che sia stata verificata l’insussistenza dei caratteri che connotano l’altra categoria*” (T.A.R. Umbria, 24.10.2003, n. 821; nello stesso senso cfr. T.A.R. Campania Napoli, 7.11.2003, n. 13382, che, ai fini della ricostruzione della categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, ha valorizzato le acquisizioni giurisprudenziali formatesi intorno al concetto di organismo di diritto pubblico, con specifico riferimento al requisito del soddisfacimento dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale)».

La tesi che non si condivide – comunque assai diffusa – è che il servizio pubblico a rilevanza non economica sia comunque sempre «*irrilevante ai fini della concorrenza*».

L’equivoco di fondo è che l’assenza di interesse da parte del mercato – per l’oggettiva assenza di una tariffa riscuotibile – chiuda definitivamente il problema giuridico di garantire la concorrenza. Se il servizio pubblico non viene reso dal mercato, per assenza di redditività di gestione, tuttavia non per questo viene meno l’esigenza-necessità per l’Amministrazione di rendere comunque il servizio alla collettività.

E allora, delle due l’una.

La prima ipotesi è che il costo del servizio gravi interamente sul bilancio dell’Amministrazione. Il servizio pubblico viene reso in “amministrazione diretta”, intesa l’espressione in senso lato, e cioè nel senso che l’Ente pubblico vi provvede o *in house* con una propria articolazione organizzativa (sia in amministrazione diretta in senso stretto, sia nella forma della delegazione interorganica e comunque con criteri di economicità e nella valutazione del rapporto costi-benefici), ovvero acquisendo *strumentalmente* il servizio in appalto.

Anche in questo secondo sotto-caso, il servizio pubblico viene sempre reso in proprio dall’Amministrazione. È essa che rende il servizio pubblico e non l’appaltatore. L’appaltatore rende l’appalto all’Amministrazione, laddove quest’ultima – con le prestazioni dell’appaltatore – rende *funzionalmente* il servizio pubblico insopprimibile. Ma allora, come si può ragionevolmente

affermare che il servizio pubblico a rilevanza non economica sia «*irrilevante ai fini della concorrenza*»?

L'appalto reso all'Amministrazione è nella fattispecie un appalto pubblico di servizio, per il quale è tutto da vedere se sussista la possibilità di deroga al principio di concorrenza. Tale deroga è pacifica, in base alla normativa sugli appalti, solo se si tratta di servizi alberghieri (si pensi all'ostello per i giovani), di servizi di ristorazione (si pensi alla mensa scolastica), di servizi socio-sanitari (si pensi al servizio dell'asilo-nido o del servizio di assistenza per i disabili), di servizi ricreativi, culturali e sportivi.

La seconda ipotesi di "amministrazione diretta" in senso lato – senza oneri economici per l'Amministrazione – presuppone che ci sia qualcuno (*on-lus*, associazioni di volontariato, etc.) che, per rendere il servizio pubblico, non pretenda il corrispettivo che pretende l'appaltatore. A tale modalità si può accompagnare un contributo dell'Ente, laddove necessario.

Se poi qualcuno di questi servizi si presta effettivamente ad essere gestito in concessione, che può essere più o meno "tiepida", come si potrebbe ragionevolmente affermare che il servizio pubblico a (pretesa) rilevanza non economica sia «*irrilevante ai fini della concorrenza*», quando è proprio il contributo pubblico alla gestione (in quanto erogato) a rendere possibile ed appetibile la gestione stessa?

D'altra parte, per queste fattispecie ascrivibili alla categoria "aperta" dei servizi pubblici di rilevanza non economica, è lo stesso ordinamento di diritto positivo a prevedere casi di obbligo di confronto concorrenziale. Si pensi al D.Lgs. 42/2004 («Codice dei beni culturali e del paesaggio»), art. 115, comma 5: «Qualora (...) risulti preferibile ricorrere alla concessione a terzi, alla stessa si provvede mediante procedure ad evidenza pubblica, sulla base di valutazione comparativa dei progetti presentati».

▪ Cfr., esemplare, T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, 2 agosto 2005, n. 1729:

«La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza, dev'essere ricostruita in via interpretativa, mancando una disposizione normativa che ne fornisca la definizione. Gli indici rivelatori della rilevanza economica dei servizi pubblici locali possono desumersi dai principi comunitari che informano la materia, giacché è noto che la disciplina della gestione dei suddetti servizi è stata più volte modificata, negli ultimi anni, proprio a causa delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia per violazione degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato. Dispone l'art. 86, comma 2, del Trattato istitutivo della Comunità Europea così come successivamente modificato: "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi

carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata". Secondo l'ordinamento comunitario i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Ciò non toglie che il mercato e la concorrenza costituiscano, di regola, la formula migliore per gestire anche tali servizi (tant'è che, ai sensi del citato art. 86 comma 2 del Trattato CE, le imprese che ne sono incaricate sono senz'altro sottoposte alle regole di concorrenza), salvo soltanto il caso che, per il fatto di non essere remunerativi, il mercato non consenta concretamente di assolvere alla loro specifica missione e si renda pertanto indispensabile il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi. "La Commissione europea nel <<Libro Verde sui servizi di interesse generale>> (COM-2003-270) del 21/5/2003, afferma, invero, che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione" (così citata Corte Cost. n°272/2004). Reputa, pertanto, il Collegio che la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza sia legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n°267/2000, mentre, in via residuale, il servizio

potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria (cfr. T.A.R. Liguria II Sez., 28/4/2005 n°527)».

▪ *Da rimarcare che, sotto un profilo di diritto comunitario, non sussisterebbe alcun obbligo di esternalizzazione dei servizi pubblici.*

Così, chiaramente, si esprime il «Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni» (30 aprile 2004), «riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici»: *«tale scelta compete (...) esclusivamente alle autorità pubbliche. Infatti, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo».*

▫ Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, V, 30 agosto 2004, n. 5643.

«Il Comune stabilisce l'assetto e il conseguente regime dei servizi pubblici di propria competenza, scegliendo tra gli strumenti operativi prefigurati dalla legge, con valutazioni che attengono, alla efficienza, alla economicità e alla efficacia dei servizi stessi, quello ritenuto più idoneo in relazione alle esigenze proprie della collettività che solo il Comune, quale ente rappresentativo della comunità locale e titolare del compito di soddisfare di tali esigenze, può concretamente stimare. Si tratta, quindi, di valutazioni che agiscono sul piano del merito dell'azione amministrativa, nei cui confronti non sono configurabili posizioni giuridiche soggettive tutelabili dei privati, anche se titolari di imprese che esercitano attività potenzialmente idonee a svolgere detti servizi. D'altronde, *non vi è una norma che riservi al mercato e pertanto alle imprese private l'esercizio di servizi pubblici*».

Invece, secondo altra pronuncia, *spetta alla fonte legislativa il potere di attribuire in via esclusiva a comuni e province taluni servizi pubblici, cancellando del tutto la possibilità di un'iscrizione della privativa mediante una mera delibera di assunzione.* Va constatata la definitiva soppressione della potestà comunale di assumere (per la successiva concessione ad impresa privata, da scegliersi mediante procedimenti ad evidenza pubblica) il servizio di trasporto dei defunti, mercé l'insufficienza del plesso normativo costituito dal R.D. 15 ottobre 1925 n.2578 e dal regolamento statale di polizia mortuaria, approvato con il D.P.R. 10.9.1990 n. 285, a configurare la riserva di legge. Va individuata nell'art. 29 della L. 448/2001 la previsione nella quale rinvenire una generalizzata autorizzazione legislativa ad attribuire a soggetti privati, anche in

deroga alle disposizioni vigenti, lo svolgimento di servizi pubblici comunali (Cons. Stato, V, 9 dicembre 2004, n. 7899).

▫ Appare pertanto inidoneo a focalizzare la questione T.A.R. Puglia, Bari, III, 8 settembre 2004, n. 885, in relazione al comma 5 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2004: «il vero profilo nevralgico della materia – sul quale non risulta che la Corte di Giustizia sia stata finora chiamata a pronunciarsi – è costituito non già dal modo con cui nella norma de qua è costruita la figura dell'affidamento in house, ma nel fatto che in essa l'istituto viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle Amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica (o, ancora, attraverso il sistema “misto” dell'affidamento diretto a società pubblico-privata in cui il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica). Una tale previsione, nella sua pratica attuazione, è suscettibile di stravolgere quello che si è visto essere, alla stregua dei principi comunitari, il rapporto tra i diversi modelli di affidamento dei servizi pubblici, in forza del quale il ricorso a procedure di evidenza pubblica dovrebbe configurarsi come la regola e l'affidamento in house come eccezione».

Si vuol mettere a fuoco, invece, il fatto primario che la scelta se esternalizzare o meno i servizi pubblici non interferisce affatto in via immediata e diretta con il rispetto dell'altrettanto primario principio di concorrenza. Si tratta, infatti, di una scelta politica – nel senso istituzionale del termine – che compete alle pubbliche autorità.

Laddove queste ultime decidano di garantire in proprio il servizio pubblico, tale internalizzazione è sempre e comunque legittima. Questo solo è il punto.

Che poi l'amministrazione diretta del pubblico servizio possa avvenire attraverso forme diverse, ciò costituisce aspetto di secondo profilo che non può incidere sulla piena legittimità e insindacabilità di merito della scelta di internalizzazione stessa, in relazione all'ordinamento comunitario. Altrimenti, dire che l'affidamento *in house* deve essere un'eccezione è come negare che «*il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo*».

La stessa formulazione adottata di “affidamento *in house*” rappresenta una contraddizione in termini. *In house*, a ben vedere, non “si affida” (mancando una figura altra rispetto all'Amministrazione stessa) ma si “esegue”. Anche nella formula della delegazione interorganica non ci sono mai, sostanzialmente, due diversi soggetti.

Il problema, semmai, è un altro. E cioè che non vengano rispettati – qualora si ricorra alla formula dell'esecuzione *in house* tramite società-organo – i principi

della sentenza *Teckal*. Ma allora, qualora ciò avvenga, l'Amministrazione ha manifestato oggettivamente una scelta diversa: quella di affidare a terzi la gestione del servizio.

In tal caso, ma solo in tal caso, il ricorso a procedure di evidenza pubblica costituisce regola mai derogabile e l'affidamento *in house* ha configurato di conseguenza un illegittimo ricorso a procedura negoziata senza bando.

In definitiva, la scelta non è tra ordinarietà delle procedure ad evidenza pubblica ed eccezionalità dell'esecuzione *in house*, ma «*se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo*».

Pertanto, il comma 5 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 non confligge in nessun modo con i principi dell'ordinamento comunitario.

5.2 «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica».

5.2.1 L'applicabilità del Testo Unico.

▪ Anzitutto, «restano escluse dal campo di applicazione del presente articolo [cioè dell'articolo 113 riguardante i servizi pubblici locali di rilevanza economica] i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164 e successive modificazioni» (D.Lgs. 267/2003, art. 113, comma 1, terzo periodo).

▫ Il D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ha ad oggetto: «Attuazione della direttiva 96/92/CE recante "norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica"».

▫ Il D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 ha ad oggetto: «Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144».

Cfr. T.A.R. Liguria, II, 3 marzo 2004, n. 227: «L'art.14 del D. Lgs. 23 maggio 2000 n.164, nel prevedere il carattere di servizio pubblico dell'attività di distribuzione del gas naturale, ha stabilito che *tale servizio deve essere affidato esclusivamente mediante gara e per periodi non superiori a dodici anni, affidando ai Comuni il ruolo di regolatori del servizio che deve essere esercitato in regime di concorrenza, eliminando indirettamente quindi la possibilità dell'assunzione in via diretta. Gli enti locali potranno perciò svolgere attività di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo sulla distribuzione, mentre i loro rapporti con il gestore del servizio saranno regolati da appositi contratti redatti sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ed approvato dal Ministero competente*. Va infine rilevato che alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, gli impianti e le dotazioni dichiarati

irreversibili rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale.

Appare chiaro che nel nuovo sistema il diritto di riscatto, come regolato dagli artt. 24 e 25 del R.D. 15 ottobre 1925 n.2578, non appare più compatibile in quanto strettamente collegato alla possibilità per gli enti locali di assumere direttamente gli impianti e l'esercizio diretto dei pubblici servizi, possibilità che ora appare del tutto al di fuori del nuovo regime di derivazione comunitaria. Questa ultima sembra essere la posizione assunta dalla più recente giurisprudenza amministrativa a seguito di alcune oscillazioni (cfr. Cons. Stato, V, 25 giugno 2002 nn.3455 e 3448; id., 15 febbraio 2002 n.902). Oltre tutto questi rilievi sono ora maggiormente confortati da quanto previsto dall'art.35 co.12° della L.28 dicembre 2001 n.448, norma con la quale è stata stabilita l'abrogazione del co.3° dell'art.123 D. Lgs. 18 agosto 2000 n.267, il quale prevedeva che "le norme del R.D. 15 ottobre 1925 n.2578 si applicano fino all'adeguamento delle aziende speciali alla disciplina del presente testo unico; si applicano altresì per l'esercizio del diritto di riscatto relativo ai rapporti in corso di esecuzione": è stata quindi espunta all'ordinamento quella norma cui il Comune di Imperia aveva fatto richiamo per l'esercizio del diritto di riscatto».

▪ Poi, in ordine logico, il riferimento va alla seguente disposizione:

«Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 1, primo periodo).

Costituiscono «discipline di settore»:

- 1) la L. 5 gennaio 1994, n. 36, «Disposizioni in materia di risorse idriche»;
- 2) il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, «Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio».

Pertanto, ciò che dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 inerisce a modalità non solo di *affidamento*, ma anche di *gestione*, prevale automaticamente sulle discipline di settore a ragione del principio primario comunitario di tutela della concorrenza, peraltro costituzionalmente riservata alla potestà esclusiva dello Stato (Cost., art. 117, comma 2, lett. e)).

▫ Cfr. Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272.

«Secondo l'interpretazione di questa Corte, la tutela della concorrenza "non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali" (sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro

complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e *non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato*. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, non può essere accolta la tesi (...) su una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di “tutela” o a misure di “promozione” della concorrenza, dal momento *che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato*. Sotto questo profilo è quindi significativa la dichiarazione, contenuta nel censurato art. 14 di modifica del comma 1 dell'art. 113 del t.u. citato, secondo cui le predette disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica “concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore”. L'art. 14 si può dunque sostanzialmente considerare una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che *il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica” e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali. Alla luce di queste considerazioni, nella questione di costituzionalità in esame, non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. Alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio».*

▪ Infine, il riferimento va alla seguente disposizione:

«Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 1, secondo periodo).

5.2.2 Proprietà delle dotazioni: la regola della incedibilità da parte degli enti locali. L'eccezione della conferibilità a società totalmente pubbliche: la funzione.

▪ La regola ordinaria è la seguente: «Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 2, prima parte).

▪ Viene però «fatto salvo quanto stabilito dal comma 13» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 2, seconda parte).

▫ «Gli enti locali (...) possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile». Gli enti locali possono però farlo solo «nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore». Per converso possono farlo «anche in forma associata» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 13, primo periodo).

▫ Qual è la funzione di queste società interamente pubbliche?
«Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione»:

- a) «dei gestori incaricati della gestione del servizio»;
- b) «o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito»:
 - «dalla competente Autorità di settore, ove prevista»;
 - «o dagli enti locali» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 13, secondo periodo).
- c) «Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare»:
 - «ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti»;
 - «nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 13, terzo periodo).

5.2.3 La separabilità della gestione delle dotazioni dall'erogazione dei servizi: rinvio alle discipline di settore. La garanzia dell'accesso. I soggetti proprietari delle dotazioni, diversi dagli enti locali, autorizzabili anche alla gestione. L'obbligo di utilizzare soggetti costituiti *ad hoc* o imprese scelte con gara.

▪ «Le *discipline di settore* stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di

cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 3, primo periodo).

▪ «È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 3, secondo periodo).

▪ «Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti».

Tale possibilità è sottoposta a una duplice «condizione»:

- «che siano rispettati gli standard di cui al comma 7»;
- «e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 14, primo periodo).

▫ «Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 14, secondo periodo).

▪ «Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono»:

a) «di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione»:

- «che 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» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 4, lett. a));

▫ La regola ordinaria dell'evidenza pubblica non si applica nel ricorrere di due circostanze (sentenza *Teckal*, Corte di giustizia europea, V, 18 novembre 1999, n. C-107/98):

- che «l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi»;
- che «questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

In questo caso si parla di *delegazione interorganica* o di affidamento *in house*. Tale principio di derivazione comunitaria è di carattere generale e vale dunque, per potersi derogare alla concorrenza, per ogni *sistema di affidamento*, sia dunque per gli *appalti*, sia per i *servizi pubblici*.

Non è sufficiente, pertanto, al fine di distinguere se si tratti di *servizio-appalto* ovvero di *servizio pubblico*, il criterio del destinatario del *servizio* stesso (l'Amministrazione nel primo caso, la collettività nell'altro). Questa differenza è certamente necessaria solo per sapere se debba applicarsi, nel primo caso, la direttiva servizi e il relativo decreto di recepimento (157/1995).

Ma, a prescindere se si tratti di servizio da rendersi all'Amministrazione ovvero di servizio che è l'Amministrazione pubblica che deve rendere, occorre anzitutto sapere se vada tutelata la concorrenza ovvero no, cioè se debba essere posta in essere una procedura ad evidenza pubblica. E allora la sentenza Teckal ci dà il principio composto che consente la legittima eccezione rispetto alla regola ordinaria.

▫ «Accanto all'affidamento a terzi, in base ad una delle tre procedure» – aperta, ristretta, negoziata – «è ulteriormente ammessa la sola gestione “in house”, che esclude la necessità che sia indetta una gara, qualora il pubblico servizio sia affidato ad una Società, il cui capitale sia posseduto dall'Ente locale, che eserciti il controllo su di essa e che sia conseguentemente qualificabile quale sua *longa manus*» (T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 maggio 2003, n. 681).

▫ Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 14 maggio 2004, n. 619.

«Nella specie, la Provincia aquilana, per l'annualità 2000, ha costituito con un soggetto privato una società mista (Col.labor.a.), con capitale pubblico nella percentuale del 51%, società alla quale la gestione dei Centri per l'Impiego è stata affidata in via diretta, senza il rispetto di una procedura ad evidenza pubblica. Al riguardo sia la Commissione Europea, sia la Regione, quale ente gestore dei finanziamenti, hanno rilevato che la gestione diretta era illegittima e che l'aver individuato tramite procedura di gara il socio privato di minoranza (nella costituzione della società mista) non rappresentava di per sé elemento sufficiente ad esimere necessariamente la P.A. dalla necessità di procedere ad una ulteriore gara per l'affidamento di appalti di servizi alle società miste. In materia la Regione (vedi nota 14-12-2001, n. 419 dell'Assessore alle Politiche del lavoro) aveva evidenziato l'obbligatorietà del rispetto delle pronunce della Commissione europea, che impongono il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento della gestione delle attività inerenti i servizi all'impiego, pena il rischio concreto del recupero dei fondi POR da parte dell'U.E. La Provincia dell'Aquila avrebbe dovuto dunque, nella specie, affidare il servizio nel rispetto della direttiva 92/50/CEE, in quanto se è vero che tale direttiva non si applica ai soggetti “in house” (v. sent. Corte Giust. Eur. 18-11-99 – caso TeeKal), ossia ai soggetti sottoposti ad un penetrante controllo da parte della P.A., la Società costituita non può considerarsi “in house” in quanto gode di un notevole grado d'autonomia, che si manifesta sia nella partecipazione dell'Ente provinciale con un capitale del solo 51%, sia nella possibilità che il C.d.A. sia

composto a maggioranza privata, sia nella disposizione che riserva ai soci privati la nomina dell'Amministratore delegato, che nel caso di specie, del tutto autonomamente ha proposto il ricorso».

° Sull'interpretazione della sentenza *Teckal*, il Consiglio di Stato (V, 22 aprile 2004, n. 2316) ha rimesso «gli atti alla Corte di giustizia della Comunità Europea, a sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sul seguente quesito: se è compatibile col diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt.12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto, ossia in deroga ai sistemi di scelta del contraente di cui alla Direttiva 92/50 CEE, della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, ad una società per azioni, a capitale interamente pubblico».

«Ha rilievo preliminare la doglianza con la quale la ricorrente in primo grado, e odierna appellante, ha lamentato che l'affidamento di servizi pubblici ad una società per azioni, a capitale interamente comunale, come l'attuale controinteressata, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, si porrebbe in contrasto le norme poste che il Comune è amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva citata dell'Unione Europea, che stabiliscono il divieto di discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e la libera concorrenza. L'appellante non ignora che le norme dell'ordinamento della Regione Trentino - Alto Adige (art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993 n. 1, nel testo sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge regionale 23 ottobre 1998, n.10;) consentono l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a responsabilità limitata, alla condizione che vi sia "influenza dominante pubblica" (art. 44 cit. comma 6, lett. b), e ciò si verifica quando i comuni "detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale" (comma 10). Si esprime, tuttavia, il dubbio che tali disposizioni non siano compatibili con i principi del Trattato UE con particolare riguardo al divieto di discriminazione, alla libera prestazione dei servizi pubblici ed alla libera concorrenza. Il Collegio condivide tale dubbio e ritiene opportuno la remissione alla Corte di giustizia ai fini di una pronuncia pregiudiziale (v., in caso molto simile, Tribunale di Giustizia Amministrativa per il Trentino- Alto Adige, Sezione Autonoma di Bolzano, ord. 27 settembre 2003 n. 25, estratto in G.U.C.E. 10 gennaio 2003, C. 7/23).

Il problema della compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affidamento di servizi pubblici a società per azioni a capitale pubblico, totale o maggioritario, cosiddetto "in house providing" non sembra sia stato esaminato dalla Corte di Giustizia assumendo come parametro diretto di giudizio le norme del Trattato medesimo citate in precedenza. È nota la pronuncia pregiudiziale 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano*. Era stato chiesto se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di

fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale. Nella detta pronuncia (punto 50) la Corte ha affermato che, essendo il Comune amministrazione aggiudicatrice a norma dell'art. 1 lett. a) della Direttiva 93/36 CEE, la relativa normativa doveva essere applicata, quindi occorre bandire una gara, se, secondo la valutazione del giudice a quo, si trattava di due soggetti distinti tra i quali si era concluso un contratto configurabile come appalto. "Può avvenire diversamente - ha soggiunto la Corte - solo nel caso in cui, nel contempo, l'Ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello che da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti locali che la controllano".

L'espressione usata dalla Corte "...controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi" propone un nuovo problema interpretativo, dovendosi stabilire quando il controllo esercitato presenti le caratteristiche volute dalla sentenza. Più specificamente si tratta di capire se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario, nella specie una società per azioni, possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione.

Occorre notare che la Commissione della U.E. ha avuto occasione di esprimere il proprio autorevole avviso sul punto con la nota 26 giugno 2002, diretta al Governo Italiano per sollecitare ulteriori modificazioni all'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 35 comma 1, della legge n.448 del 2001, nel quale si riscontravano disposizioni non conformi ai principi di diritto comunitario invocati anche nella presente fattispecie. Si legge nella detta nota: "34. Per quanto riguarda in particolare la nozione di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" di cui alla giurisprudenza in discorso, la Commissione sottolinea che affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario. 35. Il controllo contemplato nella sentenza Teckal fa infatti riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo.". La commissione sembra alludere, quindi, ad un fenomeno giuridico assimilabile a quello delle aziende municipalizzate di cui al r.d. 15 ottobre 1925 n.2578, nel quale si istituiva un nuovo soggetto, con capacità giuridica propria e propri organi, sottoposto peraltro a penetranti poteri di vigilanza da parte dell'Amministrazione (art. 16 e ss. R.D. n.2578/1925). Tale esperienza, d'altra parte, era caratterizzata dall'obbligo dell'azienda di svolgere la propria attività mediante contratti, scegliendo il contraente con procedure ad evidenza pubblica (art. 57 e ss. del Regolamento di cui al d.P.R. 4 ottobre 1986 n. 902).

L'affidamento diretto a società per azioni, del tutto autonome, salvo l'esercizio dei poteri propri del possessore della maggioranza delle azioni, secondo le norme del diritto commerciale comune, sembra esporre la gestione delle pubbliche risorse a procedure

diverse da quelle destinate a garantire una crescita del mercato interno, l'economia nelle spese e il vantaggio per l'utenza.

È da aggiungere che la soluzione del quesito in esame non esplica effetti solo sulla applicabilità della normativa della Regione Trentino-Alto Adige, perché anche la legislazione dello Stato consente ora la deroga al metodo di scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica. Con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 è stato nuovamente modificato l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sugli enti locali) concernente la disciplina dei servizi pubblici, già modificato, come accennato in precedenza con l'art. 35 della legge 20 dicembre 2001 n. 448. Il comma 5 è stato interamente sostituito con una disposizione che, alla lettera c), riproducendo alla lettera le espressioni della sentenza Teckal, ammette il conferimento del servizio "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.". Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea».

▪ Nell'esecuzione in house di un pubblico servizio, il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. Si deve, dunque, verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonchè i controlli e le modalità di gestione della medesima. Pertanto: 1) deve trattarsi di attività che, in quanto rientranti nei compiti istituzionali propri del Comune, non possono che a vantaggio di questo essere esclusivamente rivolte; 2) occorre che la società di cui si tratta sia effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune (T.A.R. Campania, Napoli, I, 30 marzo 2005, n. 2784).

«Osserva il Collegio che la norma in esame, in base alla quale il Comune ha affidato in via diretta il servizio alla Napolipark s.r.l., costituisce espressione dell'immediato adeguamento da parte dell'ordinamento nazionale ai principi espressi in materia dalla Corte di Giustizia (Corte di giustizia C.E. 18 novembre 1999, causa C - 107/98; Corte di

giustizia n. 349 - 8 maggio 2003), secondo cui è legittimo l'affidamento di un servizio in house providing purchè l' Ente territoriale affidante eserciti sul soggetto gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che, allo stesso tempo, quest'ultimo svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l' ente o gli enti territoriali che lo controllano. *Il soggetto gestore deve sostanzialmente essere configurato come una sorta di longa manus dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo: deve, in altri termini, determinarsi una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. Si deve, dunque, verificare se i rapporti organizzativi e funzionali tra ente e società a capitale pubblico siano tali da realizzare in concreto questa reciproca assimilazione e tale indagine dovrà incentrarsi sull'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società che descrivono la struttura organizzativa della compagine, nonché i controlli e le modalità di gestione della medesima.* Nel caso di specie, ritiene il Tribunale che l'Amministrazione comunale di Napoli abbia applicato la norma de qua in piena armonia con i principi comunitari; infatti, i due presupposti per potersi legittimamente procedere all'affidamento in house providing indicati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla normativa nazionale appaiono pienamente sussistenti con riferimento alla società Napolipark s.r.l.. Quanto alla natura dell'attività prestata, dall'esame dell'oggetto sociale, come descritto nell'art. 3 dello statuto, emerge che la Napolipark s.r.l. si occupa dello studio, della gestione e della regolamentazione del traffico e della sosta (ad esempio attraverso transennamenti, manutenzione della segnaletica stradale), nonché della rilevazione delle infrazioni e relativa rimozione dei veicoli, tutte attività che, in quanto rientranti nei compiti istituzionali propri del Comune, non possono che a vantaggio di questo essere esclusivamente rivolte. In riferimento, invece, alla sussistenza del secondo requisito, va rilevato come, sempre in base allo statuto societario, la Napolipark s.r.l. sia effettivamente sottoposta ad un penetrante controllo economico e gestionale da parte del Comune di Napoli. Tale considerazione discende dalla composizione e nomina degli organi sociali e segnatamente dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, cui, ai sensi dell'art. 14 dello statuto, sono riservati i principali compiti di conduzione della società, oltre che del collegio sindacale. Quanto all'assemblea - cui spetta anche il potere di approvare il bilancio e la nota integrativa, oltre che quello di decidere sulla destinazione degli utili sociali, sullo scioglimento e sulla liquidazione della società - questa è costituita dall'universalità dei soci (art. 9 dello statuto) i quali, al momento dell'affidamento del servizio, sono esclusivamente il Comune di Napoli e l'Azienda Napoletana Mobilità - A.N.M. s.p.a. , con la conseguenza che l'ente concedente risulta nelle condizioni di poter controllare interamente la gestione societaria. In riferimento al consiglio di amministrazione, l'art. 13 dello statuto, oltre a riservare al Comune di Napoli la nomina del Presidente (figura che, oltre ad avere la rappresentanza della società ex art 15, ha anche il compito di presiedere l'assemblea dei soci, ai sensi dell'art. 12), prevede anche che la scelta di uno o due componenti - a

seconda se l'organo sia costituito rispettivamente da tre o cinque membri - sia riservata al medesimo ente locale, in modo così da garantigli la maggioranza anche nell'ambito di tale importante organo gestionale. Infine, per quanto concerne il Collegio sindacale, l'art. 18 riserva al Comune la nomina di due componenti effettivi su tre, oltre ad un membro supplente. Si deve, pertanto, concludere che, anche per quanto riguarda il controllo sulla società come previsto dall'art. 113 del D.Lgs. 18.8.2000 n. 267 per l'affidamento "in house providing", la struttura organizzativa della Napolipark s.r.l. appare tale da consentire al Comune di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione nonché sull'andamento economico finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un servizio gestito direttamente. *E' tuttavia appena il caso di rilevare che la legittimità della gestione "in house providing" resta sempre sensibile ad eventuali modifiche dell'assetto societario (operate attraverso una modifica dell'oggetto sociale oppure dei rapporti tra organi societari ed ente pubblico di riferimento) che possano far venir meno gli originari requisiti di affidamento: in tal caso, venendo meno le condizioni di un sistema di gestione che è bene ricordare essere più che altro appena consentito, se non addirittura meramente tollerato in sede comunitaria, la conseguenza non potrà essere che l'immediata decadenza dell'affidamento».*

Sempre qualora «sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono»:

- b) «di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 4, lett. b)).

5.2.4 L'erogazione del servizio: le tre forme societarie. I soggetti esclusi dalla partecipazione alle gare. Gli *standards* richiesti e i parametri di aggiudicazione della gara.

- «L'erogazione del servizio avviene»:
 - «secondo le discipline di settore»;
 - «nel rispetto della normativa dell'Unione europea»;
 - «con conferimento della titolarità del servizio» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 5):
 - 1) «a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica» (lett. a));
 - 2) «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» (lett. b));
- 3) «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» (lett. c)).

▫ Anche in questo caso di cui alla lett. c) si parla di *delegazione interorganica* o di affidamento *in house* (cfr. sentenza *Teckal* di cui sopra). Non è però corretto parlare di *appalto in house*. C'è sì affidamento *in house*, ma non di un *servizio-appalto*, bensì di un *servizio pubblico locale* (che non è affatto un appalto).

▫ Cfr. anche Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4771: «Il testo attuale del detto art. 113, al comma 5, lett. c), consente l'affidamento dell'erogazione del servizio pubblico "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." Tale formulazione, riproducendo alla lettera le espressioni usate dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nella nota sentenza 18 novembre 1999 adottata in causa 107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano*, deve, allo stato, ritenersi conforme ai principi del diritto comunitario».

▫ Cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, I, 2 agosto 2005, n. 1729:

«Vero è che in base all'art. 113, comma 5 lett. c), del ricrdatato D. Lgs. n°267/2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara "a società a capitale interamente pubblico", ma ciò, "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" (c.d. affidamento in house providing). (...) Secondo la giurisprudenza amministrativa e comunitaria, "per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario" (così Cons. Stato, VI Sez., 25/1/2005 n°168, si veda anche Corte Giust. C. E. 18/11/1999, in causa C-107/98). (...) Non sono sufficienti, invero, i poteri spettanti al Comune quale unico socio (approvazione dei bilanci, nomina e revoca degli amministratori e del collegio sindacale ecc.). Al riguardo basta osservare che: a) la norma richiede il "controllo analogo", come requisito ulteriore rispetto a quello consistente nel fatto che il capitale

debba essere interamente pubblico; b) come emerge, comunque, dallo statuto depositato in giudizio gli amministratori, fintanto che sono in carica, gestiscono autonomamente le attività societarie senza che il Comune abbia alcun potere di intervento sui singoli atti gestionali. Tutto ciò esclude la presenza di una relazione di subordinazione gerarchica».

▫ *La normativa sul rinnovo non era applicabile all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (T.A.R. Molise, 22 aprile 2004, n. 262).*

«Neppure in contrario può affermarsi, come ha fatto quest'ultima, che al caso di specie si applicherebbe non già la disciplina contenuta nel T.U.E.L., bensì il disposto dell'art. 6, 2° comma della L. 24.12.1993, n. 537, come sostituito dall'art. 44 della L. 23.12.1994, n. 724. Detta disposizione prevede la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni di rinnovare i contratti per la fornitura di beni e servizi, entro tre mesi dalla loro scadenza, qualora accertino la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse. 5.1 - In primo luogo, *con riguardo agli Enti locali, si ritiene che essa debba coordinarsi con quanto previsto dall'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000.* In proposito si rammenta che il su citato art. 6 della L. n. 537/1993, all'11° comma, prende in considerazione il caso in cui la convenzione, cui si riferisce l'eventuale rinnovo, sia stata stipulata a seguito di aggiudicazione di una procedura pubblica, anzi sembra individuare questa come l'ipotesi normale ("ove non ricorrano alle procedure concorsuali per la scelta del contraente"). Coordinando tale norma con quelle del D.Lgs. n. 267/2000, *deve ammettersi il rinnovo solo per i casi in cui non sia necessario il ricorso alle procedure di gara per la scelta del gestore del servizio, quale è quella dei servizi non aventi rilevanza economica.* Secondo il testo dell'art. 113 del D.Lgs. citato, come modificato dal D.L. 30.9.2003, n. 269, *attualmente anche per i servizi aventi "rilevanza economica" nei casi tassativamente previsti alle lett. b) e c) del 5° comma è possibile l'affidamento del servizio in modo diretto.* In tutti i restanti casi deve ritenersi non applicabile la suddetta disposizione di legge ai servizi pubblici locali. Questa rappresenta l'unica sua lettura possibile, alla luce dei principi comunitari su menzionati, secondo un'interpretazione adeguatrice e sistematica».

▫ *Per il principio della gara ad evidenza pubblica che, solo sotto questo profilo, crea un'assimilazione con l'appalto di servizi, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 12 luglio 2004, n. 10088.*

Infatti, «deve porsi in evidenza che, in diritto interno, *non si è mai dubitato della natura di servizio pubblico, oggetto di possibile concessione all'industria privata, del servizio di nettezza urbana. (...) Ora, al diverso fine dell'apertura al mercato concorrenziale degli affidamenti all'industria privata di questi servizi a contenuto industriale o commerciale (e di sicura rilevanza economica), si è andata progressivamente affermando, sotto la spinta comunitaria [cfr. Libro verde della Commissione delle Comunità europee sui servizi di interesse generale, COM(2003) 270 del 21 maggio 2003, pag. 10; id., Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privato,*

COM (2004) 327 del 30 aprile 2004], *l'assimilazione dei contratti e dei rapporti con i soggetti affidatari del servizio di gestione dei rifiuti agli appalti pubblici di servizi disciplinati, a fini di tutela della concorrenza, dalla direttiva 92/50/CEE, recepita dal d.lgs. 157 del 1995*. In base a tale normativa (cfr. art. 3, comma 1, d.lgs. 157/1995) gli appalti pubblici di servizi sono contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, aventi ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2. *Con la conseguenza che, agli effetti della procedura di scelta del partner privato nella gestione del servizio pubblico, a nulla rileva la configurazione di diritto interno del rapporto come di concessione all'industria privata del servizio pubblico, operando un'assimilazione all'appalto pubblico di servizi, ancorché, benvero, ai soli fini della garanzia del confronto concorrenziale tra le imprese del settore. Alla stessa stregua, l'articolo 113 del d.lgs. 267 del 2000 (t.u.e.l.), rubricato Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, precisa, al comma 1, che la disciplina delle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali, da esso introdotta, concerne la tutela della concorrenza, restando impregiudicata la questione di quale sia la natura sostanziale del servizio oggetto di affidamento e del connesso rapporto giuridico, se di concessione o di appalto. Ma questo diverso aspetto della problematica in esame – in uno a quello, di recente approfondito dalla giurisprudenza, dell'applicabilità a tali rapporti della normativa speciale sulle clausole revisionali di cui all'articolo 6 della legge 537 del 1993 (cfr. Cons. St., sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373) - non deve offuscare il dato sostanziale della appartenenza di questo servizio, oggettivamente considerato, all'area propria dei servizi pubblici erogati in favore della collettività indifferenziata, verso il pagamento di una tariffa (ancorché oggi sia ancora in transitorio vigore il sistema della tassa: ta.r.s.u.), la cui erogazione costituisce un precipuo compito istituzionale dell'ente locale, che è altresì titolare di un diritto di privativa nella gestione e nella disponibilità dei rifiuti raccolti (se ed in quanto considerati sfruttabili, a certi fini, come “merce”))».*

▪ L'art. 4, comma 234, lett. a), della finanziaria 2004 (la L. 24 dicembre 2003, n. 350) ha poi introdotto i commi 5-bis e 5-ter all'art. 113 del D.Lgs. 267/2000.

▫ «Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, *criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio*» (comma 5-bis).

▫ «In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di

appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554» (comma 5-ter, primo periodo).

Deve cioè essere rispettata la normativa sui lavori pubblici e non tanto e non solo quella che consente l'esecuzione in economia, sibbene quella che prevede la *tipicità dell'affidamento concorrenziale*, sia che si tratti di *appalto di lavori*, sia che si tratti di *concessione* (sempre di lavori).

Da notare che viene introdotta una deroga alla L. 109/1994 (art. 2, comma 2, lett. b), ultimo periodo), nel senso che questi soggetti possono essere aggiudicatori anche di contratti di concessione di lavori ai sensi dell'art. 19, commi 2 e 2-bis.

▫ «Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi» (comma 5-ter, secondo periodo).

Se la gestione della rete era stata affidata con procedimento di gara formale, il soggetto gestore può anche eseguire in proprio i lavori, a due condizioni:

- 1) purché sia qualificato ai sensi del D.P.R. 34/2000;
- 2) purché la gara per l'affidamento della gestione della rete abbia avuto ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori.

In questo modo si supererebbe l'ostacolo della lett. b) del comma 2 della L. 109/1994, in quanto *il gestore è già affidatario dell'esecuzione dei lavori in base a confronto concorrenziale aperto* e quindi non scatta lo *status* di stazione appaltante.

▫ «Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente» (comma 5-ter, terzo periodo).

Se pure la gestione della rete era stata affidata con procedimento di gara formale, il soggetto gestore rientra fra gli «enti aggiudicatori o realizzatori» di cui alla L. 109/1994, art. 2, comma 7, lett. d). Il gestore deve cioè seguire, per l'esecuzione, la normativa sui lavori pubblici ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b), della L. 109/1994 medesima.

C'è da chiedersi – al di fuori della materia dei servizi pubblici locali – se questa norma non costituisca una sorta di interpretazione autentica del (presunto) conflitto

normativo fra comma 2, lett. b) dell'art. 2 della L. 109/1994 e comma 3 (per la problematica integrale, cfr. infra).

La tesi prevalente in dottrina è invece che, se l'importo dei lavori è inferiore alla soglia comunitaria, il mero concessionario-gestore non sarebbe tenuto a nessuna evidenza pubblica: «Vi sono (...) innovazioni per i concessionari di lavori pubblici, nella direzione di una maggiore libertà di azione per gli stessi. (...) Nel nuovo regime, ai concessionari di lavori pubblici che affidano a terzi una parte dei lavori si applicano le sole disposizioni della Merloni in materia di pubblicità dei bandi di gara e termini per concorrere, e in materia di qualificazione dei soggetti esecutori. Ove i lavori vengano eseguiti direttamente dai concessionari, o da loro imprese collegate o controllate – da individuarsi secondo i parametri della direttiva 93/37/CEE, si applicano solo le norme in tema di qualificazione, e non anche quelle che impongono le procedure aperte o ristrette. La non necessità della gara viene estesa, rispetto al passato, anche all'ipotesi di affidamento dei lavori a imprese collegate, oltre che ai casi, già previsti, di lavori eseguiti direttamente o tramite imprese controllate. (...) Per il resto, i rapporti tra concessionario e propri appaltatori o contraenti generali sono rapporti di diritto privato regolati dalle norme del codice civile sull'appalto, e espressamente sottratti alle norme della legge quadro e del relativo regolamento» (ROSANNA DE NICTOLIS, *Novità in materia di lavori pubblici (L. n. 166 del 2002 e L. n. 190 del 2002)*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi).

▪ «Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali»:

- «in virtù di un affidamento diretto»;
- in virtù «di una procedura non ad evidenza pubblica»;
- «o a seguito dei relativi rinnovi» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 6, primo periodo, prima parte).

▫ Il «divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 6, primo periodo, seconda parte).

▫ «Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 6, secondo periodo).

Si rammenta che si tratta dei soggetti costituiti *ad hoc* o di imprese scelte con gara, di cui gli enti locali si debbono avvalere per la gestione delle dotazioni, qualora quest'ultima sia separata dall'attività di erogazione dei servizi.

▫ L'art. 4, comma 234, lett. c), della finanziaria 2004 (la L. 24 dicembre 2003, n. 350) ha poi introdotto un comma 15-*quater* all'art. 113 del D.Lgs. 267/2000:

«A decorrere dal 1° gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6,

salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa» (primo periodo).

«Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sentite le Autorità indipendenti del settore e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, il Governo definisce le condizioni per l'ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all'estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'effettiva apertura dei relativi mercati» (secondo periodo).

- «La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard»:
 - «qualitativi»;
 - «quantitativi»;
 - «ambientali»;
 - «di equa distribuzione sul territorio»;
 - «di sicurezza».

Il principio generale rimane quello che, «per l'individuazione del soggetto affidatario di una concessione di un servizio pubblico la regola è pur sempre quella del previo esperimento di un procedimento di selezione ad evidenza pubblica» (T.A.R. Campania, Napoli, I, 27 luglio 2004, n. 12587).

Tali *standards* sono «definiti»:

- «dalla competente Autorità di settore»;
- «o, in mancanza di essa, dagli enti locali» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 7, primo periodo).

▪ Per una pronuncia rilevante, dove si riconosce che *un bando di concessione di servizio legittimamente richiede a fini qualificatori che il requisito di idoneità tecnica sia comprovato con esperienza gestionale e non di mero appalto* (T.R.G.A., Bolzano, 25 marzo 2005, n. 116).

«Invero, per "gestione di un impianto" si deve intendere un rapporto per il quale il gestore si assume, verso un corrispettivo, l'intera organizzazione, il costo e la responsabilità dell'esercizio dell'impianto e dei servizi connessi, assumendosi anche il relativo rischio economico. In tal modo, infatti, era configurata la "gestione" nel bando di gara, per cui era richiesta un'esperienza gestionale diretta. "L'affidamento" alla ricorrente nel triennio 1999/2001 prevedeva invece soltanto che questa si assumesse alcuni servizi connessi all'esercizio del Lido, mentre i costi di gestione (come i relativi incassi) erano interamente a carico del Comune, il quale era responsabile

dell'organizzazione e sopportava i rischi della gestione (incassava le entrate, sopportava i costi per energia ed acqua, affidava vari servizi (pulizia dei prati, infermeria, lavori di manutenzione, bar ed altro) a terzi), mentre la ricorrente veniva pagata per i servizi da essa espletati su incarico del Comune mediante emissione di fatture e sulla base delle ore di lavoro effettivamente svolte (documenti nn. 2 a 29 nel fascicolo della controinteressata)».

▫ La Corte Costituzionale, con sentenza 27 luglio 2004, n. 272, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di secondo, terzo e quarto periodo del comma 7.

«La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore».

«Non spetta peraltro a questa Corte valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia: stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale; *quello che invece non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari "strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi"* (sentenza n. 14 del 2004). *Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale" (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.* Proprio sotto questo profilo appare fondata la censura della ricorrente relativa all'art. 14, comma 1, lettera e), che, in riferimento all'art. 113, comma 7, del citato testo unico, là dove stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata, introduce la prescrizione che le previsioni dello stesso comma 7 "devono considerarsi

integrative delle discipline di settore”. *L'estremo dettaglio nell'indicazione di questi criteri*, che peraltro non prendono in considerazione ulteriori requisiti dell'aspirante, quali, ad esempio, precedenti esperienze di gestione nel settore, *va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara*, che peraltro appaiono sufficientemente garantiti dalla puntuale indicazione, nella prima parte del comma, di una serie di standard – coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE – nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata. È evidente quindi che *la norma in esame, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale la disposizione estremamente dettagliata ed autoapplicativa di cui al citato art. 113, comma 7, pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale*. Va pertanto dichiarata, per le ragioni esposte, l'illegittimità costituzionale della norma censurata e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell'art. 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo del testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002)».

5.2.5 La possibilità dell'affidamento contestuale di più servizi pubblici locali.

▪ È «consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli del trasporto collettivo».

La condizione di esperibilità è che ciò «sia economicamente più vantaggioso» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 8, primo periodo).

◦ «In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 8, secondo periodo).

5.2.6 L'assegnazione delle dotazioni al nuovo gestore.

▪ «Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 9, primo periodo).

▪ «Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 9, secondo e terzo periodo).

5.2.7 Il divieto di differenziazione di trattamento.

▪ «È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 10).

5.2.8 Il contratto di servizio.

▪ I «contratti di servizio» regolano i «rapporti degli enti locali»:

- «con le società di erogazione del servizio»;
- «con le società di gestione delle reti e degli impianti».

Tali contratti devono «prevedere»:

- «i livelli dei servizi da garantire»;
- «adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti».

Essi «sono allegati ai capitolati di gara» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 11).

5.2.9 La possibilità per l'ente locale di cessione della partecipazione nella società erogatrice del servizio.

▪ «L'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi». Ciò può avvenire soltanto «mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 12, primo periodo).

▫ «Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 12, secondo periodo).

5.2.10 L'applicabilità del D.Lgs. 267/2000 alle regioni a statuto speciale e alle province autonome.

▪ «Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15).

5.2.11 La cessazione automatica al 31 dicembre 2006 delle concessioni affidate senza evidenza pubblica. I due casi di esclusione dalla cessazione automatica, in relazione al socio scelto con evidenza pubblica ovvero al principio di delegazione interorganica.

▪ «Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, *le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante*» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-bis, primo periodo).

▫ Cfr. Cons. Stato, V, 19 febbraio 2004, n. 679.

«L'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 236, infatti ha apportato importanti modifiche all'art. 113 del d.lgs n. 267 del 2000, come modificato dal comma 1 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, dettando una disciplina nuova in materia di affidamento dei servizi pubblici locali. Con particolare riferimento ai servizi di rilevanza industriale, che assumono la nuova denominazione di servizi di "rilevanza economica", il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, - a differenza dalla previgente disposizione, che ammetteva solo procedure ad evidenza pubblica - dispone (lett. c) che l'erogazione possa avvenire anche a mezzo di "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." *La fattispecie descritta, che si attaglia alla vicenda oggi in esame, non è destinata a valere soltanto per il futuro, ma viene presa in considerazione anche con riferimento al passato.* La novella introduce infatti nell'art. 113 del d.lgs n. 267/2000 un comma 15-bis del seguente tenore: "Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione della disposizioni previste dal presente articolo, le concessioni rilasciate

con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. *Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato ..., nonché quelle affidate società a capitale interamente pubblico a condizione che 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.*” Si tratta, al di là di ogni ragionevole dubbio, di una norma di salvezza destinata a conferire legittimità a provvedimenti posti in essere sotto il vigore di una diversa disciplina».

Conforme, Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4771: «Va (...) tenuto presente che l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326, (...) ha inserito nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 un comma 15-bis, con il quale si opera un *effetto sanante* delle concessioni di servizi pubblici “con procedure diverse dall'evidenza pubblica” in caso di società a capitale interamente pubblico, ancora una volta “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.”».

▫ «Il termine del 31 dicembre 2006, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui al lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-ter).

▪ «Sono escluse dalla cessazione»:

- «le concessioni affidate a società a capitale *misto pubblico privato* nelle quali il *socio privato* sia stato *scelto mediante procedure ad evidenza pubblica* che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza»;
- «nonché quelle affidate a società a *capitale interamente pubblico* a condizione che 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» (D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 15-*bis*, secondo periodo).

◦ In sostanza: nel primo caso i principi comunitari sono rispettati, in quanto gara c'è già stata ed è avvenuta nel rispetto dei principi stessi; nel secondo caso, si rispettano i principi della sentenza *Teckal*.

▪ L'art. 4, comma 234, lett. *b*), della finanziaria 2004 (la L. 24 dicembre 2003, n. 350) ha poi introdotto un periodo aggiuntivo al comma 15-*bis* dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000.

«Sono altresì escluse dalla cessazione le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica, ma, in entrambe le ipotesi indicate, le concessioni cessano comunque allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore».

6. Casi specifici inerenti alle prassi di affidamento del servizio di illuminazione votiva cimiteriale.

Fattispecie paradigmatica n. 1.

6.1 Se la concessione *de qua* è da considerarsi di lavori – «nel senso che laddove la *gestione dell'opera* sia *strumentale alla sua costruzione*, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della “concessione di costruzione ed esercizio”» (Cons. Stato, V, 11 settembre 2000, n. 4795) – il bando è nella fattispecie radicalmente illegittimo, laddove impostato ai sensi della normativa in materia di appalti pubblici di servizi e non ai sensi della L. 109/1994 nonché del D.P.R. 554/1999 per quanto ivi previsto in materia di concessione.

- 6.1.1 D'altra parte, la «concessione di costruzione e gestione di un impianto pubblico (...) comprende, come un *unicum*, sia la fase della costruzione dell'opera sia quella della gestione del relativo *servizio pubblico*. Ed è anche vero che il rapporto tra concedente e concessionario non si esaurisce con la fase di esecuzione della concessione ma prosegue nella fase della sua gestione (dalla quale il concessionario trae il proprio corrispettivo)» (T.A.R. Toscana, II, 8 gennaio 2004, n. 5).
- 6.1.2 Ma si ipotizzi pure che, nella fattispecie, la concessione debba essere considerata di servizio anziché di lavori. Appare allora inapplicabile il D.Lgs. 157/1995, il quale riguarda solo il *sistema-appalto* e non la *concessione*. *Si dirà che il D.Lgs. 157/1995 viene richiamato per analogia. Ecco, è questa la scelta giuridica di fondo che proprio non può essere accettata.* Certo, anche se manca sia nell'ordinamento comunitario sia in quello interno una disciplina generale per l'affidamento delle concessioni di servizio, correttissimamente l'Amministrazione rispetta il principio assoluto di tutela della concorrenza bandendo una procedura ad evidenza pubblica. *Ma, al di là di questo, l'applicazione della normativa sugli appalti è fuorviante.* L'art. 3, comma 8 della L. 415/1998 (c.d. Merloni-ter) così stabilisce: «alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'art. 19, comma 2-bis, della legge n. 109». Così recita il richiamato comma 2-bis dell'art. 19 della L. 109/1994: «L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, e in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione. Nel caso in cui le

variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente. Nel caso di recesso del concessionario si applicano le disposizioni dell'articolo 37-*septies*, comma 1, lettere *a)* e *b)*, e comma 2. Il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione». *Se di questo paradigma normativo non appare traccia nel rapporto che si va ad affidare con il bando de quo, ciò non appare ragionevole.*

- 6.1.3 Il *piano economico-finanziario di copertura degli investimenti* è l'elemento principale di un rapporto concessorio (o *project financing*, nella terminologia anglo-sassone), che deve essere fatto presentare già in sede di gara a tutti i concorrenti al fine di valutare la non-anomalia della loro offerta. Viene pregevolmente notato: «il controllo di coerenza e sostenibilità dell'offerta finale è contenuto *in re ipsa* nell'esame del piano economico finanziario. Piano economico finanziario che (...) integra l'offerta nella parte in cui ne costituisce la spiegazione. Il PEF, infatti, (...) costituisce (...) il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. Il PEF rappresenta e definisce i valori di partenza (in particolare, i ricavi attesi e i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di costruzione e di gestione stimati) e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione. (...) Donde la ovvia e comunemente condivisa conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di *project financing*. Non è dunque ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario – che questi equilibri spiega e giustifica – a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente» (T.A.R. Campania, Napoli, I, 17 giugno 2004, n. 9571). Potremmo dire, in altri termini, che, *mentre nell'appalto si valuta l'appaltatore-soggetto, nella concessione si valuta il progetto-offerta, cioè la sua capacità di generare flussi di cassa che remunerino l'esecutore garantendo altresì lo standard qualitativo del servizio pubblico reso. Deriva che il criterio di aggiudicazione non può essere basato soltanto sul «rendimento della concessione» per l'Amministrazione, ma su ogni altro elemento che incida proprio sul piano economico-finanziario: valore tecnico ed estetico dell'esecuzione degli impianti proposta dall'offerente; tempo di*

esecuzione dei lavori; durata della concessione; modalità della gestione; livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza. *Cioè, per arrivare alla conclusione di fondo, il criterio di aggiudicazione giuridicamente idoneo allo scopo può essere soltanto quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.* Ciò continua ancora a desumersi, peraltro, dal comma 7 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 che, se pure annullato dalla Corte Costituzionale nel secondo e nel terzo periodo, conferma *ab implicito* il principio che la gara per la selezione del concessionario deve essere svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La Corte ha soltanto detto che non può essere lo Stato a stabilire in dettaglio i parametri di graduazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

- 6.1.4 *I requisiti di ammissione*, invero, non solo devono essere previsti dal bando, ma *devono essere previsti anche in contenuto idoneo rispetto a quello che sarà un contratto non d'appalto ma di concessione.* Ad esempio, se si richiede un fatturato generico, questo deve essere *rapportato al valore dell'investimento, quale appunto desumibile dal piano economico-finanziario.* Se, ragionevolmente, si richiede l'aver svolto servizi affini, anche qui il relativo importo dovrà essere rapportato al valore dell'investimento.

Fattispecie paradigmatica n. 2.

- 6.2 In altra fattispecie, viene prevista la contemporanea presenza in un *contratto di appalto* sia dell'*appalto medesimo* sia di una *concessione*: il primo, riferito ai «servizi cimiteriali» e «funebri» (per usare, in modo sintetico, la terminologia che compare nell'oggetto del bando), la seconda alla gestione «delle lampade votive». La questione che va approfondita è quella dell'incompatibilità dell'abbinamento del servizio di illuminazione votiva ad altri servizi, per come l'Amministrazione, nella fattispecie, ha impostato tale abbinamento.
- 6.2.1 Diventa preliminare chiarire che non è affatto indifferente l'uso del *nomen*. «Gli “appalti pubblici” sono *contratti a titolo oneroso* (...) aventi per oggetto (...) la prestazione di servizi» (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 2, lett. a). «La “concessione di servizi” è un *contratto* che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che *il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi* – omissis – » (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 4). Pertanto, mentre l'appalto è sempre a titolo oneroso

per l'Amministrazione, la concessione *di regola* non lo è. Corollario immediato è l'accollo al concessionario della piena alea economico-imprenditoriale relativa alla gestione del servizio, cui corrisponde la necessità giuridica – sia per l'impresa, sia per l'Amministrazione – della rilevanza di un piano finanziario congruo. Coerentemente con questa *naturale realtà*, si rammenta che la L. 415/1998 tuttora in vigore così, *ante litteram*, aveva previsto: «alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'art. 19, comma 2-*bis*, della legge n. 109» del 1994 (art. 3, comma 8, c.d. “Merloni-*ter*”). Conseguenza la radicale impossibilità di compresenza in unico contratto d'appalto di due diversi rapporti giuridici, quello appunto d'*appalto* e quello di *concessione*. Va sgombrato il campo da un frequente equivoco, quello relativo all'*appalto misto*. *Se di appalto si tratta* – ed è questo il punto – l'ordinamento di diritto positivo offre i criteri per dirimere la questione se si tratti di lavori, ovvero di servizi o forniture (prevalenza funzionale ovvero quantitativa). Ma, si ripete, si tratta pur sempre di criteri afferenti all'appalto, cioè a un *contratto a titolo oneroso per l'Amministrazione*. *Se poi si tratta di concessione*, in quanto il *corrispettivo consiste nel diritto di gestione*, il problema sarà anche qui di verificare se la concessione medesima sia di servizi o di lavori. La concessione attinente a questi ultimi viene definita come «*contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera*» (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 3). La giurisprudenza risolve, in realtà, il problema della mancanza di un più sicuro criterio – rispetto al sistema-appalto – al fine di operarsi la distinzione fra concessione di lavori e concessione di servizio, distinzione quest'ultima che involge un'ulteriore necessità di chiarificazione in relazione al fatto oggettivo che in ogni concessione (quale che essa sia) è sempre presente una componente di lavori e una di servizio. Si potrebbe dire che il problema del “misto”, mentre nell'appalto è solo eventuale, nella concessione è una costante. Come dire, cioè: *il rapporto concessorio è sempre naturalmente “misto”, senza che però possano invocarsi – ecco l'equivoco chiarito – i criteri distintivi inerenti all'appalto (e comunque, se ci sono di mezzo i lavori, anche nell'appalto il criterio distintivo è quello della prevalenza funzionale e non economica, come da legge comunitaria 2004)*. Pertanto, parlandosi solo di concessione, «la linea di demarcazione tra i due istituti va individuata avendo di mira la *direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori*. Nel senso che

laddove la *gestione dell'opera sia strumentale alla sua costruzione*, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, è configurabile l'ipotesi della "concessione di costruzione ed esercizio", mentre nel caso inverso, quando cioè l'espletamento dei lavori pubblici sia strumentale, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione, alla *gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente*, è configurabile l'ipotesi della "concessione di servizi" (Cons. Stato, V, 11 settembre 2000, n. 4795).

- 6.2.2 *Rebus sic stantibus*, l'Amministrazione aveva solo due possibilità di impostare l'affidamento del complesso di servizi di cui si tratta. Scindere il servizio-appalto dei «servizi cimiteriali» e «funebri» (sempre per usare, in modo sintetico, la terminologia che compare nell'oggetto del bando) dal servizio-concessione «delle lampade votive» ed affidarli distintamente a ragione dell'ontologica differenza di "causa" contrattuale, ovvero lasciarli unificati ma, in tal caso, nel solo ambito possibile della concessione di servizio pubblico. Infatti, solo la concessione (e non viceversa) è in grado di inglobare senza annullarla la "causa" contrattuale del pubblico appalto. Non è un caso che si sia sopra detto: "mentre l'appalto è sempre a titolo oneroso per l'Amministrazione, la concessione *di regola* non lo è". Quell'espressione – "di regola" – assume ora tutta la sua rilevanza giuridica. La definizione che la direttiva dà della concessione di servizio l'abbiamo soprariportata, con un "omissis". La definizione integrale è la seguente: «La "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi *o in tale diritto accompagnato da un prezzo*» (Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 4). Pertanto, se di regola la concessione non è a titolo oneroso per l'Amministrazione, possono esserci casi – come quello di cui alla fattispecie in questione – in cui, intendendosi procedere a un affidamento unitario per scelta amministrativa di efficacia e di efficienza, sia però necessario corrispondere un *prezzo* al concessionario. Tale prezzo della concessione non è sostitutivo della *gestione* imprenditoriale del *servizio pubblico* remunerabile a tariffa previa implementazione e manutenzione delle opere impiantistiche necessarie, ma accessivo ad esso e riguarda solo la *prestazione del servizio non tariffabile presso la pubblica utenza* («servizi cimiteriali» e «funebri» nella fattispecie, non escludibili eventuali lavori accessori). Sul piano giuridico-procedimentale occorre un formale procedimento ad evidenza pubblica, ma sarebbe del tutto

inconferente il richiamo del D.Lgs. 157/1995. Occorre piuttosto richiamare il D.Lgs. 267/2000, art. 113, comma 7, ed applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tenendosi conto che i requisiti di qualificazione non possono essere quelli richiesti ad un appaltatore, ma ad un concessionario (ad esempio: se si richiede un fatturato generico, questo deve essere *rapportato al valore dell'investimento, quale desumibile dal piano economico-finanziario da prodursi già in sede di gara*; se, ragionevolmente, si richiede l'aver svolto servizi affini, anche qui il relativo importo dovrà essere rapportato al valore dell'investimento; etc.). Il prezzo della concessione da corrispondersi a carico dell'Amministrazione entra quindi in gara come ribasso che i concorrenti offrono in sede di offerta economica. Ma, accanto a questa, vi è – deve esservi – l'offerta tecnica che si articola sui parametri qualitativi della concessione di servizio.