

La nozione codicistica di contratto pubblico

Christian Iaione

1. L'oggetto del Codice. 2. La nozione "codicistica" di contratto pubblico e i suoi elementi. 3. Gli elementi oggettivi. La causa del contratto pubblico. I suoi caratteri. 3.1 La distinzione tra appalto e concessione. Il diverso oggetto del sinallagma. Commutatività dell'appalto vs. aleatorietà della concessione per il concessionario? 3.2 La concessione di lavori pubblici. 3.3 La concessione di servizi. 3.4 L'onerosità. Le opere a scomputo e i contratti di sponsorizzazione. 4. L'oggetto del contratto pubblico. 4.1 Nei contratti di lavori. In particolare il concetto di "opera pubblica". 4.2 Nei contratti di servizi. 4.3 Nei contratti di forniture. 5. Gli elementi soggettivi. 6. La "pubblicità" del committente? 6.1. Le amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, l'organismo di diritto pubblico. 6.2 I concessionari 6.3 Le società a capitale pubblico 6.4 Gli «altri soggetti aggiudicatori». I privati sovvenzionati. I privati che eseguono opere di urbanizzazione. 6.5 Gli «enti aggiudicatori» e, in particolare, l'impresa pubblica. I «soggetti aggiudicatori». 6.6 Le centrali di committenza. 7. La "terzietà" del contraente. 7.1 In particolare, gli appalti *in house*. 7.2 I rapporti tra amministrazione pubbliche. 8. I contratti atipici e quelli extra-codicistici. Cenni.

1. L'oggetto del Codice dei contratti pubblici

L'art. 1 del Codice dei contratti pubblici individua in via generale l'oggetto della disciplina del Codice. Esso vi include i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti e dei soggetti aggiudicatori inerenti l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori ed opere sia sopra che sotto la soglia comunitaria¹.

Questa disposizione si pone in armonia con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dalla delega contenuta nell'art. 25 della L. 18 aprile 2005, n. 62 (cd. legge comunitaria per l'anno 2004). La delega attribuiva al Governo il compito di recepire le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE all'interno di un unico testo normativo contenente la disciplina organica degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture tanto di rilevanza comunitaria quanto al di sotto della relativa soglia, sia all'interno dei settori cd. «ordinari» che dei settori cd. «esclusi» (oggi settori «speciali»).

L'entrata in vigore del Codice, pertanto, conferirà, dunque, una disciplina organica agli appalti pubblici caratterizzati fino ad oggi da un quadro normativo estremamente frammentario².

Fin dalle prime battute si intuisce che il Codice, nonostante la pomposa rubrica, non racchiude all'interno del proprio raggio d'azione tutti i contratti pubblici. In via di principio, e salvo disposizioni puntuali, sono esclusi dall'orbita del Codice i contratti pubblici attivi³ e i contratti pubblici associativi⁴.

Infatti, la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 2, si limita a ribadire un principio generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica - già positivizzato dall'art. 113, comma 5, lett. b) del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. La scelta del socio privato di società miste finalizzate alla realizzazione ovvero alla realizzazione e alla gestione di un'opera pubblica o di un pubblico servizio,

¹ Per un commento a prima lettura sugli aspetti generali del Codice cfr. L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 11, p. 1176; G. GIOVANNELLI, L. MASI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urbanistica e appalti*, 2006 fasc. 7, pp. 749 - 758.

² Prima del Codice tre differenti decreti legislativi regolamentavano gli appalti di rilevanza comunitaria di forniture (D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358), servizi (D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157) e lavori, servizi e forniture nei settori «esclusi» (D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158). Gli appalti pubblici di lavori erano, invece, disciplinati dalla L. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. legge quadro sui lavori pubblici), nonché dal relativo regolamento di attuazione (D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554). Infine, gli appalti di forniture sottosoglia sono regolati dal D.P.R. 18 aprile 1994, n. 573, mentre manca una disciplina organica degli appalti di servizi sottosoglia, cui, pertanto, è stato finora ritenuto applicabile il R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato).

³ La distinzione tra contratti attivi e contratti passivi trova base giuridica nell'art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (legge generale di contabilità dello Stato) e si ricollega all'esistenza di un vantaggio ovvero di un esborso per la p.a. Secondo A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1601, dal punto di vista patrimoniale e non meramente contabile, certi contratti passivi (e dunque con esborso di denaro pubblico) comportano comunque un vantaggio per il bilancio pubblico in quanto determinano un incremento patrimoniale (vd. la realizzazione di un'opera pubblica). Si tratta, dunque, di una classificazione poco conducente alla quale tuttavia si ricollega un differente regime della attività contrattuale della p.a. Per spunti in tema vd. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 77.

⁴ I contratti associativi vedono tutte le parti del contratto concordi al fine di realizzare un interesse comune (ad es. il contratto di società), e si contrappongono ai contratti di scambio che vedono le parti in conflitto di interessi, volendo ciascuna di esse massimizzare la propria utilità ritraibile dalla pattuizione (ad es. la compravendita). Per una disamina sintetica ed esauriente dei contratti associativi vd. R. CARANTA, *op. cit.*, 90.

deve essere effettuata mediante procedure di evidenza pubblica⁵.

La scelta del socio privato di una società a capitale pubblico infatti rappresenta un contratto attivo, nonché associativo.

Non si tratta dunque di un provvedimento legislativo che codifica integralmente la materia dei contratti della pubblica amministrazione⁶. Esso si limita tendenzialmente a disciplinare alcune particolari tipologie dei cd. “contratti passivi”.

Specularmente, le disposizioni del Codice non esauriscono la disciplina dei contratti pubblici assoggettati.

Per gli aspetti non espressamente disciplinati il Codice introduce una valvola di chiusura del sistema dei contratti pubblici con il rinvio a due corpi normativi esterni.

In particolare, per gli aspetti relativi alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, l'interprete troverà un puntello nelle disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo (art. 2, comma 3).

Per tutto il resto, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni ricadrà sotto l'ombrello «delle disposizioni stabilite dal codice civile» (art. 2, comma 4).

Quest'ultimo riferimento ha una valenza ermeneutica più generale. Secondo la prospettiva qui adottata, infatti, il Codice nel ricostruire la nozione di contratto pubblico fa largo uso delle categorie gius-civilistiche e la assimila per quanto più è possibile alle corrispondenti nozioni contenute nel codice civile.

2. La nozione “codicistica” di contratto pubblico e i suoi elementi.

L'art. 3, l'art. 14 e l'art. 53 scolpiscono l'ambito oggettivo di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In via di prima approssimazione, sono soggetti al Codice tutti i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, o misti, sopra e sotto soglia comunitaria, nei settori ordinari⁷ e nei settori speciali⁸.

Tuttavia, per conoscere effettivamente le tipologie contrattuali rientranti in tutto o in parte nel Codice occorre esaminare le definizioni contenute nell'art. 3.

Anzitutto, nei «contratti» sono ricompresi appalto e concessione⁹.

In via generale, infatti, i «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

In particolare, gli «appalti pubblici» sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal Codice¹⁰.

Le concessioni sono anch'esse “contratti”¹¹, possono essere solo di «lavori pubblici» ovvero di

⁵ I *leading cases* sul tema sono, per la giurisprudenza del giudice ordinario, Cass., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754 in *Foro it.*, 2000, I, 802, con nota di F. FRACCHIA; in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 475, con nota di G. PIPERATA; in *Urb. app.*, 2000, 383, con nota di B. MAMELI; nonché, per la giurisprudenza amministrativa, Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192 in *Urb. app.*, 1998, 402 con nota di R. GAROFOLI; in *Foro amm.*, 1998, 432 con nota di A. GRAZIANO; in *Nuove autonomie*, 1998, 296, con nota di M. MAZZAMUTO; in *Ambiente*, 1998, 774, con nota di P. COSENTINO.

⁶ Il Consiglio di Stato nel parere n. 355/06 fornito dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'Adunanza generale del 6 febbraio 2006 ha affermato che il Codice si iscrive nella categoria dei codici “di nuova generazione”, cioè di quei testi normativi che, scomparso il modello illuministico della codificazione, hanno come obiettivo quello di «raccolgere organicamente le norme di settore». E questa “raccolta” delle leggi speciali di settore (spesso anche di origine comunitaria, come nel caso di specie) deve essere effettuata «in modo da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee regolative capaci di garantire l'unità e la coerenza complessiva della disciplina».

⁷ I «settori ordinari» dei contratti pubblici sono i settori diversi da quelli del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, in cui operano le stazioni appaltanti come definite dall'art. 3.

⁸ I «settori speciali» dei contratti pubblici sono i settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica. Si tratta dei settori un tempo definiti esclusi.

⁹ Tra le tipologie contrattuali incluse nell'ambito di applicazione del Codice vi è anche l'«accordo quadro» ma non rientra nella nozione di contratto pubblico ai sensi della definizione codicistica. Esso è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste. L'accordo quadro non costituisce oggetto di attenzione in questa sezione.

¹⁰ Il Codice, nel dare la definizione dell'appalto pubblico, riprende pedissequamente la definizione comunitaria, già recepita dal diritto italiano (v. art. 19, L. n. 109/1994; art. 2, D.Lgs. n. 358/1992; art. 3, D.Lgs. n. 157/1995; art. 7, D.Lgs. n. 158/1995).

¹¹ Questa scelta conferma la tendenza a “de-provvedimentalizzare” l'istituto in esame. Si tratta di una soluzione caldeggiata già da tempo cfr. M.S. GIANNINI, *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1986, p. 9. Tuttavia, è ancora prevalente in dottrina l'opinione contraria che, pur richiamando talvolta la categoria del contratto di diritto pubblico, nega natura contrattuale (o meglio privatistica) alla concessione. Per una trattazione più analitica del problema vd. P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, Cedam, 2005; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2004; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, Cedam, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e*

«servizi» e il Codice le definisce *per differentiam* dagli appalti.

Nel caso delle «concessioni di lavori pubblici», si tratta di contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione e/o la progettazione (ad esclusione di quella preliminare) di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. Esse, dunque, presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ma la differenza sta nel fatto che «il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice».

Le concessioni di servizi sono anch'esse contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico (di servizi), ma anche qui il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Esse sono soggette al codice nei limiti delle previsioni contenute nell'articolo 30.

Da questo sommario esame possiamo trarre alcune conclusioni quanto alla struttura elementare della nozione codicistica di «contratto pubblico».

Sotto il profilo oggettivo, esso è un contratto a prestazioni corrispettive a titolo oneroso concluso in forma scritta avente a oggetto una prestazione relativa a un *quid* (lavoro, servizio o fornitura) che presenta una qualche rilevanza pubblicistica (per la natura della prestazione o del destinatario della medesima).

Sotto il profilo soggettivo, le parti di un contratto pubblico sono, da un lato, l'appaltatore o il concedente che presenta natura giuridica pubblica ovvero è in qualche modo incaricato di gestire risorse o compiti di rilevanza pubblica e, dall'altro, da un operatore (di natura tendenzialmente privata e organizzato in forma) imprenditoriale.

3. Gli elementi oggettivi. La causa del contratto pubblico. I suoi caratteri.

Come abbiamo appena visto, sul piano oggettivo, la struttura del contratto pubblico si caratterizza per la causa di scambio o sinallagmatica, per l'onerosità del contratto e per la particolare rilevanza pubblicistica dell'oggetto della prestazione contrattuale.

Partiamo dalla causa.

La causa di un contratto è «la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»¹². Rispetto all'oggetto del contratto, il quale indica «il programma, ossia il contenuto dell'accordo delle parti», la causa individua «l'interesse che tale programma è volto a soddisfare»¹³.

L'individuazione della causa concreta del contratto risulta determinante per qualificare giuridicamente un contratto sul piano tipologico e, dunque, per assegnarlo a un determinato tipo contrattuale e alla disciplina conseguente¹⁴.

Pertanto, in base alla causa concreta si distinguono varie figure negoziali tipiche ciascuna delle quali forma oggetto di una specifica disciplina dettata in materia di contratti speciali.

In linea di principio, tuttavia, siffatti tipi negoziali speciali vengono comunemente classificati anche secondo «tipi contrattuali generali che rispecchiano generali esigenze di vita»¹⁵.

Sotto questo profilo, ai nostri fini, occorre richiamare la distinzione tra contratti di scambio (o a prestazioni corrispettive) e contratti con obbligazioni per una sola parte, tra contratti aleatori e commutativi, tra contratti a titolo oneroso e contratti a titolo gratuito.

Infatti, sul piano causale, i contratti pubblici sono contratti sinallagmatici a titolo oneroso in cui il rischio connesso alla operazione economica oggetto del contratto sembra essere diversamente ripartito a seconda che si tratti di appalto o concessione.

Analizziamo partitamente le implicazioni di questi tre profili caratterizzanti la causa dei contratti pubblici.

funzione nei contratti di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 1996; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, *Il Contratto*, 2000, p. 447.

¹³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 448.

¹⁴ Anche la giurisprudenza amministrativa comincia ad avvedersi della importanza di questo elemento nella qualificazione giuridica dei contratti pubblici e a utilizzare sempre più spesso gli strumenti interpretativi forgiati dal diritto comune. Vd. TAR Lazio, Sez. III ter, 28 giugno 2006, n. 5287 in *www.giustamm.it*.

¹⁵ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 487.

3.1 La distinzione tra appalto e concessione. Il diverso oggetto del sinallagma. Commutatività dell'appalto vs. aleatorietà della concessione?

L'indagine sui profili causali dei contratti pubblici aiuta anzitutto a illustrare le differenze tra appalto e concessione.

Sotto un primo profilo, si è detto, entrambi sono contratti a prestazione corrispettive. Essi hanno cioè ad oggetto uno scambio di prestazioni. La corrispettività presuppone l'interdipendenza delle prestazioni, cioè il condizionamento di una prestazione all'altra¹⁶. La corrispettività non si identifica con l'onerosità. A qualificare un contratto come sinallagmatico non basta cioè che esistano prestazioni a carico di entrambe le parti. Occorre altresì che l'una (prestazione) sia remunerazione dell'altra¹⁷.

La natura sinallagmatica accomuna, dunque, appalti e concessioni nell'ambito del *genus* dei contratti pubblici. Tuttavia, il tipo di sinallagma, o meglio l'oggetto dello scambio, è differente per l'una o per l'altra tipologia di contratto pubblico.

Nell'appalto pubblico lo scambio avviene tra un *opus*, un *facere* o una *res* e un prezzo.

Per contrasto, nella concessione l'oggetto dello scambio è, da parte dell'amministrazione, il conferimento del diritto di realizzare e/o di godere (per un determinato periodo) di un bene pubblico ovvero gestire (per un determinato periodo) un'attività economica di interesse generale ad essa riservata verso l'obbligo in capo al concessionario di corrispondere un canone di concessione e/o di svolgere quella determinata attività secondo parametri predeterminati.

Ma, la diversa natura dello scambio illustra una ulteriore e più radicale differenza fra queste due tipologie contrattuali. Essa attiene alla ripartizione del rischio economico che la singola struttura contrattuale opera.

Per comprendere questa fondamentale differenza fra le due principali tipologie di contratti pubblici può risultare utile prendere le mosse da un parallelo tra la figura privatistica di appalto e quella pubblicistica.

Per quanto attiene alla definizione e alla struttura giuridica, non si riscontrano differenze sostanziali tra l'appalto pubblico e quello disciplinato dall'art. 1655 c.c. Ai sensi del codice civile l'appalto è «un contratto con il quale una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro».

Da questo punto di vista, l'appalto è "pubblico" semplicemente in quanto ne è parte la p.a. in qualità di committente¹⁸. Infatti, dal punto di vista della struttura negoziale, si tratta in entrambi i casi di contratti di scambio, onerosi, di durata (ad esecuzione prolungata) che presentano carattere commutativo e non aleatorio¹⁹.

Ora, l'appalto, pur comportando particolari tipi di rischio espressamente regolamentati, rimane un contratto non aleatorio²⁰. Nell'appalto la natura dell'obbligazione assunta dall'appaltatore è, infatti, di risultato²¹. Il committente, pertanto, non assume alcun rischio. Similmente, l'appaltatore non assume un rischio diverso da quello conseguente alla normale alea insita in ogni operazione contrattuale²².

¹⁶ Per queste considerazioni cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 488, il quale distingue poi tra interdipendenza iniziale delle prestazioni per cui l'impossibilità iniziale di una prestazione rende nullo l'intero contratto e quindi non dovuta la controprestazione (cd. sinallagma genetico), e interdipendenza funzionale nell'attuazione del programma contrattuale, per cui l'inadempimento di una delle parti (art. 1460 c.c.), l'impossibilità sopravvenuta (e non imputabile) della prestazione (art. 1463 e ss. c.c.), nonché il grave impedimento della controparte (art. 1453 ss. c.c.) giustificano l'inadempimento dell'altra parte o liberano dall'obbligo di adempiere al contratto (cd. sinallagma funzionale).

¹⁷ C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 489 e 493.

¹⁸ Questo non toglie che ci siano numerose deviazioni dal modello generale come la necessità di attivare un procedimento amministrativo consensuale per la selezione dell'appaltatore o l'attribuzione – specie in materia di appalti di lavori pubblici – di molteplici e penetranti poteri autoritativi in capo all'ente pubblico. Ma questo avviene in considerazione delle finalità pubbliche che in via più o meno mediata si intende soddisfare con l'esecuzione dell'appalto. Ciò nonostante, la dottrina prevalente, in considerazione del fatto che dette vicende vengono ad interessare la fase esecutiva del contratto è propensa a ritenere che in siffatto modo "non si altera l'equilibrio economico fondamentale".

¹⁹ In particolare, un contratto è commutativo quando «l'entità delle reciproche prestazioni non dipende da fattori casuali». Specularmente, un contratto si può dire aleatorio quando «è a carico di una parte il rischio di un evento causale che incide sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione contrattuale» (C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*). In altri termini, l'aleatorietà del contratto incide sul contenuto delle prestazioni e discende dalla incertezza totale o parziale di una delle medesime.

²⁰ Cass., sez. I, 3 novembre 1994, n. 9060 in *Mass.*, 1994.

²¹ In ciò consiste l'obbligazione assunta dall'appaltatore di eseguire l'appalto «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio». Non significa cioè che il contratto di appalto sia aleatorio per l'appaltatore e tantomeno per il committente che acquisisce la proprietà del bene alla consegna del medesimo.

²² La stessa Commissione europea sottolinea questo aspetto. Cfr. il par. 2.1.2. della Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, cit., secondo cui «È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente». Ma l'alea, che consente di qualificare un contratto in termini di aleatorietà «è qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che per conseguire l'utile sperato deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e

Sotto questo profilo non rilevano le variazioni di costi e di valori delle prestazioni che sono le uniche variabili cui vanno incontro committente e appaltatore²³ e che costituiscono oggetto di specifica disciplina normativa o contrattuale. L'alea delle variazioni di costi e valori che rimane entro i limiti della normalità, se non diversamente disciplinata da apposite previsioni contrattuali, rappresenta l'alea normale del contratto e, dunque, rimane a carico di ciascuno dei contraenti²⁴.

L'appalto (civilistico) rientra, dunque, nella categoria dei contratti commutativi. E l'appalto pubblico «non fuoriesce dallo schema tipico del contratto di appalto di cui all'art. 1655 c.c.»²⁵.

Al contrario, nel caso della concessione, il concessionario si accolla per intero il «rischio economico» dell'impresa²⁶. E questo rischio comprende la possibilità che alcuno usufruisca dell'opera o del servizio conferiti in gestione. Il concessionario, dunque, assume su di sé il rischio dell'insuccesso economico dell'impresa e della eventuale mancato ritorno o remunerazione del capitale investito per la costruzione dell'opera o per la gestione del servizio²⁷.

Questo avviene giustappunto in quanto la remunerazione dell'esecutore dell'opera o del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi (eventualmente) versati dai terzi per l'utilizzo del bene o servizio di cui si tratta²⁸. È tale forma di remunerazione a trasferire sul prestatore il rischio economico-imprenditoriale della gestione dell'opera o del servizio²⁹.

rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato in sede di offerta». Così R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, p. 115

²³ Nell'appalto pubblico il contraente privato assume solo una parte dei rischi come il rischio di modifiche al contesto normativo durante l'esecuzione del contratto – ad esempio, in termini di tutela dell'ambiente che richiedano modifiche dell'opera o fiscali tali da sconvolgere l'equilibrio finanziario del contratto - o il rischio di obsolescenza tecnica.

²⁴ Se la soglia della "normalità" viene superata la prestazione diviene eccessivamente onerosa e, ove sussistano i presupposti, fa scattare il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.). Tale rimedio è tuttavia precluso nei contratti aleatori se la sopravvenuta eccessiva onerosità rientra nel rischio assunto dalla parte (art. 1469 c.c.).

²⁵ Così F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 109.

²⁶ Secondo F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, *Urb. app.*, 2000 fasc. 10, pp. 1071, e in part. p. 1074 «il rischio cui si fa riferimento è quello effettivo di un investimento finanziario, fondato su previsioni di remuneratività di gestione che potrebbero non avverarsi».

²⁷ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) in *Urb. app.*, 2000 fasc. 10, pp. 1071, con commento di F. LEGGIADRO; in *Foro it.*, 2000, fasc. 9, pt. 4, p. 389, con commento di A. BARONE, U. BASSI; e in *Giorn. dir. amm.*, 2000, fasc. 12, pp. 1263, con commento di C. GUCCIONE. In essa si legge che «Il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo [...] Quest'ultimo [il concessionario] non è quindi direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Spetta pertanto al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto. Da quanto precede si deduce che, in una concessione di lavori, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario [...] Secondo la Commissione, si è in presenza di appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto comunitario quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera. [...] È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente (12). Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento «rischio» viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione». E questo discorso vale anche per la concessioni. Infatti, «Come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione».

²⁸ Anche l'avvocato generale N. Fennelly nelle sue Conclusioni presentate il 18 maggio 2000 nella causa *Teleaustria*, proporrà di considerare come criterio discrezionale in primo luogo il fatto che «il concessionario deve sopportare il rischio economico principale». Il fatto che il contratto di concessione sia concluso a favore di terzi sarebbe un criterio sussidiario ed il requisito dell'interesse pubblico del servizio concesso dovrebbe, a suo giudizio, essere escluso. Nella causa, la Corte non si è pronunciata sulla precisa delimitazione del concetto, ritenendo sussistente una concessione quando «la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione».

²⁹ Del regime applicabile alle concessioni la Corte si è occupata in più di una occasione. Cfr. in particolare la sentenza, causa C-324/98, *Teleaustria*, paragrafo 62; la sentenza 21.7.2005, causa C-231/03 *Coname*, paragrafi da 16 a 19. Solo raramente, tuttavia, la Corte ha posto in evidenza la distinzione tra appalto e concessione. Nella sentenza 27 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* (Racc. pag. I-8585, punto 40) è quella che ha affrontato il tema in maniera più approfondita «la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi».

Per l'ordinamento comunitario, dunque, la concessione si caratterizzerebbe per essere un contratto aleatorio *ex latere* concessionario³⁰. Invero, l'aleatorietà cui si fa riferimento in ambito comunitario non sembra coincidere pienamente con il concetto civilistico dianzi illustrato. Rimane in altri termini da stabilire se, sotto il profilo gius-civilistico, l'aleatorietà penetri la causa del negozio giuridico concessorio ovvero rimanga confinata entro il livello dell'operazione economica sottostante al negozio. La caratterizzazione in termini di aleatorietà del profilo causale della concessione comporterebbe conseguenze di non poco conto sul piano del regime giuridico. Infatti, il concessionario si vedrebbe privato di una serie di strumenti di tutela – come i meccanismi riequilibratori previsti per i contratti commutativi (art. 1467 e 1664 c.c.) – che conferiscono all'operazione economica sottostante una cornice di certezze giuridiche. E ciò potrebbe compromettere la finalità che l'istituto concessorio si prefigge e cioè quella di incoraggiare il coinvolgimento del capitale (economico e conoscitivo) privato nella realizzazione di infrastrutture o nella erogazione di servizi al cittadino.

Tuttavia, per l'ordinamento comunitario l'aspetto decisivo per distinguere un appalto dalla concessione rimane il profilo dell'aleatorietà economica del contratto di concessione. Si prescinde, dunque, dalla valutazione in merito all'influenza che l'aleatorietà economica esercita sul profilo strutturale e causale del negozio concessorio.

In realtà, sono stati individuati ulteriori profili distintivi rispetto all'appalto³¹. Ma tali profili non presentano minori criticità.

In particolare, non rappresenta un indice univoco la natura giuridica (a seconda dell'ordinamento, pubblicistica o privatistica) del negozio. Neppure l'aspetto strutturale (per la destinazione del servizio concesso a utenti terzi) costituisce un elemento giuridicamente rilevante. Parimenti, e con particolare riferimento alla concessione di servizi, il tipo di attività concedibile (“servizio di interesse generale” secondo le categorie comunitarie o “servizio pubblico” nella nomenclatura più familiare all'ordinamento italiano)³² non aiuta più di tanto a caratterizzare la concessione. Su questo ultimo punto si tornerà quando si tratterà del concetto di “servizi” come possibile oggetto di un contratto di concessione.

Per il momento concentriamoci sui primi due profili.

Sotto il primo profilo, il *proprium* della concessione non consiste nella delega di poteri pubblicistici.

La dottrina amministrativistica per anni ha sostenuto (e continua a sostenere) che tra i criteri per qualificare una concessione vi sono l'“effetto accrescitivo” e il “trasferimento di potestà pubblicistiche”³³. In una fase “primordiale” della riflessione sul tema, questo equivoco era presente anche nella giurisprudenza della Corte che nella sentenza 26 aprile 1994, causa C-272/91, detta *Lottomatica* ha

30 Per la aleatorietà funzionale (e non meramente economica) della concessione cfr. A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 186 e ss. Di contrario avviso R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 79; M. RICCHI, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità - (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in www.utfp.it.

31 Cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale A. La Pergola presentate il 19 febbraio 1998 nella Causa C-360/96, BFI Holding. Secondo La Pergola, «la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per communis opinio ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione».

32 Sulla divergenza fra la nozione comunitaria e quella nazionale cfr. R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 503.

33 Questa opinione risalente a G. ZANOBINI (*L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, (a cura di) *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1935, II, pt. III, pag. 235) è richiamata anche in Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro it.*, 2003, III, 327 e in *Urb. app.*, 2002, 673, con nota di B. MAMELLI. Sulle concessioni vd. R. CARANTA, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-V, Milano, Giuffrè, 2001, ad vocem; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 433; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1989, ad vocem; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità nelle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981; V. CAIANIELLO, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in Nss. D.I. Appendice, II, Torino, 1980, pag. 234 e ss.

affrontato il tema della distinzione tra appalti e concessione individuando il criterio distintivo nel «trasferimento di poteri al concessionario» (punto 24).

L'ambiguità è peraltro trascinata anche nella Comunicazione CE del 2000³⁴. Ma la presenza del rischio d'impresa viene ormai generalmente considerata il «fattore determinante»³⁵. Anche la giurisprudenza nazionale ha in qualche occasione dimostrato di aver preso coscienza di questo dato³⁶.

Sotto il secondo profilo, come è evidente per quanto sin qui detto, la concessione presenta sicuramente rispetto all'appalto una differente morfologia strutturale.

Essa, si è detto, genera un «rapporto giuridico trilaterale»³⁷ in cui il concessionario incaricato della gestione dell'opera o del servizio si rivale sugli utenti per percepire i proventi necessari a garantire il ritorno dell'investimento effettuato. Al contrario, un appalto pubblico dà luogo esclusivamente a un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene corrisposto direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice³⁸.

Ma la «trilateralità» costituisce un profilo puramente descrittivo³⁹, privo cioè di rilevanza giuridica⁴⁰ in quanto siamo comunque dinanzi a negozi distinti e non a un unico negozio giuridico. Al più si potrebbe parlare di un collegamento negoziale per la rilevanza che certi profili attinenti alla vita della concessione possono avere sui rapporti instaurati con l'utenza e viceversa⁴¹.

A ogni buon conto, l'aspetto preponderante rimane il trasferimento dell'alea economica dell'impresa⁴². Pertanto, ci si trova di fronte a un appalto tutte le volte che l'onere economico del contratto grava sulla p.a. anche se l'attività o l'opera oggetto del contratto è destinata a essere fruita da terzi utenti⁴³.

³⁴ Laddove individua come possibile oggetto della concessione il trasferimento di responsabilità in merito ad «attività appartenenti alla sfera di responsabilità dello Stato».

³⁵ Cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale M. Poiares Maduro presentate il 24 novembre 2004 nella causa C-264/03 *Commissione c. Francia*, «Il criterio della concessione, sebbene non sia fissato da norme di rango legislativo, può essere determinato attraverso il confronto con la definizione contenuta nella direttiva 93/37. Nella sua Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, anche la Commissione europea ha tentato di elaborare una definizione del concetto, utilizzando la presenza del rischio d'impresa come fattore determinante. Si può osservare che la direttiva 2004/18 elimina ogni incertezza sul punto, poiché all'art. 1, n. 4, definisce le concessioni di servizi come «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».

³⁶ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro amm.* - CDS, 2002, p. 1309. Il Collegio chiarisce che «Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento 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 provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato».

³⁷ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro it.*, 2003, III, 327 e in *Urb. app.*, 2002, 673, con nota di B. MAMELI. Di recente cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ Conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott presentate il 1 marzo 2005 nella causa *Parking Brixen* «nel caso di una concessione di servizi la società supporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione – almeno in parte – dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo. Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico appalto di servizi dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, supporta il rischio collegato alla fornitura del servizio».

³⁹ Che può solo aiutare nell'operazione di qualificazione della fattispecie concreta e come tale viene per lo più utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804 in *Cons. Stato*, 2005, I, 963; Cons. St., Sez. V, 11 marzo 2005, n. 1035 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro it.*, 2003, III, 327 e in *Urb. app.*, 2002, 673, con nota di B. MAMELI.

⁴⁰ Cfr. le Conclusioni del medesimo avvocato generale J. Kokott presentate il 15 giugno 2006 nel caso *Auroux* secondo la quale il fatto che il contraente della P.A. abbia la «facoltà di cedere direttamente a terzi gran parte del centro ricreativo, non è motivo sufficiente per qualificare la convenzione come «concessione di lavori pubblici» ai sensi dell'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37. Sebbene la triangolazione tra il comune di Roanne, la SEDL e i terzi acquirenti, che con i loro pagamenti concorrono sostanzialmente alla remunerazione della SEDL, possa ricordare una concessione, va bene sottolineare che una concessione pubblica si contraddistingue anche per il fatto che la parte contraente dell'amministrazione aggiudicatrice supporta il rischio economico dell'impresa. Ciò manca nel caso di specie, essendosi, infatti, il comune di Roanne obbligato contrattualmente a rilevare le parti del centro ricreativo non cedute allo scadere della convenzione e a sopportare altresì il rischio finanziario della convenzione».

⁴¹ E' bene chiarire che «parte» di un contratto si può definire solo «il titolare del rapporto contrattuale, cioè il soggetto cui è direttamente imputato l'insieme degli effetti giuridici del contratto». Così C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 53. Al più si potrebbe parlare di un contratto a favore del terzo (l'utente finale) ma anche questa prospettazione si rivela problematica in quanto l'interesse del terzo nella concessione non pare appunto rilevare sotto il profilo strutturale, bensì soltanto economico.

⁴² Cfr. la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) secondo la quale «Anche se, in genere, l'origine del compenso prelevato direttamente dall'utente dell'opera è un elemento significativo, quello determinante è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l'autorità concedente paga un prezzo». Per la giurisprudenza nazionale cfr. Cons. St., Sez. IV, 14 giugno 2005, n. 3114 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634 in *Foro amm.* - CdS, 2002, p. 1039.

⁴³ In questo senso F. MASTRAGOSTINO, *op. ult. cit.*, 109; nonché R. CARANTA, *op. cit.*, 124

3.2 La concessione di lavori pubblici⁴⁴.

La «concessione di lavori pubblici» è un contratto concluso in forma scritta, avente ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, 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. 3, comma 12).

La definizione di concessione di lavori pubblici offerta nel Codice replica quella introdotta con l'art. 19, L. n. 109/1994. E' stata, dunque, confermata la preferenza per una definizione meno scarna di quella contenuta nella direttive comunitarie ma più restrittiva di quella comunitaria.

Per le direttive comunitarie, infatti, la concessione di lavori pubblici ha lo stesso oggetto dell'appalto di lavori e, dunque, può avere per oggetto la sola esecuzione, la progettazione e l'esecuzione congiuntamente o, infine, «l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice».

L'art. 3, comma 11, del Codice - come l'art. 19, L. n. 109/1994 - non riproduce tra i possibili oggetti della concessione «l'esecuzione, con qualsiasi mezzo»⁴⁵. La *ratio* rimane la volontà legislativa di escludere la concessione di committenza⁴⁶ ovvero la generalizzazione di istituti, come l'affidamento a contraente generale⁴⁷, ammessi solo nelle ipotesi tassativamente previste.

Parimenti, si segnala che anche l'apertura verso la concessione di sola esecuzione è meno effettiva di quanto non farebbe inferire la definizione contenuta nell'art. 3. Infatti, l'art. 143 stabilisce il principio che la concessione di lavori pubblici «di regola» ha ad oggetto progettazione, esecuzione e gestione dell'opera. La disposizione attenua il principio solo nell'ipotesi in cui «la stazione appaltante disponga del progetto definitivo ed esecutivo, ovvero del progetto definitivo» e consente che «l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario» (comma 2). È, dunque, necessaria una ulteriore fase di progettazione di «completamento» o «revisione» dei tre livelli progettuali superiori. Potrebbe essere difficile tracciare una netta linea di confine con la progettazione definitiva e, ancor più, con quella esecutiva (soprattutto con il progetto esecutivo cd. cantierabile) ed è probabile che questa disposizione si presti a qualche abuso per consentire affidamenti diretti di servizi di progettazione.

Una ulteriore differenza rispetto alla direttiva comunitaria sembrerebbe essere rappresentata dalla tipologia di lavori oggetto della concessione. La direttiva fa esclusivo riferimento ai lavori pubblici, mentre il Codice al comma 11 dell'art. 3 - sulla falsa riga dell'art. 19, comma 2, L. n. 109/1994 - individua come possibile oggetto della concessione non solo i lavori pubblici, bensì anche quelli di pubblica utilità. Ma si tratta di una differenza puramente nominalistica in quanto come vedremo tra breve la nozione comunitaria di «opera pubblica» è molto ampia.

Infine, quanto al corrispettivo del concessionario, esso in piena aderenza al diritto comunitario

⁴⁴ In questa sezione si affronteranno solo gli aspetti relativi all'inclusione di questa fattispecie negoziale nell'ambito oggettivo del Codice.

⁴⁵ Non si comprende a questo punto perché nel comma 11 dell'art. 3 si ribadisca la formula comunitaria secondo cui la concessione di lavori presenta «le stesse caratteristiche di un appalto».

⁴⁶ Invero il Codice esclude espressamente questa ipotesi proprio come faceva l'art. 19, comma 3, della legge Merloni. L'art. 33, comma , dispone « Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici». Peraltro, viene stabilita una eccezione al divieto di concessione di committenza in quanto «le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza ». In dottrina vd. P. COSENTINO, *La concessione di committenza e le società di ingegneria*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1991, fasc. 5, pag. 758; A. CANCRINI, *La concessione di committenza e la legge n. 584*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, p. 793.

⁴⁷ L'istituto in parola è previsto dall'art. 173 del Codice per le sole «infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi». In dottrina cfr. A. DE LUCA PICIONE, *La figura del general contractor nella "legge obiettivo". Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2005, fasc. 2, pag. 103; S. RAIMONDI, *Strumenti normativi e problematiche giuridiche: i limiti della concessione nelle procedure di project financing. Il general contractor*, in *Nuove autonomie*, 2004 fasc. 3-4, pp. 367; S. AMOROSINO, *La concessione di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche da figlia prediletta (del potere) a figlia cadetta un po' rimpannucchiata*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2003, fasc. 2, pag. 403; G. STUMPO, *La figura del general contractor come delineata dalla l. n. 443 del 2001, e dal recente regolamento attuativo, di cui al d.lgs. n. 190 del 2002*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2002, fasc. 4, pag. 837; D. GALLI, *"Legge obiettivo" e opere pubbliche. il general contractor*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, fasc. 5 pag. 475.

consiste nel diritto di gestire l'opera ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo. La disciplina contenuta nell'art. 143 del Codice (che riproduce l'art. 19, comma 2, L. n. 109/1994) contiene poi le disposizioni relative ai criteri di determinazione del corrispettivo e alle condizioni in presenza delle quali può essere previsto un prezzo in aggiunta al diritto di gestire l'opera, nonché alle modalità (non pecuniarie) attraverso cui può essere corrisposto il "prezzo".

3.3 La concessione di servizi.

La direttiva 2004/18 definisce, senza disciplinare, la concessione di servizi⁴⁸. Questa scelta è stata dettata dalla volontà del legislatore comunitario di procedere separatamente⁴⁹ a una codificazione dei principi di diritto comunitario concernenti la concessione di servizi⁵⁰.

Il codice dei contratti, invece, non si limita a definire la concessione di servizi, ma detta una disciplina seppur «minima»⁵¹ dell'istituto.

Infatti, la definizione di «concessione di servizi» contenuta nell'art. 3⁵² - che già di per sé rappresenta una novità per il diritto interno - deve essere coordinata con le disposizioni contenute nell'art. 30 del Codice, le quali dettano alcuni principi essenziali in tema di concessioni di servizi.

In linea con l'ordinamento comunitario, l'art. 30 del Codice predispose una disciplina unitaria per tutte le tipologie di concessioni di servizi, soggette oggi a regimi differenziati. Esso detta alcune disposizioni generali dirette a incrementare il livello di competitività dei relativi affidamenti.

Ma prima di analizzare i principi regolatori dell'istituto codicistico occorre soffermarsi a tracciare i confini del campo di applicazione delle disposizioni in parola.

Le tipologie di "servizi" e di "concessione di servizi".

Sono due le tipologie di "concessione di servizi" prese in considerazione dall'art. 30 e si differenziano per l'oggetto contrattuale, cioè il tipo di servizio concesso. Esse sono la "concessione di servizi a terzi" e la concessione di "diritti speciali o esclusivi" (che nella nomenclatura nazionale equivale a dire "concessione di servizio pubblico").

Partiamo dal contenitore generale. Alla definizione di "concessione di servizi" si è già accennato. Essa si pone sulla falsariga delle direttive comunitarie e dunque degli artt. 1, n. 4, Dir. 2004/18/CE e art. 1, n. 4, Dir. 2004/17/CE. Si tratta, dunque, di un contratto assimilabile all'appalto di servizi se non fosse che la controprestazione a carico del concedente è rappresentata dal conferimento del diritto di svolgere una determinata «prestazione di servizi» nei confronti del pubblico e di percepire i proventi di siffatta prestazione. In alcuni casi il concedente può riconoscere al prestatore di servizi anche un corrispettivo in denaro se egli decide di "amministrare" o "calmierare" i prezzi al pubblico⁵³.

Secondo un'opinione⁵⁴, la concessione di servizi si distinguerebbe dall'appalto di servizi in quanto il servizio sarebbe prestato a favore della collettività e non dell'amministrazione⁵⁵. È sicuramente vero che tutti i servizi prestati direttamente alla pubblica amministrazione non possono mai costituire oggetto di un contratto di concessione. Non è altrettanto (indefettibilmente) vero che tutti i servizi prestati ai terzi ...

In realtà, come abbiamo già anticipato, secondo il diritto comunitario l'unico elemento inequivoco-

⁴⁸ Sulle concessioni di servizi vd. F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova 1998; G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 1995.

⁴⁹ Cfr. il Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale COM(2004) 374, nonché il Libro verde della Commissione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM(2004)0327).

⁵⁰ Come si è già accennato, le istituzioni comunitarie in più di una occasione hanno ribadito che la concessione di servizi è comunque soggetta ai principi del Trattato in tema di libera prestazione dei servizi e di diritto di stabilimento.

⁵¹ Così la definisce la Relazione illustrativa.

⁵² Secondo l'art. 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, in conformità all'art. 30».

⁵³ Cfr. la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, cit., paragrafo 2.1.2., nella quale si afferma che «La circostanza che la direttiva permetta che il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo non modifica questa conclusione. Si tratta di un'ipotesi che esiste nella pratica. Accade ad esempio che lo Stato sostenga parzialmente il costo di gestione della concessione affinché il prezzo delle prestazioni diminuisca per l'utente (pratica dei «prezzi sociali»). Tale intervento può avvenire secondo modalità diverse (somma forfettaria garantita, o 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 una parte del costo dell'opera e della sua gestione. Infatti, rientrano sempre nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente alla gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione».

⁵⁴ R. DE NICTOLIS, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in *Urb. app.*, 2006, 9, 1003.

⁵⁵ Per la tesi che distingue tra servizi alla pubblica amministrazione e servizi al pubblico cfr. B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 70 ss e la letteratura ivi citata.

cabilmente peculiare delle concessioni (di lavori e servizi) è rappresentato dal “rischio economico”⁵⁶.

Infatti, fattispecie contrattuali aventi a oggetto servizi resi a favore della collettività possono (e devono) ciò malgrado essere ascritte al *genus* degli appalti⁵⁷.

Questo accade nei casi in cui il costo del servizio gravi sostanzialmente sul bilancio pubblico⁵⁸.

Ma l'indagine sulle tipologie di “servizi” oggetto delle concessioni rivela un aspetto ancor più decisivo per comprendere i confini e il regime dell'istituto così come calato nel Codice.

L'art. 30 distingue testualmente tra “servizi a terzi” e “servizio pubblico” come possibili oggetti della concessione. Infatti, la terminologia utilizzata dal Codice contrappone la «concessione di servizi a terzi» (art. 30, comma 5) alla concessione di «diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico» (art. 30, comma 6).

Con riguardo alla “concessione di servizio pubblico”, l'art. 30, comma 6, si ispira chiaramente alla rubrica dell'art. 3 della Direttiva 2004/18/CE che pone la cd. “clausola di non discriminazione” in capo ai titolari di “concessione di diritti speciali o esclusivi”⁵⁹.

Ma la “concessione di servizio pubblico” non esaurisce la nozione comunitaria e codicistica di “concessione di servizi”.

È sufficiente analizzare la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario per accorgersi che in essa convivono due tipologie distinte di concessioni di servizi.

Nel delimitare il campo di applicazione della Comunicazione la Commissione afferma che «benché le concessioni non siano contemplate dalle direttive sugli appalti pubblici, esse sono soggette alle norme e ai principi del trattato, nella misura in cui siano riconducibili ad atti dello Stato e abbiano per oggetto la prestazione di attività economiche. Infatti, ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del trattato e, in particolare, di quelle degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66)».

Tuttavia, la Commissione prosegue per affermare che devono considerarsi concessioni tutti gli «atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto, vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione». Ma subito tiene a precisare che «Siffatti servizi rientrano nell'ambito della presente comunicazione se configurabili quali prestazioni di attività economiche ai sensi degli articoli da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato».

E così abbiamo che la concessione comprende, per un verso, «ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche»; ma, per altro verso, essa include pure «ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le

⁵⁶ Secondo R. CARANTA, *op. cit.*, p. 121, «per i servizi prestati ai terzi, nei quali ultimi solo può essere configurato un rischio di gestione che eccede la normale alea di qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive, dovrà distinguersi circa l'effettiva presenza o meno del rischio stesso sono le primo caso avendosi una concessione secondo l'accezione comunitaria del termine». L'Autore cita il caso dei servizi di tesoreria. In giurisprudenza vd. TAR Toscana, Sez. II, 15 maggio 1998, n. 410, in *Foro amm.*, 1999, p. 158; Cons. Stato, Ad. plen., 18 maggio 2002, n. 6 in *Urb. app.*, 2002, p. 1321, con commento di R. CARANTA. Entrambe le decisioni hanno escluso che qualificato il rapporto fra ente pubblico e affidatario del servizio di tesoreria potesse qualificarsi in termini di concessione.

⁵⁷ Secondo A. CLARIZIA, *op. cit.*, non ricadono nella sfera di applicazione delle disposizioni comunitarie sugli appalti «i servizi, che ancorché definibili come pubblici, sono resi ai privati e retribuiti, almeno parzialmente, attraverso canoni o altri esborsi a carico dei privati stessi».

⁵⁸ C. giust. CE, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *BFI Holding*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 157 con nota di G. GRECO in cui la Corte ha qualificato come appalto di servizi una fattispecie contrattuale avente a oggetto il servizio di raccolta dei rifiuti; C. giust. CE, 10 aprile 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1925 che ha qualificato come appalto di servizi l'affidamento del servizio di raccolta delle acque reflue e smaltimento dei rifiuti; C. giust. CE, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, in *Urb. app.*, 2003, p. 168, con commento di M. BROCCA ha interpretato la fattispecie di affidamento di trasporto pubblico urbano alla luce della normativa sugli appalti di servizi. Parimenti, per la giurisprudenza nazionale, Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro amm. - CDS*, 2002, p. 1309 ha qualificato come appalto di servizi l'affidamento di un servizio di trasporto pubblico di linea come il servizio di “scuolabus”. In dottrina F. MASTRAGOSTINO, *op. cit.*, 109, e R. CARANTA, *op. cit.*, 112, invitano a distinguere in presenza di “servizi al pubblico” le ipotesi nelle quali il rischio economico non incombe sul privato, bensì sulla pubblica amministrazione.

⁵⁹ L'articolo 3 della Direttiva n. 18 del 2004 dispone che «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 fornitura conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità». Il successivo art. 17 (Concessioni di servizi) dispone che «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». L'ultima disposizione citata stabilisce che «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».

condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche [...] la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato».

Nella prima ipotesi prevale l'aspetto soggettivo in quanto il contratto è qualificabile come "concessione" per la natura (pubblica) della fonte del diritto di svolgere quella determinata prestazione di servizi⁶⁰. Nel secondo caso, invece, si tratta di un contratto che ha per oggetto una prestazione di servizi che per qualche sua caratteristica intrinseca normalmente viene erogata da un'autorità pubblica.

Insomma, la distinzione codicistica tra "concessioni di servizi a terzi" e "concessioni di servizio pubblico" sembra trovare un antecedente logico proprio nella Comunicazione CE sulle concessioni. Questo dato lascia ben sperare per il definitivo allineamento del diritto interno al diritto comunitario in materia di contratti pubblici⁶¹.

Di più, la nozione codicistica di "concessione di servizi" sembra prendere a prestito la nozione ampia di servizi contenuta nell'art. 50 del Trattato e oggi codificata nella direttiva 2006/123/CE⁶².

Pertanto, nella sua accezione più lata, essa comprende tutti i casi in cui un'autorità pubblica cede a un terzo il diritto di svolgere una determinata attività economica (non salariata). In alcuni casi, tuttavia, l'attività si colora di particolari connotati pubblicistici in quanto costituisce «adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico». In altri termini, in questi casi, il singolo ordinamento assegna a una determinata autorità pubblica il compito (obbligatorio) di rendere una determinata prestazione di servizi a favore della collettività. E siffatta autorità può (secondo alcuni, deve sempre) coinvolgere o cedere a un operatore economico qualificato il compito di svolgere questa attività se ritiene di non avere capacità e/o risorse adeguate.

Ebbene, in questa seconda tipologia di concessioni di servizi è evidente la traccia delle concessioni di servizio pubblico. Peraltro, la riflessione di giurisprudenza e dottrina, comunitaria e nazionale, sul tema è ormai sufficientemente matura⁶³ e avrebbe potuto ispirare una disciplina ben più puntuale dell'istituto che andasse oltre le stringate disposizioni comunitarie⁶⁴ e l'art. 30 del Codice o le sparse disposizioni contenute nelle varie discipline di settore.

Occorre, invece, interrogarsi su quali siano gli esempi di concessione di servizi a terzi. All'interno di siffatta categoria ricadono sicuramente le "concessioni beni pubblici produttivi"⁶⁵.

Questa tipologia di concessione di servizi ha a lungo goduto dell'ombra proiettata dalla ben più imponente (e più nevralgica) categoria delle concessioni di servizio pubblico. E in qualche caso si è probabilmente approfittato di questo particolare schema concessorio per mascherare concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizio pubblico al fine di eludere la normativa comunitaria e interna in materia di contratti pubblici.

⁶⁰ La Commissione si affretta a precisare che non ricadono all'interno di questa nozione «gli atti mediante i quali un'autorità pubblica conferisca un'abilitazione o conceda un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica» come «le concessioni di taxi o l'autorizzazione ad utilizzare la strada pubblica (edicole dei giornali, caffè all'aperto), gli atti riguardanti le farmacie, i distributori di benzina».

⁶¹ Vd. anche F.LEGGIADRO, *I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urb. app.*, 2006, 8, p. 873, part. 875; M. PALLOTTINO, *Di alcuni problemi in tema di concessioni, attribuzioni Stato-regioni, autorità di vigilanza, opere a scomputo e tutela ante-causam*, in *www.giustamm.it*, 7-2006; R. DI GIULIO, *Modalità di affidamento. "Le concessioni"*, in *www.giustamm.it*, 6-2006; C. CONTESSA *Le concessioni di lavori e di servizi fra tradizione nazionale ed impulsi comunitari: le novità del "Codice De Lise"*, in *www.giustamm.it*, 11-2006.

⁶² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (pubblicata in G.U. dell'Unione Europea n. L376 del 27/12/2006). Si tratta cioè dei «servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi d'interesse generale non rientrano nella definizione di cui all'articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. I servizi d'interesse economico generale sono servizi che, essendo prestati dietro corrispettivo economico, rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Tuttavia, alcuni servizi d'interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore dei trasporti, sono esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva, mentre altri servizi d'interesse economico generale, per esempio quelli che possono esistere nel settore postale, sono oggetto di una deroga alla disposizione sulla libera prestazione di servizi stabilita nella presente direttiva» (considerando 17). E l'art. 4 definisce servizio «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione». Mentre il settantesimo considerando fornisce una definizione di servizi di interesse economico generale come quei «i servizi la cui fornitura costituisca adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico affidata al prestatore dallo Stato membro interessato. Tale affidamento dovrebbe essere effettuato mediante uno o più atti, la cui forma è stabilita da ciascuno Stato membro, e precisare la natura di tale specifica missione». La direttiva non impone agli Stati membri di aprire i servizi di interesse economico generale alla concorrenza e non interferisce sulle modalità di finanziamento o di organizzazione. I corsivi sono nostri.

L'avvocato generale C. Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 14 settembre 2006 in causa C-532/03, su una controversia avente a oggetto l'applicabilità della direttiva 92/50/CEE all'affidamento di servizi di soccorso ha affermato che per aversi "prestazione di servizi" ai sensi dell'art. 50 «è sufficiente che il corrispettivo di una prestazione venga pagato da un soggetto terzo».

⁶³ Cfr., a livello comunitario, il Libro verde della Commissione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM(2004)0327); nonché il Libro Bianco sui servizi di interesse generale" (COM(2004)0374). A livello interno vd. il d.d.l. AS772 (cd. Lanzillotta) contenente la delega al Governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali.

⁶⁴ Ci si riferisce agli artt. 1, comma 4, 3 e 17 della Direttiva 18/CE/2004, nonché agli artt. 1, comma 3, e 18 della Direttiva 17/2004/CE.

⁶⁵ Quelle che M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, 1993, p. , definiva «concessioni su beni pubblici strumentali a servizi e di produzione». Vd. anche R. CARANTA, *Concessioni di beni e regole della gara*, in *Urb. app.*, 2005, p. 333.

Oggi, la giurisprudenza comincia ad avvedersi del “raggiro”. In alcune recenti sentenze la giurisprudenza amministrativa ha infatti puntato l’attenzione su questo fenomeno e ha richiesto il rispetto delle regole dettate dal Trattato CE per il rilascio di concessioni di beni pubblici⁶⁶. Non è lontano il momento in cui anche la giurisprudenza comunitaria sarà chiamata a pronunciarsi su questo genere di fattispecie⁶⁷.

Vedremo che la distinzione appena effettuata di traduce ed emerge anche in alcuni profili della disciplina delle concessioni di servizi. Sta di fatto che la versione più “pura” di concessione di servizi dal punto di vista comunitario è proprio la concessione di servizi a terzi in quanto, a differenza della concessione di servizio pubblico, non contempla mai la corresponsione di un prezzo a favore del concessionario.

Il regime delle concessioni di servizi. In particolare, Le modalità di scelta del concessionario.

Analizziamo ora il contenuto della disciplina codicistica.

La disposizione in commento si occupa principalmente di quattro aspetti. Il primo attiene al regime della concessione di servizi e in particolare alle modalità di selezione del concessionario. Il secondo concerne la controprestazione a carico del concedente. Il terzo riguarda i rapporti con le discipline di settore. Infine, l’ultimo attiene alla disciplina dell’attività contrattuale dei concessionari di servizi e dunque all’inquadramento dei concessionari di servizi tra le amministrazioni aggiudicatrici.

Sotto il primo profilo, la disposizione in commento ribadisce il principio di derivazione comunitaria secondo il quale, per quanto possibile, deve essere garantito il rispetto dei principi del Trattato UE e dei principi generali di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

In primo luogo, la parità di trattamento implica eguaglianza e non discriminazione e, dunque, il divieto di trattare situazioni analoghe in modo diverso, salvo che la diversità di trattamento sia giustificata⁶⁸.

In stretta connessione al predetto principio si pone la trasparenza. Essa deve essere garantita con ogni mezzo appropriato, anche tramite forme di pubblicazione dei bandi di gara a livello comunitario⁶⁹. La trasparenza richiede che siano fornite tutte le informazioni necessarie affinché i potenziali contraenti possano decidere se partecipare o meno alla procedura. In particolare, i criteri di scelta e di attribuzione dei punteggi, l’oggetto del contratto e le prestazioni richieste devono essere pubblicizzati.

Inoltre, il principio di proporzionalità richiede che, ai fini della selezione dei candidati, una amministrazione appaltante non possa esigere capacità tecniche o finanziarie del tutto sproporzionate rispetto all’oggetto del contratto⁷⁰.

⁶⁶ In particolare si è messo in discussione un istituto anacronistico e anticoncorrenziale quale il cd. diritto di insidenza che celava sotto le sue mentite spoglie una facoltà di rinnovo perpetuo delle concessioni di beni pubblici a favore del precedente titolare. Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur. it.*, 2005, 851. Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764 in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355 con nota di S. CASSESE; Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2000, n. 725 in *Foro amm.*, 2000, p. 469. Per la tesi favorevole al diritto di insidenza cfr. S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insidenza»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003 pp. 356 e in giurisprudenza Cons. St., sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1224, in *Foro amm.*, 1999, 2061.

⁶⁷ Con riferimento all’ipotesi di affidamento della gestione lucrativa di supporti pubblicitari di cui è provvisto l’arredo urbano pende dinanzi alla Corte di giustizia CE domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato del Belgio nella causa C-378/06, *Clear Channel Belgium c. Comune di Liegi*. Presto sapremo cosa ne pensa il giudice comunitario.

Nel frattempo il giudice amministrativo ha affrontato lo stesso tema ed è arrivato alle medesime conclusioni pur seguendo un percorso argomentativo che fa leva sulla trilateralità del rapporto concessorio. Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ma proprio in questo caso emerge l’avviluppo di una simile tesi. Il giudice avvinghiato alle categorie di diritto interno è, infatti, costretto a configurare i terzi che intendano avvalersi della cartellonistica pubblicitaria come “utenti” di un fantomatico servizio pubblico di cartellonistica pubblicitaria gestito dal privato su concessione dell’autorità pubblica. In realtà, l’autorità dietro lauto compenso - sotto forma di canone concessorio - ha ceduto a un intermediario privato che ha assunto la qualifica di concessionario i diritti di sfruttamento dei supporti pubblicitari inseriti nell’arredo urbano. E questa è un’ipotesi classica di “concessione di servizi a terzi”. Ma la fenomenologia delle «concessioni su beni pubblici strumentali a servizi e di produzione» è ampia e comprende il caso degli impianti sportivi comunali (TAR Lombardia, sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633); quello delle aree di servizio autostradale (TAR Lazio, sez. III-ter, 2 agosto 2004, n. 7571; nonché Tar Lazio Sez. III-ter, 23 marzo 2004, n. 2703 in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, fasc. 4, pag. 139 con nota di M.R. SPASIANO, *L’evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*); quelle delle aree commerciali all’interno delle aerostazioni (TAR Veneto, Sez. III, 26 maggio 2003, n. 3014); le aree demaniali marittime (C.G.A. Sicilia, sez. giurisdizionale, 29 gennaio 2007 n. 9; Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421; Cons. St., sez. VI, 25 maggio 2006, n. 3133) e le aree portuali (TAR Liguria, sez. I, 17 dicembre 2003, n. 1666); per finire con le concessioni livellarie sull’agro marmifero (Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2007, n. 377).

⁶⁸ Sulla diretta connessione del principio di parità di trattamento con il tema degli appalti si veda da ultimo la sentenza 29 aprile 2004, causa C- 496/99, in *Foro amm. - Cds*, 2004, 985, secondo la quale le procedure di raffronto tra le offerte, in tutte le fasi, devono rispettare tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello di trasparenza, affinché tutti gli offerenti abbiano le stesse possibilità nella formulazione delle offerte

⁶⁹ Sul punto si veda la sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, in *Foro it.*, 2000, IV, 1

⁷⁰ Sentenza, 24 novembre 2005, causa C- 331/04

Infine, il principio del mutuo riconoscimento comporta che la stazione appaltante sia tenuta ad accettare le specifiche tecniche, i controlli, le certificazioni, le qualifiche ed i titoli acquisiti da un candidato in un altro Stato membro⁷¹.

La Commissione ha ulteriormente precisato le ricadute applicative di questi principi nella recente Comunicazione interpretativa della Commissione sul regime degli “appalti esclusi” dalle direttive⁷². Anche la giurisprudenza comunitaria si è messa all’opera e tenta di specificare meglio il contenuto precettivo di questi principi⁷³.

Anche il Codice vuole dare il suo contributo alla causa. Tuttavia, esso si limita a inserire una innocua “regoletta” in tema di procedure di gara che poco aggiunge e nulla toglie. Infatti, il codice richiede quale specifica modalità di scelta del concessionario l’espletamento di una preventiva gara informale con almeno cinque concorrenti qualificati e con predeterminazione dei criteri selettivi⁷⁴.

Esistono ragionevoli dubbi sull’efficacia di questa regola ai fini di una maggiore apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni di servizi. Non basta a questi fini il riferimento alla necessità di svolgere una «gara» contenuto nel secondo capoverso del secondo comma dell’art. 30⁷⁵.

La controprestazione a carico del concedente.

Il comma secondo dell’art. 30 contiene due disposizioni.

La prima prevede che «Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio» (primo capoverso).

La seconda prevede che «Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare» (secondo capoverso).

In queste disposizioni affiora una prima ricaduta concreta della distinzione che si illustrava poc’anzi tra concessione di servizi a terzi e concessione di servizio pubblico.

Il primo capoverso si riferisce, infatti, alla tipologia “pura” o “calda” di concessione di servizi, quella in cui il concessionario fonda integralmente la sua remunerazione sulla gestione del servizio e nei casi in cui il servizio è particolarmente profittevole corrisponde al concedente anche un canone.

Al contrario, nel caso di concessioni “impura” o “fredde”, cioè di concessione di servizio pubblico, la p.a. compensa l’operatore economico per mantenere le tariffe al di sotto di un certo livello o garantire lo standard qualitativo del servizio politicamente desiderato. Infatti, in assenza di opportuni meccanismi di compensazione pecuniaria, l’alterazione dell’equilibrio economico-finanziario conseguente all’intervento di contenimento e controllo del concedente impedirebbe al concessionario di raggiungere quel margine di utile che era ragionevole attendersi in mancanza del predetto intervento⁷⁶.

Le discipline esogene della concessione di servizi.

Quella appena illustrata rappresenta la disciplina delle concessioni di servizi che trova origine nel corpo dell’art. 30. Ora, veniamo ai rapporti con le discipline esogene della concessioni di servizi.

In primo luogo, l’art. 30 ha valenza generale e questo pare trovare conferma nell’art. 216. che ne fa salva l’applicabilità in ogni caso. L’art. 216 del Codice esclude l’applicabilità della Parte III (sui con-

⁷¹ Sentenza 21 luglio 2005, causa C- 231/03, in www.giustamm.it. In argomento si veda anche, per un approccio di tipo più in generale, C. Franchini, I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003, n. 5, p. 1037, e *European Principles Governing National Proceedings*, in *Law and Contemporary Problems*, School of Law, Duke University, 2004, vol. 68, n. 1, p. 183

⁷² Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», 1 agosto 2006, (2006/C 179/02).

⁷³ Vd. le Conclusioni dell’avvocato generale Jarabo Colomer presentate l’8 novembre 2006, in causa C-412/04, *Commissione c. Italia*, punto 40 ss.

⁷⁴ In linea con quanto recentemente affermato in Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, che in merito all’esigenza di una adeguata pubblicità e alla non compatibilità con il diritto comunitario dell’attribuzione di concessione di servizi senza gara, afferma «I principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all’autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L’obbligo di trasparenza che incombe alla detta autorità consiste nella garanzia, a favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, cit., punti 61 e 62)» (punto 49).

⁷⁵ Di questa opinione F. LEGGIADRO, *op. cit.*, 878.

⁷⁶ Per considerazioni simili cfr. F. LEGGIADRO, *op. cit.*, p. 875.

tratti nei settori speciali) alle concessioni di lavori e/o servizi aventi a oggetto una delle attività dei settori speciali ma fa «salva l'applicazione dell'articolo 30 in tema di concessione di servizi»⁷⁷.

Per quanto riguarda i rapporti con le altre disposizioni contenute nel codice, l'art. 30, anzitutto, limita l'applicabilità del Codice alle disposizioni in esso contenute, alle disposizioni contenute nella Parte IV in materia di contenzioso, nonché all'art. 143, comma 7, ma solo in quanto compatibile⁷⁸.

Si pone, poi, il problema di stabilire se le disposizioni dettate in materia di concessioni di lavori pubblici siano estensibili alle concessioni di servizi⁷⁹. Secondo un'opinione, alcune delle anzidette disposizioni sarebbero estensibili. In particolare, quelle dettate in materia di finanza di progetto⁸⁰.

In questo modo, secondo alcuni autori, diverrebbe possibile affidare un servizio su iniziativa del promotore privato e per questa via remunerare la gestione del servizio operata da parte del privato finanziatore a progetto con l'attribuzione dell'esecuzione dei lavori eventualmente accompagnata da un prezzo. Nella versione classica di *project financing*, invece, il potere di iniziativa è attribuito esclusivamente all'amministrazione concedente e l'esecuzione di lavori viene retribuita mediante l'assegnazione della gestione dell'opera con l'eventuale aggiunta di un prezzo (artt. 143 e 156)⁸¹.

Del resto, in dottrina si è già sottolineato che la concessione di lavori pubblici non è altro che una concessione di servizio pubblico attratta alla disciplina degli appalti per la rilevanza che in essa assume la realizzazione dei lavori rispetto alla gestione del servizio⁸². La concessione di servizi non sarebbe altro che una delle varie forme possibili di *project financing*⁸³.

Risolto il problema dell'*an* della estensione rimane da affrontare il nodo relativo alla disciplina effettivamente estensibile. Infatti, come abbiamo visto, la concessione di servizi conferisce alle amministrazioni concedenti un relativamente ampio margine di manovra nella strutturazione dell'operazione e nella selezione del contraente. Infatti, esse, salvo che per l'obbligo di pubblicità e di procedure, sono sostanzialmente sottratte all'orbita applicativa del Codice. Per converso invece il *project financing* è disciplinato dal Codice in maniera molto puntuale⁸⁴.

⁷⁷ Tuttavia, il nuovo comma 1-bis dell'art. 216, introdotto dall'articolo 2 del d.lgs. n. 6 del 2007, impone al concessionario che esercita una o più delle predette attività e che non sia già «ente aggiudicatore», di osservare le disposizioni della Parte III se è stato scelto senza il ricorso ad una procedura di gara aperta o ristretta.

⁷⁸ La disposizione richiamata è quella relativa al piano economico-finanziario: «L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione». Ma R. DI GIULIO, *Modalità di affidamento. Le concessioni*, in *www.giustamm.it*, attribuisce a una distrazione nel *drafting* legislativo il rinvio a tale disposizione. Infatti, l'intenzione manifestata dagli estensori era quella di estendere alle concessioni di servizi la disposizione che in materia di concessioni di lavori consente una durata ultratrentennale del rapporto concessorio ove ciò sia necessario al fine di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario del concessionario. Nella Relazione illustrativa si legge che «il comma 6, estende alle concessioni di servizi, nei limiti della compatibilità, l'articolo 143, comma 7. In tale parte, viene riprodotto l'art. 3, comma 8, l. n. 415 del 1998, che estende alle concessioni di servizi, nei limiti della compatibilità, l'art. 19, comma 2 bis, l. n. 109 del 1994, dettato per le concessioni di lavori. Tale art. 19, comma 2 bis, è stato appunto riprodotto nell'articolo 143, comma 7». Ora, l'art. 3, comma 8, l. n. 415 del 1998 dispone che «Alle concessioni di servizi pubblici si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2-bis, della legge n. 109, introdotto dal comma 7 del presente articolo». Ebbene, l'art. 19, comma 2-bis, è stato riprodotto nell'art. 143, comma 8 (non comma 7), del Codice.

⁷⁹ In passato la giurisprudenza ha negato, in determinati casi, la legittimità dell'affidamento della concessione di servizi mediante ricorso al *project financing*. Cfr. Tar Molise, sez., 2002, n. 724; e TAR Campania, sez., ... 2004, n. 3046.

⁸⁰ Secondo R. DI GIULIO, *op. cit.*, 39 «Ciò pare potersi desumere dalla lettera dell'art. 152, comma 3, CCP, secondo cui: "Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento", ove il generico riferimento ai servizi sembra più propriamente riferibile alle concessioni di servizi, in quanto l'istituto del promotore postula comunque una concessione (argomentandosi ex art. 153, comma 1, in combinato disposto con l'art. 143 CCP)». Anche A. CLARIZIA, *op. loc. cit.*, è di questa opinione «se si esamina l'art. 152, co. 3, in base al quale le disposizioni sul *project financing* si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, deve ritenersi che il riferimento, seppur generico, riguarda proprio le concessioni, anche in ragione del fatto che l'istituto del promotore postula comunque una concessione (si vedano gli artt. 153, co. 1 e 143). Inoltre anche nell'art. 156, relativo alle società di progetto, si riscontra il riferimento ai servizi di pubblica utilità».

⁸¹ In questi termini cfr. A. CLARIZIA, *op. loc. cit.*; nonché R. DI GIULIO, *op. cit.*, p. 39.

⁸² Cfr. R. CARANTA, *op. cit.*, p. 115.

⁸³ Vd. F. LEGGIADRO, *Concessione e appalto di costruzione e gestione*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, Padova, Cedam, 2005, Tomo I, *ad vocem*.

⁸⁴ Secondo A. CLARIZIA, *op. loc. cit.*, «Va ovviamente tenuta ferma la clausola di compatibilità, per cui si dovrebbe valutare sino a che punto possano essere applicate le norme sul *project*, calibrate per tradizione sulla realizzazione delle opere pubbliche». Per R. DI GIULIO, *op. loc. cit.*, «Quanto alla disciplina giuridica applicabile nella specie, posto che non paiono sussistere particolari ostacoli all'operatività degli articoli da 156 a 160, non molto compatibile sembra invece l'adozione, per l'affidamento della concessione di servizi mediante ricorso al *project financing*, delle procedure di cui agli articoli da 153 a 155, che - essendo state previste in materia di realizzazione di un'opera - risultano forse troppo severe e sovrabbondanti, considerata la snellezza dello strumento concessorio quale delineato dall'art. 30. Orbene, ammettendo la pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 153, nel caso di presentazione di un progetto da parte del promotore privato, forse è più ragionevole ritenere che poi il concessionario venga comunque individuato col ricorso ad una gara informale, anziché mediante una gara munita di tutti i crismi di cui all'art. 155». La medesima autrice sostiene (ma solleva qualche dubbio sulla effettiva) l'estensibilità anche della disposizione contenuta nell'art. 156 CCP, che riproduce nella sostanza l'art. 37 *quinquies* della L. n. 104 del 1994 in tema di società di progetto. Essa prescrive che «Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuo-

Ora, se si decide di seguire la strada dell'estensione analogica (nei limiti della compatibilità) della disciplina della concessione di lavori pubblici non si può operare un "cherry picking" delle sole disposizioni che fanno più comodo ed escludere quelle che sono troppo "severe"⁸⁵. Si tratta, infatti, di un sistema normativo compiuto che risponde a una logica interna unitaria. Sfrondarlo delle spine per conservarne i petali più graditi.

Ma, più in generale, non si comprende per quale ragione il concedente - il quale potrebbe esercitare la enorme discrezionalità che (per il momento) il diritto comunitario e il Codice gli riconoscono per strutturare l'operazione e la gara sulla falsariga delle procedure di finanza di progetto -, dovrebbe trovare più conveniente sottomettersi alle disposizioni puntuali e "severe" del Codice⁸⁶. Probabilmente, è la complessa disciplina del rapporto di concessione a valle della sua conclusione che può essere difficilmente replicabile a livello di bando o di contratto⁸⁷. Ma allora se è questo che interessa, al concedente non resta che prendere la rosa con tutte le spine.

Da ultimo, occorre illustrare i rapporti con le discipline esterne al Codice, speciali o di settore. L'art. 30 non intende derogare alle «discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza»⁸⁸, così come non esclude l'operatività delle «discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici», a condizione che esse siano «conformi ai principi dell'ordinamento comunitario»⁸⁹.

È come dire che - almeno con riferimento ai servizi pubblici locali - nulla è cambiato o quasi.

Ciò, per un verso, conferma che la disposizione sembra dettata prioritariamente per le concessioni di servizi "pure" per le quali il contenuto precettivo dell'art. 30 rappresenta ormai un principio inderogabile. E ciò come abbiamo visto non era del tutto scontato con riferimento a questa tipologia di concessioni.

Per altro verso, essa non altera l'equilibrio (precario) che si è raggiunto nel settore dei servizi pubblici locali⁹⁰.

Infatti, il quinto comma armonizza l'art. 30 con la disciplina speciale in materia di servizi pubblici locali la quale lascia aperte tutte le opzioni possibili⁹¹. Anzitutto, l'affidamento del servizio a un operatore economico selezionato mediante gara⁹². Poi, la scelta sempre a mezzo di procedura ad evidenza pubblica di un *partner* economicamente e tecnicamente qualificato nella gestione del servizio per la costituzione di (o la cessione di partecipazioni in) una società mista⁹³. Per finire con l'affidamento *in house* che costituisce un modello organizzativo interno all'amministrazione del tutto alternativo alla esternalizzazione mediante partenariato pubblico-privato (contrattuale o istituzionalizzato che sia).

Altrettanto vale per i rapporti con le discipline di settore «che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza». Il quarto comma mira, cioè, a coordinare il Codice dei contratti pubblici con le

vo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile». In proposito, R. DI GIULIO auspica «un intervento legislativo volto a rimuovere il termine "nuovo", onde consentire la costituzione di dette società per qualsivoglia tipo di servizio pubblico, soprattutto preesistente. A meno che non si voglia sostenere la possibilità di un'interpretazione analogica della disposizione [...] anche ai servizi non nuovi, per identità di *ratio*». Diversamente, «si vanificherebbe di fatto la possibilità di costituire dette società, visto che la maggior parte dei pubblici servizi affidati non presentano elementi di novità».

⁸⁵ Così R. DI GIULIO, *op. loc. cit.*, con riferimento alle « procedure di cui agli articoli da 153 a 155 ».

⁸⁶ Ciò è stato fatto per esempio con riferimento a una fattispecie di concessione di beni. Cfr. TAR Lazio, sez. II, 27 febbraio 2006, n. 1497 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁷ Ci si riferisce al *corpus* normativo degli artt. 156-160 del Codice. In realtà, le previsioni più problematiche da mutare con la disciplina di gara o contrattuale sono quelle relative alla emissioni di obbligazioni da parte della società di progetto e al privilegio sui crediti dei soggetti finanziatori. Meno problematica da questo punto di vista appare essere la mutuabilità delle disposizioni sulla società di progetto, sul diritto di subentro degli enti finanziatori e sulle conseguenze della risoluzione/revoca della concessione.

⁸⁸ «Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza» (comma 4).

⁸⁹ «Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici» (comma 5).

⁹⁰ Cfr. gli artt. 112 e ss. e in particolare l'art. 113 del d.lgs. 8 agosto 2000, n. 267 recante Testo Unico Delle Leggi Sull'ordinamento Degli Enti Locali.

⁹¹ Almeno per il momento. E' in corso di approvazione il cd. "d.d.l. Lanzillotta" di riordino dei servizi pubblici locali (A.S. 772).

⁹² Verosimilmente questa fattispecie corrisponde all'ipotesi classica di concessione di servizio pubblico in quanto con l'operatore così selezionato l'amministrazione concluderà un contratto, se si preferisce, metterà in piedi un "partenariato contrattuale". Vd. il punto 3 della Comunicazione della Commissione 15 novembre 2005 COM(2005) 569 sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni; nonché il paragrafo 22 e il punto 2.1.2. del Libro Verde 30 aprile 2004 COM(2004) 327 relativo ai partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni. Di diverso avviso R. Di Giulio, *op. cit.*, p. 42, la quale si domanda se la concessione di servizi sia ancora presente nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

⁹³ E questa altro non è se non una concessione di servizi in forma societaria o, se si preferisce la nomenclatura coniata dalla Commissione, un "partenariato istituzionalizzato".

disposizioni contenute nell'art. 9 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 in tema di distribuzione dell'energia elettrica, negli artt. 14 e 15 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 in materia di distruzione del gas, negli artt. 150 e 202 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 in materia di servizi ambientali⁹⁴, nell'art. 18 del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 nel settore dei trasporti pubblici locali.

In via di principio, queste disposizioni appena citate - salvo deroghe più o meno estese e regimi transitori più o meno durevoli - disciplinano in maniera più dettagliata le modalità di svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni nei singoli settori.

In definitiva, il quarto e quinto comma fungono da elastico per garantire che l'art. 30 non si sbilanci a favore di un regime piuttosto che dell'altro e, sostanzialmente, rinviando l'assetto definitivo delle concessioni di servizi pubblici locali a una sede più appropriata.

3.4 L'onerosità. In particolare le opere a scomputo e i contratti di sponsorizzazione.

I contratti pubblici sono contratti a titolo oneroso. Un contratto è a titolo oneroso quando alla prestazione principale di una parte corrisponde una prestazione principale a carico dell'altra⁹⁵. L'onerosità implica, dunque, che ciascuna parte tragga un vantaggio in corrispondenza della sua prestazione e tale vantaggio non deve necessariamente consistere in un compenso di natura economica. L'attribuzione a carico di una delle parti cui deve far riscontro un'attribuzione a carico dell'altra può anche dare luogo a un'attribuzione di natura non patrimoniale⁹⁶.

Nella sentenza *Ordine degli architetti*⁹⁷ la Corte di giustizia ha osservato come «il carattere oneroso del contratto si riferisca alla controprestazione erogata dalla pubblica autorità interessata a motivo della realizzazione delle opere che costituiscono oggetto del contratto di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva e che sono destinate ad entrare nella disponibilità della detta autorità⁹⁸.

Ora, secondo la Corte, «l'espressione «a scomputo», utilizzata dall'art. 11, primo comma, della legge n. 10/77 per le opere di urbanizzazione realizzate direttamente dal privato lottizzante induce a ritenere che «l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo ai sensi dell'art. 3 della medesima legge» (punto 81).

⁹⁴ L'art. 150 (Scelta della forma di gestione e procedure di affidamento) dispone in merito alle forme di gestione del servizio idrico integrato che l'Autorità d'ambito può scegliere «la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267». Se decide di optare per l'affidamento con gara essa «aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia» (comma 1). Altrimenti, essa rimane libera di affidare la gestione «a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2». Peraltro, l'art. 170 del Codice dell'ambiente, nella versione introdotta dal d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284 (Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale), ha disposto che «fino all'emanazione del decreto di cui all'art. 150, comma 2, all'affidamento della concessione di gestione del servizio idrico integrato nonché all'affidamento a società miste continuano ad applicarsi il decreto ministeriale 22 novembre 2001, nonché le circolari del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 6 dicembre 2004».

All'inverso, per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, l'art. 202 (Affidamento del servizio) non conferisce alle autorità locali una facoltà di scelta, bensì impone l'obbligo di espletare sempre una gara. Esso, infatti, dispone che «L'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia».

⁹⁵ C.M. BIANCA, *op. cit.*, 493 che invita a tenere nettamente distinte onerosità e corrispettività. I contratti corrispettivi rappresentano una *species* nel più ampio *genus* dei negozi onerosi. Nell'ambito di questa categoria essi si caratterizzano in quanto non solo esistono prestazioni a carico di entrambe le parti ma le prestazioni sono interdipendenti, cioè una è remunerazione dell'altra.

⁹⁶ C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*

⁹⁷ Corte giust. CE, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*, Racc. pag. I-5409.

⁹⁸ Ora nel caso di specie la questione riguardava il caso tipico nel nostro ordinamento della convenzione stipulata per realizzazione diretta di opere di urbanizzazione. La Corte è chiamata a stabilire se siffatta convenzione abbia carattere oneroso per l'amministrazione comunale. La questione si presentava problematica in ragione delle peculiarità che caratterizzano la normativa italiana in materia urbanistica. L'art. 28, quinto comma, n. 2, della legge n. 1150/42 e l'art. 12, lett. b), della legge regionale della Lombardia n. 60/77, come modificato dall'art. 3 della legge regionale della Lombardia n. 31/86, stabiliscono che i proprietari dei terreni da lottizzare devono sopportare il costo delle opere di urbanizzazione primaria, nonché una quota parte del costo delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione ovvero del costo dei lavori necessari per l'allacciamento della zona interessata ai pubblici servizi. L'art. 11, primo comma, della legge n. 10/77 stabilisce che, «[a] scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione», a titolo di contributo per gli oneri di urbanizzazione, la cui corresponsione è collegata al rilascio della concessione, ai sensi dell'art. 3 della medesima legge.

È stato obiettato che «la corresponsione del contributo per gli oneri di urbanizzazione è prevista come un'alternativa alla realizzazione diretta delle opere e che, di conseguenza, sarebbe errato ritenere che sussista un credito pecuniario del Comune relativo a somme che sarebbero dovute in ogni caso e delle quali l'amministrazione comunale rinuncerebbe a pretendere il pagamento in caso di realizzazione diretta delle opere». Secondo questa linea argomentativa, «la realizzazione diretta delle opere conferisce al proprietario lottizzante il potere di esercitare liberamente la facoltà di edificare, esentandolo dall'obbligo di pagare il contributo per gli oneri di urbanizzazione dovuto a fronte del rilascio della concessione». Pertanto, «L'espressione «a scomputo» si riferirebbe [...] a tale effetto liberatorio connesso all'esecuzione delle opere, e non già ad una contropartita o ad un qualsiasi altro vantaggio concesso dal Comune ai lottizzanti».

Ma tali obiezioni riguardano, a giudizio della Corte, «l'interpretazione della normativa italiana in materia urbanistica nonché il modo in cui questa concepisce il rapporto tra il debito relativo al contributo per gli oneri di urbanizzazione e la realizzazione diretta delle opere».

Per questo la Corte rinuncia a operare una valutazione complessiva della fattispecie e si avvale delle valutazioni espresse in proposito dal giudice di rinvio.

E in effetti, il giudice nazionale nella ordinanza di rinvio «constata che, contrariamente alla tesi sostenuta dalla parte resistente e dagli intervenienti nella causa principale, il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato che realizzi le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito, in quanto egli estingue un debito di pari valore - salvo conguaglio in denaro - che sorge in favore del Comune, ossia il contributo per gli oneri di urbanizzazione, senza che il carattere alternativo dell'obbligazione - contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere - consenta di differenziarne la causa a seconda della modalità di adempimento prescelta (o prestabilita dal legislatore)»⁹⁹.

Da ciò la Corte ha fatto conseguire che, nel caso delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di urbanizzazione, «l'elemento relativo al carattere oneroso del contratto deve ritenersi sussistente»¹⁰⁰.

Nella sentenza *Auroux* la Corte è tornata sul punto. In quest'ultima decisione essa ha affermato che «L'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata all'imprenditore a motivo della realizzazione delle opere previste dall'amministrazione aggiudicatrice»¹⁰¹.

Nel medesimo caso *Auroux* l'avvocato generale J. Kokott affronta *funditus* il tema dell'onerosità dei contratti pubblici¹⁰². Si afferma nelle conclusioni che «Un contratto è considerato essere «a titolo oneroso» ogni qual volta l'amministrazione aggiudicatrice è debitrice di un corrispettivo per le prestazioni erogate dall'imprenditore. Conformemente alle finalità della direttiva 93/37, volta ad aprire i mercati e a contribuire alla realizzazione della libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici, la nozione di carattere oneroso va interpretata nel senso ampio del termine. Oltre a comprendere corrispettivi monetari, include anche un qualsivoglia tipo di impegno ad erogare una controprestazione assunto dalla pubblica amministrazione a motivo della realizzazione delle opere, quale può essere, ad esempio, l'impegno a stanziare contributi concreti per il finanziamento di un'opera, ovvero contributi a copertura di eventuali passività sorte in fase d'esecuzione dei lavori»¹⁰³.

Nell'appalto le prestazioni sono dunque a carico di entrambe le parti. E nelle concessioni? C'è chi sostiene che le concessioni non siano contratti a titolo oneroso¹⁰⁴.

⁹⁹ Cfr. il punto 84 della sentenza.

¹⁰⁰ Corte giust. CE, sentenza 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux e.a.*

¹⁰¹ Nel medesimo senso vd. sentenza *Ordine degli Architetti e a.*, cit., punto 77. Nel caso *Auroux* si trattava di convenzione in base alla quale la SEDL, un *general contractor* a capitale pubblico, riceveva un importo da parte del comune di Roanne come corrispettivo della cessione di un parcheggio. In più, il comune si impegnava a partecipare alle spese di tutte le opere da realizzare. E, infine, sempre in forza della convenzione, la SEDL aveva diritto a incassare dai terzi il corrispettivo della cessione delle altre opere realizzate.

¹⁰² Conclusioni presentate il 15 giugno 2006.

¹⁰³ Secondo l'avvocato generale J. Kokott, «Nel caso di specie, il comune di Roanne, oltre ad essersi impegnato a stanziare EUR 2.925.000 per la cessione del parcheggio pubblico, ha altresì acconsentito ad una partecipazione finanziaria destinata al finanziamento di tutte le opere da realizzare, fissata in EUR 2.443.103 per la prima quota e in EUR 3.034.341 per la totalità dei lavori. La convenzione prevede inoltre che il comune di Roanne diventi automaticamente proprietario dei terreni e delle opere non ancora cedute a terzi al termine dei lavori e che il comune prosegua l'esecuzione dei contratti in corso, assumendosi inoltre i debiti contratti sino ad allora dalla SEDL. Tutti i suddetti obblighi hanno il carattere di controprestazioni erogate dall'amministrazione aggiudicatrice a fronte della progettazione e realizzazione del centro ricreativo affidate alla SEDL. Una convenzione pubblica di lottizzazione come quella di specie rappresenta pertanto un contratto a titolo oneroso»

¹⁰⁴ Vd. F. MASTRAGOSTINO, op. cit., e R. CARANTA, op. loc. cit.

La conferma della essenzialità della onerosità per la nozione di contratto pubblico viene dalla disciplina del contratto di sponsorizzazione contenuta nell'art. 26 e, in particolare, dall'ultima parte del primo comma.

Infatti, nei contratti di sponsorizzazione «i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor».

E proprio per l'assenza del requisito dell'onerosità, essi non sono soggetti alle disposizioni del Codice. Tuttavia, «si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto».

4. L'oggetto contrattuale.

La nozione di “oggetto del contratto” fa riferimento al “contenuto sostanziale” del medesimo. Quest'ultimo concetto si identifica in «ciò che le parti stabiliscono sia in ordine ai risultati materiali sia in ordine agli effetti giuridici». Esso comprende, dunque, «ciò che le parti hanno stabilito o programmato». E tra le cose che le parti stabiliscono vi sono anche i «beni cui le parti riferiscono diritti e obblighi». Il contenuto sostanziale del contratto, infatti, si determina dunque anche in relazione al «bene dovuto»¹⁰⁵.

Ora, per completare l'esame degli “elementi oggettivi” della nozione di contratto pubblico occorre analizzare il contenuto sostanziale dei contratti e, in particolare, i beni costituenti l'“oggetto” di ciascuna delle tipologie di contratto pubblico. Nei contratti pubblici siffatti “beni” sono le “opere” o “lavori”, i “servizi” e le “forniture”.

In realtà per quanto riguarda le concessioni di servizi, l'aspetto relativo all'oggetto, cioè i “servizi concedibili”, è stato già esaurientemente sviscerato. Pertanto sul punto si rinvia *supra* al paragrafo 3.3. Per quanto riguarda l'oggetto della concessione di lavori pubblici si rinvia ai brevi cenni contenuti nel paragrafo 3.2.

Nelle prossime pagine, dunque, l'analisi sarà condotta con prioritario riferimento all'oggetto degli appalti pubblici. Il che non esclude che alcune delle valutazioni espresse in questa sede non siano rilevanti anche per le concessioni. È il caso della nozione di “opera” o “lavori” che non presenta profili peculiari a seconda del tipo di contratto. Dei servizi si è detto. Per le forniture il problema non si pone in quanto non esistono “in natura” concessioni di forniture benché la Commissione vi abbia fatto riferimento nella Comunicazione del 2000¹⁰⁶.

4.1 Nei contratti di lavori. In particolare, il concetto di “opera pubblica”.

Sul piano del contenuto sostanziale, gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore (art. 3, comma 7).

Negli «appalti pubblici di lavori», dunque, in armonia con l'orientamento comunitario, viene fatta ora rientrare non solo l'ipotesi di contratto avente ad oggetto la sola esecuzione di lavori, ma anche l'ipotesi di appalto che ha per oggetto sia esecuzione che progettazione dei lavori, nonché la c.d. “esecuzione con qualsiasi mezzo”, limitatamente però alla sola figura del contraente generale disciplinata nell'ambito del capo relativo ai lavori che riguardano infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

Con il recepimento della nozione comunitaria di appalto di lavori vengono meno, in particolare, le due figure di elaborazione nazionale di appalto «integrato» e appalto «concorso», le quali confluiscono nell'unitaria e generale nozione offerta dal comma 7 dell'art. 3, e, dunque, non sono più confinate ai casi tassativamente previsti¹⁰⁷.

Questo aspetto emerge in maniera ancor più evidente dal coordinamento della disposizione anzi-

¹⁰⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 320.

¹⁰⁶ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del diritto comunitario, cit., punto 2.4, nota 24, dopo aver delineato il concetto di prestazione di servizi afferma che «Un ragionamento analogo va seguito riguardo alle concessioni di forniture, che vanno valutate rispetto agli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) del trattato CE».

¹⁰⁷ Di questo avviso R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 32.

detta con l'art. 53, relativo all'oggetto dell'appalto. Dal coordinamento si evince il seguente quadro disciplinare.

Il recepimento della nozione comunitaria ha reso necessari adattamenti sostanziali del diritto nazionale. Secondo la l. n. 109 del 1994, infatti, l'appalto di lavori aveva a oggetto la sola esecuzione. Per le ipotesi in cui il contratto avesse per oggetto sia la progettazione che l'esecuzione, erano stati nel diritto italiano creati i tipi contrattuali dell'appalto-integrato, dell'appalto-concorso, dell'affidamento unitario a contraente generale.

Il Codice inserisce, infatti, le figure dell'appalto-integrato e dell'appalto-concorso nella generale nozione di appalto di lavori, eliminando i vincoli alle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alle ipotesi in cui era possibile affidare la progettazione unitamente all'esecuzione dei lavori, e:

- impone alle stazioni appaltanti di porre a base di gara quanto meno un progetto preliminare;
- consente alle stazioni appaltanti, secondo le proprie esigenze e le proprie disponibilità finanziarie, di affidare, insieme all'esecuzione di lavori, anche la progettazione esecutiva, ovvero anche la progettazione esecutiva previa acquisizione in gara del progetto definitivo (che diventa parte integrante dell'offerta del concorrente);
- elimina le ipotesi tassative predeterminate dalla legge in cui la progettazione può essere affidata insieme all'esecuzione dei lavori e, dunque, cancella le figure dell'appalto-integrato e l'appalto-concorso;
- richiede, se l'appalto ha per oggetto oltre che l'esecuzione anche la progettazione, che l'affidatario possieda, in proprio o per avvalimento, i requisiti di qualificazione richiesti per i progettisti.

In tema di progettazione ed esecuzione (art. 53, Codice), rispetto al passato si è dunque conferito un maggiore scelta alle stazioni appaltanti in ordine alla possibilità di affidare contestualmente progettazione ed esecuzione dei lavori, in coerenza con le direttive comunitarie. Conseguentemente, l'appalto-integrato, di esecuzione e progettazione esecutiva, confluisce nella più ampia possibilità di affidamento congiunto di esecuzione e progettazione.

La *ratio* di questa scelta risiede nella volontà del legislatore di garantire maggiore flessibilità degli strumenti giuridici e la loro adattabilità alle esigenze concrete delle stazioni appaltanti.

Peraltro, non mancano garanzie volte ad impedire abusi nell'esercizio di una così ampia discrezionalità:

- a) la progettazione preliminare in nessun caso può essere affidata all'esecutore dei lavori;
- b) la progettazione definitiva ed esecutiva può essere affidata all'esecutore dei lavori solo quando sia consentita la progettazione «esterna», in quanto la regola resta quella della progettazione «interna» (da parte degli uffici tecnici delle stazioni appaltanti)¹⁰⁸;
- c) la delibera a contrarre che opta per l'affidamento della progettazione all'esecutore dei lavori, deve motivare in ordine alle esigenze, le strutture organizzative e i mezzi economici a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 53, comma 2);
- d) in caso di progettazione affidata unitamente all'esecuzione, il concorrente deve possedere i requisiti di qualificazione richiesti per i progettisti ovvero avvalersi di progettisti qualificati (art. 53, comma 3)¹⁰⁹.

Pertanto l'affidamento della progettazione unitamente all'esecuzione dei lavori risponde alle esigenze delle stazioni appaltanti senza sacrificio per le esigenze di efficienza, economicità, qualità della progettazione, trasparenza della scelta dei progettisti.

Orbene, l'efficacia dell'art. 3, comma 7 e dell'art. 53, commi 2 e 3, è stata differita, per gli appalti di lavori nei settori ordinari. Tali norme si applicheranno solo ai bandi pubblicati dopo il 1 agosto 2007¹¹⁰. Nel frattempo restano in vigore le previsioni della legge Merloni, che indicano i casi tassativi in cui è consentito il cd. appalto integrato (appalto avente ad oggetto l'esecuzione e la progettazione esecutiva) e il cd. appalto-concorso (appalto avente ad oggetto l'esecuzione e la progettazione esecutiva, previa acquisizione in gara del progetto definitivo).

¹⁰⁸ Su questo aspetto il Codice conferma la scelta operata nella legge Merloni in ordine al rapporto regola-eccezione tra progettazione interna ed esterna (art. 90, comma 6, Codice e art. 17, legge Merloni).

¹⁰⁹ Il comma 3 dell'art. 53 conteneva un divieto di ribasso d'asta sull'ammontare delle spese di progettazione è stato soppresso dall'articolo 2, comma 1, lettera a), legge n. 248 del 2006.

¹¹⁰ Una prima sospensione operata con l'art. 1-octies, L. 12 luglio 2006, n. 228 aveva posticipato l'entrata in vigore di queste disposizioni al 18 febbraio 2007. Una seconda proroga è stata disposta con l'articolo 1 del d.lgs. n. 6 del 2007.

Passiamo ora dall'esame del contenuto sostanziale all'esame del profilo più strettamente materiale dell'oggetto del contratto, e cioè dei beni in esso inclusi. Rilevano, a questo fine, i concetti di "lavori" e "opera".

A livello comunitario, non esiste una definizione esplicita di lavori. L'art. 1, comma 2, lett. b) delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE¹¹¹ fornisce esclusivamente la definizione di «opera».

Tuttavia, la nozione di lavori si ricava per deduzione dalla medesima disposizione laddove afferma che oggetto dell'appalto può essere la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a *una delle attività di cui all'allegato I*».

Per opera deve, invece, intendersi il «risultato di un complesso di lavori, che di per se espliciti una funzione economica o tecnica»¹¹².

La giurisprudenza comunitaria si è occupata del tema e ha fornito diverse applicazioni pratiche del criterio dettato dalle direttive comunitarie soprattutto al fine di contrastare operazioni elusive delle soglie comunitarie perpetrata mediante l'artificiosa separazione di opere funzionalmente unitarie.

Il Codice si muove sulla falsariga dei principi comunitari ma tiene a sottolineare che possono essere oggetto di un appalto pubblico sia lavori che opere (art. 3, comma 7) e dedica una definizione a ciascuna di queste categorie (art. 3, comma 8)¹¹³.

La *ratio* di questa sottolineatura - originariamente introdotta con la legge n. 109 del 1994 - risiede nella intenzione di garantire l'applicazione della normativa sui lavori pubblici indipendentemente dal regime proprietario del bene realizzato.

Infatti, nel diritto interno si è tradizionalmente distinto tra "lavori pubblici" e "opera pubblica". Questo per inferirne la sottrazione all'evidenza pubblica delle attività di costruzione (demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione) di opere solo formalmente o temporaneamente *private* ma destinate a divenire bene alla p.a. al momento della consegna¹¹⁴.

Per fugare ogni dubbio il legislatore nazionale ha preferito tenere distinte le due nozioni e assoggettarle entrambe alle disciplina dei contratti pubblici.

4.2 Nei contratti di servizi.

Le definizioni comunitaria e nazionale di appalto pubblico di servizi sono solo a prima vista identiche. Esse, in realtà, divergono in maniera sostanziale.

Tale divergenza si coglie solo confrontando e coordinando le nozioni comunitaria e nazionale di appalto pubblico di servizi con quelle di appalto pubblico di forniture.

In ambito comunitario, i "servizi" assumono una funzione residuale rispetto alle nozioni di opera e forniture. Ciò si intuisce dalla stessa definizione di appalto di servizi. Essa adotta, infatti, una tecnica definitoria "in negativo" o *per differentiam*. Sono appalti di servizi gli appalti «diversi» da (e quindi che non sono) appalti pubblici di lavori o forniture¹¹⁵.

In sostanza, per il diritto comunitario un appalto pubblico, che non è né appalto di lavori, né appalto di forniture, ricade automaticamente nella nozione di appalto di servizi se ricorrono tutti gli altri requisiti della nozione di appalto pubblico.

¹¹¹ Anche in passato non esisteva una definizione di lavori. Vd. gli artt. 1, lett. c), della direttiva 93/37/CEE e 14, n. 10, della direttiva 93/38/CEE.

¹¹² Cfr. le sentenze della Corte di giustizia CE, sentenza 18 gennaio 2007, in causa C-220/05, *Auroux e.a.*; Conclusioni 8 novembre 2006, in causa C-412/04, *Commissione c. Italia*; Conclusioni 15 luglio 2006, in causa C-220/05 *Auroux e.a.*; sentenza 27 ottobre 2005, in cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione c. Italia*; sentenza 20 ottobre 2005, in causa C-264/03, *Commissione c. Francia*; sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*; sentenza 5 ottobre 2000, in causa C-16/98, *Commissione c. Francia*. Tutte consultabili in www.curia.europa.eu. Sulla base di questo criterio la Corte ha, ad esempio, affermato che «una serie di lavori puntuali di manutenzione e di estensione che riguardano reti di distribuzione di elettricità e di illuminazione pubblica esistenti, e il cui risultato, quando saranno completati, costituirà parte integrante della funzione svolta dalle reti di cui trattasi» rientra nel concetto di opera. Si tratta della sentenza 5 ottobre 2000, in causa C-16/98, *Commissione c. Francia*, pubblicata anche in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 329, con commento di R. CARANTA, *Nozione di opera pubblica e suddivisione artificiosa di appalto*.

¹¹³ I «lavori» comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere (art. 3, comma 8, primo capoverso).

Le «opere» sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica (art. 3, comma 8, secondo capoverso).

¹¹⁴ È il caso delle opere realizzate dal concessionario di lavori pubblici e dal privato che realizza direttamente opere di urbanizzazione. In argomento cfr. R. GAROFOLI, *Commento all'art. 2*, in F. CARINGELLA (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, IPSOA, 1999, p. 29.

¹¹⁵ Per l'art. comma 2, lett. d) della direttiva 2004/18/CE «Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici *diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture* aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II». Mentre per la lettera c) della medesima disposizione «Gli "appalti pubblici di forniture" sono appalti pubblici *diversi da quelli di cui alla lettera b)* [cioè gli appalti di lavori] aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti».

Non si può dire altrettanto per il Codice. Per il diritto interno l'appalto di servizi non presenta più carattere residuale¹¹⁶. In questo modo si è pregiudicata la funzione di chiusura del sistema degli appalti pubblici che l'ordinamento comunitario assegna all'appalto di servizi.

Questa alterazione procurerà al giudice nazionale qualche difficoltà interpretative nell'opera di classificazione dei servizi ricadenti nell'ambito della disciplina codicistica¹¹⁷.

Peraltro, la residualità della nozione di servizi potrebbe essere recuperata in base alla suddivisione dei servizi che possono costituire oggetto di appalto tra "servizi prioritari"¹¹⁸ e "servizi non prioritari". In questa seconda categoria ricadono - oltre a categorie specificamente nominate e descritte - tutti gli «altri servizi», per i quali si lascia la definizione in bianco.

La distinzione tra servizi prioritari e servizi non prioritari è importante anche ad altri fini. Essa, infatti, segna i limiti della diversa portata applicativa del Codice con riguardo agli appalti di servizi.

Ai servizi non prioritari, infatti, si applicano solo tre disposizioni del Codice¹¹⁹. Per tutti gli aspetti non disciplinati essi rimangono assoggettati ai «principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità»¹²⁰, nonché alla regola aurea per tutti i contratti non coperti integralmente dal Codice secondo cui la selezione del contraente della p.a. deve avvenire tra «almeno cinque concorrenti»¹²¹.

Similmente, questi principi si applicano a una serie di altre tipologie di servizi tassativamente individuate ed escluse dall'orbita applicativa delle disposizioni codicistiche sugli appalti di servizi¹²².

Altro aspetto determinante è che si tratti di servizi liberamente reperibili sul mercato. Se si tratta di servizi forniti esclusivamente da determinate amministrazioni titolari di diritti esclusivi fondati su "disposizioni pubblicate" la normativa codicistica non trova applicazione (art. 27, comma 2)¹²³.

Da ultimo, della distinzione tra servizi oggetto di concessione e servizi oggetto di appalto si è già detto in occasione della enucleazione dei tratti distintivi tra queste due figure e pertanto si rinvia alle valutazioni espresse in quella sede¹²⁴.

4.3 Nei contratti di forniture.

Gli «appalti pubblici di forniture» sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori, aventi per og-

¹¹⁶ Cfr. l'art. 3, comma 10, del Codice «Gli «appalti pubblici di servizi» sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II del Codice». Specularmente, per l'art. 3, comma 9, del Codice «Gli «appalti pubblici di forniture» sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti».

¹¹⁷ M. BALDI, *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice. contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice*, in *Urb. app.*, 2006, fasc. 7, pag. 758.

¹¹⁸ L'art. 20, comma 2, stabilisce che «Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice». Anche se alcuni di questi servizi ne sono comunque esclusi. Si tratta di quelli indicati dall'art. 19, comma 1.

¹¹⁹ L'art. 20, comma 1, dispone che «L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)».

¹²⁰ Per le ricadute applicative di questi principi con riferimento precipuo ai servizi non prioritari vd. ora la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», 1 agosto 2006, (2006/C 179/02).

¹²¹ Vd. l'art. 27 del Codice.

¹²² Cfr. art. 19, comma 1, del Codice.

¹²³ Per la giurisprudenza comunitaria cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Christine Stix-Hackl presentate il 14 settembre 2006, in causa C-532/03, *Commissione c. Irlanda*, par. 112; Corte giust. CE, sentenza 20 ottobre 2005, in causa C-264/03, *Commissione c. Francia*; Conclusioni dell'avvocato generale Christine Stix-Hackl presentate il 23 settembre 2004, in causa, C-26/03 *Stadt Halle*; Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger presentate il 15 giugno 2000, in causa C-94/99, *Arge Gewässerschutz*; Conclusioni dell'avvocato generale Georges Cosmas presentate il 1° luglio 1999, in causa C-107/98, *Teckal*; Conclusioni dell'avvocato generale Siegbert Alber presentate il 18 marzo 1999, in causa C-108/98, *Rf.SAN.*; Corte giust. CE, sentenza 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *BFI Holding*. In dottrina cfr. G. MARI, *Gli appalti di servizi affidati in base ad un diritto esclusivo ad altra amministrazione aggiudicatrice*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, 2004, Milano, Giuffrè, p. 127; nonché D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 295.

¹²⁴ Forse si può ribadire che il criterio distintivo non è identificabile né nel destinatario del servizio, né nel soggetto che formalmente paga il costo del servizio (p.a. o terzi utenti). Si danno casi di contratti di servizi resi a favore del pubblico che rientrano nell'alveo dell'appalto, così come si danno casi di servizi resi all'amministrazione che potrebbero rientrare nell'alveo delle concessioni o comunque non sarebbero mai assimilabili al regime degli appalti. Sotto questo profilo la Commissione nel suo Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30 aprile 2004, COM(2004) 327, par. 23, ha ricordato che esistono operazioni in cui il «privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto)» e «la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico». Ma i pagamenti possono anche essere «calcolati in modo variabile, in funzione, ad esempio, della disponibilità dell'opera o dei servizi ad essa relativi, o anche della frequentazione dell'opera». L'esempio di modello contrattuale cui fa riferimento la Commissione è l'operazione di tipo PFI (Private Finance Initiative) lanciata in Gran Bretagna. Il criterio rimane, dunque, quello della aleatorietà della effettiva remunerazione dell'investimento effettuato dal privato.

getto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. La definizione comunitaria dell'appalto pubblico di forniture, era già recepita nel diritto italiano (art. 2, D.Lgs. n. 358/1992).

Ai rapporti con le altre figure di appalto pubblico si è già accennato. Il Codice ha spezzato la gerarchia che le direttive comunitarie stabilivano tra le tre tipologie di contratti.

Si è posto in passato il problema di stabilire se la fornitura con posa in opera configurasse un appalto di forniture ovvero un appalto di lavori¹²⁵.

Oggi, il diritto comunitario ricomprende questa tipologia contrattuale nell'ambito dell'appalto di forniture se i lavori sono «a titolo accessorio»¹²⁶. Il diritto interno disciplina espressamente la fornitura con posa in opera allineandosi alla scelta comunitaria (Art. 14, comma 2, lett. a) sui contratti misti).

Per tracciare una linea di confine lungo il crinale dell'accessorietà dei lavori bisognerà ancora una volta utilizzare gli elementi interpretativi che offre il diritto civile.

Se la causa del singolo contratto si può assimilare a quella di un contratto di compravendita (scambio di cosa contro prezzo), si tratterà di un appalto di forniture di cui seguirà la relativa disciplina. Diversamente, si dovrà qualificare il contratto come un appalto di lavori¹²⁷.

5. Gli elementi soggettivi.

Sotto il profilo soggettivo, le parti di un contratto pubblico sono, da un lato, la stazione appaltante o il concedente e, dall'altro, un operatore economico - di natura (tendenzialmente) privata e organizzato in forma imprenditoriale - che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

L'indagine sull'ambito soggettivo del Codice e, dunque, sugli elementi soggettivi della nozione codicistica di contratto pubblico implica l'approfondimento di due aspetti essenziali.

Il primo attiene alla delimitazione del novero dei soggetti obbligati ad applicare le disposizioni del Codice. Il raggio di azione del Codice, come si vedrà, scorre lungo un "gradiente" che segnala diverse densità di "pubblico" nel soggetto chiamato a uniformare la propria attività contrattuale ai precetti codicistici.

Il secondo aspetto che rileva sul piano soggettivo è la presenza di almeno due parti intese in senso tecnico come centri di interessi distinti¹²⁸. I contratti pubblici sono, infatti, contratti bilaterali e, dunque, il venir meno di questo requisito produce delle conseguenze sulla possibilità di qualificare una determinata fattispecie in termini di "contratto pubblico" nel senso inteso dalla normativa comunitaria e nazionale sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni.

6. La "pubblicità" del committente.

Per aversi contratto pubblico, sotto il profilo soggettivo, il committente (appaltante o concedente) deve presentare natura giuridica pubblica ovvero essere in qualche modo incaricato di gestire risorse o compiti di interesse pubblico.

L'art. 3 individua tre nozioni rilevanti ai fini qui in esame: le «amministrazioni aggiudicatrici», gli «altri soggetti aggiudicatori» e infine la «stazione appaltante».

Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, comma 25).

Gli «altri soggetti aggiudicatori», ai fini della parte II¹²⁹, sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice (art. 3, comma 31).

Il Codice individua altre due macro-categorie di soggetti e sono i «soggetti aggiudicatori»¹³⁰ e gli

¹²⁵ Per una sintesi del problema vd. R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti pubblici misti*, in R. GAROFOLI M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 35 ss.

¹²⁶ Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. c) delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, secondo cui «un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto di forniture»».

¹²⁷ TAR Lazio, sez. III, 28 giugno 2006, n. 5287 in *www.giustamm.it*.

¹²⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁹ Ma vi è motivo di ritenere che il riferimento sia alla Parte I, in quanto gli altri soggetti aggiudicatori sono citati una volta sola nella Parte II.

¹³⁰ I «soggetti aggiudicatori», ai soli fini della parte II, titolo III, capo IV (lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi), comprendono le amministrazioni aggiudicatrici di cui al comma 25, gli enti aggiudicatori di cui al comma 29 nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui al citato capo IV (art. 3, comma 32).

«enti aggiudicatori»¹³¹. Si tratta di “contenitori” eterogenei che non possono contribuire a definire il versante soggettivo della nozione di contratto pubblico in quanto dettate per discipline di tipologie speciali di contratti pubblici.

6.1. Le amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, l'organismo di diritto pubblico.

La nozione codicistica di amministrazione aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico non diverge in maniera sostanziale da quella offerta nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE¹³².

Il legislatore comunitario racchiude nella classe delle amministrazioni aggiudicatrici «lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico».

Per organismo di diritto pubblico si intende «qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico»¹³³.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha affermato la necessità di adottare una nozione di pubblica amministrazione in senso «funzionale»¹³⁴. Tale criterio interpretativo trae spunto dagli indici desumibili dalla normativa sui contratti pubblici ed è diretto a delimitare con la maggiore precisione possibile l'area delle eccezioni al principio della libera circolazione dei servizi per garantire l'effetto utile delle direttive¹³⁵.

Uno dei punti chiave della nozione funzionale di p.a. è l'irrilevanza della natura giuridica. Se la natura pubblica di un ente non costituisce una condizione sufficiente per ritenere un organismo ricompreso nell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva, la natura privata non consente di escluderlo. L'attenzione si deve, dunque, spostare dalla natura giuridica del soggetto agente all'attività svolta, considerata in se stessa¹³⁶.

La categoria di amministrazione aggiudicatrice perde, così, qualsiasi connotazione definitoria e cede il passo a una ricostruzione operata caso per caso in chiave teleologica e funzionale¹³⁷.

Con un approccio empirico, dunque, occorre analizzare il regime che disciplina le condizioni di esistenza e, soprattutto, l'attività svolta dal singolo organismo al fine verificare se sussistano gli indici di rilevazione che la giurisprudenza comunitaria ha utilizzato per affermare la presenza dei requisiti costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico.

I requisiti sono, come già accennato, (i) la personalità giuridica; (ii) la stretta dipendenza da poteri pubblici; (iii) il fine di interesse generale non industriale né commerciale. Vediamo punto per punto quali sono gli indici di rilevazione enucleati dalla Corte.

(i) La personalità giuridica.

Quanto alla personalità giuridica, occorre rilevare che in alcuni casi¹³⁸ la costituzione dell'organismo come soggetto dotato di personalità giuridica è rimessa alla scelta dell'organismo stesso che può optare per la forma organizzativa prive di personalità giuridica. In tali casi è evidente la disparità di trattamento che si verrebbe a creare se si ammettesse l'applicabilità della normativa appalti. Per gli organismi non dotati di personalità giuridica (es. associazione non riconosciuta) l'obbligo di evidenza pubblica verrebbe meno, pur svolgendo lo stesso tipo di attività ed utilizzando lo stesso

¹³¹ Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti (art. 3, comma 29).

¹³² L'unica differenza si riscontra nella nozione di organismo di diritto pubblico. Il Codice esplicita un connotato che per la giurisprudenza doveva ritenersi implicito della nozione e cioè che l'organismo può avere anche «forma societaria».

¹³³ Cfr. art. 1, lett. b) della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/36/CEE; art. 1, lett. b) della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE; art. 1, lett. b) della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/38/CEE; art. 1, lett. b) della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE.

¹³⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 ottobre 2003 (in causa C-283/00), *Commissione c. Regno di Spagna*.

¹³⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, 10 novembre 1998 (in causa C-360/96), *BFI Holding BV*, punto 62; Id. 20 settembre 1988 (in causa C-31/87), *Beentjes*, punto 11.

¹³⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, 17 dicembre 1998 (in causa C-306/97), *Connemara*.

¹³⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, 15 gennaio 1998 (in causa C-44/96), *Mannesmann*.

¹³⁸ Ci si riferisce ad esempio ai Fondi interprofessionali paritetici per la formazione continua di cui all' art. 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (successivamente modificato dall' art. 48 della legge 27 dicembre 2002, n. 289)

tipo di risorse finanziarie degli organismi che optano per forme organizzative dotate di personalità giuridica (es. associazione riconosciuta o fondazione).

(ii) La stretta dipendenza dai poteri pubblici.

Sull'esistenza del "controllo pubblicistico", la legislazione comunitaria sui contratti pubblici individua tre condizioni tra loro alternative dalle quali si può inferire la sussistenza di tale requisito: (a) il finanziamento pubblico maggioritario; (b) il controllo pubblico sulla gestione; (c) la nomina degli organi sociali da parte dei poteri pubblici.

Nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria ciascuna di queste condizioni «riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, di enti pubblici territoriali, o di altri organismi di diritto pubblico»¹³⁹. In pratica, la norma citata definisce le tre forme sotto le quali si può presentare l'influenza pubblica su un organismo come tre varianti di "stretta dipendenza" nei confronti di un'altra amministrazione aggiudicatrice.

(a) Quanto alla prima condizione (*i.e.* finanziamento pubblico maggioritario), secondo la giurisprudenza comunitaria la forma di finanziamento di un determinato organismo non è di per sé rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice.

Infatti, il giudice comunitario invita a distinguere gli aiuti finanziari che senza specifica causa siano diretti a sostenere le attività dell'organismo, dalle erogazioni che invece hanno un titolo giuridico, posto che «non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza»¹⁴⁰.

Se non si utilizzano risorse elargite senza corrispettivo dall'amministrazione aggiudicatrice, questa non è posta in condizione di influenzare la condotta dell'organismo.

(b) In ordine alla seconda condizione, che potrebbe condurre alla affermazione dell'esistenza di un controllo pubblicistico sull'organismo (*i.e.* il controllo gestionale), la giurisprudenza comunitaria richiede che tale controllo assuma le forme di una «dipendenza riguardo ai poteri pubblici equivalente a quella che esiste allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto, vale a dire il finanziamento che provenga in modo maggioritario dai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di più della metà dei membri che compongono gli organi dirigenti». Affinché possa configurarsi come controllo idoneo a configurare una dipendenza tanto stretta da giustificare l'inquadramento di un dato organismo nell'ambito della nozione di amministrazione aggiudicatrice, è necessario che l'intervento dei poteri pubblici rientri nella «politica di gestione della società interessata e non nel semplice controllo della regolarità»¹⁴¹. Solo ove l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di imporre all'organismo «un profilo di gestione determinato», si può affermare che la gestione è soggetta al «controllo dei pubblici poteri che permette loro di influenzare le decisioni [dell'organismo] in materia di appalti pubblici».

In alcuni casi, i poteri di ingerenza nella gestione diretta dell'attività degli organismi consistono esclusivamente nel potere di commissariamento degli organi amministrativi e in quello di sospensione dell'operatività dell'organismo, attribuiti a un'autorità pubblica, in caso di gravi irregolarità e inadempimenti nella gestione dell'organismo. Si tratta di facoltà che possono rientrare negli ordinari poteri di vigilanza e controllo su attività private di interesse generale (come l'attività bancaria¹⁴², il mercato mobiliare¹⁴³, i fondi pensione privati¹⁴⁴). Quando l'esercizio dei poteri di commissariamento e sospensione degli organismi rimane eccezionale e ha funzione meramente sanzionatoria di una situazione di antiggiuridicità esso si atteggia come controllo *a posteriori* di legittimità avente oggetto la verifica della eventuale commissione di irregolarità. Fintantoché questo potere non sia diretto a sindacare l'economicità, redditività e razionalità delle scelte gestionali effettuate, le quali rimangono di esclusiva pertinenza degli organi amministrativi dell'organismo, esso non configura un controllo pubblicistico rilevante ai fini della normativa comunitaria sui contratti pubblici¹⁴⁵.

(c) La terza e ultima "condizione di stretta dipendenza" da un'amministrazione aggiudicatrice è rappresentata dalla nomina degli organi amministrativi dell'organismo. È indifferente che il potere di

¹³⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, 3 ottobre 2000 (in causa C-380/98), *University of Cambridge*, punto 20.

¹⁴⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, 3 ottobre 2000 (in causa C-380/98), *University of Cambridge*, punto 21.

¹⁴¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, 1 febbraio 2001 (in causa C-237/99), *Commissione c. Repubblica francese*, punto 21.

¹⁴² Vd. art. 70, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

¹⁴³ Vd. art. 53, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

¹⁴⁴ Vd. art. 17, d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124.

¹⁴⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punto 74.

nominare la maggioranza dei membri degli organi amministrativi derivi dalla quota di partecipazione dell'autorità pubblica nell'organismo ovvero da poteri speciali attribuiti alle autorità pubbliche per legge o statuto (es. *golden share*). Ciò che rileva è che attraverso il controllo amministrativo l'autorità pubblica abbia la possibilità di ingerirsi nella gestione dell'organismo.

(iii) Il fine di interesse generale non industriale né commerciale.

Da ultimo, l'interprete è chiamato verificare la ricorrenza del requisito teleologico degli organismi di diritto pubblico. Da questo punto di vista, la riconducibilità di un ente nella categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico presuppone che l'attività svolta sia, in primo luogo, diretta a soddisfare bisogni di interesse generale e in secondo luogo che siffatta attività non presenti carattere industriale o commerciale.

(a) Con riferimento alla prima condizione e, quindi, alla nozione di bisogni di interesse generale, si è anzitutto sottolineata la necessità di privilegiare un'interpretazione basata sul diritto comunitario per assicurarne l'omogeneità di applicazione¹⁴⁶. Il giudice comunitario ha affermato che tale nozione rientra nell'ambito del diritto comunitario e pertanto deve ricevere, in tutta la Comunità, «un'interpretazione autonoma ed uniforme, che deve essere ottenuta tenendo conto del contesto della disposizione nella quale essa figura e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di riferimento»¹⁴⁷.

Peraltro, a livello comunitario manca una definizione di bisogno di interesse generale.

Nondimeno l'esame di alcune pronunce del giudice comunitario consente di ritenere che l'astratta riferibilità a un numero illimitato di persone (la collettività) sia condizione necessaria per integrare il predetto requisito¹⁴⁸.

Per giurisprudenza costante, poi, costituiscono bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale ai sensi delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici «quei bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, d'altro lato, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante»¹⁴⁹.

Infine, con riguardo ad attività per le quali non si può affermare che lo Stato provveda direttamente (con oneri aggiuntivi a carico del proprio bilancio e dunque della collettività generale) o mantenga un'influenza determinante su tali attività, non è dato configurare il requisito teleologico che caratterizza la nozione di organismo di diritto pubblico¹⁵⁰.

(b) Più problematica è risultata l'interpretazione del carattere negativo del requisito finalistico (*i.e.* il carattere non industriale, né commerciale). Sul punto si è formata ormai una giurisprudenza ormai consolidata.

In primo luogo, per il giudice comunitario l'esistenza o la mancanza del carattere industriale o commerciale del bisogno di interesse generale deve essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione¹⁵¹.

A tale proposito si è precisato che la circostanza che un ente eserciti la propria attività in regime di concorrenza costituisce solo un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale abbia

¹⁴⁶ Corte di giustizia delle Comunità europee, 1 febbraio 2000 (in causa C-287/98), *Linster*.

¹⁴⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punto 36, 40 e 45.

¹⁴⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punti 44, 45 e 47; Id. 15 gennaio 1998 (in causa C-44/96), *Mannesmann*, punto 24; Id., 10 novembre 1998 (in causa C-360/96), *BFI Holding BV*, punto 52; Id., 17 dicembre 1998 (in causa C-306/97), *Connemara*; Id., 3 ottobre 2000 (in causa C-380/98), *University of Cambridge*, punto 19; Id., 7 dicembre 2000 (in causa C-324/98), *Telaustria*.

¹⁴⁹ Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 ottobre 2003 (in causa C-283/00), *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 80; Id., 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punto 47; Id., 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punti 50 e 52.

¹⁵⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 ottobre 2003 (in causa C-283/00), *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 80; Id., 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punti 44, 45 e 47; Id. 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punti 50 e 53; Id., 10 maggio 2001 (in cause C-223/99 e C-260/99), *Agorà e Excelsior*, punto 37; Id., 10 novembre 1998 (in causa C-360/96), *BFI Holding BV*, punti 50 e 51.

¹⁵¹ Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 ottobre 2003 (in causa C-283/00), *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 81; Id., 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punti 48 e 59; Id. 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punto 66.

carattere non industriale o commerciale¹⁵². In altri termini l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di dichiarare l'insussistenza di un bisogno di interesse generale¹⁵³.

Parimenti, l'assenza di scopo di lucro non costituisce in realtà un elemento determinante a questi fini se non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie tale per cui si possa affermare che un ente non sopporta direttamente il rischio della propria attività¹⁵⁴.

Pertanto, dalla giurisprudenza comunitaria emerge che l'elemento realmente determinante al fine di stabilire se un determinato ente debba farsi rientrare nella nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice è rappresentato dalla effettiva sopportazione del rischio economico connesso alla propria attività, che impone all'organismo di adottare una condotta gestionale improntata a criteri di redditività, economicità e razionalità.

Tale elemento non è assicurato tutte le volte che esista un meccanismo (giuridico o economico) di compensazione delle eventuali perdite registrate nell'attività dell'ente. In tale circostanza, infatti, vi è la possibilità che l'organismo si impegni in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate. Solo per ovviare a tale eventualità si impone l'applicazione della normativa dettata in materia di appalti pubblici. Secondo giurisprudenza costante, infatti, lo scopo di tali direttive è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche¹⁵⁵.

Gli organismi che, oltre a operare in un "ambiente embrionalmente concorrenziale", non usufruiscono di un siffatto meccanismo di compensazione delle perdite ma rispondono con il proprio patrimonio delle obbligazioni assunte e delle eventuali perdite subite nello svolgimento delle proprie attività, sopportano il rischio economico collegato a tali attività.

Se ricorrono queste condizioni, infatti, è possibile escludere che l'organismo si lasci guidare da considerazioni anti-economiche nel concludere contratti relativi all'approvvigionamento dei mezzi necessari al funzionamento e alla gestione delle proprie attività. Vengono meno così le ragioni che richiederebbero l'applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

6.1.1. L'«organismo nel diritto interno».

Il titolo del sub-paragrafo lascia già intuire che la categoria comunitaria in esame ha faticato a farsi largo nel diritto interno. E probabilmente gli esiti non sono ancora del tutto in linea con le aspettative comunitarie¹⁵⁶.

La giurisprudenza nazionale si è occupata di diverse tipologie di soggetti. Le pronunce dei giudici nazionali si possono descrittivamente suddividere in tre categorie a seconda del tipo di soggetto chiamato in questione.

In primo luogo, le S.p.A. in mano pubblica, tra cui la giurisprudenza è stata chiamata in particolare a giudicare su: a) la società Grandi Stazioni S.p.A.¹⁵⁷; b) la società Poste S.p.A.¹⁵⁸; c) RAI S.p.A.¹⁵⁹;

¹⁵² Corte di giustizia delle Comunità europee, 10 maggio 2001 (in cause C-223/99 e C-260/99), *Agorà e Excelsior*, punto 42; Id. 10 novembre 1998 (in causa C-360/96), *BFI Holding BV*, punti 48 e 49.

¹⁵³ Corte di giustizia delle Comunità europee, 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punto 50; Id. 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punto 61.

¹⁵⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, 10 maggio 2001 (in cause C-223/99 e C-260/99), *Agorà e Excelsior*, punto 40.

¹⁵⁵ Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 ottobre 2003 (in causa C-283/00), *Commissione c. Regno di Spagna*, punto 92; Id., 22 maggio 2003 (in causa C-18/01), *Korhonen*, punto 52; Id., 12 dicembre 2002 (in causa C-470/99), *Universale Bau*, punto 52; Id. 27 febbraio 2003 (in causa C-373/00), *Adolf Truley*, punto 42; Id., 3 ottobre 2000 (in causa C-380/98), *University of Cambridge*, punto 17.

¹⁵⁶ Sul tema la letteratura è vastissima e perciò si preferisce rinviare a M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁵⁷ Cons. Stato ad. plen. 23 luglio 2004, n. 9 in *Urb. app.*, 2004, 1297; in *Giur. it.*, 2004, 2411, con commento di R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*; in *Foro Amm. CDS*, 2005 fasc. 5, pp. 1347 con commento di L.R. PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*; in *Giorn. dir. amm.*, 2005 fasc. 2, pp. 142 con commento di D. GALLI, C. GUCCIONE, *La disciplina degli appalti di pulizia nel settore del trasporto ferroviario*. In precedenza sul medesimo caso si era pronunciata Cons Stato sez. V 6 ottobre 2003, n. 5902, in *Foro amm. CDS*, 2004, fasc. 3 pag. 870 con commento di L.R. PERFETTI, *L'organismo di diritto pubblico e le sue nuove incerte frontiere. il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*.

¹⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 in *Urbanistica e appalti*, 2001, 632, con commento di R. GAROFOLI. Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia attinente alla legittimità di una procedura concorrenziale, seppure informale, indetta dalle poste italiane spa per la scelta del fornitore di assegni postali. Poste italiane spa è un organismo di diritto pubblico poiché possiede i tre requisiti cui la normativa nazionale, ricalcando quella comunitaria, subordina l'attribuzione di detta qualifica e cioè: 1) il requisito della personalità giuridica (soddisfatto dalla veste di società per azioni); 2) la sottoposizione ad una influenza pubblica (trattasi infatti di spa a totale partecipazione pubblica); 3) la gestione di un servizio pubblico inteso al soddisfacimento dei bisogni della collettività non aventi carattere

d) la società interporto Padova¹⁶⁰; e) la CIRA s.c.p.a.¹⁶¹; f) la Bagnoli S.p.A.¹⁶²; g) la SO.P.R.IN. S.p.A., Società Piemontese per la Rilocalizzazione industriale¹⁶³.

In secondo luogo, hanno costituito oggetto di attenzione particolare le fondazioni e tra queste in particolare il giudice si è occupato di: a) fondazioni bancarie¹⁶⁴; b) enti lirici¹⁶⁵; e del c) Comitato organizzatore dei XX giochi olimpici invernali Torino 2006 (TOROC)¹⁶⁶.

In terzo luogo, la giurisprudenza interna si è occupata di una serie eterogenea di altri soggetti tra cui: a) le università libere¹⁶⁷; b) gli enti fieristici; e, da ultimo, c) le Casse di previdenza dei liberi professionisti, privatizzate¹⁶⁸.

L'impressione che si trae dall'analisi di questa giurisprudenza è che il giudice nazionale non abbia ancora del tutto assimilato gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria e che in alcuni casi (come quelli l'ultimo citato) stenti ad abbandonare un approccio pan-pubblicistico per abbracciare una nozione funzionale e teleologica di organismo di diritto pubblico.

Così è capitato che il giudice italiano (soprattutto quello amministrativo) abbia sfruttato questa categoria per "ri-pubblicizzare" soggetti ormai usciti dalla sfera dei poteri pubblici, almeno secondo le coordinate della normativa sui contratti pubblici.

La nozione di organismo di diritto pubblico non è stata ideata con l'intento di dettare una nozione comunitaria generale di pubblica amministrazione. Essa taglia trasversalmente il crinale pubblico-privato, includendovi enti pubblici, fondazioni e soggetti privati. Ma fa ciò con l'intento di non interferire nelle dinamiche di privatizzazione operanti a livello nazionale sulle quali il diritto comunitario mantiene un atteggiamento di assoluta neutralità. L'obiettivo che il diritto comunitario si pone con la nozione di organismo è quello di garantire la massima effettività ai principi di libera prestazione dei servizi e di diritto di stabilimento nel settore dei contratti pubblici. E per fare ciò ha rinunciato ad agnanciare l'applicabilità delle proprie disposizioni a una nozione comunitaria di pubblica amministrazione che si sarebbe sovrapposta alle eterogenee nozioni di diritto interno dei vari Stati membri. Ha

industriale o commerciale (il servizio postale appunto), risultando del tutto irrilevante lo svolgimento di altre attività quali il servizio di Bancoposta.

¹⁵⁹ TAR Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460 in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1112, con commento di MARCHI; nonché in *www.giustamm.it*, 2004 fasc. 3, con commento di A. CLARIZIA, *La RAI è "impresa pubblica" e... anche "organismo di diritto pubblico"*.

¹⁶⁰ Cass., sez. un., 12 maggio 2005, 9940 in *Contratti*, 2006, fasc. 1, pag. 39 con commento di A. ANGIULI, *Organismi di diritto pubblico e applicazione della normativa sugli appalti pubblici*; in *Riv. trim. app.*, 2006, p. 143 con commento di M. ROBLES, *Alla strenua ricerca dell'"organismo di diritto pubblico": ragioni (antiche) di (attuale) incertezza*; Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, fasc. 1, pag. 31 con commento di L. CIMELLARO, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*; in *Foro amm. CDS*, 2003, fasc. 12, pag. 3827 con commento di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*.

¹⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4959 in *www.giustamm.it* con commento di L. SOVERINO, *Enti privati non riconosciuti, organismo di diritto pubblico e gestione dei pubblici servizi*.

¹⁶² TAR Campania, Napoli, sez. I, 21 giugno 2004 n. 9677 in *www.giustamm.it*.

¹⁶³ TAR Piemonte, Torino, sez. II, 19 aprile 2004 n. 637 in *www.giustamm.it*.

¹⁶⁴ Corte Cost. 29 settembre 2003, nn. 300 e 301 in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1254 ss. con commento di M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie ultimo approdo?*; in *Foro it.*, 2003, I, 1326, con commento di GIORGIANTONIO; nonché in *Foro amm. TAR*, 2004, fasc. 6, pag. 1912 con commento di F. GAMBARDELLA, *Le fondazioni bancarie e l'organismo di diritto pubblico dopo i recenti interventi della Corte costituzionale*; C. Stato, sez. per gli atti normativi, 13-01-2003, n. 4751/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 180; Cons. Stato, sez. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354/02 in *Cons. Stato*, 2002, I, 1788. Per un commento a questi pareri si veda C. VARRONE, *Le fondazioni bancarie alla luce dei principi di sussidiarietà*, in C. BOTTARI (a cura di), *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, Rimini, Maggioli, 2003; nonché F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2004, fasc. 3, pag. 447.

¹⁶⁵ Cass. ordinanza, sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *www.giustamm.it* con commento di R. DI PACE, *L'organismo di diritto pubblico ed i contratti atipici*. Vd. anche TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 16 maggio 2002, n. 1281, in con commento di D. BIAGIO, *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di atti di gara relativi ad appalti indetti da enti lirici trasformati in fondazioni*; nonché TAR Lombardia, Milano, sez. I, 23 dicembre 1999, n. 5049 in *Urb. app.*, 2000, 309. Sul tema vd. anche F. BRUNETTI, *Sulla qualificabilità come organismi di diritto pubblico degli enti lirici privatizzati*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 2005, fasc. 2, pag. 91. Per rilievi più generali F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2004, fasc. 3, pag. 447.

¹⁶⁶ TAR Piemonte, sez. II 3 marzo 2004, n. 362 in *Urb. app.*, 2004, fasc. 8, pag. 967 con commento di S. VERZARO, *Giochi olimpici invernali ed organismi di diritto pubblico*.

¹⁶⁷ TAR Lazio, sez. III, 18 gennaio 2005, n. 351 con commento di M. CALABRÒ, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005 fasc. 5, p. 1769; nonché in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, fasc. 2, p. 251; C. DE BENETTI, *Enti pubblici non economici e organismi di diritto pubblico: interpretazione logico-sistemica del quadro normativo. Brevi riflessioni in tema di organismo di diritto pubblico in parte qua*.

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI 23 gennaio 2006, n. 182. Per commenti a questa sentenza vd. quello molto lucido di S. DEL GATTO, *Natura privata e "stanza pubblica" Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2006 fasc. 2, p. 579; nonché L. CARBONE, *Profili privatistici e pubblicistici degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, in *Foro it.*, 2006, fasc. 4 pag. 203; M. DE ROSA, *Le casse previdenziali organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 9, p. 978; e R. PROIETTI, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, in *Urb. app.*, 2006, fasc. 6 pag. 726. Anche il giudice ordinario sembra orientato nel medesima direzione cfr. Cass., sez. un., ordinanza 15 maggio 2006, n. 11088 in *www.giustamm.it*

quindi adottato a esclusivo uso e consumo della normativa in esame e degli anzidetti obiettivi una categoria soggettiva che potesse essere «interpretata in modo autonomo e uniforme in tutta la Comunità» e «definita in modo da un punto di vista funzionale con riferimento esclusivamente ai tre requisiti cumulativamente enunciati»¹⁶⁹.

6.2 I concessionari. I concessionari di servizi. I concessionari di lavori pubblici.

6.2.1. I concessionari di servizi.

Si è già analizzato il regime giuridico della concessione di servizi e, dunque, si è anche parzialmente accennato al relativo regime contrattuale.

A ogni modo, l'art. 32 lettera f) stabilisce le disposizioni della parte I, IV e V, si applicano ai «lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice».

Questa è una clausola generale che sembra dettata sia per i concessionari di servizi a terzi che per i concessionari di servizio pubblico indipendentemente dall'attività che essi svolgono¹⁷⁰.

Peraltro, con riguardo ai concessionari di servizio pubblico, l'attività contrattuale di questi soggetti si svolge prevalentemente nei settori speciali e, dunque, soggiace alle disposizioni contenute nella parte III del Codice.

Infatti, i servizi pubblici più importanti rientrano tra le attività dei settori speciali soggette alle regole dettate dalla Direttiva 2004/17/CE e alle norme della parte III del Codice. I «diritti speciali ed esclusivi» sono costituiti da un atto di natura autoritativa (si parla di «atto» e non di «contratto»), concernono attività riservate e incidono sulla capacità degli altri soggetti (v. art. 207, comma 2, Codice). I «titolari di diritti speciali ed esclusivi» (siano o meno gestori di un servizio pubblico) sono «soggetti aggiudicatori» nei settori speciali (art. 214) e anche eventualmente nei settori ordinari (art. 32, comma 1, lett. b/); sicché non si comprende la regola dettata nel comma 6 dell'art. 30 circa gli appalti di fornitura.

Gli appalti del concessionario nei settori ordinari non ricevono una disciplina altrettanto uniforme.

Sotto questo profilo, rileva l'art. 30, comma 6¹⁷¹, che assoggetta l'aggiudicazione degli appalti di forniture da parte dei concessionari di servizio pubblico al rispetto del «principio di non discriminazione in base alla nazionalità».

Gli appalti di lavori dovrebbero essere invece coperti dalla clausola generale contenuta nell'art. 32 lettera f).

Quid iuris per gli appalti di servizi?

Infatti, non si stabilisce alcunché per gli appalti di servizi del concessionario di servizi pubblici nei settori ordinari (eccezion fatta per il caso dell'art. 214). Probabilmente, nei settori ordinari il concessionario non è soggetto alla applicazione generalizzata della normativa sulle procedure di evidenza pubblica in quanto è stato prescelto mediante gara. Tutto ciò ha importanti ricadute in termini di tutela e di giurisdizione¹⁷².

Ma questo dovrebbe valere anche per il concessionario di servizi a terzi. Per il quale peraltro non si stabilisce nulla neppure in tema di appalti di forniture.

6.2.2. I concessionari di lavori pubblici.

Non si intende qui affrontare il tema del regime dell'attività contrattuale dei concessionari di lavori pubblici disciplinato dagli articoli 142 e seguenti del Codice.

¹⁶⁹ Corte di giustizia CE, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.* (Racc. pag. I-73, punti 20 e 21; 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, Racc. pag. 11617, punti 51-53; 5 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-4667, punti 52 e 53, e 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-11697, punto 69; 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-139, punti 27-32.

¹⁷⁰ In ogni caso a questi soggetti non si applicano, tuttavia, gli articoli 63 (avviso di preinformazione), 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

¹⁷¹ «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».

¹⁷² Secondo ..., E in argomento non è di aiuto (ma anzi complica maggiormente il quadro) l'art. 2, co. 3, del cod., che appare una norma dagli effetti dirompenti: secondo tale disposizione le «procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici», «per quanto non espressamente previsto nel presente codice», devono rispettare la l. 241/90. A parte l'indefinita di «attività amministrative in materia di contratti» diverse dalle procedure di affidamenti e di «contratto pubblico», l'applicazione della l. 241 agli affidamenti non ricompresi nel codice dovrebbe comportare l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del Giudice amministrativo (art. 6 l. 205/00 e art. 244 cod.). Salvo a non dare una interpretazione ristretta all'«attività amministrativa», intesa come attività svolta da una amministrazione, e al «pubblico» del contratto, inteso come contratto con una amministrazione.

Si vuole qui sottolineare un importante profilo “soggettivo” della nozione codicistica di concessione di lavori pubblici. Sotto questo profilo, infatti, il Codice istituisce una distinzione fra due tipologie di concessionari di lavori pubblici.

Esso opera, infatti, una distinzione tra concessionari – organismi di diritto pubblico e concessionari, che non rivestono tale qualifica.

La formula codicistica darà luogo a qualche difficoltà interpretativa in relazione all’individuazione dei caratteri di tale istituto. Ma qui preme sottolineare che essa sembra escludere che la concessione di lavori pubblici possa di per sé configurare la nozione di organismo di diritto pubblico¹⁷³.

La diversa qualificazione comporta ovvie ripercussioni sul regime applicabile all’attività contrattuale, cioè ai cd. “affidamenti a valle”. Infatti, ai sensi dell’art. 142, comma 4, del Codice, il concessionario, che non è amministrazione aggiudicatrice – sulla falsariga dell’art. 2 L. Merloni - non sono assoggettati alle disposizioni in tema di programmazione, incentivi per la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo ed i lavori possono essere assegnati alle imprese “collegate”¹⁷⁴.

Dovrebbe, di conseguenza, essere chiara anche la differenza tra impresa collegata al concessionario, che non è amministrazione aggiudicatrice, e affidamento *in house*. A tale istituto, con le restrizioni di recente operate dalla Corte di Giustizia, può farsi ricorso solo per gli appalti del concessionario - amministrazione aggiudicatrice, che, senza ricorrere al mercato, realizza con le proprie risorse interne o con strutture, che, ancorchè giuridicamente distinte dal medesimo, agiscono “prevalentemente” per suo conto e che sono sottoposte ad un “controllo analogo” a quello esercitato sulle proprie strutture.

6.3 Le società a capitale pubblico

L’art. 32, comma 1, stabilisce che le disposizioni della parte I, IV e V, si applicano «lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali»¹⁷⁵.

Tuttavia, le società a capitale pubblico «non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell’opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell’opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo»¹⁷⁶.

In ogni caso, a questi soggetti non si applicano, tuttavia, gli articoli 78, comma 2 (redazione del

¹⁷³ Ipotesi che in giurisprudenza aveva trovato qualche seguito. Cfr. C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 4 ottobre 2005, n. 668 in *Urb. app.*, 2006, 5, p. 595 con commento di M. BALDI.

¹⁷⁴ Cfr. A. CLARIZIA, *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, in *www.giustamm.it* il quale aggiunge che le imprese collegate potranno essere «individuate in base al tradizionale concetto correlato alla appartenenza nell’ambito di una *holding* (restando fermo che il relativo elenco può essere aggiornato nel tempo in relazione ai mutamenti che si determinano a livello societario)».

¹⁷⁵ Occorre coordinare la disposizione in esame con l’articolo 13 della legge n. 248 del 2006, a termini del quale:

«1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l’attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l’effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma [comma così modificato dall’articolo 1, comma 720, legge n. 296 del 2006].

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data [comma così modificato dall’articolo 1, comma 720, legge n. 296 del 2006].».

¹⁷⁶ Comma da coordinare ora con l’articolo 13 della legge n. 248 del 2006.

verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

6.4 Gli «altri soggetti aggiudicatori». I privati sovvenzionati. I privati che eseguono opere di urbanizzazione.

6.4.1. I privati sovvenzionati

L'art. 32, comma 1, stabilisce che le disposizioni della parte I, IV e V, si applicano ai «d) lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori;

e) appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi».

A questi soggetti non si applicano, tuttavia, gli articoli 63 (avviso di preinformazione), 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

Il provvedimento che concede il contributo a questi soggetti deve porre come condizione «il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle norme del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il cinquanta per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del presente codice. Il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo» (Art. 32, comma 4).

6.4.2. I privati che eseguono opere di urbanizzazione

La lettera g) dell'art. 32 stabilisce che le disposizioni della parte I, IV e V, si applicano ai «lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380177 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150178. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prela-

¹⁷⁷ L'art. 16 (Contributo per il rilascio del permesso di costruire) stabilisce che «1. Salvo quanto disposto all'articolo 17, comma 3, il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione, secondo le modalità indicate nel presente articolo.

2. La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione va corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune».

¹⁷⁸ Ai sensi dell'art. 28 (Lottizzazione di aree) prima dell'approvazione del piano regolatore generale è vietato procedere alla lottizzazione dei terreni a scopo edilizio. Nei Comuni dotati di piano regolatore generale fino a quando non sia stato approvato il piano particolareggiato di esecuzione, la lottizzazione di terreno a scopo edilizio può essere autorizzata dal Comune. Ma l'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione che preveda:

«1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate all'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n 2;

2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;

3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo;

4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione».

zione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato».

A questi soggetti non si applicano, tuttavia, gli articoli 63 (avviso di preinformazione), 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

Infine, l'art. 253, comma 8, del Codice detta una disposizione di diritto intertemporale secondo cui «Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scemputo degli oneri di urbanizzazione».

6.5 Gli «enti aggiudicatori» e, in particolare, l'impresa pubblica. I «soggetti aggiudicatori».

Ai sensi dell'art. 3, comma 29, «Gli «enti aggiudicatori» al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, III, IV e V comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti».

L'allegato VI fornisce gli elenchi, non limitativi, degli enti aggiudicatori ai fini dell'applicazione della parte III (contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali).

Agli enti aggiudicatori si applica il regime ordinario solo nel caso di appalti destinati all'esercizio di più attività in cui sia oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato¹⁷⁹.

Pertanto, gli enti aggiudicatori sono quei soggetti - meglio individuati nell'art. 207 del Codice¹⁸⁰ - cui si applica prevalentemente la disciplina dettata per l'attività contrattuale della p.a. nei settori cd. speciali.

In ogni caso, a questi soggetti non si applicano, tuttavia, gli articoli 78, comma 2 (redazione del verbale di gara), 90, comma 6 (affidamento della progettazione a progettisti esterni), 92 (corrispettivi e incentivi per la progettazione) 128 (programmazione dei lavori pubblici) e, in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

6.6 Le centrali di committenza

Anzitutto, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, comma 34, «La «centrale di committenza» è un'amministrazione aggiudicatrice che:

- acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori, o
- aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori».

L'art. 33 dispone che «Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi.

Le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del presente codice.

Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione

¹⁷⁹ Così stabilisce la lettera h) dell'art.32, ai sensi della quale le disposizioni della parte I, IV e V, si applicano ai «lavori, servizi forniture affidati dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207, qualora, ai sensi dell'articolo 214, devono trovare applicazione le disposizioni della parte II anziché quelle della parte III del presente codice».

L'art. 214 a sua volta dispone che «1. Ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui è destinato.

2. La scelta tra l'aggiudicazione di un unico appalto e l'aggiudicazione di più appalti distinti non può essere effettuata al fine di escludere un appalto dall'ambito di applicazione della presente parte III o, dove applicabile, dall'ambito di applicazione della parte II.

3. Se una delle attività cui è destinato un appalto è disciplinata dalla parte III e l'altra dalla parte II, e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato, esso è aggiudicato secondo le disposizioni della parte II, ferma la facoltà, per gli enti aggiudicatori, di chiedere, in aggiunta all'attestazione SOA, ulteriori specifici requisiti di qualificazione relativamente alle attività disciplinate dalla parte III.

4. Se una delle attività cui è destinato l'appalto è disciplinata dalla parte III e un'altra attività non è disciplinata né dalla parte III né dalla parte II, e se è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto è principalmente destinato, esso è aggiudicato ai sensi della parte III».

¹⁸⁰ E cioè «soggetti: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 208 a 213 del presente codice; b) che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 208 a 213 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente».

appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza».

Ora, l'art. 253 (Norme transitorie) dispone che «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, le seguenti disposizioni si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° agosto 2007¹⁸¹:

a) articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza»

La reiterata proroga della trasfusione nel diritto interno dell'istituto dell'accordo quadro stipulato da centrale di committenza (non solo nei ll.pp.) stride con la contemporanea valorizzazione (vedi l. finanziaria 2007) delle centrali acquisti statali e regionali per l'acquisizione di beni e servizi. Vi è, cioè, da interrogarsi sulla coerenza di tale intervento con le proclamate intenzioni di insistere nell'opera delle centrali acquisti finalizzata ad incidere sulla spesa per consumi intermedi della p.a.¹⁸².

7. La "terzietà" del contraente.

Altro elemento essenziale per la delimitazione dell'ambito soggettivo è l'«alterità soggettiva» delle parti.

Questo aspetto richiama la problematica degli appalti *in house*. La Corte di giustizia ha ammesso il

¹⁸¹ Si tratta del comma introdotto dall'articolo 1-octies della legge n. 228 del 2006, poi modificato dall'articolo 1 del d.lgs. n. 6 del 2007.

¹⁸² La legge 27 dicembre 2006, n. 296 dispone «449. Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono individuati, entro il mese di gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di standardizzazione dei prodotti, le tipologie di beni e servizi per le quali tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento.

450. Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 11, comma 5, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101.

451. Il Ministero dell'economia e delle finanze è autorizzato, anche in deroga alla normativa vigente, a sperimentare l'introduzione della carta di acquisto elettronica per i pagamenti di limitato importo relativi agli acquisti di beni e servizi. Successivamente, con regole tecniche da emanare ai sensi degli articoli 38 e 71 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, è disciplinata l'introduzione dei predetti sistemi di pagamento per la pubblica amministrazione.

452. Le transazioni compiute dalle amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, avvengono, per le convenzioni che hanno attivo il negozio elettronico, attraverso la rete telematica, salvo che la stessa rete sia temporaneamente inutilizzabile per cause non imputabili all'amministrazione procedente e sussistano ragioni di imprevedibile necessità e urgenza certificata dal responsabile dell'ufficio.

453. Con successivo decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, possono essere previsti meccanismi di remunerazione sugli acquisti a carico dell'aggiudicatario delle convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni.

454. Il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il supporto della CONSIP Spa, realizza, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, un programma per l'adozione di sistemi informativi comuni alle amministrazioni dello Stato a supporto della definizione dei fabbisogni di beni e servizi e definisce un insieme di indicatori sui livelli di spesa sostenibili, per le categorie di spesa comune, che vengono utilizzati nel processo di formazione dei relativi capitoli di bilancio. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.

455. Ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio.

456. Le centrali di cui al comma 455 stipulano, per gli ambiti territoriali di competenza, convenzioni di cui all'articolo 26, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni.

457. Le centrali regionali e la CONSIP Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi. Nel quadro del patto di stabilità interno, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano approva annualmente i programmi per lo sviluppo della rete delle centrali di acquisto della pubblica amministrazione e per la razionalizzazione delle forniture di beni e servizi, definisce le modalità e monitora il raggiungimento dei risultati rispetto agli obiettivi. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

458. È abrogato l'articolo 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e successive modificazioni, ad eccezione del comma 3. All'articolo 59, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, le parole: «Per le finalità di cui al presente articolo, nonché» e le parole: «, in luogo delle aggregazioni di cui alla lettera c) del comma 2,» sono soppresse».

c.d. appalto *in house* fin dalla sentenza *Teckal* (C-107/98) esattamente in considerazione della mancanza di “alterità soggettiva” tra un’amministrazione aggiudicatrice e un soggetto giuridico distinto dalla stessa costituito o partecipato¹⁸³.

Ma nella giurisprudenza più recente è sorto un ulteriore problema che probabilmente deve essere riletto alla luce del requisito dell’alterità soggettiva. Si tratta degli accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni.

La posizione della Corte di giustizia è stata espressa per la prima volta nella sentenza relativa alla causa C-84/03 (Commissione/Spagna) secondo cui gli accordi di cooperazione tra enti locali non possono essere esclusi genericamente dalla normativa in materia di appalti mediante il ricorso a una forma giuridica del diritto nazionale¹⁸⁴. Diviene necessaria una delimitazione tra misure organizzative e/o amministrative e contratti di forniture tra organi amministrativi¹⁸⁵.

7.1 In particolare, gli appalti in house.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha escluso l’applicabilità del diritto comunitario relativo alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di realizzazione di opere¹⁸⁶, nonché sulla concessione di servizi da parte delle autorità pubbliche¹⁸⁷, nei casi in cui l’amministrazione committente eserciti un controllo sulla società aggiudicataria analogo a quello esercitato sui propri servizi interni e quest’ultima società nel contempo svolge la maggior parte delle sue attività a favore dell’ente o degli enti che la controllano¹⁸⁸.

Siffatta giurisprudenza è stata sviluppata in casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici avevano concesso determinati contratti per la fornitura di beni e/o di servizi con contratto a titolo oneroso a società su cui esercitavano una forma più o meno sostanziale di controllo e che effettuavano la maggior parte, o una parte rilevante, delle loro attività a favore delle amministrazioni medesime.

Secondo la Corte, in questo caso è in gioco la stessa esistenza di un contratto secondo la nozione comunitaria. Il giudice deve verificare se vi sia stato effettivamente un «incontro di volontà tra due persone distinte»¹⁸⁹.

La Corte ha individuato le condizioni in presenza delle quali non può dirsi che vi sia tale “incontro di volontà”. Esse si verificano 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»¹⁹⁰.

Si tratta dei cd. criteri *Teckal*, che la Corte ha provveduto a sviluppare nelle sue più recenti senten-

¹⁸³ In precedenza già nella causa C-360/96, *BFI Holding*, che riguardava una controversia tra due comuni olandesi e un’impresa privata (la BFI) la quale sosteneva che la predisposizione di un contratto per la raccolta di rifiuti con una società per azioni (l’ARA) a tal fine costituita dai comuni di cui trattasi doveva essere assoggettata alla procedura prevista dalla direttiva, il giudice nazionale aveva considerato che l’ARA rientrava nell’esenzione di cui all’art. 6 della direttiva 92/50 in quanto era considerata un organismo di diritto pubblico ai sensi dell’art. 1, lett. b), della direttiva 92/50. L’avvocato generale A. La Pergola, nelle sue conclusioni (paragrafo 38) nella causa *BFI Holding*, era già pervenuto alla conclusione che «non sussiste la terzietà e cioè la sostanziale distinzione dell’organismo ARA rispetto ai due comuni. Siamo di fronte ad una forma di delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo *privatizzare* le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore»; d’altro canto, questo elemento della misura in cui la prestazione di servizi sia fornita da una parte della pubblica amministrazione e, di conseguenza, non si configuri un appalto pubblico, ai sensi della direttiva 92/50, è stato sottolineato anche dall’avvocato generale S. Alber nelle sue conclusioni nella causa C-108/98, *RI.SAN* (già citata alla nota 31); v. il paragrafo 49 delle sue conclusioni. L’avvocato generale A. La Pergola è giunto alla conclusione che «in definitiva (...) il rapporto che intercorre tra i comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva» (trattasi della direttiva 92/50). Tuttavia, l’avvocato generale A. La Pergola ha ammesso che un soggetto di questo genere (come l’ARA) costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi della direttiva 92/50. La Corte di giustizia ha esaminato la questione di stabilire quando un organismo possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico ai sensi dell’art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 e ha fornito i relativi elementi di interpretazione di cui il giudice nazionale aveva bisogno».

¹⁸⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. II 13 gennaio 2005 (causa C-84/03) in *Urbanistica e appalti*, 2005, fasc. 11 pag. 1277 con commento di G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*.

¹⁸⁵ Corte di giustizia CE, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03 *Commissione c. Francia*, paragrafi 32 e 33; Corte di giustizia CE, 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux*. Di recente cfr. le conclusioni dell’avvocato generale L.A. Geelhoed, presentate il 28 settembre 2006, in causa C-295/05, *ASEMFO*.

¹⁸⁶ Si tratta qui, segnatamente, delle sentenze della Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* (Racc. pag. I 8121); 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* (Racc. pag. I-1); 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Austria* (Racc. pag. I-9705), e 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*.

¹⁸⁷ A questo fine sono rilevanti tra le altre le sentenze della Corte 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname* (Racc. pag. I 7287); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* (Racc. pag. I-8612), e 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV*.

¹⁸⁸ Nella sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 48, la Corte ha confermato esplicitamente che agli appalti conferiti da un ente pubblico a propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

¹⁸⁹ Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* (Racc. pag. I 8121), punto 49.

¹⁹⁰ Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* (Racc. pag. I 8121), punto 50.

ze. Con riguardo al primo criterio, la Corte ha stabilito che l'esercizio di un controllo «analogo a quello esercitato sui propri servizi» deve consistere in una «possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società»¹⁹¹.

Con riguardo al secondo criterio, la Corte ha chiarito che la condizione che la società su cui viene esercitato un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni svolga nel contempo la maggior parte delle sue attività a favore dei soggetti pubblici che la controllano, è diretta a prevenire una distorsione della concorrenza. Infatti, se la società controllata svolge la maggior parte delle sue attività esclusivamente per questi soggetti, si giustifica la disapplicazione delle norme imperative delle direttive per gli appalti pubblici, intese a garantire la tutela della concorrenza, in quanto in tale situazione non sussiste più concorrenza. Ciò implica che si può presumere che la società di cui si tratta svolga la maggior parte delle sue attività per l'amministrazione pubblica da cui è controllata, ai sensi della sentenza *Teckal*, quando l'attività di questa impresa è prevalentemente concentrata su tale amministrazione, ed ogni altra attività resta marginale¹⁹².

La giurisprudenza nazionale tenta di stare al passo con la giurisprudenza comunitaria e di sviluppare i profili applicativi dei criteri dettati a livello comunitario. Eppure al momento il materiale giurisprudenziale interno non si caratterizza per chiarezza e univocità di pensiero nelle situazioni concrete¹⁹³.

7.2 I rapporti tra amministrazione pubbliche

In molti casi le amministrazioni pubbliche concludono accordi di collaborazione reciproca. Altrettanto spesso diversi enti pubblici, per l'esecuzione di determinate funzioni di interesse pubblico, come la gestione di "servizi pubblici di area vasta", danno vita a strutture comuni a cui assegnano il compito di curare un servizio di comune interesse.

La Corte tende ad applicare a questi accordi ovvero agli affidamenti fatti alle strutture comuni lo stesso arsenale argomentativo forgiato per i contratti pubblici tra pubbliche amministrazioni e privati.

Sotto il primo profilo, quello dei meri accordi, il giudice comunitario ritiene che taluni di essi possano avere la stessa natura degli appalti pubblici. In via di principio, è sufficiente che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Non si possono, dunque, escludere *a priori* dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria e interna i rapporti stabiliti tra le amministrazioni pubbliche, i loro organismi pubblici e, in generale, gli enti di diritto pubblico non commerciali, indipendentemente dalla natura di tali rapporti¹⁹⁴. Anche in questi casi, tuttavia, si potrà evitare la scure del diritto comunitario

¹⁹¹ Si tratta delle sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* (Racc. pag. I-8612), punto 65; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, punto 36.

¹⁹² Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, punti da 58 a 63.

¹⁹³ Anche tra gli stessi giudici di Palazzo Spada non c'è completa sintonia di vedute. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5, in *www.giustamm.it*, secondo cui è illegittima la delibera con la quale un Comune affida un servizio pubblico ad una società intercomunale appositamente costituita nel caso in cui risulti, attraverso l'esame delle disposizioni statutarie della società stessa, che si tratti di società sulla quale il Comune non esercita un "controllo analogo", così come invece richiesto dall'articolo 113, comma 5, alinea "c" del T.U. delle disposizioni sull'ordinamento degli enti locali emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267.

Al contrario, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072, in *www.giustamm.it*, secondo cui è illegittimo l'affidamento diretto di servizi pubblici locali secondo il modello dell'*in house providing*, per violazione dei principi di fonte comunitaria, qualora lo statuto della società affidataria, integralmente partecipata dall'amministrazione locale, preveda l'astratta possibilità che una quota azionaria, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi, venendo in tal modo a mancare, seppure potenzialmente, il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni. Né rileva, in contrario, la previsione statutaria del necessario esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio di minoranza, posto che è la cessione stessa della quota societaria a condurre, in prospettiva, al venir meno del controllo analogo da parte dell'amministrazione. E, inoltre, Ai fini della valutazione circa la sussistenza dei requisiti essenziali per l'affidamento "in house" di servizi pubblici locali, qualora ai sensi della disciplina statutaria della società affidataria il consiglio d'amministrazione disponga della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'Ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Per Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440, in *www.giustamm.it*, invece, l'affidamento di servizi pubblici ad una S.p.A., a capitale interamente comunale, senza espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, da parte d'un'amministrazione aggiudicatrice secondo le disposizioni di cui alla direttiva 90/52/CEE, recepita dallo Stato italiano con il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, si pone in contrasto con le norme di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato dell'Unione Europea, che stabiliscono il divieto di discriminazione, la libertà nella prestazione dei servizi pubblici e la libera concorrenza. Il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, non è sufficiente ad assicurare tale situazione se lo statuto della società consente che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi. Se il consiglio di amministrazione dispone della facoltà di adottare tutti gli atti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci dal diritto societario non sono sufficienti a consentire all'ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

¹⁹⁴ Corte giust. CE, 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione c. Spagna*, punti 33-40. Anche Corte di giustizia CE, 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux*, punto 47, statuisce che «una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), del-

rio 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.

Sotto il secondo profilo, quello degli accordi organizzativi, la giurisprudenza comunitaria sembra orientata ad applicare lo stesso metro di giudizio.

Se la struttura comune è organizzata come una persona giuridica distinta, tutti i soggetti pubblici partecipanti alla medesima devono essere in grado di esercitare un'«influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti» di detta struttura. Ciò può avvenire in virtù dei diritti e poteri che lo statuto giuridico della o la partecipazione alla struttura comune attribuisce alle amministrazioni partecipanti ovvero mediante la rappresentanza negli organi amministrativi della medesima¹⁹⁵.

Questa giurisprudenza mette a dura prova il principio di auto-organizzazione amministrativa. Essa inoltre non approfondisce il tema della effettiva configurabilità di un «contratto» in queste situazioni. Secondo la nozione accolta dallo stesso diritto comunitario dei contratti pubblici, infatti, vi deve essere un incontro di volontà tra due «parti» ovvero due centri di interesse contrapposti. In taluni casi gli ordinamenti nazionali consentono o obbligano le pubbliche amministrazioni a collaborare tra loro. Questa è anzitutto una scelta eminentemente politica ed è frutto del convincimento che l'amministrazione pubblica – intesa come la casa comune di tutti i diversi livelli e compartimenti di governo di cui è composta ogni nazione – persegue il medesimo interesse, e cioè la massimizzazione dell'interesse collettivo¹⁹⁶.

8. I contratti atipici e quelli extra-codicistici. Cenni.

La codificazione di alcune tipologie di contratti pubblici e, soprattutto, il tentativo qui condotto di enucleare una nozione di contratto pubblico giuridicamente rilevante sollevano due questioni finali. La prima attiene all'ammissibilità e al regime di contratti pubblici atipici, cioè di contratti che sono frutto dell'esercizio di autonomia negoziale da parte della pubblica amministrazione. Il secondo attiene ai rapporti tra la disciplina codicistica dei contratti pubblici e i contratti delle pubbliche amministrazioni regolati da discipline specifiche.

Si tratta in fondo di due intensità diverse di atipicità, la prima assoluta, la seconda solo relativamente al Codice. Peraltro, molto spesso, similmente a quanto avviene nel diritto privato, contratti pubblici che inizialmente erano atipici vengono successivamente tipizzati attraverso discipline specifiche.

Sotto il profilo della «atipicità assoluta», l'ammissibilità di contratti atipici viene ormai generalmente riconosciuta sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina¹⁹⁷.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che pur dovendo la p.a. operare nei limiti consen-

la direttiva» oppure che «un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo status di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti»

¹⁹⁵ Conclusioni dell'avvocato generale L.A.: Geelhoed, presentate il 28 settembre 2006, in causa C-295/05, *ASEMFO*.

¹⁹⁶ Anche Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* (Racc. pag. I-1), punto 48, ha riconosciuto che nei casi in cui un'amministrazione committente può svolgere i suoi compiti impiegando le sue risorse amministrative, tecniche e di vario tipo, senza dover avvalere di organi esterni non facenti parte dei suoi servizi, la Corte non ha ritenuto applicabili le norme comunitarie disciplinanti gli appalti pubblici. Infatti, in questi casi non si può configurare un contratto a titolo oneroso con una persona giuridica che possa essere distinta dall'amministrazione committente.

Ora il punto sta tutto nella verifica dell'effettivo possesso di queste risorse. In taluni casi le amministrazioni sono dotate di proprie risorse perché ne hanno le possibilità, in altri casi è l'ordinamento che mette a disposizione delle medesime amministrazioni risorse organizzative altrettanto pubbliche. In definitiva, la collaborazione con altri enti pubblici non comporta «esternalizzazione» che sola fa scattare la necessità di tutelare i valori ispiratori della normativa sui contratti pubblici, e cioè la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Essa rimane nel campo delle misure organizzative pubbliche ed è solo uno dei diversi mezzi di cui l'ente committente può giuridicamente avvalersi - e che quindi tecnicamente «possiede» - per svolgere i propri compiti. E sull'avvalimento di risorse non proprie per dimostrare il possesso di certi requisiti la giurisprudenza comunitaria ha fatto scuola.

¹⁹⁷ Per una ampia trattazione della tematica vd. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; G. DE CANDIA, *Le swap e l'attività contrattuale pubblica*, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, fasc. 2, pag. 197; V. DE GIOIA, *L'ammissibilità del leasing pubblico al vaglio dei giudici contabili e amministrativi*, in *Nuova rassegna*, 2005, fasc. 3, p. 336; R. CHIEPPA, *Modalità di scelta del broker e dell'assicurazione dell'ente locale*, in *TAR*, 2004 fasc. 9, pt. I, pp. 477; R. DIPACE, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm. TAR*, 2004, fasc. 12 pag. 3898; Silvia CATTANEO, *I contratti atipici della pubblica amministrazione, con particolare riferimento al contratto di tesoreria integrato con una clausola di sponsorizzazione*, in *Diritto & Formazione*, 2003, fasc. 6, pag. 965; L. PERONATO, *Brokeraggio assicurativo e contratti della p.a.*, in *Contratti Stato enti pubblici*, 2002, fasc. 2, pp. 282.

titi dalla legge, nessuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici e, anzi, il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico, costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione¹⁹⁸.

Il problema della disciplina dei contratti atipici è stato invece risolto in termini simili a quelli utilizzati per gli appalti sotto la soglia comunitaria e in genere per le altre fattispecie contrattuali che sfuggono all'applicazione del diritto comunitario derivato in materia di evidenza pubblica.

La giurisprudenza, nazionale e comunitaria, nonché la Commissione europea¹⁹⁹ ha sostenuto che questi contratti non sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario e, con riferimento al nostro ordinamento, che la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza²⁰⁰.

Tali considerazioni dovrebbero valere *a fortiori* per tutti quei contratti di notevole importo la cui aggiudicazione non è disciplinata dalle direttive comunitarie. Altrimenti si sottrarrebbe una rilevante parte dell'attività negoziale di questi soggetti alle regole della concorrenza.

La soluzione del problema si rinviene nel ricorso ai principi generali contenuti nel Trattato o sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee.

In primo luogo, viene in rilievo il principio di parità di trattamento. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, si sostanzia in quello di eguaglianza e di non discriminazione. Esso si traduce nel divieto di trattare situazioni analoghe in modo diverso, salvo che la diversità di trattamento sia giustificata²⁰¹.

In stretta connessione a quello precedente si pone il principio di trasparenza, da garantirsi, sempre secondo la giurisprudenza, con ogni mezzo appropriato, anche tramite forme di pubblicazione dei bandi di gara a livello comunitario²⁰². Ciò significa che devono essere fornite tutte le informazioni necessarie affinché i potenziali contraenti possano decidere se partecipare o meno alla procedura. In particolare, devono essere resi noti i criteri di scelta e di attribuzione dei punteggi, l'oggetto del contratto e le prestazioni richieste.

Rileva, poi, il principio di proporzionalità, in base al quale, ai fini della selezione dei candidati, una amministrazione appaltante non può esigere capacità tecniche o finanziarie del tutto sproporzionate rispetto all'obiettivo da raggiungere, il quale coincide con l'oggetto del contratto²⁰³.

Infine, il principio del mutuo riconoscimento comporta che la stazione appaltante sia tenuta ad accettare le specifiche tecniche, i controlli, le certificazioni, le qualifiche ed i titoli acquisiti da un candidato in un altro Stato membro²⁰⁴.

8.1. I contratti extra-codicistici. In particolare, il leasing immobiliare pubblico.

Prima di chiudere l'indagine dedicata alla nozione di appalto pubblico è forse il caso di richiamare sinteticamente la problematica relativa alla riconducibilità del *leasing* immobiliare pubblico al *genus* degli appalti e, dunque, alla disciplina codicistica dei contratti pubblici.

Il *leasing* sorto come contratto atipico, frutto della libertà negoziale delle parti, in ambito civilistico si atteggia ormai a "contratto extra-codicistico", la cui disciplina trova dunque fonte in un *corpus* normativo esterno al codice civile.

La stessa dinamica sembra interessare l'istituto nell'ambito del diritto dei contratti pubblici. Il *leasing* pubblico inizialmente ammesso in via interpretativa come espressione di autonomia contrattuale dell'amministrazione, è stato di recente riconosciuto e disciplinato dal legislatore con una norma speciale.

¹⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001 n. 6073 in *Giust. amm.*, 2002, 78, con commento di G. SAPORITO, *La sponsorizzazione di attività pubbliche e l'atipicità nei contratti della p.a.* Più di recente cfr. TAR Veneto, sez. I, 10 luglio 2006 n. 2006 in *www.giustamm.it*.

¹⁹⁹ Vd. la Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», 1 agosto 2006, (2006/C 179/02).

²⁰⁰ Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2335; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206, in *Foro amm.*, 2001, 614.

²⁰¹ Sulla diretta connessione del principio di parità di trattamento con il tema degli appalti si veda da ultimo la sentenza 29 aprile 2004, causa C- 496/99, in *Foro amm. CDS*, 2004, 985, secondo la quale le procedure di raffronto tra le offerte, in tutte le fasi, devono rispettare tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello di trasparenza, affinché tutti gli offerenti abbiano le stesse possibilità nella formulazione delle offerte

²⁰² Sul punto si veda Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, in *Foro it.*, 2000, IV, 1.

²⁰³ Corte giustizia CE, 24 novembre 2005, causa C- 331/04, *ATI EAC e.a.*

²⁰⁴ Corte giustizia CE, 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in *www.giustamm.it*.

Ora, a giudicare dal dibattito sviluppatosi prima della sua tipizzazione, il *leasing* pubblico sembra costituire una fattispecie contrattuale “transgenica”. Infatti, a turno gli è stata attribuita natura di appalto di lavori, servizi o forniture.

Con la decisione n. 145 del settembre 2004 l’Autorità di Vigilanza, sul presupposto che la legge speciale oggetto del suo esame indicava la locazione finanziaria fra gli strumenti prioritari per la realizzazione degli istituti carcerari, assegnava l’istituto del *leasing* immobiliare alla disciplina dell’appalto di servizi. Ma non è una posizione che ha trovato largo seguito in dottrina e giurisprudenza²⁰⁵.

L’istituto è ormai tipizzato anche nell’ambito del diritto dei contratti pubblici²⁰⁶. Ma il dilemma non è stato risolto. La nuova disciplina speciale contiene un rinvio al Codice dei contratti pubblici ma non chiarisce a quale delle tre tipologie esso debba essere assegnato. Il Codice pur disciplinandoli in maniera tendenzialmente unitaria diversifica sotto numerosi profili i tre tipi di appalto.

²⁰⁵ Vd. A. CLARIZIA, *Leasing immobiliare pubblico: - appalto di lavori o di servizi? - il problema delle varianti*, in www.giustamm.it, 5-2005; S. SAMBRI, *La procedura di scelta del contraente nel leasing pubblico alla luce della nuova direttiva 2004/18*, *ibidem*; V. DE GIOIA, *L’ammisibilità del leasing pubblico al vaglio dei giudici contabili e amministrativi*, in *Nuova rass.*, 2005, fasc. 3, pp. 336 G. MONTEODORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *Diritto & Formazione*, 2003 fasc. 6, p. 934; F. TASSONE, *Il Leasing immobiliare pubblico alla luce del recentissimo Disegno di Legge “Piano d’azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”*, in www.giustizia-amministrativa.it; S. BANDINI ZANIGNI, *Il leasing pubblico: regime giuridico e scelta del contraente*, in *Dir. eco.*, 2000, fasc. 1, pp. 91; G. FISCHIONE, *Il leasing per la realizzazione di opere pubbliche. (Pubblica Amministrazione ed uso di un modello contrattuale alternativo)*, in *Giur. it.*, 1988 fasc. 10, pp. 326; P. DE LISE, *Il leasing per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Rassegna ll. pp.*, 1987, fasc. 9, pp. 325; G. TORREGROSSA, *L’opera pubblica fra leasing e concessione di costruzione*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, fasc. 4, p. 317.

²⁰⁶ La legge finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), commi da 907, 908, 912 e 913, ha disciplinato il contratto di leasing immobiliare pubblico disponendo che:

«907. Per la realizzazione, l’acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all’applicazione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria.

908. Nei casi di cui al comma 907, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell’opera, i costi, i tempi e le garanzie dell’operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell’offerta economicamente più vantaggiosa. [...]

912. L’offerente di cui al comma 908 può essere anche un’associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all’adempimento dell’obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l’associazione temporanea di imprese, l’altro può sostituirlo, con l’assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche.

913. L’adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed eventuale gestione funzionale dell’opera secondo le modalità previste».

Probabilmente, un indice interpretativo può desumersi dal comma 914 secondo cui «Al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all’espletamento del servizio è assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi». Questa disposizione sembra introdurre una figura speciale di avvalimento mediante *leasing* e lo fa avendo come riferimento la disciplina delle gare per la selezione dei contraenti di contratti di servizi (appalti di servizi e concessioni di servizi pubblici locali).

²⁰⁶ Cfr. l’art. 1, comma 2, lett. c) delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, secondo cui «un appalto avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto di forniture»».