

LE DECISIONI

Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio.

(Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione seconda, sentenza 18 luglio 2007
nella causa C-382/05)

Con il proprio ricorso la Commissione ha chiesto alla Corte di Giustizia che venisse sanzionata la violazione della direttiva 92/50/CEE da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per avere quest'ultima indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee.

Il ricorso per infrazione avviato, ex art. 226 TCE, dalla Commissione Europea avverso il comportamento lesivo dello Stato italiano nei confronti della direttiva 92/50/CEE (1), si è di recente concluso con l'emanazione di una sentenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, con la quale sono stati forniti - in seguito ad una interpretazione autentica della direttiva elusa, ed in particolare dei suoi artt. 1, 11, 15 e 17 - particolari chiarimenti in materia di appalti pubblici di servizi, al fine di tenere distinto tale fenomeno da quello delle concessioni.

Oggetto di contestazione è la procedura di stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione siciliana. Tale procedura, indetta nel 2002 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la protezione civile - Ufficio delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, sarebbe stata realizzata senza rispettare le forme di pubblicità espressamente previste dalla direttiva citata, consistenti nella pubblicazione dell'apposito bando di gara sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* (2). Ad avviso del governo italiano, ed alla luce della giurisprudenza

(1) Si tratta della direttiva adottata dal Consiglio il 18 giugno 1992 (*G.U.* L209, p. 1), che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, successivamente modificata dalla direttiva 2001/78/CE della Commissione, del 13 settembre 2001 (*G.U.* L285, p. 1). Più recente è la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, cd. "direttiva unificata" (*G.U.* L134 pp. 114-240).

(2) Sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* era stato pubblicato, in data 16 agosto 2002, un avviso conforme al modello di avviso "indicativo" di cui all'allegato III

za interna, le procedure oggetto di contestazione, non avrebbero dovuto essere assoggettate alle forme di pubblicità richieste dalla direttiva in materia di appalti pubblici di servizi, trattandosi, nel caso di specie, del diverso fenomeno della concessione di servizi.

Nella fase precontenziosa la Commissione aveva inviato alla Repubblica italiana una lettera di diffida imputando a tale Stato membro la violazione degli artt. 11,15 e 17 della direttiva 92/50. Le osservazioni presentate dall'Italia in risposta alla lettera di messa in mora non venivano considerate sufficienti dalla Commissione, la quale provvedeva a trasmettere allo Stato – in via definitiva – il parere motivato (3), invitando quest'ultimo a porre fine all'inadempimento contestato entro il termine di due mesi.

La Commissione aveva successivamente dato avvio alla fase contenziosa, considerando poco soddisfacente la risposta fornita dallo Stato italiano al parere motivato. Durante tale fase emergeva quale primo punto controverso quello concernente la natura delle quattro convenzioni stipulate dal Presidente della Regione siciliana, nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia: ad avviso della Commissione *“le convenzioni controverse non possono essere qualificate come concessioni di servizi escluse, come sostenuto dalla Repubblica italiana, dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50”* ... *“non sono state concluse nel rispetto dei requisiti di pubblicità derivanti da tale direttiva”*.

A tal riguardo veniva richiamato dalla Commissione l'art. 1, lett. a) della direttiva, in virtù del quale sono appalti pubblici di servizi *“i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice...”*.

I successivi articoli invocati prescrivono, in capo all'amministrazione aggiudicatrice di un appalto di servizi, adeguate forme di pubblicità; in particolare la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*

della direttiva 92/50, il quale tuttavia non rispettava appieno tutti i requisiti del modello di bando di gara d'appalto, come indicati nel medesimo allegato.

Il 9 agosto dello stesso anno veniva pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana* il cd. “avviso controverso”, comprendente tre allegati: l'allegato A che indicava le “linee guida per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani al netto della raccolta differenziata prodotta nei Comuni della regione siciliana”, l'allegato B intitolato “Piano finanziario riassuntivo” e l'allegato C contenente una convenzione tipo da stipulare con gli operatori prescelti.

La normativa comunitaria prevede infatti l'obbligo per le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o negoziata, di rendere nota tale intenzione con un bando di gara che deve essere pubblicato per esteso sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* e nella banca dati TED, nelle rispettive lingue originali.

(3) Il parere motivato è l'atto, a carattere non obbligatorio, con il quale si chiude la fase precontenziosa; la non obbligatorietà dello stesso ne impedisce l'impugnabilità, ai sensi dell'art. 230 TCE.

del bando relativo, il quale deve essere redatto secondo i modelli contenuti negli allegati. Pertanto, l'omissione delle forme di pubblicità prescritte integrava la violazione del diritto comunitario da parte dell'Italia.

Per inciso, degna di rilievo è la circostanza che la direttiva 92/50/CE non fornisce alcuna definizione del diverso fenomeno della concessione di servizi.

Dalle ricostruzioni fornite dalle parti emergevano difficoltà, e sul modo di valutare la remunerazione spettante all'operatore, e sul rischio inerente al servizio erogato. In relazione alla prima difficoltà (la remunerazione), al punto 20 della sentenza si legge che secondo la Commissione *“la remunerazione consisterebbe in una tariffa versatagli direttamente dal Commissario delegato, tariffa il cui importo viene fissato in euro per tonnellata di rifiuti trasferita all'operatore dai comuni”*. Sempre secondo la Commissione, *“i redditi che l'operatore sarebbe in grado di trarre dalla vendita di energia elettrica prodotta in occasione della termovalorizzazione dei rifiuti non costituirebbero un elemento del corrispettivo di detto operatore”*.

Al contrario, il governo italiano qualificava dette convenzioni come concessioni di servizi - pertanto escluse dall'ambito di applicazione della direttiva (4) - perché i servizi venivano erogati direttamente agli utenti, tenuti pertanto a versare ai comuni una tariffa diretta a coprire tanto la raccolta quanto il trattamento dei rifiuti, mentre il Commissario delegato si sarebbe limitato a svolgere un ruolo di mero intermediario (punto 24).

Inoltre, proprio in relazione alla natura di concessione delle convenzioni, la remunerazione poteva consistere tanto nel prezzo pagato dall'utente, quanto in altre attività connesse al servizio prestato, e quindi anche nella vendita di energia ricavata dalla termovalorizzazione dei rifiuti (punto 25).

Quanto alla seconda difficoltà riscontrata, concernente cioè il rischio connesso al servizio erogato, la Commissione rilevava la natura di appalto di servizi delle convenzioni, le quali prevedevano il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti all'operatore, il quale pertanto non avrebbe sopportato personalmente il rischio inerente a tale attività (punto 21); al contrario il governo italiano faceva notare come i proventi da realizzare da parte dell'operatore presentassero carattere aleatorio, tenuto conto anche dell'importanza finanziaria degli investimenti effettuati e della durata ventennale delle convenzioni controverse (punto 26), nonché del ruolo di mera vigilanza dell'Amministrazione.

La Corte di Lussemburgo, sposando appieno le argomentazioni della Commissione, è intervenuta in primo luogo a chiarire, o meglio a confutare,

(4) Tale esclusione è stata poi confermata dalla Corte nella sentenza che si commenta, al punto 29, esclusione che *“risulta da giurisprudenza costante”*: vengono a tal fine richiamate le sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti (Coname)*, in *Racc.* p. I - 7287, punto 9, e 13 ottobre 2005, causa C- 458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen Ag (Parking Brixen)*, in *Racc.* p. I - 8585, punto 42.

quanto sostenuto dal governo italiano secondo il quale le convenzioni controverse “*come emerge dalla giurisprudenza nazionale, devono essere qualificate come concessioni di servizi*” escluse dall’ambito di applicazione della direttiva 92/50 CE.

La definizione di appalto pubblico di servizi rientra invece nella sfera del diritto comunitario e pertanto “*la qualificazione delle convenzioni controverse nell’ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell’ambito di applicazione della direttiva 92/50*” (5).

A livello comunitario ciò che rileva ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico di servizi o come concessione di servizio pubblico è l’oggetto del contratto e le modalità di remunerazione pattuite: nel caso di specie, ad una prima rapida scorsa delle convenzioni, si potrebbe concludere che esse rientrino nell’appalto di servizi perchè hanno come oggetto il servizio di raccolta e trattamento di rifiuti non speciali (servizio che può essere compreso tra quelli di cui all’allegato IA della direttiva - eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi) (6) e perchè la remunerazione consiste nel versamento di una tariffa fissa all’operatore da parte del Commissario delegato.

Pertanto, la circostanza ultronea che i prestatori fossero in grado di beneficiare dei proventi derivanti dalla rivendita dell’energia elettrica prodotta a seguito della termovalorizzazione dei rifiuti, non è stato considerato dalla Corte argomento sufficiente a sostenere la natura di concessione della convenzione, dal momento che l’art. 1, lett. a) della direttiva 92/50, nel fornire la nozione di appalto pubblico, parla di “*contratto a titolo oneroso*”, ove l’onerosità è riferita alla controprestazione offerta al prestatore (consistente nel pagamento da parte del Commissario delegato dell’importo della tariffa) a fronte della prestazione del servizio di trattamento dei rifiuti conferiti con recupero di energia (punti 39-40). Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto di poter affermare la natura di appalti pubblici di servizi delle convenzioni controverse ritenendo pertanto che la loro aggiudicazione si sarebbe potuta realizzare soltanto in osservanza della predetta direttiva ed in particolare dei suoi artt. 11, 15 e 17.

Al punto 34 la Corte, richiamando la giurisprudenza comunitaria più recente (7), osservava come la concessione di servizi si caratterizzi per le

(5) Punto 30 della sentenza che si commenta. La Corte richiama inoltre alcuni precedenti giurisprudenziali: la sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione c. Francia, *Racc.* p. I-8831, punto 36, e 18 gennaio 2007, causa C- 220/05, *Auroux e ac. Commune de Roanne*, pubblicata in *Racc.* p. I-00389, 2007 (punto 40).

(6) A tal proposito non è stato considerato rilevante dalla Corte, al fine di qualificare la procedura *de qua* come concessione di servizi, il fatto che il trattamento di rifiuti rientrasse nell’interesse generale, come invece teneva a precisare il governo italiano (punti 23-43).

(7) Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia del 7 dicembre 2000, causa C- 324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG (Telaustria e Telefonadress)*, in *Racc.* p. I-10745, punto 58, sentenza *Parking Brixen, cit.*, punto 40.

peculiari modalità di remunerazione dell'operatore, consistenti nel diritto di quest'ultimo di sfruttare la propria prestazione con annessa assunzione del rischio collegato alla gestione dei servizi in questione.

Al contrario, nel caso di specie, tale operatore risultava remunerato dal Commissario delegato il quale si impegnava a garantire che tutti i comuni interessati conferissero all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti e che un quantitativo minimo di essi venisse conferito a quest'ultimo (punto 36).

La Corte accoglieva il ricorso della Commissione e condannava l'Italia alle spese.

L'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia risulta essere in sintonia con l'intenzione di garantire la concorrenza e la parità nelle possibilità di accesso alle procedure da parte di tutti gli operatori economici comunitari. Per tale ragione i giudici di Lussemburgo hanno avuto la premura di specificare che *“la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario”* (punto 30).

L'assenza di una definizione normativa di concessione di servizi, tanto in ambito nazionale quanto in ambito comunitario, è stata superata soltanto di recente, in seguito alla adozione delle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004, i cui contenuti sono stati interamente ripresi dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006 e successive modificazioni).

A livello comunitario, le difficoltà che si incontravano (e che tuttora si incontrano) nel definire la concessione di servizi pubblici erano legate ai diversi modi in cui gli ordinamenti dei vari Stati membri disciplinavano l'istituto. In particolare l'Italia e la Francia basavano la concessione su un rapporto fiduciario tra amministrazione e terzo concessionario, basato sull'*intuitu personae*, al quale ultimo, venivano trasferiti, attraverso un atto concessorio, i compiti propri della prima. Si sottolineava pertanto che le procedure dell'evidenza pubblica, sebbene più adeguate ad assicurare la concorrenza, avrebbero minato il carattere fiduciario dei rapporti della PA, limitando di conseguenza l'efficienza della stessa (8).

Successivamente, la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni, adottata il 12 aprile 2000 e pubblicata in *GURIC*-121 del 29 aprile 2000, individuava l'elemento distintivo della nozione di concessione di lavori (ma la stessa definizione è stata poi estesa alla concessione di servizi) nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera: *“Anzitutto 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. La dura-*

Rileva al riguardo anche l'ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, *Racc.* p. I- 4685, punti 27-28.

(8) In tal senso B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione : l'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, pp. 440 ss.

ta della concessione rappresenta, pertanto, un elemento importante della remunerazione del concessionario. Quest'ultimo 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 effettuare gli investimenti 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 sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto".

Allo stesso modo, l'ordinanza commissariale del 1° marzo 2005, nell'autorizzare la realizzazione del progetto presentato da Sicil Power SpA - una delle società con le quali il Commissario ha stipulato le "convenzioni controverse" - relativo al sistema di gestione integrato per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani al netto della raccolta differenziata (Sistema Messina-Catania), faceva gravare proprio sulla società i rischi connessi alla realizzazione e alla gestione degli impianti di termovalorizzazione, stabilendo alla lettera g) dell'art. 5 che "gli impianti devono essere sempre mantenuti nel miglior stato di efficienza tale da garantire sempre il rispetto della presente ordinanza e delle caratteristiche tecniche relative a ciascuna tipologia di impianto", nonché i relativi adempimenti e la prestazione di idonee garanzie finanziarie "a copertura delle spese derivanti da eventuali operazioni di smaltimento di rifiuti, compresa la bonifica ed il ripristino ambientale" (art. 7 dell'ordinanza).

Al punto 36 della sentenza della Corte di Giustizia che qui si commenta, si legge che "detto operatore risulta remunerato dal Commissario mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti....tali convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla suddetta quantità minima garantita, cioè al fine di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'operatore. Queste stesse convenzioni prevedono inoltre, che la tariffa sia rinegoziata qualora, per conformarsi ad un mutamento del quadro normativo l'operatore debba affrontare investimenti eccedenti un certo livello".

L'analisi di questo punto risulta particolarmente significativa sotto più profili, tutti indirizzabili verso la individuazione di una concreta sopportazione dei rischi da parte dell'operatore, chiamato a garantire una duratura ed efficiente stabilità al sistema di gestione dell'impianto, stabilità per la quale è tenuto ad effettuare investimenti pluriennali di entità più o meno rilevante (a seconda cioè che si tratti di realizzare un impianto *ex novo* - nel qual caso si pone la necessità di far fronte a rischi ulteriori connessi alle scelte di ubicazione del termovalorizzatore con conseguenti e non meno importanti rischi ambientali - ovvero di destinare alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti un impianto già esistente per il quale occorre sempre effettuare, prima della sua messa in funzione, una campagna di monitoraggio dell'ambiente nella zona interessata dall'intervento autorizzato).

La Corte ha escluso la sussistenza del regime concessorio sulla base della presenza di una tariffa fissa conferita all'operatore dal Commissario delegato in relazione alle tonnellate di rifiuti: eppure si tratta di dati entrambi variabili ed incerti, i quali non assicurano che i costi sopportati siano effettivamente coperti dai ricavi conseguiti. Ciò è tanto più vero se si considera che è stata avvertita la necessità di prevedere una revisione dei prezzi ed un adeguamento della tariffa *“nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla quantità minima garantita”* e *“in relazione all'andamento dei costi relativi al personale, ai materiali di consumo e alle manutenzioni”*. Pertanto, nonostante la garanzia di una tariffa minima, che già di per sé non si pone in contrasto con il regime concessorio – come ribadito ed ora esplicitato nel Codice dei contratti pubblici all'art. 30 (ove è chiaramente consentita la concessione di un servizio pubblico dietro pagamento di 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 prestato”*) – un rischio connesso alla quantità annua dei rifiuti conferiti è comunque sopportato dall'operatore economico, anche nell'ipotesi in cui consegua un utile da tale attività.

Pertanto, anche alla luce della impostazione comunitaria, per la quale il rischio è elemento fondamentale nella individuazione del regime concessorio, non può escludersi che anche nel caso di specie ci si trovi in presenza di una concessione. A questi dati, sui quali si è soffermata la Corte di Giustizia, ne vanno aggiunti dei successivi, i quali, pur non essendo stati sottoposti all'attenzione della Corte, sono necessari per completare il quadro di riferimento: in data 27 settembre 2004 è stato approvato lo schema di atto aggiuntivo alla convenzione già firmata con gli operatori permettendo il conferimento agli inceneritori anche dei rifiuti speciali e dei sovvalli provenienti dalle operazioni di selezione e valorizzazione della frazione secca raccolta in modo differenziato.

Ciò ha consentito di ottenere che la tariffa fissata per il conferimento ai quattro sistemi da realizzare in Sicilia non variasse all'aumentare della raccolta differenziata. Quindi, *“solo se il totale dei rifiuti conferiti al sistema – urbani, speciali, sovvalli - dovesse scendere al di sotto della quantità pari al 65% del totale dei rifiuti urbani prodotti in Sicilia e certificati dall'Apat, sorgerebbe la necessità di una rinegoziazione della convenzione e di una eventuale modifica tariffaria”* (9).

(9) V. Relazione della Corte dei Conti del 2005 – *Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato – Programma delle attività di controllo sulla gestione per l'anno 2005 (deliberazione n. 1/2005/G) – La gestione dell'emergenza rifiuti effettuata dai Commissari Straordinari del Governo.*

Si è cercato in questo modo di trovare la soluzione più idonea ad evitare che i cittadini subissero le conseguenze di una situazione di sistemica incertezza connessa alla quantità annua di rifiuti effettivamente conferita ad ogni impianto, riducendo le notevoli ripercussioni sulla spesa del servizio, variabile in relazione a tali quantitativi e facendo chiaramente gravare sull'operatore il rischio della gestione di tale sistema integrato.

Una chiosa: l'art. 9 dell'ordinanza del 1° marzo 2005 definisce “*concessionari del servizio integrato*” gli operatori industriali ai quali è stata affidata la gestione del servizio, mentre al 3° comma dell'art. 117 del Testo Unico degli enti locali (D.Lgs. 267/2000, da ultimo modificato dal D.Lgs. 152/2006, le cui disposizioni si applicano in quanto compatibili con le attribuzioni previste dallo statuto della Regione siciliana e dalle relative norme di attuazione) si legge che “*qualora i servizi siano gestiti da soggetti diversi dall'ente pubblico per effetto di particolari convenzioni e concessioni dell'ente la tariffa è riscossa dal soggetto che gestisce i servizi pubblici*”.

Non risulta pertanto difficile concludere, che almeno a livello nazionale, si fosse convinti di aver concluso una convenzione avente ad oggetto una concessione e non un appalto.

Sul piano del diritto nazionale va rilevato come soltanto di recente, sulla scia della direttiva 2004/18/CE (10), sia stata fornita una nozione di concessione di servizi. A tal riguardo vale la pena richiamare l'art. 3, comma 10 e 12 e l'art. 30 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e successive modificazioni (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). In particolare, il comma 12 dell'art. 3 dispone 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, in conformità all'art. 30*”; e secondo tale ultimo articolo “*le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi*”; al 2° comma poi si legge che “*nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio...*”.

(10) In verità, un primo tentativo di definizione del fenomeno a livello normativo era contenuto in una prima proposta della Direttiva servizi, in base alla quale doveva intendersi per “*concessione di pubblico servizio...un contratto diverso dalla concessione di lavori pubblici...conclusi tra un amministratore ed un altro ente di sua scelta in forza del quale l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio pubblico di sua competenza e l'ente accetta di svolgere tale attività avendo come corrispettivo il diritto di sfruttare il servizio oppure tale diritto accompagnato da controprestazione pecuniaria*”. Tale passo della Proposta venne poi stralciato dal testo definitivo della direttiva 92/50, come ricorda G. GRECO, *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Padova, 1998, p. 8.

Pertanto la concessione si presenta come una mera modalità di erogare a terzi gli stessi servizi che le pubbliche amministrazioni possono garantire attraverso l'appalto.

Più di recente il TAR Lombardia (sez. I, sent. 9 gennaio 2007 n. 4) affermando che la distinzione tra appalto e concessione si individua in relazione al rischio inerente alla gestione del servizio, ha considerato sussistenti i presupposti dell'appalto quando il corrispettivo viene pagato al prestatore direttamente dall'Amministrazione aggiudicatrice, mentre ricorrono i presupposti della concessione quando *“la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del servizio, con la conseguenza che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione”* (11).

Si potrebbe altresì affermare che il concessionario assume su di sé il rischio della gestione anche nell'ipotesi, tra l'altro supportata normativamente dall'art 30, 1° comma del Codice dei contratti pubblici, in cui il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio reso sia integrato da una remunerazione in denaro *“qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio reso”*.

In dottrina è stato affermato che se è vero che la distinzione tra concessione e appalto pubblico di servizi passa attraverso il carattere oneroso del servizio - inteso in senso economico e finanziario - è anche vero che non bisogna confondere l'aspetto del corrispettivo con le *“particolari modalità di pagamento, dipendenti dal sistema di prelievo”* le quali costituiscono *“un elemento estrinseco ed occasionale”*.

Pertanto si conclude nel senso della qualificazione *“di vere e proprie concessioni, nel caso, ad esempio, della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, i cui oneri non si può certo dire che non siano sostenuti dagli utenti sol perché su di essi gravano tasse e non tariffe. Le tasse – che sono, com'è noto, in funzione e in proporzione del servizio reso – costitui-*

(11) Si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato, 15 maggio 2002, n. 2634, sez. VI, secondo la quale *“è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio allora si è in ambito concessorio”*. Cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato, 30 aprile 2002, n. 2294, sez. V, a mente della quale non è sufficiente la trilateralità del rapporto tra amministrazione, concessionario ed utenti per configurare una concessione di servizi, risultando rilevante il fatto che il rischio economico della gestione sia a carico del concessionario, con la conseguenza che la stessa attività può essere conferita in appalto o in concessione a seconda dell'imputazione del rischio della gestione in capo all'uno o all'altro contraente.

scono pur sempre ricavi dello “sfruttamento” del servizio reso e sono ben diverse dall’eventuale ulteriore corrispettivo a carico dell’Amministrazione, per i casi in cui il servizio non sia idoneo ad autofinanziarsi” (12).

Per mera esigenza di completezza preme ricordare che il Decreto Ronchi (D.Lgs.22/97 abrogato dal D.Lgs. 152/2006, cd. Codice dell’ambiente, e successive modificazioni), ha previsto l’introduzione obbligatoria della TIA (la Tariffa di Igiene ambientale) diretta a sostituire la Tassa per lo smaltimento Rifiuti (Tarsu). La tassa e la tariffa non presentano particolari differenze sul piano tecnico-giuridico (13); tuttavia è rilevante soffermarsi sulla struttura della tariffa, la quale infatti, articolata per fasce di utenza e territoriali, si presenta divisa in due parti: una quota fissa, determinata “in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, riferite in particolare agli investimenti per le opere e relativi ammortamenti”, ed una quota variabile in relazione alla quantità di rifiuti prodotti, e cioè “rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all’entità dei costi di gestione, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio” (art. 49, comma 4, D.Lgs.22/97, corrispondente all’attuale art. 238, 4° comma del Codice dell’ambiente). Si potrebbe in tal caso convenire con il governo italiano che i “servizi in questione sarebbero erogati direttamente agli utenti, ossia alla collettività degli abitanti che producono i rifiuti, abitanti sui quali graverebbe alla fine il costo della tariffa versata all’operatore” (punto 24) e che “l’obbligo di smaltire rifiuti con produzione di energia...rientrerebbe nell’oggetto delle convenzioni controverse” essendo “tipico che la remunerazione di una concessione provenga non solamente dal prezzo pagato dall’utente ma anche da altre attività connesse al servizio erogato”. In effetti le rimostranze dei cittadini siciliani, preoccupati dell’aumento dei costi del servizio di smaltimento rifiuti al fine di garantirne il corretto ed efficiente espletamento, potrebbe essere un dato chiaro e sufficiente a provare che è proprio sugli abitanti che graverebbe il costo della tariffa versata all’operatore, con conseguente affidamento del servizio secondo lo schema proprio della concessione e non già dell’appalto.

(12) In questo senso si è espresso G. GRECO, in *Appalti di servizi e concessioni di servizio pubblico*, op. cit., pp. 15-16.

(13) La tassa rappresenta, da un punto di vista economico, il corrispettivo legato alla emanazione di un atto o di un provvedimento amministrativo o ancora alla prestazione di un servizio, mentre dal punto di vista giuridico è un tributo, un’obbligazione avente come presupposto la funzione di un servizio pubblico o l’adozione di un atto amministrativo. La tariffa è invece il prezzo, il corrispettivo di un contratto privatistico in virtù del quale l’utente riceve un servizio pubblico liberamente richiesto. La Cassazione a SS.UU. ha affermato che la tariffa è comunque una tassa presentando di quest’ultima gli stessi requisiti, con un meccanismo strutturato a tariffa (Cass. SS.UU., 1 marzo 2002, n. 3030). La tariffa può dunque riguardare qualsiasi forma di imposizione tributaria, avendo essa soltanto la funzione di equilibrare il *quantum debeatur*.

Ma ancora più a monte particolarmente difficoltosa si presenta la distinzione tra servizio pubblico e appalto di servizi, distinzione che nel caso che ci riguarda presenta una sua concreta utilità, soprattutto alla luce delle recentissime novità in materia, contribuendo a fornire una chiave di lettura degli argomenti forniti dalle parti in sede di ricorso.

Al fine di tracciare la distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi pubblici, la dottrina tradizionale ha individuato una molteplicità di criteri utilizzabili, analiticamente elencati nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n. 3944 del 1° marzo 2002 (Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori) quali:

1. Il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico;

2. la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, che si contrappone al carattere negoziale dell'appalto;

3. il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, contrapposte alle prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico riconosciute all'appaltatore che non opera quale organo indiretto dell'amministrazione;

4. l'effetto accrescitivo tipico della concessione.

Il Consiglio di Stato, nella successiva sentenza n. 2294 del 30 aprile 2002 (sez. V), ha individuato come criterio più convincente quello relativo all'oggetto dei contrapposti istituiti *“che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati”*. Pertanto, mentre l'appalto di servizi *“riguarda, di regola, servizi resi alla PA e non al pubblico degli utenti; non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione accompagnata eventualmente da un prezzo e l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario”* (14), la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta di regola ulteriori conseguenze in ordine alla individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Solitamente nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti mentre negli appalti di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo assume peraltro un apprezzabile significato quando il servizio reso, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile tra gli utenti che ne beneficiano. Il Consiglio di Stato poi prosegue affermando *“l'oggetto del rapporto riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazio-*

(14) In tal senso, F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, R.GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici: nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005 p. 108.

ni richieste al privato “appaltatore” sono rivolte non già a vantaggio dell’amministrazione, ma riguardano in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni”.

Anche alla luce di tale precedente, che tra l’altro interviene proprio sul problema dello smaltimento dei rifiuti, oggetto delle convenzioni “controverse”, si può affermare che il caso di specie può essere agevolmente configurato come concessione.

Le attuali disposizioni introdotte nel Contratto degli appalti pubblici dispongono che l’affidamento della gestione dei servizi possa avvenire secondo una procedura particolare che rispetti, s’intende, le norme ed i principi sanciti dal Trattato e dalla giurisprudenza della Corte.

Infatti l’art. 30 del Codice, che introduce per la prima volta nel nostro ordinamento – *ut supra* ricordato - una specifica disciplina sulla concessione di servizi, prevede al 3° comma, che la scelta del concessionario avvenga sulla base di una *gara informale* in seguito a trattativa privata, a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, e con predeterminazione dei criteri selettivi. La trattativa privata, come è stato sottolineato in dottrina, costituisce un *minimum* inderogabile, che pertanto non vieta alla Pubblica Amministrazione concedente, ma neppure obbliga la medesima, a procedere ad una vera e propria gara ad evidenza pubblica completa (15).

Tale gara, sebbene informale, oltre ad essere in linea con il diritto comunitario consente inoltre di pervenire alla scelta del concessionario in maniera più semplice rispetto a quanto accade per la concessione di lavori pubblici, e ciò in sintonia con le finalità perseguite dalla legge 62/2005 (legge comunitaria 2004), che, nel delegare il Governo al recepimento delle direttive comunitarie sugli appalti 2004/18 e 2004/17, ha imposto non soltanto la raccolta in un unico testo normativo della disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria e degli appalti e concessioni sotto soglia, ma ha previsto che tale obiettivo fosse perseguito nel rispetto dei principi di semplificazione, riduzione dei tempi e massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Tale procedura trova il suo noto antecedente nella disciplina della finanza di progetto, definita come “*concessione di costruzione e gestione ad iniziativa privata*” (16), la cui disciplina è stata inserita nella legge quadro in materia di lavori pubblici (L. 109/94, cd. Legge Merloni) dalla L. 415 del 1998, e ha subito notevoli modifiche con la successiva legge 166 del 2002 (cd. Legge Merloni *quater*). Attualmente l’intera normativa è confluita nel recen-

(15) In questo senso E. MELE, in AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007, pp. 86-87. Tale concessione ha in comune con quella di servizi pubblici lo svolgimento di un’attività riconducibile alla categoria del servizio pubblico.

(16) Definizione di G. FIDONE, in *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University press, 2007, p. 44.

te Codice dei contratti pubblici (agli artt. 152-160), senza tuttavia subire sostanziali cambiamenti.

La disciplina in questione è diretta a realizzare un bilanciamento fra l'esigenza di efficienza ed effettività dei risultati e la necessità che vengano rispettati i modelli procedimentali, in sintonia con il principio di legalità dell'azione amministrativa (17).

Gli artt. 37 *bis* e seguenti della Legge quadro hanno introdotto, dunque, nel nostro ordinamento un nuovo modo di avviare la realizzazione di lavori in concessione, ad iniziativa del soggetto privato. È previsto infatti che quest'ultimo possa presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte di finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici inseriti nella programmazione triennale o negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente (v. art. 14, 2° comma della legge 109/94, recepito dall'art. 128 del Codice dei contratti). Entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza, negli stessi programmi, di interventi realizzabili con capitali privati, suscettibili di gestione economica, con la pubblicazione di un avviso indicativo, il quale rileva ai fini della individuazione del momento iniziale dell'intera procedura per l'aggiudicazione della concessione. Si ritiene che il primo atto formale dell'amministrazione diretto a conferire rilevanza pubblica alla procedura di scelta del contraente per l'affidamento della concessione sia quello della pubblicazione dell'avviso in oggetto (18).

Il riferimento a tale avviso indicativo non è casuale nel caso di specie, presentandosi anzi come possibile chiave di lettura delle difese approntate dallo Stato italiano nel ricorso che ci occupa, difese basate su orientamenti giurisprudenziali in tema di concessione (della quale il *Project Financing* rappresenta una alternativa), che, seppur richiamati in modo generico dal governo italiano sono profondamente radicati nella cultura giuridica nazionale, trovando oltremodo sostegno nella giurisprudenza più recente.

E così, in tema di valutazione delle proposte nell'ambito della finanza di progetto, la sentenza del TAR Toscana n. 2860 del 2004 secondo la quale *“pur se l'art. 37 ter legge 109/94 non procedimentalizza l'attività di valutazione dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara,*

(17) Il procedimento previsto per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, ex art. 37 *bis* della legge quadro, ha inizio con la presentazione di una proposta da parte di un privato, il promotore, avente ad oggetto l'esecuzione e la gestione di un intervento già inserito dalla PA nella propria programmazione triennale da realizzarsi con finanziamento privato.

(18) Il Consiglio di Stato ha infatti in più occasioni affermato il carattere unitario della procedura per l'affidamento della concessione su iniziativa del promotore, sottolineando l'aspetto del tutto secondario della pubblicazione del bando di gara: in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2002, n. 6847 e Consiglio di Stato sez. V, 10 febbraio 2004, n. 495.

tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice", è stata superata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 6287 del 10 novembre 2005, con la quale è stato confermato l'orientamento tradizionale e corrispondente alla giurisprudenza maggioritaria secondo la quale la scelta della proposta, in caso di più aspiranti promotori per un medesimo intervento, è esercizio di un potere discrezionale della P.A. "in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al momento attuale" e pertanto "il modulo procedimentale in parola e la natura delle determinazioni che il gestore del programma deve assumere nella scelta del promotore, non consentono di applicare analogicamente al procedimento in esame le regole dell'evidenza pubblica". Spetta infatti all'amministrazione il compito di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito (19).

Quanto poi alla distinzione tra "attività prioritarie" e "attività residuali" operata dal legislatore comunitario nella direttiva 92/50/CE, in base alla quale soltanto per le prime è prevista l'applicazione integrale della direttiva medesima, non è dato di sapere con certezza se i proventi derivanti dalla vendita di energia elettrica abbiano assunto o meno, nelle intenzioni delle parti, il carattere di remunerazione principale anziché accessoria rispetto alla tariffa ricevuta dal Commissario delegato, considerando che il recupero energetico è definito come "prevalente interesse pubblico" nel Decreto Ronchi (art. 9 D.Lgs.22/1997 abrogato dal Codice dell'ambiente; si ora il comma 7 art. 216), e che la produzione di energia elettrica è condizione necessaria per l'avviamento di un impianto di termovalorizzazione (All. I lett c), Ordinanza Commissariale 1° marzo 2005).

Ora, se alla base della distinzione tra appalto pubblico e concessione assume rilevanza la nozione di rischio, le considerazioni che precedono portano chiaramente *in nuce* la soluzione al contrasto sollevato dalla Commissione nel caso di specie: un rischio infatti sussiste anche in questo caso in capo al concessionario il quale è tenuto comunque a sopportare i costi della gestione già per la "semplice" attività di recupero dell'energia, con la conseguenza che gli eventuali e successivi proventi presentano un carattere

(19) Si tratta di un orientamento assai diffuso tra i TAR e sostenuto più volte dall'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, che trova il proprio risalente fondamento nella legge 24 giugno 1929, n. 1137, che ha riconosciuto la parità tra concessioni a soggetti privati e pubblici, attribuendo una notevole discrezionalità alla PA nella scelta dei concessionari.

comunque aleatorio, riposando in questo caso il rischio sull'utile stesso; un rischio inoltre si individua anche nella consistenza finanziaria degli investimenti effettuati dal concessionario e nella durata ventennale delle convenzioni controverse, dati rilevanti che sottendono l'assunzione di un rischio da parte dell'operatore al fine di garantire la stabilità, l'efficienza e la continuità del servizio, anche attraverso la assidua manutenzione degli impianti.

A sostegno di quanto precede appare opportuno un richiamo (completo e non limitato solo ad alcune sue parti come invece risulta dal testo della sentenza de qua) all'art. 5 dell' O.P.C.M. n. 3190/2002, secondo il quale "*Il Commissario delegato – Presidente della regione siciliana, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, stipula convenzioni per la durata massima di venti anni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione siciliana, con operatori industriali che si impegnino a trattare in appositi impianti la frazione residuale dei rifiuti e ad utilizzarla in impianti di termovalorizzazione con recupero di energia da realizzarsi in siti idonei ovvero in propri impianti industriali o di cui abbiano la disponibilità gestionale, esistenti nel territorio della regione, ivi compresi quelli per la produzione di energia elettrica in sostituzione totale o parziale di combustibili ora impiegati*".

La fattispecie concessoria presenta la caratteristica di essere costituita da due atti: un provvedimento amministrativo (la concessione) e un contratto, in genere qualificato di diritto privato. Mentre il provvedimento contiene la determinazione con cui l'amministrazione dispone dell'interesse pubblico connesso al bene e ha lo scopo di giustificare la scelta del concessionario dal punto di vista dei principi di imparzialità e buon andamento, il contratto, che svolge un ruolo attuativo, strumentale ed accessorio, regola gli aspetti patrimoniali del rapporto, le responsabilità ed i rischi connessi alla concessione del servizio, costituendo il fondamento delle obbligazioni che il provvedimento non è in grado di imporre autonomamente (20).

Scopo di un contratto è quello di stabilire la distribuzione dei profitti e delle perdite contrattuali con le varie conseguenze che da ciò possono derivare nello scambio di beni o servizi. Un rischio è pertanto insito nella stessa stipulazione del contratto, con tutte le circostanze che possono influire sull'adempimento (21).

(20) In tal senso D. SORACE - C. MARZUOLI, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, voce "Concessioni Amministrative", vol. III, Torino, 1989, p. 284.

(21) I problemi connessi al rischio e alla stessa nozione di rischio sono stati analizzati da G. ALPA, in *Enciclopedia del Diritto*, voce "Rischio" (dir. vig.), vol. XV, Milano, 1989, pp. 1144 e ss., il quale fa riferimento anche al rischio connesso alla diminuita soddisfazione economica dell'affare, per la preesistenza, o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previste e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico ma sconvolgimento dell'economia originaria dell'affare.

La distinzione tra appalto e concessione di servizi pubblici (22) è, come più volte ricordato, particolarmente delicata per le implicazioni che ne derivano sul piano degli effetti e della individuazione della normativa di volta in volta applicabile.

Già la definizione di servizio pubblico presenta difficoltà interpretative non solo nell'ordinamento amministrativo, ma anche in quello comunitario, ove la locuzione "servizi pubblici" è più spesso sostituita da quella di "servizi di interesse economico generale" e "servizi universali". Più di recente la Corte Costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204, pur non intervenendo in maniera esplicita nel settore dei pubblici servizi, ha condizionato la sussistenza di questi ultimi alla presenza di atti di concessione o affidamento o ad altri provvedimenti della pubblica amministrazione, che riguardino anche la vigilanza e il controllo nei confronti del gestore del servizio pubblico.

Inoltre, la sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272 ha evidenziato come i servizi pubblici non possano essere visti solo come attività imprenditoriali da regolare secondo le norme della concorrenza dovendo riconoscersi un ruolo particolare anche alla attività istitutiva ed organizzativa della pubblica amministrazione nella fase della prestazione del servizio pubblico, in particolare quando quest'ultimo è affidato a privati. Nello stesso senso, sul piano comunitario risulta che, potendo il servizio essere gestito e materialmente condotto non solo da soggetti pubblici ma anche da soggetti privati, esso non si identifica con qualsiasi attività sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, ma con prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo di affidamento da parte della pubblica amministrazione.

È stato affermato pertanto in dottrina, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 86 (*ex art.* 90) del Trattato CE, secondo il quale le imprese, sia pubbliche che private sono incaricate della gestione dei servizi di interesse (economico) generale e hanno una "specificata missione loro affidata", che *"non sussiste il servizio pubblico per il solo svolgimento di una determinata attività di prestazioni di servizi da parte delle imprese, ma in quanto vi è stato un incarico o affidamento del compito, pur nel rispetto dei principi di concorrenza e delle libertà economiche che devono ispirare la gestione (condu-*

(22) Per inciso, occorre rilevare che il Codice dei Contratti pubblici parla di concessione di servizi e non di concessioni di servizio pubblico, in linea con l'accezione comunitaria di concessione che prescinde dall'oggetto e dunque dal tipo di servizio reso, consentendo l'affidamento in concessione di tutti i servizi idonei ad essere gestiti economicamente. Si è rilevato che l'appalto di servizi può ricorrere anche *"nel caso di servizi a favore del pubblico, allorché il rischio economico della gestione o la parte più significativa di esso resti a carico dell'amministrazione concedente"*. Pertanto nulla vieta che una medesima attività possa essere ascritta, in relazione all'imputabilità/rischio di gestione, tanto al modello concessorio quanto alla figura dell'appalto di servizi". In tal senso, F. MASTRAGOSTINO in *Le concessioni di servizi, op. cit.*, pp. 108-109.

zione) del servizio pubblico una volta affidato” (23). Si sottolinea come tale aspetto sia ulteriormente avvalorato “dal testo di Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, ove, riprendendosi l’art. 16 del Trattato CE, si stabilisce che per i servizi di interesse economico generale le Autorità pubbliche provvedono affinché «tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti», precisandosi inoltre che «la legge europea stabilisce principi e fissa tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto della Costituzione, di fornire, far eseguire e finanziare tali servizi» (art.III-122). Pertanto anche in base al diritto europeo il servizio pubblico o di interesse generale non è qualsivoglia attività economica di prestazione di servizi, ma quella rispetto alla quale la pubblica amministrazione svolge un ruolo di istituzione e/o organizzazione, fermo restando che il servizio pubblico ben può essere e sempre più sarà gestito da soggetti privati in forza di un atto amministrativo (anche consensuale) di «incarico» o «affidamento»...”

Eppure, nonostante i frequenti interventi di dottrina e giurisprudenza in materia, le difficoltà di giungere ad una nozione univoca del fenomeno permangono tanto nel diritto interno quanto nel diritto comunitario, perché la necessità di conciliare interessi spesso contrapposti ma ugualmente rilevanti si scontra altrettanto spesso con l’esigenza di operare classificazioni nelle quali collocare stabilmente categorie di istituti che al contatto con la realtà non sono più agevolmente riconducibili a classi omogenee.

A tali considerazioni si giunge già semplicemente confrontando la situazione di emergenza nella quale è stato chiamato ad operare il Commissario delegato con le esigenze di trasparenza e di pubblicità imposte dalla Comunità nella selezione degli operatori affidatari del servizio di smaltimento dei rifiuti (24). È evidente come la necessità di rimediare al disagio ambientale che negli ultimi decenni ha interessato (e continua ad interessare) non soltanto la Sicilia ma anche il Lazio, la Campania, la Puglia e la Calabria, abbia determinato una restrizione della concorrenza nelle procedure di affidamento di opere e servizi, imponendo un sacrificio tanto agli operatori dei Paesi terzi quanto agli operatori nazionali.

Spunti interessanti in tal senso si rinvencono nella Relazione della Corte dei Conti (Programma delle attività di controllo sulla gestione per l’anno

(23) Si vedano le considerazioni di G. CAIA, in *Diritto Amministrativo, II*, Parte Speciale e Giustizia Amministrativa, AA.VV (a cura di), 2005, Bologna, pp. 135 ss.

(24) Il bando si rivolgeva ad “operatori industriali che si impegnino, a far tempo dal 31 marzo 2004, a trattare in appositi impianti la frazione residuale dei rifiuti e ad utilizzarla in impianti di termovalorizzazione con recupero di energia da realizzarsi in siti idonei ovvero in propri impianti industriali, o di cui abbiano la disponibilità gestionale, esistenti nel territorio della Regione, ivi compresi quelli per la produzione di energia elettrica in sostituzione totale o parziale di combustibili ora impiegati”.

2005) nella quale si pone in evidenza che “*L’avviso pubblico per la stipula delle convenzioni riguardanti il sistema di gestione integrato per l’utilizzo della frazione residua dei rifiuti solidi urbani al netto della raccolta differenziata, in ottemperanza alle ordinanze 2983/2002 e 3190/2002, fu pubblicato in data 9 agosto 2002, imponendo, peraltro, un termine assai breve di 80 giorni (il minimo previsto dalla legge nazionale vigente) per la presentazione della proposta di partecipazione alla gara, sul presupposto dell’urgenza*”. Come spesso accade quando più valori egualmente rilevanti vengono a trovarsi in reciproca tensione tra loro, nel senso che il soddisfacimento dell’uno comporta inevitabilmente un sacrificio, più o meno accentuato, dell’altro, si crea la necessità di un bilanciamento tra gli stessi (25), che necessita inevitabilmente di una considerazione effettiva del dato reale e cioè se, nel caso di specie la situazione di grave disagio ambientale nel quale si trovano a vivere i cittadini siciliani possa o meno essere considerata come prioritaria rispetto alla necessità di osservare una procedura che impone attività e adempimenti ulteriori che inevitabilmente rallentano la realizzazione di un rilevante servizio pubblico, attribuito, secondo la Corte di Giustizia, a titolo di appalto anziché di concessione.

Dott.ssa Cinzia F. Coduti (*)

Corte di Giustizia delle Comunità europee, sezione seconda, sentenza 18 luglio 2007 nella causa C-382/05 (ricorso per inadempimento) - Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica italiana (Avv. dello Stato G. Fiengo) – *Rel. K. Schiemann* – Avv. *Gen. J. Mazák*

«1.- Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, dato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*G.U. L 209, pag. 1*), come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (*G.U. L 285, pag. 1*; in prosieguo: la «direttiva 92/50»), e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17.

(25) Si leggano al riguardo le significative pagine di A. D'ATENA dedicate all'argomento, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2006 pp. 14 ss.

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

*CONTESTO NORMATIVO**Normativa comunitaria*

2.- L'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 stabilisce:

«a) “*appalti pubblici di servizi*”, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)»

3.- L'art. 8 di tale direttiva dispone:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

4.- L'art. 15, n. 2, della direttiva 92/50, il quale figura nel titolo V di quest'ultima, recita:

«Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti nell'art. 11, negoziata, rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

5.- Ai sensi dell'art. 17 della direttiva 92/50:

«1. I bandi o avvisi vanno redatti conformemente ai modelli contenuti negli allegati III e IV e devono fornire le informazioni richieste in tali modelli (...)».

4. I bandi di gara di cui all'art. 15, nn. 2 e 3, sono pubblicati per esteso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e nella banca di dati TED, nelle rispettive lingue originali. Un riassunto degli elementi importanti di ciascun bando viene pubblicato nelle altre lingue ufficiali delle Comunità; il testo nella lingua originale è l'unico facente fede. (...)».

6.- L'allegato IA della direttiva 92/50, intitolato «Servizi a norma dell'art. 8», comprende segnatamente la categoria 16, denominata «Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi», alla quale corrisponde il numero di riferimento CPC 94.

7.- L'allegato III di detta direttiva contiene in particolare i modelli di «avviso indicativo» e di «bando di gara d'appalto».

Normativa nazionale

8.- L'art. 4 dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 31 maggio 1999, n. 2983 (*GURI* n. 132 dell'8 giugno 1999), come modificata dall'ordinanza 22 marzo 2002, n. 3190 (in prosieguo: l'«ordinanza n. 2983/99»), dispone:

«Il Commissario delegato, Presidente della Regione Siciliana, sentito il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio, stipula convenzioni per la durata massima di venti anni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana (...). A tal fine il Commissario delegato, Presidente della Regione Siciliana, individua gli operatori industriali in base a procedure di evidenza pubblica, in deroga alle procedure di gara comunitarie (...)».

9.- Le parole «in deroga alle procedure di gara comunitarie» di cui alla predetta disposizione sono state soppresse per effetto dell'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 gennaio 2004, n. 3334 (*GURI* n. 26 del 2 febbraio 2004).

FATTI DI CAUSA E PROCEDIMENTO PRECONTENZIOSO

10.- Con ordinanza 5 agosto 2002, n. 670, il Presidente della Regione Siciliana, agendo nella sua qualità di Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia (in prosieguo: il «Commissario delegato») e in base all'art. 4 dell'ordinanza n. 2983/99, ha approvato un documento intitolato «Avviso pubblico per la stipula di convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nella Regione Siciliana» (in prosieguo: l'«avviso controverso»). L'avviso

controverso comprende tre allegati. L'allegato A enuncia le «[I]inee guida per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata prodotta nei Comuni della Regione Siciliana». L'allegato B s'intitola «Piano finanziario riassuntivo» e l'allegato C contiene una convenzione tipo da stipulare con gli operatori prescelti (in prosieguo: la «convenzione tipo»).

11.- Il 7 agosto 2002, un avviso relativo alle convenzioni summenzionate, predisposto sulla base del modello di avviso denominato «Avviso indicativo» contenuto nell'allegato III della direttiva 92/50, è stato inviato all'Ufficio delle pubblicazioni. Tale avviso è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* (G.U. S 158, versione elettronica) in data 16 agosto 2002.

12.- L'avviso controverso è stato invece pubblicato il 9 agosto sulla *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.

13.- Avendo ricevuto un reclamo riguardante tale procedura, il 15 novembre 2002 la Commissione ha trasmesso alle autorità italiane una lettera di richiesta di informazioni, alla quale queste ultime hanno risposto con lettera del 2 maggio 2003.

14.- Il 17 giugno 2003, il Commissario delegato ha stipulato quattro convenzioni, ricalcate sostanzialmente sulla convenzione tipo, rispettivamente con la Tifeo Energia Ambiente S.c.p.a., la Palermo Energia Ambiente S.c.p.a., la Sicil Power S.p.A. e la Platani Energia Ambiente S.c.p.a. (in prosieguo: le «convenzioni controverse»).

15.- Il 17 ottobre 2003, la Commissione, ai sensi dell'art. 226 CE, ha inviato alla Repubblica italiana una lettera di diffida imputando a tale Stato membro una violazione della direttiva 92/50, in particolare degli artt. 11, 15 e 17 di quest'ultima. Non soddisfatta della risposta del 1° aprile 2004 a tale diffida, in data 9 luglio 2004 la Commissione ha trasmesso alla Repubblica italiana un parere motivato invitando quest'ultima a porre fine all'inadempimento contestatole entro il termine di due mesi.

16.- Nella loro risposta al predetto parere motivato, intervenuta il 24 settembre 2004, le autorità italiane hanno contestato l'inadempimento sopra citato.

17.- Non giudicando soddisfacente siffatta risposta, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

SUL RICORSO

Argomenti delle parti

18.- La Commissione sostiene che le convenzioni controverse costituiscono appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1 della direttiva 92/50 e che non sono state concluse nel rispetto dei requisiti di pubblicità derivanti da tale direttiva. Essa rileva, in particolare, che l'avviso pubblicato nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* non è stato pubblicato mediante il modello di bando di gara d'appalto prescritto dall'allegato III di suddetta direttiva per l'aggiudicazione di appalti pubblici, bensì facendo uso del modello cosiddetto «indicativo» di cui al medesimo allegato. I prestatori di servizi non nazionali sarebbero stati inoltre discriminati rispetto agli operatori nazionali che hanno beneficiato di un bando di gara d'appalto dettagliato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.

19.- Secondo la Commissione, le convenzioni controverse non possono essere qualificate come concessioni di servizi escluse, come sostenuto dalla Repubblica italiana, dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50. Infatti, la remunerazione degli operatori non consisterebbe nel loro diritto di sfruttare la propria prestazione riscuotendo proventi presso l'utente e assumendosi nel contempo tutti i rischi legati a detta attività.

20.- Da un lato, la remunerazione dell'operatore consisterebbe, nella fattispecie, in una tariffa versatagli direttamente dal Commissario delegato, tariffa il cui importo viene fissato, dalle convenzioni controverse, in euro per tonnellata di rifiuti trasferita all'operatore dai comuni. Per quanto riguarda i redditi che l'operatore sarebbe, peraltro, in grado di trarre dalla vendita di energia elettrica prodotta in occasione della termovalorizzazione dei rifiuti, essi non costituirebbero un elemento del corrispettivo di detto operatore.

21.- D'altro lato, l'operatore non sopporterebbe il rischio inerente a tale attività, poiché, in particolare, le convenzioni controverse gli garantiscono il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti, mentre prevedono l'adeguamento annuo dell'importo della tariffa al fine di tener conto dell'evoluzione dei costi da lui sostenuti. Inoltre, tali convenzioni contemplerebbero un adeguamento di suddetta tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferita risulti minore del 95% ovvero maggiore del 115% rispetto alla quantità minima garantita, e ciò al fine di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'operatore.

22.- Il governo italiano sostiene, all'opposto, così come emerge in particolare dalla giurisprudenza nazionale, che le convenzioni controverse configurano concessioni di servizi escluse dal campo di applicazione della direttiva 92/50.

23.- In primo luogo, tali convenzioni avrebbero ad oggetto la delega di un servizio di interesse generale la cui continuità dev'essere garantita dall'operatore.

24.- In secondo luogo, i servizi in questione sarebbero erogati direttamente agli utenti, ossia alla collettività degli abitanti dei comuni che producono i rifiuti, abitanti sui quali graverebbe alla fine il costo della tariffa versata all'operatore, dovendo essi pagare ai comuni una tariffa che copre tanto la raccolta quanto il trattamento dei rifiuti, e i quali remunererebbero dunque tali servizi. Il Commissario delegato svolgerebbe, a tal riguardo, unicamente un ruolo di intermediario.

25.- In terzo luogo, l'obbligo di smaltire i rifiuti con produzione di energia e, pertanto, la vendita di quest'ultima, rientrerebbe appunto nell'oggetto delle convenzioni controverse. Sarebbe d'altronde tipico che la remunerazione di una concessione provenga non solamente dal prezzo pagato dall'utente, ma anche da altre attività connesse al servizio erogato.

26.- In quarto luogo, e tenuto conto dell'importanza finanziaria degli investimenti effettuati dall'operatore, che sarebbero vicini ad un miliardo di euro, nonché alla lunga durata delle convenzioni controverse, vale a dire 20 anni, i proventi da realizzare da parte dell'operatore presenterebbero carattere aleatorio tanto più che una parte di essi deriverebbe dalla vendita dell'energia prodotta.

27.- In quinto luogo, la responsabilità dell'organizzazione e della gestione dei servizi in tal modo delegati graverebbe esclusivamente sull'operatore, visto che l'amministrazione si limita ad un mero ruolo di vigilanza.

28.- Per quanto riguarda le concessioni di servizi, la trasparenza richiesta potrebbe essere garantita con ogni mezzo appropriato, fra cui la pubblicazione, come nella specie, di un avviso in quotidiani nazionali specializzati.

Giudizio della Corte

29.- Come risulta da una giurisprudenza costante, le concessioni di servizi sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 (v., in particolare, sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, *Racc.* pag. I-7287, punto 9, nonché 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, *Racc.* pag. I-8585, punto 42).

30.- Poiché il governo italiano ha insistito diverse volte sul fatto che, secondo la giurisprudenza nazionale, convenzioni come quelle controverse devono essere qualificate come concessioni di servizi, è opportuno rammentare, in via preliminare, che la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione delle convenzioni controverse nell'ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50 (v., in tal senso, sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-8831, punto 36, e 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Aurox e a., non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 40).

31.- Di conseguenza, la questione se le convenzioni controverse debbano o meno essere qualificate come concessioni di servizi va valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario.

32.- A tal proposito occorre rilevare, da un lato, che dette convenzioni prevedono il versamento, da parte del Commissario delegato all'operatore, di una tariffa il cui importo è fissato in euro per tonnellata di rifiuti conferita a quest'ultimo dai comuni interessati.

33.- Orbene, come statuito in precedenza dalla Corte, dalla definizione di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 discende che un appalto pubblico di servizi ai sensi di tale direttiva comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (citata sentenza Parking Brixen, punto 39). Ne consegue che una tariffa del tipo di quella prevista dalle convenzioni controverse può caratterizzare un contratto a titolo oneroso ai sensi dell'art. 1, lett. a), e quindi un appalto pubblico (v., per quanto riguarda il pagamento di un importo fisso per ogni bidone o cassonetto da parte di un comune ad una società incaricata in via esclusiva della raccolta e del trattamento di rifiuti, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, *Racc.* pag. I-9705, punti 8 e 32).

34.- D'altra parte, dalla giurisprudenza della Corte emerge che si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v. sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, *Racc.* pag. I-10745, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, *Racc.* pag. I-4685, punti 27-28, nonché sentenza Parking Brixen, *cit.*, punto 40).

35.- Orbene, a tal proposito è giocoforza constatare che le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni controverse non rientrano nel diritto di gestire i servizi di cui trattasi, né implicano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione.

36.- Infatti, non solo detto operatore risulta, in sostanza, remunerato dal Commissario delegato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti, come ricordato al punto 32 della presente sentenza, ma risulta assodato che, in forza delle convenzioni controverse, il Commissario delegato s'impegna, da una parte, a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integrità della loro frazione residua di rifiuti e, dall'altra, a far sì che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia conferito a quest'ultimo. Tali convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla suddetta quantità minima garantita, ciò al fine di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'operatore. Esse prevedono altresì che l'importo della tariffa sia annualmente rivalutato in relazione all'andamento dei costi relativi al personale, ai materiali di consumo e alle manutenzioni, nonché in relazione ad un indicatore finanziario. Queste stesse conven-

zioni prevedono, inoltre, che la tariffa sia rinegoziata qualora, per conformarsi ad un mutamento del quadro normativo, l'operatore debba affrontare investimenti eccedenti un certo livello.

37.- Sulla scorta di quanto precede, le convenzioni controverse devono essere considerate come appalti pubblici di servizi soggetti alla direttiva 92/50 e non come concessioni di servizi da essa esclusi.

38.- Peraltro, nessuno degli argomenti addotti dal governo italiano per contestare tale qualificazione risulta convincente.

39.- Anzitutto, per quanto riguarda la circostanza che gli operatori sono in grado, oltre alla riscossione della tariffa pattuita, di beneficiare di proventi finanziari derivanti dalla rivendita dell'energia elettrica prodotta a seguito della termovalorizzazione dei rifiuti, giova ricordare che l'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, il quale definisce la nozione di appalto pubblico, parla di un «contratto a titolo oneroso» e che l'onerosità di un contratto si riferisce alla controprestazione offerta al prestatore a motivo della prestazione di servizi prevista dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, citata sentenza Auroux e a., punto 45).

40.- Nella fattispecie, è evidente che la controprestazione ottenuta dall'operatore a fronte della prestazione di servizi prevista dal Commissario delegato, ossia il trattamento dei rifiuti conferiti con recupero di energia, consiste essenzialmente nel pagamento, da parte del Commissario delegato, dell'importo della tariffa.

41.- Anche supponendo che il prodotto della vendita di energia elettrica possa essere parimenti interpretato come corrispettivo dei servizi previsti dal Commissario delegato, in particolare, in ragione del fatto che nelle convenzioni controverse quest'ultimo si impegna ad agevolare tale vendita presso terzi, la sola circostanza che l'operatore, oltre alla remunerazione percepita a titolo oneroso dal detto Commissario delegato, sia così in grado di ricavare accessoriamente determinati proventi da terzi come corrispettivo della sua prestazione di servizi non può essere sufficiente a privare le convenzioni controverse della loro qualifica di appalti pubblici (v., per analogia, sentenza Auroux e a., *cit.*, punto 45).

42.- Neppure la lunga durata delle convenzioni controverse e il fatto che la loro esecuzione sia accompagnata da rilevanti investimenti iniziali a carico dell'operatore costituiscono poi circostanze determinanti ai fini della qualificazione di siffatte convenzioni, giacché tali caratteristiche possono riscontrarsi tanto negli appalti pubblici quanto nelle concessioni di servizi.

43.- Lo stesso vale per il fatto che il trattamento di rifiuti rientra nell'interesse generale. A tal proposito occorre d'altronde ricordare che, come emerge dall'allegato I A della direttiva 92/50, tra i «[s]ervizi a norma dell'art. 8», ai quali si può applicare la direttiva, figura la categoria dei servizi di «[e]liminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi», rispetto alla quale la Corte ha in precedenza stabilito che essa ricomprende i servizi di raccolta e di trattamento dei rifiuti (v., in tal senso, citata sentenza Commissione/Austria, punto 32).

44.- Infine, neppure la circostanza che le prestazioni erogate dall'operatore siano eventualmente tali da richiedere, da parte di quest'ultimo, una notevole autonomia esecutiva risulta determinante per la qualificazione del contratto come appalto pubblico ovvero come concessione di servizi.

45.- Poiché le convenzioni controverse danno luogo ad appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, la loro aggiudicazione poteva intervenire soltanto in osservanza delle disposizioni della predetta direttiva, in particolare dei suoi artt. 11, 15 e 17. Orbene, in forza di queste ultime l'amministrazione aggiudicatrice interessata era

tenuta a pubblicare un avviso di bando di gara d'appalto conforme al modello previsto dall'allegato III della suddetta direttiva, cosa che essa non ha fatto.

46.- Ne consegue che il ricorso della Commissione dev'essere accolto e che occorre dichiarare che, dato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva 92/50 e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella *Gazzetta ufficiale della Comunità europee*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17.

SULLE SPESE

47.- Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha chiesto la condanna della Repubblica italiana, che è rimasta soccombente, quest'ultima dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Dato che la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, ha indetto la procedura per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana e ha concluso le dette convenzioni senza applicare le procedure previste dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE, e, in particolare, senza la pubblicazione dell'apposito bando di gara d'appalto nella Gazzetta ufficiale della Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della predetta direttiva e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese».