

# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale

di *Daniele Rosato*<sup>(\*)</sup>

*SOMMARIO: 1. La concessione di pubblico servizio. – 2. La nozione di pubblico servizio tra diritto interno e diritto comunitario. – 3. Il Codice dei contratti pubblici. – 4. Peculiarità rispetto alla concessione di lavori. – 5. Gli appalti pubblici di servizi. – 6. Differenze rispetto agli appalti pubblici di lavori e di forniture. I c.d. appalti pubblici misti. – 7. Concessione versus appalto: quali differenze? Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza. – 8. Questioni di giurisdizione. – 9. Considerazioni conclusive.*

### *1. La concessione di pubblico servizio*

La concessione è stata, dal punto di vista storico, la prima e la più importante forma di gestione dei servizi pubblici (1). La concessione di pubblico servizio, in particolare, è fenomeno che negli anni Novanta ha avuto un considerevole impiego, in quanto l'affidamento in concessione dei servizi pubblici è apparsa una modalità del loro esercizio particolarmente consona allo

---

<sup>(\*)</sup> Dottore in giurisprudenza.

(1) Nemmeno l'esperienza della municipalizzazione agli inizi del secolo scorso riuscì a ridimensionare l'utilizzo dello strumento concessorio, tant'è che la stessa legge 29 marzo 1903 stabiliva che un servizio pubblico assunto da un ente locale poteva essere esercitato anche attraverso la figura del concessionario. F. G. COCA (*La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988) osserva come a partire dall'Unità del Regno attraverso lo strumento concessorio siano state costruite le ferrovie e ne sia stato, contestualmente, gestito l'esercizio; inoltre mediante le concessioni è stata garantita la realizzazione di centrali idroelettriche, la pubblica illuminazione, il trasporto comunale.

spirito contrario all'imputazione all'amministrazione di attività che possono essere organizzate in forma imprenditoriale (2).

La conferma della rilevanza dell'istituto della concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici era, tra l'altro, confermata dalla disciplina risultante dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, la quale prevedeva tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali anche la concessione come modalità fruibile in presenza di presupposti piuttosto elastici quali "ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale".

Attualmente si ritiene che i caratteri distintivi della concessione di pubblico servizio possano essere essenzialmente ricondotti a tre:

1. le caratteristiche dell'attività, idonea ad essere qualificata come servizio pubblico;

2. l'oggetto dell'atto di affidamento, ovvero la gestione dell'attività di servizio pubblico;

3. il rapporto del concessionario con l'utenza.

Sulla base degli indicati elementi, la concessione di pubblico servizio può allora essere definita come quella particolare modalità di gestione di un servizio pubblico mediante la quale un'autorità pubblica affida ad un soggetto, il concessionario, il compito di gestire tale servizio sotto il controllo dell'autorità concedente e nell'ambito della quale il concessionario trova una remunerazione per mezzo dei canoni che egli stesso percepirà direttamente dagli utenti del servizio (3).

Invero, ogni ricostruzione dei caratteri tipici della concessione di pubblico servizio incontra delle difficoltà: quelle che attengono alla precisazione dei tratti di ambedue le nozioni evocate dai termini che tale locuzione compongono.

Per la discussa nozione di concessione basti qui ricordare le oscillazioni tra le ricostruzioni in chiave autoritaria ed unilaterale e quelle in chiave consensuale e convenzionale (4). La nozione di pubblico servizio è stata egualmente oggetto di un vivace dibattito circa i significati da attribuire sia a tale sostantivo, sia a tale sua aggettivazione (5). Alcuni dei nodi problematici che

---

(2) Cfr. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, n. 4 p. 459 ss. L'Autore rileva la scarsa considerazione, qualificata come "non giustificabile", che in quegli anni ha avuto in dottrina l'istituto della concessione di pubblici servizi "oscurato, quasi eclissato, da quello della concessione di costruzione di opere pubbliche: analizzato e dibattuto, per contro, in misura forse eccessiva". Questa necessaria riconsiderazione dell'istituto deve avvenire, secondo Romano, tenendo in rilievo l'incidenza dell'ordinamento comunitario.

(3) Cfr. L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 34; R. CORI, *La concessione di servizi*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2007, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(4) Nella scienza giuridica italiana la concessione ha rappresentato, sin dall'inizio della ricostruzione dogmatica dell'istituto, "il punto di crisi della nozione di imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo", D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni*

si rintracciano nell'analisi della concessione di pubblico servizio derivano infatti dalla difficoltà di focalizzare con sufficiente precisione il significato che la dibattuta nozione di pubblico servizio assume nel nostro ordinamento (6).

---

*amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 290. La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura giuridica dell'atto concessorio: si citano, tra gli altri, U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 369 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo* a cura di V. E. ORLANDO, vol. II, Milano, 1935; V. CAIANELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. II, 1980; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, 1988; F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; N. BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, p. 267 ss.; G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO e V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995.

(5) Cfr. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, op. cit., p. 462 ss. L'Autore dà conto della complessità del tema attinente la definizione della nozione di concessione e di quella di pubblico servizio, ritenendo "velleitario pretendere di dare un conto soddisfacente di una letteratura quanto mai vasta e controversa. L'analisi della nozione di servizio pubblico richiederebbe da sola un intero convegno; alla sua conclusione ci ritroveremmo sì più ricchi di idee, ma non necessariamente di idee più chiare o più pacificamente condivise". Conseguentemente l'Autore ritiene necessaria l'adozione di un approccio più empirico al tema, prendendo in considerazione alcune attività che ragionevolmente possono essere qualificate come pubblici servizi.

(6) Sulle problematiche connesse all'individuazione della nozione di pubblico servizio, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. ORLANDO, 1930, vol. VI, p. 379 ss.; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959; V. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; S. CATTANEO, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, 1990; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 537 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 553 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici e Monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia* (a cura di) Rimini, 1997; G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 7 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; R. VILLATA, *Servizi pubblici*, Milano, 1999; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2001; D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, XXXI, n. 3 del 2001; R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004, p. 108 ss.; M. CLARICH e L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Milano, 2006. Tra le varie problematiche, si pensi solamente all'influenza che ha avuto sulla qualificazione dell'istituto concessorio l'accoglimento da parte della dottrina della concessione in senso oggettivo della nozione di pubblico servizio in luogo di quella in senso soggettivo. Infatti, dinanzi ad una nozione in senso soggettivo era concepibile la ricostruzione della concessione di pubblico servizio come un provvedimento in base al quale l'ente costi-

Il tema è stato oggetto di diverse interpretazioni in dottrina, favorite anche dall'assenza di una espressa definizione normativa (7). Il dibattito è

---

tuiva o trasferiva in capo a terzi diritti di sua esclusiva spettanza. Il passaggio ad una concessione in senso oggettivo ha generato, invece, un diverso modo di concepire la concessione. Ad esempio M. S. GIANNINI (*Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 148 ss.) ha individuato l'atto concessorio come il mezzo che permette di coniugare l'interesse pubblico relativo al servizio con la gestione imprenditoriale. Giannini, dunque, concepiva la concessione come una "formula organizzatoria", nella quale si assiste ad una scissione tra la titolarità dell'attività, che rimane in capo all'amministrazione pubblica, e l'esercizio della stessa che si trasferisce in capo al concessionario; "nella sua sostanza la concessione di pubblico servizio è una versione pubblicistica del rapporto di appalto o di agenzia, propri del diritto privato. E difatti negli ordinamenti anglo-americani, ignorandosi un diritto amministrativo, si hanno contratti di appalto e di agenzia nei quali, assai semplicemente, nel quadro dell'autonomia privata, vengono riconosciuti al committente particolari poteri di direzione (ossia vi è una variante dei due modelli contrattuali con accentuazione dei diritti potestativi da parte della pubblica amministrazione). Nei nostri ordinamenti, invece, dal tempo della Rivoluzione francese, la dominante costituita dal sospetto incumbente su ogni governante di cosa pubblica ha trasformato in rapporto pubblicistico quelli che erano rapporti privatistici, e ne è nata la concessione di servizio pubblico". L'analisi diretta ad individuare una plausibile nozione di servizio pubblico non è stata svolta esclusivamente dalla scienza giuridica: M. A. STEFANELLI (*La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, p. 80) indica gli sforzi in tal senso operati dalla dottrina economica, la quale ha qualificato il servizio pubblico come "quella attività di impresa che opera quasi sempre in posizione monopolistica per assicurare beni e servizi aventi natura di essenzialità e che è sottoposta ad una regolamentazione pubblica finalizzata ad assicurare che l'attività medesima funzioni nell'interesse pubblico. In questo quadro, quindi, definire cosa costituisca interesse pubblico o la natura di bene essenziale è opinione personale e politica con la conseguenza che il tipo di impresa soggetta alla regolamentazione pubblica varia non soltanto nel tempo, ma anche da un Paese all'altro". Nell'ambito della dottrina economica, S. LOMBARDINI (*Piano economico ed impresa pubblica*, Torino, 1963) ha definito il servizio pubblico "quel servizio la cui produzione deve essere decisa essenzialmente in relazione alle esigenze della società valutate indipendentemente dalla corrente domanda di mercato". Circa la genesi della nozione di servizio pubblico, P. CIRIELLO (*Servizi pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1992) rileva come "l'espressione servizio pubblico risulta mutuata dal campo della scienza economica e finanziaria, dove è stata definita – in passato – come comprensiva di ogni attività di un ente pubblico qualificata dai seguenti tre elementi: il consumo generale, la necessità assoluta o relativa della produzione governativa, la ripartizione del costo sulla collettività intera". La dottrina francese generalmente ritiene che costituisca servizio pubblico l'attività che: soddisfa un bisogno di interesse generale; è svolta da un soggetto pubblico; è sottoposta ad un regime giuridico derogatorio rispetto a quello privatistico di produzione dei servizi. Sulla nozione di servizio pubblico elaborata dalla dottrina francese, A. S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Parigi, 1991.

(7) Sull'assenza di una espressa nozione di pubblico servizio nella normazione di rango legislativo, per la giurisprudenza, T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza 27 giugno 2005, n. 673. Per la dottrina, B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e servizi*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, p. 985 ss. L. ALLA (*La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit. p. 39) segnala come "sebbene la locuzione servizio pubblico sia stata molte volte utilizzata nella legislazione, questa non ne abbia mai fornito una definizione sostanziale". L'Autore individua questa circostanza come la causa dello "straordinario interesse da parte della dottrina". Secondo C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione*,

stato a lungo caratterizzato dalla contrapposizione tra la costruzione di servizio pubblico in senso oggettivo ed in senso soggettivo.

La concezione originariamente prevalente sostanzialmente individuava un servizio pubblico in ogni attività esercitata da un pubblico potere in via non autoritativa. Seguendo questo indirizzo la titolarità dell'attività ricadeva in capo all'amministrazione, mentre la gestione poteva essere concessa al privato (c.d. teoria soggettiva) (8).

Il modello economico tracciato dalla Carta repubblicana rappresenta il quadro concettuale in cui è avvenuto il passaggio dalla concezione soggettiva a quella oggettiva di servizio pubblico (9). L'entrata in vigore della Costituzione, infatti, ha posto le premesse per un'impostazione diversa, che comprende nella nozione di servizio pubblico qualunque prestazione di interesse collettivo, svolta da qualsiasi soggetto, sottoposta al controllo ed alla direzione pubblica (c.d. teoria oggettiva) (10). Ciò che conta alla luce di questo indirizzo è la natura del servizio, indipendentemente dal soggetto che ne assume la gestione.

Questa diversa nozione di servizio pubblico trae spunto dal dettato costituzionale, ed in particolare dalla disposizione di cui all'art. 43, la quale, lungi dal fornire una nozione di servizio pubblico, indica dei criteri innovativi per la ricostruzione della figura. La previsione costituzionale, infatti, lascia aperta la possibilità che i "servizi pubblici essenziali" siano gestiti da imprese

---

*gestione*, Milano, 2003, l'attenzione della dottrina è dovuta specialmente all'esigenza di evitare che l'indeterminatezza del concetto di servizio pubblico possa determinare l'elaborazione di una nozione di servizio pubblico dal contenuto indeterminato e dagli effetti imprevedibili. Invero, sono presenti nel nostro ordinamento alcuni riferimenti normativi, ma essi risultano settoriali, risultando così difficile trarre una nozione chiara ed univoca di servizio pubblico: l'art. 112 D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali) sui servizi pubblici locali; l'art. 1, co. 2, della legge n. 146/1990 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'art. 358, co. 2, del codice penale sull'incaricato di pubblico servizio.

(8) Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 141, dove il Maestro segnala che fino alla fine del XIX secolo "il pubblico servizio era ogni attività di un pubblico potere che non avesse una forma autoritativa: quindi erano servizi pubblici quelli della pubblica istruzione, delle poste, delle ferrovie, ma non la polizia, le forze armate, la diplomazia. Le altre attività dei pubblici poteri erano invece dette pubbliche funzioni". P. CIRIELLO (*Servizi pubblici*, op. cit., p. 3) evidenzia come tale impostazione risentiva profondamente delle concezioni dell'epoca che "riferivano il concetto di pubblico al concetto di Stato".

(9) Il riferimento è, *in primis*, agli artt. 41 e 43 della Carta Costituzionale. In tal senso, B. MAMELI (*Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998) ritiene che "il definitivo superamento della concezione soggettiva è dovuto agli articoli 41 e 43 della Costituzione che costituiscono il quadro essenziale entro cui si sviluppa la nozione oggettiva di pubblico servizio".

(10) L'elaborazione della teoria oggettiva deve essere attribuita a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, op. cit. L'Autore, partendo in particolare dall'art. 41, terzo comma, della Carta Costituzionale elabora una nozione di servizio pubblico avente come presupposti l'esercizio di un'attività economica diretta a fini sociali, la determinazione del programma, la fissazione dei controlli e dei poteri di coordinamento.

non ancora riservate e non trasferite in mano pubblica, in tal modo dimostrando che i servizi pubblici preesistono alla scelta della pubblica amministrazione di assumerne la titolarità.

Anche la nozione oggettiva di servizio pubblico, tuttavia, non è rimasta esente da critiche. In particolare, è stato osservato come tale nozione non risulti in grado di precisare accuratamente quali caratteristiche debba presentare una determinata attività perché possa essere ricondotta nell'ambito della categoria dei servizi pubblici (11).

Proprio il riscontro dell'inadeguatezza, tanto della concezione soggettiva, quanto di quella oggettiva, di individuare una nozione di servizio pubblico in grado di fornire indicazioni sufficientemente puntuali ha suggerito e stimolato la dottrina a cercare di superare questa contrapposizione.

A parere di chi scrive l'impostazione preferibile è quella che individua nel servizio pubblico un'attività economica (produzione di beni e servizi) svolta per il soddisfacimento degli interessi della collettività con modalità e con finalità diverse da quelle tipiche del mercato.

Questa definizione consente infatti di circoscrivere il concetto di servizio pubblico e di individuarne gli elementi che lo differenziano rispetto alle altre attività della pubblica amministrazione (12). In particolare, la dimensione economica, evidenziata dalla suggerita definizione, permette di escludere dalla nozione di servizio pubblico quell'attività amministrativa, anch'essa non autoritativa, ma avente carattere sociale (13).

---

(11) Cfr. P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, op. cit., p. 4, il quale ritiene che sotto questo profilo la teoria oggettiva risulta meno convincente.

(12) Cfr. L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit., p. 49.

(13) Il riferimento è, in particolare, a quelle attività che hanno uno scopo meramente sociale, non prevedendo l'erogazione di alcun corrispettivo da parte dell'utenza. Cfr. G. DI GASPARÈ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001, p. 1. C. SAN MAURO (*Servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, op. cit.) rileva come generalmente i servizi pubblici vengono distinti in due categorie: servizi pubblici *tout court* e servizi sociali. L'Autore sostiene che "questa presunta distinzione (*omissis*) appare in realtà fittizia, nel senso che il servizio pubblico deve essere considerato in maniera unitaria in ragione sia dei destinatari dei servizi medesimi (l'intera collettività dei cittadini) sia dell'imputabilità e titolarità del servizio che spetta sempre all'amministrazione pubblica". Tuttavia San Mauro rileva anche degli elementi di differenziazione tra le due figure, in quanto nel servizio pubblico *tout court* la tariffa richiesta all'utente del servizio deve essere intesa come controprestazione, laddove nel servizio sociale la partecipazione di carattere economico richiesta all'utente ha carattere meramente eventuale e spesso simbolico. Sulla distinzione, accolta in dottrina, tra la nozione di servizio pubblico e di funzione amministrativa, G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, p. 925 ss. L'Autore osserva come in dottrina siano stati elaborati indirizzi tendenti ad includere "nel concetto di servizio pubblico anche l'esplicazione di funzioni amministrative per eccellenza, o viceversa al concetto di funzione anche la prestazione di servizi pubblici". Secondo l'Autore, al contrario, non è corretto "ricondurre tutta l'attività amministrativa sotto il concetto di servizio pubblico, così come viceversa non appare corretto stemperare il concetto di funzione amministrativa fino a ricomprendervi anche le attività che non si esauriscono nell'esercizio di un

## 2. La nozione di pubblico servizio tra diritto interno e comunitario

In Italia, come ricordato nel paragrafo precedente, la dottrina è stata molto combattuta nell'individuare la qualificazione di servizio pubblico, dividendosi in particolare tra la concezione soggettiva ed oggettiva dello stesso. Tutte le definizioni fornite, comunque, fanno essenzialmente riferimento ad attività che presentano una indubbia attinenza ad interessi pubblici (14).

Il diritto comunitario, al contrario, parte da una concezione di servizio "agli antipodi di quella del diritto amministrativo nazionale" (15). In particolare, l'art. 50 del Trattato CE dispone che: "Ai sensi del presente Trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) le attività delle libere professioni".

Nell'ordinamento comunitario si ha, dunque, una concezione di servizio strettamente legata all'autonomia privata (attività economica prestata normalmente dietro retribuzione) e non all'interesse pubblico (16).

potere amministrativo". Caia, più precisamente, ritiene che per funzione pubblica debba intendersi l'attività che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo, e che "la nozione di pubblico servizio è qualificata dal momento organizzatorio, il quale ne caratterizza la predisposizione e l'esplicazione, ma non identifica invece un tipo a sé stante di attività da contrapporre alla funzione pubblica estricantesi nell'esercizio del potere amministrativo". Quindi, alla luce di questa ricostruzione, la distinzione non riguarderebbe due tipi di attività, bensì due momenti diversi dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione.

(14) E. PICOZZA (*Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 300) avalla la tesi secondo cui "la nozione di servizio pubblico è stata oggetto di una pluriquificazione giuridica (...) segno che la medesima non ha omogeneità dogmatica, ma può essere colta solo attraverso un'analisi storico-politica".

(15) Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 286 ss. L'Autore effettua una brillante trattazione della concezione comunitaria di pubblico servizio e delle implicazioni che l'adattamento del diritto amministrativo interno al diritto comunitario comporta, indicando le principali trasformazioni del modello tradizionale. La cognizione da parte della Commissione europea della circostanza che negli Stati membri in tema di servizi d'interesse generale si utilizzano termini e definizioni diverse, risultato di una differente evoluzione sul piano storico, culturale, economico e politico è alla base dell'intervento dell'organo comunitario diretto a fornire una maggiore chiarezza e, quindi, ad evitare interpretazioni errate (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, intitolata «Libro bianco sui servizi d'interesse generale»). In tale documento è rinvenibile la definizione di servizio di interesse generale, di servizio di interesse economico generale e di servizio pubblico: tuttavia quest'ultimo riceve una nozione sostanzialmente residuale rispetto alle altre due figure, indicando meramente che "ha contorni meno netti può avere significati diversi pertanto questo termine non è utilizzato nel Libro bianco" (par. 41).

(16) Secondo G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, n. 2, p. 204, "la nozione giuridica di "servizio" nell'ordinamento comunitario appare più ampia di quella del nostro ordinamento, e può ricondursi ad ogni attività che consiste in un *facere* retribuito". L'Autrice giustifica l'ampiezza di tale nozione "in ragione della scelta di attrarre alla disciplina che impone la concorrenza le attività che interessano imprese di Stati membri differenti".

La disposizione che riguarda i servizi pubblici (art. 86 Trattato CE), riconosce la potestà degli Stati membri di conferire un servizio in esclusiva ad imprese pubbliche o private (1° comma), ma gli atti che conferiscono tale servizio non debbono impedire l'applicazione delle regole di concorrenza risultanti dal Trattato.

In ambito comunitario, dunque, mentre le concessioni di servizi si ispirano alla nozione generale di servizio di cui all'art. 50, le concessioni di pubblico servizio debbono essere correttamente inquadrare nel concetto di servizi di interesse economico generale che risulta dall'art. 86 del Trattato (17). Ne consegue che queste ultime godano in una certa misura del c.d. "privilegio della identità nazionale". Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono tenute al rispetto delle norme del Trattato, incluse quelle sulla concorrenza, "*nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di fatto e di diritto della specifica missione loro affidata*" (art. 86 Tr. CE). Ne consegue che le deroghe al meccanismo concorrenziale non sono legittime ex se, ma nella misura in cui esse risultino necessarie e proporzionate rispetto al soddisfacimento dell'interesse per cui la riserva è stata concessa (18).

Tali deroghe si giustificano in relazione all'esigenza di garantire quella "coesione sociale e territoriale" affermata ad Amsterdam e comportano il riconoscimento in capo alle amministrazioni nazionali di una buona dose di discrezionalità nello scegliere le modalità di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici, ferma comunque l'osservanza dei principi comunitari (19).

---

(17) In termini simili, A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90, in Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, vol. I, p. 692 ss. L'Autore ritiene la categoria dei servizi nel diritto comunitario per taluni aspetti più ristretta e per altri più ampia rispetto a quella dei servizi pubblici, riconducibili approssimativamente alla nozione di servizi d'interesse economico generale di cui all'art. 86 del Trattato. Si richiama anche G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale ritiene che i servizi di interesse economico generale di matrice comunitaria corrispondano esattamente alla nozione di pubblico servizio: "la Comunità, che però rinuncia alla parola pubblico servizio, preferisce usare la parola servizio di interesse economico generale, forse per non fare offendere gli anglofobi, senz'altro perché "servizio pubblico", "*service public*" è termine di derivazione francese non accolto dal trattato che usa altro termine, quello, appunto, di nuovo conio, di servizio di interesse economico generale".

(18) Cfr. M. CLARICH E L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, op. cit., p. 15. Gli Autori individuano questa circostanza come "la base per una «conformazione del potere di conformazione» e per il progressivo smantellamento dei privilegi, legali e finanziari, di cui le imprese pubbliche avevano fino ad allora beneficiato" e per "la ritirata dello Stato gestore che cede il passo allo Stato regolatore, il quale anziché dirigere e gestire attività economiche che presentano rilevanza pubblica, si limita a porre le regole del gioco, lasciando in larga misura che siano i privati a giocare".

(19) Sia il giudice comunitario (Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98 *Teleaustria*) che la Commissione europea (Comunicazione interpretativa sulle con-

Delineato il quadro risultante dal diritto comunitario nel quale la tematica del servizio pubblico è inserita, risulta opportuno interrogarsi sulle principali trasformazioni che l'adattamento del diritto nazionale al diritto comunitario impone.

L'attribuzione di una concessione secondo la logica comunitaria non rappresenta l'esercizio di funzioni essenzialmente autoritative, bensì dà origine ad un vero e proprio contratto di diritto pubblico contenente gli obblighi del pubblico servizio: le parti sono titolari di diritti e di doveri sinallagmatici, e non di potestà pubblicistiche e di diritti soggettivi condizionati all'interesse pubblico (20). La funzione collegata al servizio pubblico, dunque, non è più un potere, bensì un obbligo: "rovesciandosi l'impostazione tradizionale, è la funzione amministrativa ad essere strumentale alla prestazione del servizio, in quanto rappresenta il modo per organizzarlo efficientemente" (21).

La Corte di Giustizia ha accolto il concetto negoziale della concessione di pubblico servizio nella importante sentenza *Teleaustria* (22) e tale orien-

---

cessioni nel diritto comunitario, 2000) hanno affermato l'applicabilità dei principi generali del diritto comunitario anche in materia di concessioni di pubblici servizi. In dottrina, E. PALMIERI, *La scelta del concessionario nella concessione di pubblici servizi: evidenza pubblica o discrezionalità?*, in *Riv. trim. app.*, 1988, p. 1044 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2282 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 60 ss. È intervenuta sull'argomento l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, segnalazione 28 ottobre 1998, "Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, in *Boll.*, 2 novembre 1998, n. 42. Per un commento, G. LOMBARDO, *Il rapporto sulle concessioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 587 ss.

(20) Per una prima, limpida conferma di tale concezione, si veda il Regolamento del Consiglio n. 1893/1991, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti al servizio pubblico reso nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Ci si riferisce in particolare alla sezione V del citato Regolamento significativamente intitolata "Contratti di servizio pubblico". In particolare, l'art. 14 stabilisce: "Per contratto di servizio pubblico s'intende un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti (...) Il contratto di servizio pubblico deve comprendere: a) le caratteristiche dei servizi offerti, segnatamente le norme di continuità, regolarità, capacità e qualità; b) il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiungono alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le parti; c) le norme relative alle clausole addizionali e alle modifiche del contratto, segnatamente per tenere conto dei mutamenti imprevedibili; d) il periodo di validità del contratto; e) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto".

(21) Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., p. 292. L'Autore sottolinea che in tal modo la concessione di pubblico servizio risulta "un provvedimento organizzativo, nell'interesse pubblico, cui corrisponde un interesse generale della Comunità e non nell'interesse pubblico settoriale istituzionalmente attribuito all'amministrazione che deve normativamente organizzare tale servizio".

(22) Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98. Il concetto negoziale di concessione di pubblico servizio in realtà era già presente nella proposta di direttiva sugli appalti pubblici di servizi, ma è stato successivamente espunto dal testo prima della definitiva entrata in vigore.

tamento pretorio è stato accolto dal legislatore comunitario. Infatti, le nuove direttive in tema di appalti sembrano chiarire definitivamente la matrice esclusivamente contrattuale dell'istituto concessorio e l'esclusione di qualsiasi contaminazione con elementi attinenti a prerogative di autoritatività (23). L'istituto è definito 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*” (24).

### 3. Il Codice dei contratti pubblici

Con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (25) ) la Repubblica italiana ha recepito le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che costituiscono il c. d. “nuovo diritto europeo degli appalti” (26).

L'articolo 3 del Codice è completamente dedicato alle definizioni dei principali termini e istituti giuridici utilizzati nel Codice stesso. È, questa, una tecnica di normazione che il legislatore italiano ha utilizzato più volte

---

(23) Il riferimento è alla direttiva 2004/17/CE, relativa agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e di tipo postale (c.d. settori esclusi) e alla direttiva 2004/18/CE, relativa agli appalti c.d. “classici”: lavori, servizi e forniture, entrambe pubblicate sulla GUCE del 30 aprile 2004. G. VERDE (*La concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, il project financing e l'affidamento a contraente generale nella normativa vigente*, consultabile sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it)) considera queste direttive una “tappa ineludibile nel processo di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi”.

(24) Cfr. art. 1, 4° comma della direttiva 2004/18/CE e art. 1, 3° comma, lettera b) della direttiva 2004/17/CE.

(25) Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006 – Supplemento Ordinario n. 107. Questo codice viene anche definito “Codice degli appalti” o anche “Codice De Lise”. Per un commento al Codice dei contratti pubblici, M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture*, Torino, 2006; M. GIOVANNELLI e L. MASI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 7, p. 749 ss.; C. GIURDANELLA, *Il Codice dei Contratti Pubblici, Commento al Codice De Lise*, II ed., Napoli, 2007; V. BIAGIETTI, *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007; AA. VV., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, (a cura di) M. BALDI, R. TOMEI, Milano, 2007; R. MANGANI, F. MARZARI E D. SPINELLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.

(26) Cfr. M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2004, 7, p. 755 ss. Per un commento alle direttive 17 e 18 si vedano anche U. REALFONZO, *Le procedure di gara rivisitate dalla nuova direttiva comunitaria 2004/18*, in *Nuova rass.*, 2004, p. 1743 ss.; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e 18/2004 del 31 marzo*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss.; W. FERRANTE, *La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni*, in *Rass. Adv. Stato*, 2005, n. 3, p. 68 ss.; A. BOTTO, *Il recepimento della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle pro-*

negli ultimi anni (Codice della privacy, Codice del consumo, ecc.) riprendendo una tecnica propria del diritto comunitario (27).

La definizione della concessione di servizi fornita dal Codice riprende quella comunitaria contenuta nella direttiva 2004/18/CE: “*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” (art. 3, co. 12). Il legislatore, dunque, nell’ambito del dibattito sulla natura giuridica della concessione, ha respinto l’orientamento che postulava la concessione come provvedimento amministrativo chiarendo la natura contrattuale dell’istituto.

A sostegno di questa lettura si richiama anche il comma 3 dello stesso articolo, il quale definisce ‘contratti pubblici’ quei “*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*”.

Questa circostanza non può essere ricollegata ad una mera disattenzione del legislatore delegato, ma probabilmente non risulta appagante nemmeno ricondurla semplicemente ad una maturata sensibilità legislativa sulla realtà che i contratti pubblici comprendono sia gli appalti, ma altresì le concessioni. Questo episodio dimostra invece la convinzione del legislatore che gli strumenti negoziali debbano essere utilizzati dalla pubblica amministrazione nel perseguimento dell’interesse pubblico, tesi, questa, avvalorata anche dalle modifiche apportate dal legislatore del 2005 alla legge 241/90 (28).

---

*cedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi*, in *App. urb. ed.*, 2005, n. 5, p. 269 ss.; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. intern.*, 2005, n. 1, p. 97 ss.; L. GERMANI, *Le innovazioni della direttiva 2004/17/CE*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 3, p. 264 ss.; R. NANIA, *Concorrenza e nuove forme di aggiudicazione di cui alla direttiva n. 18 del 2004*, in *App. urb. ed.*, 2006, n. 1, p. 3 ss.

(27) Si vedano, ad esempio, l’art. 1 della direttiva 17/2004 e l’art. 1 della direttiva 18/2004.

(28) Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005), dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80. Il riferimento è alle modifiche apportate all’art. 11, in base alle quali gli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo sono divenuti una fattispecie “atipica”, in quanto sono sempre ammessi, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, purché non violino il principio di legalità, e all’introduzione dell’articolo 1 bis, il cui testo prevede che: “*La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*”. Per un commento, V. ITALIA, *Commento all’articolo 1, comma 1 bis*, in AA. VV., *L’azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241, modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35* (coordinato da V. ITALIA), Milano, 2005, p. 76 ss.; T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo: commentario coordinato della legge 241/90 riformata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, Rimini, 2005; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubbli-*

Secondo alcuni Autori il legislatore delegato, nel definire la concessione di servizi in maniera conforme al diritto comunitario derivato, avrebbe disciplinato un istituto non del tutto coincidente con la tradizionale figura di ‘concessione di pubblico servizio’ elaborata dalla dottrina (29). Si ricorderà quanto indicato circa i caratteri distintivi della concessione di pubblico servizio. Secondo una parte della dottrina per concessione di servizi, invece, ci si riferisce a quel particolare rapporto tra concedente e concessionario nel quale il servizio viene reso direttamente a favore della pubblica amministrazione concedente. Concessione di pubblico servizio e concessione di servizi, secondo questa lettura, sarebbero dunque due istituti diversi, in quanto l’oggetto del primo consisterebbe nello svolgere un’attività qualificabile come servizio pubblico, mentre l’oggetto del secondo sarebbe un servizio rivolto alla pubblica amministrazione (30).

La disciplina della concessione di servizi è dettata nell’art. 30 del Codice. In maniera analoga a quanto previsto dalla direttiva 2004/18/CE, il comma 1 specifica che le norme del Codice non si applicano alle concessioni di servizi, salvo, appunto, le disposizioni contenute in questo articolo.

Il carattere distintivo della concessione di servizi è indicato nel comma 2, laddove viene posto l’accento sulla circostanza che la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, mentre viene considera-

---

ca amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in *Dir. amm.*, 2004, p. 651 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 829 ss.; F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS E G. DE MARZO, *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Tomo II, 2005. Secondo G. NAPOLITANO (*L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 481) il nuovo art. 1, co. 1 *bis*, comporta un ingresso del diritto privato nel cuore della disciplina dell’azione amministrativa. Questa tesi è ripresa da D. DE PETRIS (*L’attività contrattuale della p. a. e l’art. 1, comma 1-bis, della legge 241/1990: l’attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11, 2006) la quale ritiene che tale articolo “codifica e formalizza in via generale l’uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione”.

(29) Cfr. C. CONTESSA, *Le concessioni di lavori e di servizi fra tradizione nazionale ed impulsi comunitari: le novità del Codice De Lise*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 11, 2006; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. “Partenariato pubblico-privato (PPP)”*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato nel 2006.

(30) Cfr. R. CORI, *La concessione di servizi*, op. cit., p. 2. L’A. sottolinea peraltro come siano numerose le ipotesi in cui appare difficile differenziare i servizi rivolti alla pubblica amministrazione dai servizi rivolti alla collettività e pone come esempio di concessione di servizi “la concessione di committenza, consistente nell’affidare ad un soggetto privato tutte quelle attività organizzative ed amministrative di competenza del committente che sono finalizzate alla realizzazione di un’opera o di un programma di opere”. Sull’istituto delle centrali di committenza, introdotto dalle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 e recepito con il Codice (art. 33), e, in particolare, sulla questione circa la configurazione di un contratto di appalto o di una concessione, D. PETTINATO, *Affidamento alle centrali di committenza: appalto o concessione? La direttiva 2004/18/CE torna a legittimare la concessione di committenza nei lavori pubblici*, consultabile sul sito [ambientediritto.it](http://ambientediritto.it), dottrina, 2004.

ta come meramente eventuale la fissazione di un prezzo in sede di gara da parte del soggetto concedente. Tale possibilità, infatti, è subordinata a precise condizioni: garantire da parte del concessionario la fissazione di un prezzo “sociale”, che non permette al gestore di percepire un’adeguata remunerazione dall’attività svolta; assicurare al concessionario il raggiungimento dell’equilibrio economico-finanziario.

In generale, la circostanza che in capo all’amministrazione gravi una parte dei costi della gestione del servizio non modifica dunque la natura del contratto di concessione; tuttavia tale situazione non deve confluire nell’accollo in capo al soggetto pubblico della maggior parte del rischio della gestione o *a fortiori* nell’eliminazione del rischio in capo al concessionario, dovendosi ravvisare, in questo caso, la presenza di un appalto di servizi, e non di una concessione.

Per quanto concerne la disciplina il Codice, consacrando a livello legislativo una tesi già propugnata da tempo in sede comunitaria (31), sancisce che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, richiamando esplicitamente quello di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Ma il legislatore non si è limitato a richiedere una procedura di affidamento rispettosa dei principi indicati, disponendo altresì delle modalità ben precise circa il procedimento che conduce alla scelta del concessionario. Infatti, ha previsto che la selezione avvenga previa gara informale alla quale siano invitati almeno cinque concorrenti (se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione) e previa determinazione dei criteri selettivi (art. 30, co. 3). Trattasi, è bene notare, di previsione aggiuntiva rispetto alla disciplina comunitaria.

Il Codice detta, dunque, una procedura specifica per il rilascio delle concessioni, facendo però salve le procedure maggiormente garantiste del principio della libera concorrenza previste da normative speciali (art. 30, co. 4). È il caso, ad esempio, della disciplina prevista per l’aggiudicazione della gestione del servizio idrico integrato (32) o di quella stabilita per l’affidamento di servizi di trasporto pubblico regionale e locale (33).

---

(31) Il riferimento è, ovviamente, *in primis* alla Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 12 aprile 2000, ma anche alla giurisprudenza comunitaria (in particolare, Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98, *Teleaustria*; per un commento a tale sentenza, M. V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 494 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, p. 1419 ss.

(32) L’art. 150 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 stabilisce infatti che l’aggiudicazione della gestione del servizio idrico integrato deve essere effettuata mediante gara nel rispetto dei principi e delle disposizioni comunitarie e in osservanza dei criteri di cui all’art. 113, co. 7, del D.Lgs. 267/2000.

(33) L’art. 18 D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 442 prevede per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale il ricorso a procedure concorsuali.

Nell'articolo 30 è disciplinata anche l'ipotesi di affidamento diretto di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici o, comunque, organismi di diritto pubblico (34). È previsto che le discipline che prevedono questa particolare modalità di affidamento restano ferme, purché conformi ai principi del diritto comunitario (35).

---

(34) Come risulta ormai da giurisprudenza consolidata, sia nazionale (Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97, in *Giur. it.*, 2000, p. 1496) che comunitaria (Corte di Giustizia, cause riunite 223/99 e 260/99 del 10 maggio 2001, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2002, p. 1502 con nota di S. CAMPAILLA), la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico consegue all'accertamento di tre requisiti: il possesso della personalità giuridica; lo svolgimento di un'attività finanziata in maniera maggioritaria da un soggetto pubblico, o l'assoggettamento ad un controllo da parte di quest'ultimo; il perseguimento di interessi generali di carattere non industriale o commerciale. In dottrina, M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 272 ss., evidenzia l'atteggiamento della giurisprudenza comunitaria prima, e del legislatore comunitario poi (da ultimo, direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE), incline ad assicurare l'estensione del concetto di amministrazione aggiudicatrice oltre l'ambito tradizionale delle amministrazioni pubbliche per assicurare la più ampia utilizzazione delle procedure ad evidenza pubblica. L'Autore paragona questo atteggiamento a quello tenuto dal giudice comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori in relazione alla deroga di cui all'art. 39, co. 4 del Trattato ("le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione"), sostenendo che "i due atteggiamenti (...) esprimono la medesima posizione di fondo della Corte di Giustizia sempre indirizzata a garantire al diritto comunitario le più ampie occasioni di applicazione". Sul tema degli organismi di diritto pubblico, R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 133 ss.; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 71 ss.; D. MARAMMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 585 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13 ss.; G. VIDOTTI, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2001, p. 610 e ss.; B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1083; D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 2337 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; R. CARANTA, *Organismi di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2415; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e residualità dell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 275 ss.; F. FENUCCI, *A proposito degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 51 ss.; G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP. AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, (nota a Corte Ce, sez. II, sentenza 13 gennaio 2005, C-84/03), in *Urb. e app.*, 2005, p. 1277 ss.; A. ANGIOLI, *Organismo di diritto pubblico e applicazione della normativa sugli appalti pubblici*, (nota a Cass., sez. un., 12 maggio 2005, n. 9940), in *I contratti*, 2006, p. 35 ss.

(35) Non potendo effettuare una completa trattazione del fenomeno dell'*in house providing* ci si limita in questa sede a sottolineare il ruolo che ha avuto la giurisprudenza comunitaria nel definire i termini della questione, offrendo soluzioni sempre attente ad un profilo sostanziale, piuttosto che ad uno formale, e ad indicare le principali tappe in cui il giudice comunitario ha ricostruito la problematica: Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 1999,

L'ultimo comma dell'art. 30 estende alla concessione di servizi le norme previste nel Codice nella parte IV in tema di contenzioso (artt. 239-246), tra le quali merita una particolare menzione l'art. 244 che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti all'applicazione della normativa comunitaria o all'osservanza dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale nella scelta del contraente o del socio (36).

#### 4. Peculiarità rispetto alla concessione di lavori

Il Codice dei contratti pubblici definisce le concessioni di lavori pubblici (37) riproducendo la definizione contenuta nel previgente art. 19 della legge n. 109/1994, legge quadro sui lavori pubblici (c.d. legge Merloni (38)),

---

causa 108/98, *RI.SAN*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1379 ss.; sentenza 18 novembre 1999, causa 197/98, *Teckal*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 227 ss.; sentenza 11 gennaio 2005, causa 26/03, *Stadt Halle*, in *Foro amm. C.d.S.*, p. 3023; sentenza 13 ottobre 2005, causa *Parking Brixen*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 34 ss.; sentenza 10 novembre 2005, causa 29/09, *Modling*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 3151; sentenza 11 maggio 2006, causa 340/04, *Carbotermo SpA*, consultabile sul sito [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

(36) L'art. 244 recepisce la disciplina contenuta nell'art. 72 della direttiva 2004/17/CE e nell'art. 81 della direttiva 2004/18/CE. Sull'art. 244 del Codice, F. BUONANNO, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, (a cura di M. BALDI, R. TOMEI), 2007, p. 1710 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, p. 52 ss.; M. L. MADDALENA, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, (a cura di M. SANINO), Torino, p. 681 ss.

(37) Il tema della concessione di lavori pubblici fuoriesce dall'oggetto di questo lavoro, nel quale si intendono meramente individuare le differenze tra le due figure concessorie. Si segnala, comunque, che mentre le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi, salvo quanto indicato nel paragrafo precedente, il D.Lgs. n. 163/2006 si applica alle concessioni di lavori, per le quali viene prevista una disciplina specifica (artt. 142-151). Per una esauriente analisi dell'istituto si rinvia a A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in E. PICOZZA, A. M. SANDULLI E M. SOLINAS, *I lavori pubblici*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. X, Padova, 1990, p. 9 ss.; G. B. GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993; G. PASQUINI, *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in *Modernizzazione del Paese. Politiche, opere, servizi pubblici*, a cura di M. CABIDDU, F. ANGELI, Milano, 2005; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit., p. 60 ss.

(38) L'art. 19, co. 2, della legge Merloni, abrogata dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, definiva le concessioni di lavori come “*contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora necessario* (parole così modificate dall'art. 7, co. 1, lett. 1) L. 166/2002), il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario

preferendola a quella, più scarna, contenuta nella direttiva 2004/18/CE (39): *“le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, 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 presentano 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, in conformità al presente codice”*.

Il criterio distintivo tra la concessione di servizi e di lavori consiste principalmente nell’oggetto dell’attività dedotta in contratto, in quanto nelle due tipologie di concessione rimane identico sul piano funzionale il corrispettivo della prestazione realizzata dal concessionario (40).

In concreto, però, la differenziazione tra i due tipi di concessione può risultare particolarmente complessa nelle ipotesi in cui il tratto distintivo si mostri piuttosto incerto (come nel caso di un concessionario di lavori che si trovi a svolgere un servizio a favore dell’utente). Riguardo a queste ipotesi sorge il problema della disciplina applicabile: l’oggetto della concessione concerne principalmente la costruzione di un’opera, oppure la svolgimento di un servizio?

In una importante pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che la linea di demarcazione tra la concessione di lavori e quella di servizi deve essere individuata avendo riguardo alla direzione del nesso di strumentalità che lega l’esecuzione dei lavori e la gestione del servizio: qualora la gestione del servizio risulti strumentale alla costruzione dell’opera, in quanto permette il reperimento dei mezzi finanziari indispensabili per la sua realizzazione, è configurabile una concessione di lavori pubblici. Qualora, invece, l’esecuzione dei lavori risulti essere strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e della messa a punto di un’opera già esistente, è configurabile una concessione di pubblici servizi (41). Il carattere dell’accessorietà sarebbe, dunque, secondo i giudici di Palazzo

---

*degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara”*. Per un commento alla legge Merloni, M. STECCANELLA e E. ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, II ed., Milano, 1995; S. TARULLO e A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, vol. I e II, Padova, 2000.

(39) La direttiva 2004/18/CE definisce la concessione di lavori pubblici come *“un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”* (art. 1, co. 3).

(40) In questi termini anche G. VERDE, *La concessione di costruzione e di gestione di lavori pubblici*, op. cit., p. 18.

(41) Cons. Stato, sez. V, sentenza 11 settembre 2000, n. 4795, in *Rep. Foro. It.*, 2000, voce Opere pubbliche, n. 276.

Spada l'elemento decisivo per quelle ipotesi in cui la concessione di lavori risulti, in concreto, molto simile ad una concessione di servizi.

Secondo un orientamento giurisprudenziale posteriore, tuttavia, per stabilire se si è innanzi ad una concessione di lavori piuttosto che ad una di servizi occorre avere esclusivamente riguardo al valore economico delle prestazioni riconducibili ai lavori piuttosto che ai servizi. Il criterio distintivo tra le due figure sarebbe, dunque, quello della prevalenza economica delle prestazioni (42).

Tale orientamento è stato successivamente superato proprio dal Consiglio di Stato. Secondo il supremo giudice amministrativo, infatti, la distinzione della concessione di lavori pubblici rispetto alla concessione di servizi deve essere effettuata *“non sulla base del dato meramente quantitativo bensì alla luce anche del criterio funzionale, che fa riferimento determinante alla finalità complessiva che la stazione appaltante intende conseguire con l'insieme delle prestazioni richieste, e di quello dell'accessorietà, che consente di distinguere tra prestazioni principali caratterizzanti il contratto e prestazioni secondarie costituenti aspetti marginali, sebbene non irrilevanti”* (43).

Non mancano, tuttavia, in giurisprudenza indirizzi divergenti (44). Nel 2007 il T.A.R. Lazio ha affermato che quando vi è prevalenza economica dei lavori sulle altre prestazioni deve trovare applicazione la normativa sui lavori, individuando come unico criterio utile al fine di distinguere tra concessione di lavori e di servizi quello oggettivo della prevalenza economica della prestazione (45).

Ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile il Codice dei contratti combina il criterio dell'oggetto principale con quello della maggiore rilevanza economica (art. 14). In particolare, il comma 3 prevede che *“l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori*

---

(42) Cons. Stato, sez. V, sentenza 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce Contratti della p.a., n. 124; Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2002, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Opere pubbliche, n. 174.

(43) Cons. Stato, sentenza 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3000.

(44) Ne è conferma il riconoscimento da parte del T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483 che “sul punto vi è certamente disparità di opinioni in giurisprudenza”. Per un commento a questa pronuncia, L. BELLAGAMBA, *Concessione di servizio o di lavori? Appalto o concessione? Note critiche a margine di T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483*, consultabile sul sito *Diritto dei servizi pubblici*, luglio 2004.

(45) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, Roma, sentenza 11 maggio 2007, n. 4315. La pronuncia ha ad oggetto le modalità di affidamento della manutenzione delle strade comunali. Il T.A.R. ha argomentato che le strade non possono essere cedute come servizio in quanto già appartengono agli enti e soggiacciono al regime demaniale alla luce delle disposizioni del codice civile. La rete stradale, infatti, già di per sé possiede un'utilità giuridica a vantaggio della collettività: non vi sarebbe dunque la possibilità di organizzarla in forma di servizio, in quanto tale opzione non implica alcun valore aggiunto rispetto a quello connesso alla semplice proprietà pubblica del bene. Per un commento a tale sentenza, A. GIANNELLI, *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione*, in *Urb. e app.*, 2007, n. 10, p. 1276 ss.

*assume rilievo superiore al 50 per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"* (46).

### 5. Gli appalti pubblici di servizi

L'appalto pubblico di servizi è un contratto a titolo oneroso stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto una prestazione di fare la quale, pur non comportando la realizzazione di un'opera, risulta tuttavia utile per il committente (47). Possono, dunque, costituire oggetto di un appalto di servizi tutte le prestazioni suscettibili di valutazione economica e dalle quali possa derivare utilità per il soggetto appaltante.

La direttiva 2004/18/CE definisce gli appalti pubblici di servizi come *"appalti pubblici diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II"* (art. 1, par. 2, lett. d) (48). Si tratta di una nozione negativa e residuale, elaborata dal legislatore

---

(46) Questa disposizione è stata contestata in dottrina da chi ritiene che il legislatore del Codice abbia voluto mantenere quale criterio principale quello della prevalenza economica: C. ROSSANO, *I contratti misti*, relazione al convegno IGI, *Concessione, di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze*, Roma, 27 giugno 2007. Si ricorda che nei confronti della Repubblica italiana è intervenuta una procedura di infrazione (n. 2001/2182), in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario del criterio esclusivamente economico precedentemente preso in considerazione dalla legge Merloni. Come noto, il contesto socio-economico ha influenzato il legislatore del 1994 che, in pieno periodo "tangentopoli", caratterizzato da gravi episodi di corruzione, ha voluto dare un segnale forte nella direzione di riportare le procedure di affidamento degli appalti pubblici sui binari della legalità, cosicché la normativa sugli appalti è apparsa a taluno come "un'occasione per riportare delle regole in un settore che si rifiniva fonte di illeciti penali continuati, continuativi molto gravi", G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro*, op. cit., consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(47) In tema di appalti pubblici di servizi, tra gli altri, A. M. FLAMME, P. FLAMME, *Les marchés publics des services et la coordination de leurs procédures de passation*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 150 ss.; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1995, p. 1285 ss.; N. RANGONE, *La nuova disciplina degli appalti di servizi: dalla direttiva CEE 92/50 al decreto legislativo 157/95*, in *Riv. trim. app.*, 1995, n. 3, p. 666 ss.; A. BOZZI, *La direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157. Le posizioni soggettive ed i mezzi di tutela*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, n. 12, 1995, p. 1307 ss.; S. GIACCHETTI, *Gli appalti pubblici di servizi, questi sconosciuti*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 1996, 4; M. MENSÌ, *Appalti di servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999; G. ALBANESE, D. BEZZI, N. FABIANO, A. FERRO, G. MELE, *Gli appalti di servizi*, Milano, 2000.

(48) Tale definizione è stata ripresa alla lettera dal legislatore del Codice dei contratti pubblici, il cui art. 2 dispone: *"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 I"*.

comunitario perseguendo l'obiettivo, da una parte, di certezza giuridica circa la configurazione di una determinata figura di appalto rispetto ad un'altra, e, dall'altra, di evitare lacune che possano consentire alle amministrazioni appaltanti di sottrarsi dal rispetto delle regole in tema di aggiudicazioni (49).

Deve, inoltre, trattarsi di appalti che abbiano ad oggetto i servizi elencati nell'apposito allegato i quali, al loro interno, possono essere classificati in due categorie: prioritari e residuali (o secondari).

Tra i primi, quelli elencati nell'allegato II A, vi rientrano i servizi di manutenzione e riparazione (50); i servizi di trasporto terrestre (51), inclusi i servizi di corriere ad esclusione dei soli servizi di posta; i servizi di posta per via terrestre e aerea; i servizi di telecomunicazione; i servizi finanziari, assicurativi e bancari; i servizi informatici, i servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili; i servizi di consulenza gestionale; i servizi di consulenza scientifica e quelli pubblicitari. Della seconda categoria (allegato II B), invece, fanno parte i servizi alberghieri e di ristorazione; i servizi di trasporto per ferrovia e per via acqua; i servizi di collocamento del personale; i servizi d'investigazione e di sicurezza; i servizi relativi all'istruzione; i servizi sanitari e sociali.

La distinzione è rilevante in quanto solamente agli appalti aventi ad oggetto servizi prioritari si applica interamente la disciplina in tema di procedure di scelta, di contenuto delle informazioni, di svolgimento della procedura prevista dalla direttiva. Agli appalti aventi ad oggetto i servizi di cui all'allegato II B, invece, si applicano le sole disposizioni della direttiva 2004/18/CE in materia di specifiche tecniche (art. 23) e di bandi e avvisi (art. 35, par. 4). Gli appalti aventi ad oggetto contemporaneamente sia i servizi prioritari, sia i servizi secondari, vengono aggiudicati come appalti di servizi di cui all'allegato II A, e dunque sottoposti al pieno regime della direttiva, qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato II A risulti superiore al valore dei servizi di cui all'allegato II B. In caso contrario, l'appalto viene aggiudicato conformemente alle disposizioni previste per i servizi di cui all'allegato II B (art. 22). Il criterio di scelta del regime da applicare è, dunque, quello della prevalenza del valore delle rispettive prestazioni.

---

(49) Oltre a distinguersi dalla figure dell'appalto di lavori e di forniture (per le cui differenze si rinvia al paragrafo successivo), l'appalto di servizi si differenzia dal contratto di lavoro subordinato per il carattere imprenditoriale dell'appaltatore e per avere ad oggetto la realizzazione di un risultato con sopportazione del rischio per il caso della sua mancata realizzazione.

(50) Per un'analisi delle varie tipologie del contratto di manutenzione, G. FISCHIONE, *Brevi considerazioni sulla legittimazione processuale delle associazioni di imprese edili, sul concetto di opera pubblica e di categoria prevalente*, in *Riv. trim. app.*, 1990, p. 1089 ss.

(51) Costituisce un contratto di trasporto, e non un appalto di servizi, il negozio con il quale il vettore assume meramente l'obbligo di trasportare determinate merci, in quanto l'appalto di servizi si configura quando il vettore assume obblighi ulteriori rispetto a quello di trasporto.

La disciplina degli appalti di servizi assume, dunque, una funzione di chiusura del sistema comunitario dei contratti pubblici e ciò giustificherebbe, secondo un'autorevole dottrina, un'interpretazione lata della formula 'servizi' (52): la circostanza che la direttiva contenga, nell'allegato II, due elencazioni dei servizi ai quali cui essa risulta applicabile, infatti, non sarebbe elemento decisivo per affermare la tassatività dei servizi ricadenti nella disciplina comunitaria, in quanto l'elenco di cui all'allegato II B è chiuso dalla voce "altri servizi".

#### 6. Differenze dagli appalti pubblici di lavori e di forniture. I c.d. appalti pubblici misti

L'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici contiene la definizione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. È essenzialmente l'oggetto del contratto ha costituire l'elemento discriminante tra le diverse figure.

Tradizionalmente per lavoro pubblico si intende il risultato di un'attività umana che, costituendo il prodotto di una trasformazione o di un'elaborazione di cose preesistenti, rappresenti un *quid novi*, cioè un nuovo bene destinato a soddisfare un bisogno pubblico. In particolare, gli appalti pubblici di lavori sono quelli aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione relativamente a lavori od opere che rispondano alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore sulla base del progetto preliminare posto a base di gara (53).

Gli appalti pubblici di forniture sono, invece, quelli aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Avendo teoricamente distinto lavori, forniture e servizi, bisogna ammettere come talvolta l'esatta qualificazione di una fattispecie possa risultare incerta. La corretta classificazione in ipotesi del genere non rappresenta una mera esercitazione teorica se solamente si tiene conto delle distinte discipline dettate in tema di modalità procedurali da osservare, di requisiti di qualificazione delle imprese, se si considera la diversa soglia di applicazione prevista dalla normativa comunitaria (54).

---

(52) Cfr. R. CARANTA, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto europeo degli appalti pubblici*, op. cit., p. 30 ss.

(53) L'art. 3 del Codice fornisce una definizione di lavori, qualificandoli come "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono 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".

(54) Per una completa disamina si rinvia a R. GAROFOLI, *Commento all'art. 2*, in CARINGELLA (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, 1999, p. 34 ss.; B. MAMELI, *Commento all'art. 2*, in A. ANGELETTI (diretto da) *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 2000, p. 22 ss.

L'articolo 1 della direttiva 2004/18/CE riprende sostanzialmente le disposizioni contenute nelle singole direttive servizi e forniture in tema di appalti misti (55). I dubbi sollevati in dottrina circa la conformità della disciplina prevista dal legislatore nazionale con la normativa comunitaria (56) rendono utile una, seppur breve, ricostruzione di un regime giuridico, quello dei c.d. appalti pubblici misti, che ha subito nel corso di poco più di quindici anni una pluralità di interventi correttivi.

La direttiva 92/50/CEE in materia di servizi stabiliva due differenti criteri di individuazione della disciplina applicabile. Il primo, utilizzabile nelle ipotesi in cui un contratto di servizi comprende dei lavori, era rinvenibile nel sedicesimo considerando e consisteva nel c.d. criterio della 'accessorietà', in base al quale ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile risulta necessario stabilire quale sia l'oggetto principale dell'appalto e quali, invece, le prestazioni rispetto ad esso accessorie (57). Prima delle innovazioni appor-

---

(55) Si ricorda che ai sensi dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, "*i contratti misti sono contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture*". Sulla tematica degli appalti misti, tra gli altri, D. GALLI, *Contratti misti di lavori e servizi: disciplina applicabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 11; R. CARANTA., *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F. G. COCA – F. A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI) Torino, 2004, p. 152 ss.; R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti pubblici misti*, in R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, op. cit., p. 33 ss.; S. Luce, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, in F. CARINGELLA e R. GAROFOLI (a cura di), *Studi e esperienze di diritto amministrativo*, 2006, p. 75 ss. L'appalto pubblico misto ha un significato funzionale diverso dalla nozione di contratto misto. Il contratto misto, infatti, è espressione dell'autonomia negoziale delle parti nel determinare il contenuto del negozio anche in maniera non rispondente ai tipi legali (art. 1322 c.c.). In particolare si ha contratto misto quando si combinano in un unico schema negoziale elementi riconducibili a diverse fattispecie contrattuali tipiche, cioè espressamente contemplate, tipizzate dal legislatore. Si tratta di diversi tipi contrattuali che si fondono in un'unica causa, a differenza del contratto collegato nel quale permane invece la pluralità e l'individualità di ciascun tipo negoziale. Quando si parla invece di appalto misto si intende far riferimento a quelle procedure di aggiudicazione che comprendono prestazioni eterogenee rientranti in settori diversificati. Si tratta di appalti aventi ad oggetto prestazioni tipologicamente differenti. Per una disamina completa, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 428 ss.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 198 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 478 ss. Quest'ultimo Autore in particolare individua due distinte nozioni di contratto misto, una propria della giurisprudenza ed un'altra proposta dalla dottrina. Per la prima, il contratto misto è quello in cui concorrono elementi di più negozi tipici che si fondono in un'unica causa. La nozione di contratto misto, invece, elaborata da un'autorevole dottrina (A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 76 ss.) riconosce nel contratto misto un concorso di cause e un'astratta riconducibilità del negozio a più tipi legali: dunque non una fusione di cause, bensì una concorrenza di cause.

(56) In particolare, B. MAMELI, *Commento all'art. 2*, op. cit., p. 26 ss.

(57) Si riporta di seguito il testo del sedicesimo considerando della direttiva 92/50/CEE: "*un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e*

tate dal legislatore del 1998 e del 2000 (58), tale disposizione era stata ripresa dalla normativa nazionale di recepimento, il D.Lgs. n. 157/1995, il cui art. 3 stabiliva, con riferimento ai contratti misti che appunto avessero ad oggetto sia lavori che servizi, che gli stessi dovevano essere considerati quali appalti pubblici di servizi qualora i lavori esplicassero una “*mera funzione accessoria rispetto ai servizi*” e, quindi, non formassero “*l’oggetto principale del contratto*” (59). Il criterio dell’accessorietà, dunque, impone di accertare quale delle diverse prestazioni oggetto del contratto debba considerarsi strumentale (secondaria) rispetto ad un’altra da valutare come principale (60).

Nell’ipotesi, invece, di un appalto pubblico che avesse per oggetto sia prodotti di cui alla direttiva forniture che servizi, la direttiva servizi (art. 2) stabiliva il c.d. ‘criterio della prevalenza’ in base al quale trova applicazione la disciplina in tema di appalti di servizi qualora il valore di questi “*superi quello dei prodotti previsti nel contratto*” (61). Anche questo criterio è stato

*non costituiscono l’oggetto dell’appalto*”. Sul criterio dell’accessorietà, M. ZOPPOLATO, in D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI e M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano, 1999, p. 9 ss. Dubbi circa l’idoneità del criterio dell’accessorietà a costituire un sicuro strumento di individuazione della disciplina applicabile alle fattispecie di appalti pubblici a prestazioni eterogenee in G. GRECO, *Contratti “misti” e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 1262 ss. L’Autore individua una serie di fattispecie in cui tale criterio può risultare insoddisfacente “perché esso presuppone certezza sull’oggetto principale del contratto”. Nello stesso senso A. ZIROLDI, *Appalti di lavori, appalti di servizi, appalti misti: riferimenti per una delimitazione dell’ambito oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2000, p. 20 ss.

(58) Legge 18 novembre 1998, n. 415, “Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 284 del 4 dicembre 1998; Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, “Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 70 del 24 marzo 2000.

(59) Decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 “Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 6 maggio 1995 n. 104.

(60) La dottrina è divisa circa gli elementi che devono essere presi in considerazione al fine di valutare quale delle prestazioni dedotte in contratto debba essere considerata come principale. Secondo G. GRECO, *Contratti “misti” e appalti comunitari*, op. cit., p. 1266, deve essere considerata come prestazione accessoria quella non prevalente dal punto di vista economico, in tal modo riconducendo il criterio dell’accessorietà a quello della prevalenza per superare le difficoltà applicative del primo. In senso contrario, G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Tratt. dir. amm. europeo* (a cura di M. P. CHITI e G. GRECO), Milano, 1997, p. 225 ss. Secondo questi Autori per valutare quale delle prestazioni contrattuali sia strumentale occorre utilizzare tutti i criteri ermeneutici generalmente utilizzati in materia contrattuale “inclusa la ricostruzione della volontà delle parti”.

(61) Si riporta il testo completo dell’art. 2 della direttiva 92/50/CEE: “*Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d’applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto*”. Un’interessante applicazione da parte del giudice comunitario del criterio della prevalenza è rinvenibile nell’importante sentenza del 18 novembre 1999, *Teckal*. In

recepito dalla normativa del 1995, il cui art. 3, co. 4, stabiliva che i contratti misti servizi-forniture dovevano essere sottoposti alla disciplina prevista per i servizi qualora il valore totale di questi ultimi fosse “*superiore al valore delle forniture comprese nell’appalto*” (62).

Il criterio della prevalenza, contemplato nelle ipotesi di appalti pubblici aventi ad oggetto sia servizi che forniture, risulta fondato sul raffronto della consistenza economica di ognuna delle singole prestazioni dedotte nel contratto. Trattasi, dunque, di un criterio oggettivo che lascia all’interprete margini di manovra inferiori rispetto al criterio dell’accessorietà e, per questo motivo, ritenuto preferibile da una parte della dottrina (63).

Novità circa l’individuazione del regime giuridico applicabile alla categoria dei contratti misti sono intervenute con la legge Merloni-ter. Il legislatore del 1998 ha infatti modificato tanto l’art. 2 della legge quadro in materia di lavori pubblici, quanto il già citato art. 3 del D.Lgs. n. 157/1995, prevedendo come parametro da utilizzare nell’individuazione del regime giuridico degli appalti a prestazioni eterogenee uno di tipo esclusivamente quantitativo facente riferimento al valore economico della componente lavori. In base alla legge n. 415/1998, la disciplina dettata per gli appalti di lavori si applicava sia in relazione ai contratti misti di lavori, forniture e servizi, sia in relazione ai contratti di forniture e servizi che comprendevano lavori accessori, qualora i lavori avessero assunto un rilievo economico superiore al 50%.

La *ratio* della riforma del 1998 è stata probabilmente evitare che il criterio dell’accessorietà potesse essere utilizzato per invocare l’applicazione del regime giuridico caso per caso preferito dall’amministrazione appaltante, comportando, in ipotesi, l’applicazione della disciplina prevista per gli appalti di servizi o di forniture anche nelle ipotesi in cui i lavori avessero assunto un peso economico nettamente superiore a quello attribuibile alle prestazioni

---

un’ipotesi di un appalto pubblico avente ad oggetto sia prodotti ai sensi della direttiva forniture, sia servizi ai sensi della direttiva 92/50, la Corte di Giustizia ha statuito che esso ricade nell’ambito di disciplina della direttiva 93/36/CEE qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi, risolvendo la questione, dunque, sulla base di un criterio meramente quantitativo. Il criterio della prevalenza è stato contemplato anche dalla direttiva 90/531/CEE, come modificata dalla direttiva 93/38/CEE e riguardante i c.d. settori esclusi.

(62) Segue il testo integrale dell’art. 3, co. 4 del D.Lgs. n. 157/1995: “*Gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell’appalto*”.

(63) Cfr. G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, op. cit., p. 225 ss. Gli Autori, una volta evidenziata l’inadeguatezza del criterio dell’accessorietà al fine di individuare il regime giuridico applicabile alle fattispecie miste, indicano la loro preferenza per quello della prevalenza in quanto “non sussistono margini di dubbio o interpretativi negli appalti aventi ad oggetto contemporaneamente forniture e servizi, che saranno assoggettati alla disciplina tipica della prestazione di importo superiore”. Per l’analisi dei due criteri e con la preferenza per il secondo, S. ARROWSMITH, *Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisation, Purchasing Consortia and In-house Tenders*, in *Public Procurement L. Rev.*, 1997, p. 200.

di tipo diverso. E tale obiettivo è stato perseguito attraverso la previsione di un criterio oggettivo quale quello della prevalenza economica (64).

Se si è concordi nel sostenere questa impostazione, il criterio introdotto dalla Merloni-ter poteva allora risultare non sostitutivo di quello dell'accessorietà, bensì un limite oltre il quale non era ammissibile che esso potesse prevalere su quello di carattere economico (65). Una simile interpretazione delle disposizioni nazionali avrebbe potuto far sostenere la compatibilità delle stesse con le direttive comunitarie 92/50 e 93/36 che, al contrario, facevano riferimento, in relazione ad alcune fattispecie di appalti misti, al solo criterio dell'accessorietà (66).

---

(64) In dottrina non è mancato chi ha sostenuto l'incompatibilità della previsione del criterio della prevalenza economica di cui alla Merloni-ter con le disposizioni di matrice comunitaria che, per alcune fattispecie di appalti misti, individuano il solo criterio dell'accessorietà come parametro per determinare il regime giuridico dell'appalto in questione. In particolare, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici*, op. cit., p. 10 ss., ha ritenuto che il canone della prevalenza economica previsto dal legislatore della Merloni-ter potesse trovare applicazione meramente in relazione agli appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria in quanto di valore inferiore alla soglia di cui alle direttive o perché afferenti a fattispecie escluse dalle relative disposizioni. In caso contrario, secondo l'Autore, avrebbe dovuto operare il criterio dell'accessorietà, mediante la disapplicazione della disciplina risultante dalla l. n. 415/1998.

(65) Cfr. R. GAROFOLI, *Appalti pubblici misti*, op. cit., p. 57. Secondo l'Autore "l'obiettivo correttamente perseguito è quello di evitare che una stazione appaltante possa eludere la disciplina sugli appalti pubblici di lavori facendo perno sul carattere assolutamente primario del servizio o della fornitura, nonostante la componente lavori superi di oltre la metà il valore complessivo del contratto". Nel senso che il criterio dell'accessorietà vada specificato con quello della prevalenza economica, Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 28 dicembre 1999, n. 13: "nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà contenuto nelle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 è integrato, o è meglio dire, specificato con il criterio della prevalenza economica, che costituisce nella normalità dei casi concreta evidenziazione della sussistenza di una situazione di accessorietà".

(66) È questo l'orientamento seguito dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con la medesima determinazione di cui alla nota precedente: "Le relative disposizioni (quelle della legge Merloni-ter), in tal modo interpretate, possono ritenersi compatibili con quanto previsto, per i contratti misti, dalle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 relative, rispettivamente, agli appalti pubblici di servizi ed agli appalti pubblici di forniture. È pur vero, infatti, che le direttive stesse fanno riferimento, per l'individuazione della disciplina applicabile a tali contratti, al solo criterio della accessorietà della prestazione, per cui i lavori compresi in un contratto di servizi non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto principale dell'appalto. È altrettanto vero, tuttavia, che il criterio dell'accessorietà richiamato dalle indicate direttive, anche alla luce della prevalente dottrina, non va inteso come correlato ad una soggettiva e discrezionale valutazione di strumentalità o secondarietà di una prestazione rispetto ad un'altra, da parte delle amministrazioni appaltanti. Si deve, invece, ed in coerenza con l'indisponibilità pubblicistica dei relativi settori da parte delle amministrazioni medesime, a tale criterio attribuire una obiettiva valenza funzionale che non può non riferirsi anche all'effettiva consistenza economica delle singole concorrenti prestazioni. Perciò non può ritenersi confliggente con l'enunciazione in sede comunitaria dell'indicato principio di accessorietà una previsione normativa interna (...) che ha provveduto ad integrarlo, ponendo, nel caso di contratti con prestazioni eterogenee, un limite invalicabile (50

Al contrario, con procedura d'infrazione 2001/2182 la Commissione ha lamentato la compatibilità della normativa nazionale in materia di contratti misti con il diritto comunitario. Ed è proprio l'utilizzo esclusivo del criterio quantitativo ad essere stato considerato in contrasto con il diritto comunitario il quale, al contrario, individua nell'oggetto principale del contratto il parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti.

Secondo l'orientamento della Commissione la prevalenza economica della componente lavori rispetto alle altre prestazioni dedotte nel contratto non implica necessariamente che un appalto pubblico debba essere qualificato come uno di lavori nell'ipotesi in cui questi risultino essere meramente accessori e non l'oggetto principale del contratto. Pertanto, a giudizio della Commissione, la legge Merloni, dando rilievo esclusivo alla prevalenza economica della componente lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi o forniture), avrebbe consentito di far assoggettare alla disciplina degli appalti pubblici di lavori anche appalti di forniture e di servizi nei quali le prestazioni di lavori, ancorché prevalenti sotto il profilo economico, avrebbero potuto presentare carattere accessorio rispetto alle altre prestazioni, in tal modo falsando il gioco della concorrenza.

A seguito della procedura di infrazione il Ministero dei lavori pubblici con la circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003 ha invitato le amministrazioni a garantire, in attesa di una riformulazione della disciplina nazionale, l'osservanza della disciplina comunitaria in materia (67).

La modifica legislativa annunciata dal Ministero è stata tradotta nella previsione della Legge Comunitaria per il 2004 che, all'art. 14, ha riscritto il comma 1 dell'art. 2 della legge Merloni prevedendo che *“nei contratti misti di lavori, forniture e servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50%. Tale disposizione non si applica peraltro ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”* (68).

---

per cento) all'apprezzamento soggettivo dell'amministrazione appaltante circa l'incidenza, nella configurazione complessiva del contratto, del valore della prestazione di lavori che, qualora economicamente ad altre prevalente, non può essere ritenuta alle stesse funzionalmente subvalente al fine della individuazione della normativa complessivamente applicabile”. Tale orientamento è stato ripreso dalla stessa Autorità nella successiva determinazione 31 gennaio 2001, n. 5.

(67) Circolare pubblicata in G.U. n. 79 del 3 aprile 2004. A seguito dei rilievi comunitari (e della procedura di infrazione), il Ministero dei Lavori Pubblici ha annunciato con la stessa l'adozione di una normativa *ad hoc* correttiva, e, nelle more della sua adozione, ha esortato tutte le amministrazioni pubbliche a considerare, in conformità alle indicazioni della Commissione Europea, quale “prestazione prevalente” non quella prevalente economicamente, bensì quella che esprime “l'oggetto principale dell'appalto”.

(68) L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge Comunitaria per il 2004), pubblicata sulla G.U. n. 96 del 27 aprile 2005 e contenente “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee”.

La nuova disposizione non ha lasciato dubbi sui criteri da seguire in sede di identificazione della disciplina applicabile ai contratti misti: la normativa sui lavori pubblici si applica agli appalti a prestazioni eterogenee in cui i lavori assumano rilievo superiore al 50% dell'importo dell'appalto solamente qualora gli stessi non abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto. In altri termini, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni non implica necessariamente che un appalto debba essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto.

Con lo stesso art. 14 la Legge Comunitaria ha riscritto anche l'art. 3, co. 3, del D.Lgs. n. 157/1995, adeguandone il contenuto alle modifiche apportate alla legge Merloni: *“nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”*.

La normativa del 2005 è evidentemente ispirata alle osservazioni mosse in sede comunitaria; tuttavia, occorre notare come il legislatore non abbia eliminato il riferimento al criterio della prevalenza economica che, al contrario, è stato individuato in sede legislativa come uno dei parametri per determinare la disciplina applicabile agli appalti pubblici misti (69).

Come già accennato nel corso di questo paragrafo, la direttiva 2004/18/CE riprende le disposizioni contenute nelle direttive servizi e forniture in tema di c.d. appalti misti. In particolare, l'art. 1 stabilisce che il criterio cui far riferimento per determinare il regime giuridico dell'appalto nelle ipotesi di contratti che abbiano ad oggetto tanto servizi quanto forniture è quello del valore delle prestazioni (70). Mentre nell'ipotesi di un appalto pubblico che abbia ad oggetto dei servizi e contestualmente preveda anche l'esecuzione di lavori, la direttiva ripropone il canone dell'oggetto principale dell'appalto (71).

---

(69) Secondo R. GAROFOLI, *Appalti pubblici misti*, op. cit., p. 66 ss., il criterio della prevalenza economica assume rilievo centrale nell'individuazione della disciplina applicabile agli appalti pubblici misti: “a tale criterio, infatti, le due disposizioni hanno ancora riguardo quale primo parametro che le stazioni appaltanti sono chiamate ad utilizzare (...) la preponderanza economica della prestazione, in conclusione, diviene in un certo senso criterio idoneo a condizionare la valutazione di tipo funzionale, destinata a ribaltare i rapporti di forza tra prestazioni fondate sul fattore economico solo quando la componente economicamente più consistente risulti del tutto residuale rispetto alle finalità perseguite dalla stazione appaltante. Così intese, le novità introdotte sul punto dalla legge comunitaria per il 2004 paiono coniugare con l'esigenza di garantire l'osservanza delle previsioni comunitarie quella, opportunamente perseguita dalla l. n. 415/1998, di ridurre i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta del regime da applicare agli appalti misti”.

(70) Art. 1, co. 2, lett. d): *“un appalto pubblico avente per oggetto tanto prodotti quanto servizi è considerato un appalto pubblico di servizi quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto”*.

(71) Art. 1, co. 2, lett. d): *“un appalto pubblico avente per oggetto dei servizi e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto pubblico di servizi”*.

L'art. 14 del Codice dei contratti pubblici riproduce fedelmente il contenuto della direttiva appalti. Infatti, il comma 2 stabilisce che: “*i contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, secondo le disposizioni che seguono: a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione È considerato un «appalto pubblico di forniture»; b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II È considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto; c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto È considerato un «appalto pubblico di servizi» (72).*”

Quella disarmonia tra la normativa nazionale ed il diritto comunitario che aveva originato i rilievi della Commissione è venuta meno. Il legislatore del Codice ha seguito correttamente i criteri indicati in sede sovranazionale ed ha inoltre ricordato che l'affidamento di un contratto misto non deve in alcun modo implicare la limitazione o, a maggior ragione, l'esclusione dell'applicazione delle pertinenti norme comunitarie (73).

### *7. Concessione versus appalto: quali differenze? Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza*

Molti Autori e numerose pronunce hanno affrontato l'annosa questione concernente la delimitazione della figura dell'appalto di servizi in rapporto alla contigua nozione di concessione di servizi (74).

---

(72) Il comma 3 dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici chiarisce espressamente cosa debba intendersi per oggetto principale del contratto: “*Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto È costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto*”.

(73) In particolare l'art. 14, co. 4 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che: “*L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza*”.

(74) Per alcuni riferimenti in dottrina sulla distinzione tra appalti e concessioni, con riferimento sia ai servizi che alle opere, F. SEBASTIO, *Concessioni e appalti: questioni giurisdizionali*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 343 ss.; G. GHIDINI e A. NAPONIELLO, *La nuova disciplina in materia di appalti e concessioni*, in *Contratti*, 1994, p. 461 ss.; F. BASSI e P. MICHARA, *Considerazioni sulle differenze intercorrenti tra concessione di servizio pubblico e appalto di servizi*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 441 ss.; A. VALLA, *L'art. 19 l. 109/1994 si applica anche alle concessioni ope legis* (nota a Cons. St., sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584), in *Urb. e app.*, 1998, p. 185 ss.; M. MENSI, *Appalti, servizi pubblici e concessioni – Procedure di gara, tutela amministrativa e processuale a livello comunitario e nazionale*, Padova, 1999; A. ZUCCOLO, *In tema di concessione di pubblico servizio e appalti infragruppo* (nota a T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 515) in *Contratti Stato e enti pubblici*, 2000, p. 541 ss.; N. LUGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e project*

Sin dalla metà del secolo scorso, infatti, autorevole dottrina avvertiva una sensazione di “particolare disagio” dinanzi all’individuazione di precisi criteri che valgano a distinguere i due istituti (75).

Il mondo delle concessioni è concettualmente contrapposto al mondo giuridico degli appalti (76). Eppure, se questo è il pensiero comune a molti Studiosi, i criteri che sono stati elaborati per differenziare le due figure sono risultati spesso divergenti l’uno dall’altro: lo stampo unilaterale del titolo di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell’appalto: la concessione sarebbe un provvedimento unilaterale, mentre l’appalto un rapporto contrattuale (77); il carattere surrogatorio dell’attività del concessionario, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell’ente concedente,

*financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 647 ss.; C. GUCCIONE, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali considerati organismi di diritto pubblico* (nota a Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090), in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 906 ss.; M. ALESIO, *Concessioni e appalti di servizi: alla ricerca delle differenze perdute. Poche distinzioni sul piano della disciplina*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 76 ss.

(75) U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell’esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, Milano, 1955, p. 393 ss.

(76) Cfr. G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

(77) Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 407; A. M. BALESTRERI, *Note sulla distinzione fra “appalti pubblici di servizi” e “concessioni di servizi pubblici”* (nota a T.A.R. Emilia Romagna, sez. Parma, 18 settembre 1995, n. 317), in *Riv. trim. app.*, 1996, n. 4, p. 721 ss. Secondo l’Autore “la più corretta e sicura linea di demarcazione finisce con l’essere non tanto quella incentrata sul contenuto del rapporto fra ente pubblico e soggetto privato, quanto quella fondata sulla natura giuridica dell’atto fonte di tale rapporto (una concessione di diritto pubblico in un caso, un “contratto” di diritto privato nell’altro caso)”. L’Autore considera anche le conseguenze del tracciare quale linea di demarcazione quella da lui proposta: “nel primo caso (quello della concessione) è il fondamentale principio di legalità a predeterminare i tratti salienti del rapporto di concessione. Con una conseguente speculare limitazione dei margini di latitudine della discrezionalità amministrativa nella definizione dei contenuti dell’atto di concessione e della concessione-contratto ad essa connessa. Viceversa, nel secondo caso, l’amministrazione, grazie alla sua riconosciuta capacità generale di diritto privato, finisce col godere dei più ampi spazi propri della autonomia negoziale di cui all’art. 1322 c.c. (...) Sicché, nel settore dei servizi, si verifica un particolare binomio per cui, ad una maggiore libertà dell’amministrazione nella determinazione del contenuto del rapporto (tipica della materia contrattuale), fa riscontro una più rigorosa soggezione alle procedure pubblicistiche di selezione del contraente privato. In via speculare, alla maggior limitazione nella definizione del contenuto del rapporto (tipica, invece, delle concessioni) fa *pendant* un più ampio margine di discrezionalità nella scelta del soggetto affidatario”. Contrario, invece, alla tesi che individua nella natura del titolo l’elemento che consente di distinguere i due istituti, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, op. cit., p. 86 ss. L’Autore, infatti, solleva perplessità circa la ricostruzione in termini autoritativi-provvedimentali dell’atto attributivo del servizio e la tradizionale distinzione tra atto unilaterale e contratto accessivo. Secondo Villata il rapporto di concessione “ha origine da un insieme non divisibile” il quale “è di necessità rappresentato da un contratto di diritto pubblico”.

mentre l'appaltatore compie attività di rilievo meramente economico nell'interesse dell'amministrazione appaltante (78); la "traslazione" dall'amministrazione al privato della possibilità di assumere rapporti giuridicamente rilevanti in funzione della gestione del servizio pubblico nei confronti di soggetti terzi (79).

La dottrina più recente ha piuttosto sottolineato quale elemento di differenziazione l'oggetto delle due figure: nell'appalto esso è costituito da prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione; nella concessione, invece, si è dinanzi a prestazioni rese dal concessionario al pubblico (80). Dunque diversa è la prestazione, ma anche il destinatario della stessa, che nell'appalto è la sola pubblica amministrazione, mentre nel caso della concessione è la collettività degli utenti (81).

Inoltre nell'ipotesi di un appalto di servizi il rapporto che si viene a formare presenta carattere bilaterale (sussistente tra la pubblica amministrazione e l'appaltante), mentre nel caso di una concessione si configura un artico-

(78) Nega che questo possa essere un utile elemento di differenziazione U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 402 ss.. Secondo l'Autore, infatti, la sostituzione del privato alla pubblica amministrazione non sarebbe tipica della concessione, in quanto anche attraverso la costituzione di un rapporto di diritto privato sarebbe conseguibile un simile risultato.

(79) Nel senso del trasferimento di potestà pubbliche al concessionario nell'ambito del rapporto concessorio, F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XVII, 1970, p. 215; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, p. 568 ss. Secondo quest'ultimo Autore, mentre l'appaltatore svolge un'attività diversa da quella dell'amministrazione e che pertanto non può essere definita come sostitutiva di quest'ultima, il concessionario svolge un'attività "in nome proprio ma per conto e in vece dell'amministrazione titolare, alla quale ne vengono imputati i risultati". Di avviso contrario, U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 394-395, in quanto in ordine alla gestione di molti servizi pubblici manca l'esercizio di tali poteri.

(80) Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, op. cit., p. 88 ss. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 21, mette in evidenza questo elemento: "le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte, e comunque rivolte al pubblico. Si deve sottolineare, e non all'amministrazione". In questi termini anche la Circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie 10 marzo 2002, n. 3944, ove si individua quale criterio distintivo tra concessioni di pubblico servizio e appalti di servizi quello relativo all'oggetto: "L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti".

(81) In dottrina, tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 122 ss.; A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 66 ss.; B. MAMELI, *Le s.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve i dubbi interpretativi*, consultabile sul sito [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), *Riv. Elettronica di diritto pubblico*. In giurisprudenza, oltre alle sentenze di seguito citate nel testo, si veda Consiglio di Stato, sez. V, decr. pres. 4 novembre 2000, n. 6, nella quale il giudice amministrativo osserva che "il servizio pubblico, tra le altre caratteristiche, deve constare della produzione, erogazione e governo di un servizio destinato agli amministrati".

lato rapporto trilaterale avente quali protagonisti l'amministrazione concedente, il concessionario e gli utenti che usufruiscono del servizio (82).

Un ulteriore elemento per distinguere i due istituti attiene alle modalità che concernono il corrispettivo della prestazione. Nelle concessioni, infatti, esso proviene dal pagamento da parte degli utenti del servizio, laddove nell'appalto di servizi gli oneri della prestazione sono a carico dell'ente appaltante destinatario della stessa (83).

Tale ultimo orientamento dottrinale ha ricevuto un autorevole avallo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale nel 2002 ha osservato che: *"L'appalto di servizi si distingue dalla concessione di servizi per il fatto che nel primo le prestazioni sono rese in favore dell'Amministrazione, che ha l'onere di compensare l'attività svolta dal privato, mentre il secondo interessa un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio, i quali ultimi, ove il servizio sia divisibile tra loro, sono normalmente tenuti a pagare il costo del servizio che ricevono"* (84).

In precedenza, ma seguendo la medesima impostazione, il T.A.R. Emilia Romagna aveva qualificato come concessione di pubblico servizio quello relativo alla produzione del calore e alla sua distribuzione alle singole utenze in considerazione della potenziale generalità della destinazione del servizio (85). Specularmente, un'altra sentenza del giudice di prima istanza ha qualificato come appalto di servizi la pulizia di immobili comunali: il T.A.R., infatti, ha sottolineato l'assenza nella fattispecie in esame di una prestazione destinata a terzi e, invece, la sussistenza di un servizio prestato in favore dell'amministrazione comunale, dietro compenso dalla medesima versato (86).

(82) Cfr., tra gli altri, F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 384 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, p. 65 ss.; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e "privilegi" dell'amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1995, p. 375 ss.

(83) Cfr. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, op. cit., p. 23; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1995, p. 1285 ss.; M. CAMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, p. 41 ss.; P. LO GIUDICE, *I caratteri propri dell'appalto di servizi*, in *I TAR*, 1998, p. 419 ss.

(84) Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 907: *"l'oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato "appaltatore" sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni"*. Conformi a tale orientamento, Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, in *Urb. e app.*, 2005, p. 56 ss., con nota di C. VOLPE; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 3 giugno 2003, n. 923, in *Trib. Amm. Reg.*, 2003, I, p. 3568; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 25 giugno 2002, n. 2601, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, p. 3174; T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 marzo 2001, n. 566, in *Trib. Amm. Reg.*, 2001, p. 1629; Consiglio di Stato, sez. V, 4 novembre 2000, n. 6, in *Giust. it.*, *Riv. Giur. on line*, 2000, 11.

(85) T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 settembre 1995, n. 317, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 720 ss. Conclusioni analoghe, seppur con riferimento ad una fattispecie diversa, in T.A.R. Valle d'Aosta, 14 maggio 1999, n. 91, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, p. 2411.

(86) T.A.R. Puglia-Bari, sez. II, 22 aprile 1998, n. 37, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, p. 2753.

Alle distinzioni tra le due figure sopra richiamate se ne sono aggiunte delle altre aventi origine a livello comunitario (87). Con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (88) la Commissione

---

(87) Anche a livello comunitario si è avvertita la difficoltà di distinguere con chiarezza la figura della concessione rispetto a quella dell'appalto. Come ha sottolineato l'Avv. generale La Pergola nella causa C-306/96, *BHI Holding BV contro Arnhem e Rheden* (sentenza 10 novembre 1998, in Racc. p. I-5923), l'enucleazione di un criterio distintivo fra appalti e concessioni, di lavori o servizi, non è un'operazione ermeneutica semplice. Infatti, "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". Nello stesso senso, sempre in sede comunitaria, sentenza Corte di Giustizia delle Comunità europee, 24 settembre 1998, C-76/97, *Tögel*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 221 ss., con nota di M. PROTTO.

(88) Per un commento alla comunicazione, C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di dir. amm.*, 2000, p. 1263 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di dir. amm.*, 2000, p. 1071 ss.; E. VALLANIA, *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 838 ss.; A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 389 ss.; L. QUARTA, D. SPINELLI, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2000, p. 565 e ss.; S. TESCAROLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Contratto Stato enti pubb.*, 2001, p. 189 ss.; A. MATTERA, *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 5 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F. G. SCOCA, F. A. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004, p. 152 ss.. Per la dottrina francese, C. FOUASSIER, *Vers un véritable droit communautaire des concessions?*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 2000, p. 675. Sul valore e la portata delle comunicazioni interpretative, si rinvia a C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2001, che le definisce come atti di *soft law*, differenziandoli quindi da quelli, "tipici", disciplinati nell'art. 249 del Trattato. Un'elencazione dettagliata degli atti comunitari "atipici" o sui generis é fornita da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 131 ss., laddove vengono indicati, tra gli altri, i regolamenti interni delle istituzioni, i programmi generali e gli atti preparatori. Tesauro distingue, nell'ambito delle comunicazioni della Commissione, quelle informative, destinate ad alimen-

ha individuato l'elemento caratterizzante la concessione di servizi nel c.d. "rischio di gestione", e più precisamente "si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio, rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione" (89).

La concessione, secondo questa impostazione, si configura ogni volta in cui l'aggiudicatario assume il rischio della gestione economica del servizio prestato, rivolgendosi agli utenti. La circostanza che la prestazione affidata al concessionario rientri nell'ambito delle attività di competenza dei pubblici poteri è, dunque, irrilevante ai fini della qualificazione del rapporto come concessione, in quanto ciò che risulta decisivo a tal fine è l'accollo del rischio economico della gestione in capo al concessionario (90).

Anche il giudice comunitario è intervenuto sulla questione concernente la delimitazione della concessione rispetto all'appalto. Assume particolare rilievo al riguardo la sentenza *Teleaustria* della Corte di Giustizia, cosicché appare opportuna una rapida disamina della stessa (91). Andando a ricercare i tratti caratteristici delle concessioni di servizi, l'Avvocato generale Fennelly ha individuato il criterio della gestione come indice essenziale: solamente nella concessione, dunque, e non anche nell'appalto pubblico di

---

tare il dialogo tra le istituzioni su temi e materie in cui si prefigura l'adozione di veri e propri atti normativi; quelle decisive, relative a settori in cui la Commissione dispone di un potere di decisione anche discrezionale, come in materia di concorrenza e di aiuti di Stato; quelle interpretative, dirette a far conoscere agli Stati ed agli operatori i diritti e gli obblighi che su di essi incombono alla luce del diritto comunitario, in particolare alla luce degli sviluppi giurisprudenziali registrati. Per una ricostruzione di questo strumento para-normativo si veda anche L. SENDEN, *Soft law in european political center*, London, 2004.

(89) Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C 121/02, par. 2.2. Il documento poi prosegue indicando che "come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità della gestione". La Commissione successivamente richiama la sentenza *Lottomatica* (Corte di Giustizia, 26 aprile 1994, causa C-272/91, in Racc. I-14009) nella quale il giudice comunitario ha distinto tra un trasferimento di responsabilità al concessionario in merito alle operazioni di lotto e la mera fornitura all'amministrazione di sistemi informatici. In quel caso specifico la Corte ha concluso che, mancando tale trasferimento, si era in presenza di un appalto.

(90) È evidente che una simile impostazione si scontra con quella tradizionalmente seguita dalla nostra dottrina giuspubblicistica che, come indicato nel testo, individuava quale elemento decisivo per la distinzione tra le due figure la "traslazione" dall'amministrazione al concessionario della possibilità di assumere rapporti giuridicamente rilevanti ai fini della gestione del servizio pubblico nei confronti di soggetti terzi.

(91) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 maggio 2000, C-324/98, *Teleaustria* contro *Post & Telekom Austria AG*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 487 ss., con nota di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*; M. V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corriere giuridico*, 2001, n. 4, p. 489 ss.

servizi, il rischio di gestione grava sul concessionario. Infatti, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario, il quale si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio, e nel senso che egli assume l'impegno di erogare le prestazioni al pubblico, con relativo rischio economico di gestione, per tutta la durata del contratto (92). Viceversa, si è in presenza di un appalto pubblico di servizi quando il costo grava sostanzialmente sulla pubblica amministrazione.

La Commissione e la Corte di Giustizia hanno dunque utilizzato per distinguere una concessione da un appalto il concetto di rischio; non un criterio distintivo di tipo giuridico-formale volto a dare risalto al provvedimento amministrativo, bensì un criterio di ordine economico (93).

Altro tratto idoneo a distinguere le due figure e sottolineato nella sentenza *Teleaustria* è la destinazione all'utenza del servizio, e cioè la necessità che chi usufruisce del beneficio arrecato sia un soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale tra concedente e concessionario. Affinché si possa configurare una concessione di pubblici servizi, quindi, l'attività affidata in concessione deve rivestire il requisito dell'interesse generale (94).

L'impostazione comunitaria ha trovato conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui le concessioni nel quadro del diritto comunitario si distinguono dagli appalti di servizi per il "*fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato*" (95), e non per il carattere provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, né per il trasferimento di pubblici poteri o per l'ampliamento della sfera giuridica del privato. Sono le modalità di remunerazione dell'attività svolta dal privato a costituire il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi.

Nell'ultimo anno il giudice amministrativo ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla questione concernente la qualificazione di un servi-

---

(92) A ben vedere, sia l'appaltatore che il concessionario assumono il rischio della gestione, seppur in maniera differente: il primo nel suo rapporto giuridico con l'amministrazione, il secondo (anche) nel suo rapporto giuridico con gli utenti. Sul concetto di rischio per il concessionario, R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, op. cit., p. 61 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblico servizio*, op. cit., p. 468 ss.; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici*, op. cit., p. 372 ss.; B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e servizi*, op. cit., p. 985 ss.

(93) Sul concetto di rischio nel diritto dei contratti, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.

(94) Secondo l'Avvocato generale Fennelly tale requisito deve essere inteso in senso ampio, ovvero come "attitudine dell'attività a soddisfare i bisogni della collettività, o comunque di una categoria di utenti".

(95) Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2634. Nella sentenza viene indicato che 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".

zio pubblico, e lo ha fatto, questa volta, prendendo in parte le distanze dall'insegnamento della Commissione e di quello proveniente da Lussemburgo. Il riferimento è in particolare alla sentenza 15 gennaio 2008 concernente la procedura aperta per l'affidamento della concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale del Comune di Roma. In questa sentenza il Consiglio di Stato ha affermato che l'assunzione del rischio della gestione non è escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo solamente quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, risulta divisibile fra quanti in concreto ne beneficiano direttamente (96).

Il percorso logico-giuridico seguito dal giudice amministrativo nega che non si possa configurare una concessione nei casi di c.d. *project freddo*, ovvero quando l'acquirente del servizio sia l'amministrazione stessa, in quanto, anche in queste ipotesi, può risultare rispettato il canone della sussistenza del rischio imprenditoriale in capo al prestatore del servizio (97).

---

(96) Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36: "non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo". Di orientamento diverso, Consiglio di Stato, sezione V, 1 agosto 2007, n. 4270 che, invece, individua la distinzione tra appalto e concessione nella struttura trilaterale della seconda e nella circostanza che in tal caso il costo della prestazione finisca con il gravare sull'utente, mentre nel caso dell'appalto l'onere del corrispettivo graverebbe esclusivamente sull'amministrazione. Critico verso quest'ultimo orientamento C. CALVIERI, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, consultabile sul sito [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 10, 2007: "va comunque subito segnalato come la natura bilaterale o triangolare di per sé non costituisca un elemento determinante sul piano giuridico, atteso che tali elementi utili ad individuare i soggetti coinvolti costituiscono fattori di per sé meramente descrittivi, con la conseguenza che anche nell'ambito di rapporti costruiti secondo una struttura trilaterale possono giustificarsi elementi tali da ridurre ed anche escludere il "rischio di gestione".

(97) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 11 maggio 2007, n. 4315: "si ha concessione non solo quando il concessionario possa ritrarre un utile diretto, mercè il pagamento d'un prezzo da parte dei fruitori, dalla gestione dell'opera da lui realizzata, ma anche nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prezzo divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto, però, a condizione che, come nella specie, ed attraverso un complesso di meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle varie prestazioni il concessionario, pur ottenendo l'intero prezzo pattuito, in realtà se ne vedrà ridurre tante quote quante inadempienze qualitative nello svolgimento compierà verso l'utenza. Insomma, invece d'una remunerazione mista di prezzo e tariffa e/o corrispettivo, la concessione sarà retribuita con il prezzo diminuito dalle inadempienze qualitative dell'opera". Per un commento a questa sentenza, A. GIANNELLI, *Concessione di servizi*, op. cit., p. 1276 ss. In senso favorevole a questo orientamento, L. BELLAGAMBA, *Il Comune di Roma e l'affidamento in concessione. Di servizi e non di lavori, della manutenzione stradale e di servizi annessi*, consultabile sul sito [www.appaltiecontratti.it](http://www.appaltiecontratti.it), 20 gennaio 2006. Secondo l'Autore, infatti, "Non è vero che non potrebbe configurarsi una concessione, perché mancherebbe sostanzialmente l'alea economico-finanziaria. Anzi, la funzione giuridico-amministrativa perseguita nel caso concreto è proprio quella di scaricare tutto il rischio gestionale dell'Amministrazione al concessionario. Pertanto, anche se si tratta di un *project freddo* – in

Questo, non isolato, ultimo indirizzo giurisprudenziale rende opportuni ulteriori chiarimenti, in quanto i precisi confini del criterio su cui fondare la distinzione non possono ancora essere ritenuti pacifici.

Quel che invece appare certo è che alla luce dei criteri e dei rilievi indicati, appalto pubblico di servizi e concessione di pubblico servizio risultano figure giuridiche distinte. Tuttavia, entrambi gli istituti sono sottoposti ad una serie di principi fondamentali, quali quelli previsti dal Trattato, quelli ricavati dalla giurisprudenza comunitaria e quelli tradizionali di imparzialità, buona amministrazione ed economicità, i quali “costituiscono il minimo comune denominatore tra appalto e concessione di servizi” (98).

### 8. *Questioni di giurisdizione*

È noto come il nostro ordinamento sia caratterizzato da una proliferazione dei sistemi giurisdizionali. È, dunque, inevitabile che ci siano delle zone di confine in cui non risulta sempre chiaro a chi spetta l'esercizio della propria funzione; è inevitabile che in alcune ipotesi sorgano una serie di problematiche per i soggetti interessati, cui può apparire non agevole conoscere a quale canale giurisdizionale rivolgersi.

Il settore dei servizi pubblici assume un particolare interesse per la sua rilevanza sociale e per la circostanza di essere in continua evoluzione. Ma tale settore ha assunto rilevanza centrale anche ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, rappresentando una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del primo.

Il legislatore ha individuato, infatti, in questa materia un'ipotesi di giurisdizione esclusiva attribuendo in tal modo ad un solo giudice la competenza a conoscere delle questioni concernenti tanto diritti soggettivi quanto interessi legittimi. Non viene, dunque, utilizzato il normale sistema di riparto della giurisdizione che conferisce la cognizione generale in materia di diritti soggettivi al giudice ordinario e quella in materia di interessi legittimi al giudice amministrativo (artt. 103, comma 1 e 113, comma 1 della Costituzione (99)).

Appare utile ai fini della tematica affrontata in questo paragrafo una breve panoramica delle fonti normative susseguite in tema di giurisdizione nel settore dei servizi pubblici (100).

quanto acquirente del servizio è l'Amministrazione aggiudicatrice stessa – tuttavia si può configurare comunque una concessione, in quanto appare rispettato il canone comunitario della sussistenza del rischio imprenditoriale”.

(98) B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e di servizi*, op. cit., p. 1018.

(99) Per facilità di lettura si riporta il testo integrale dei due citati articoli costituzionali: Art. 103, co. 1 Cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

Art. 113, co. 1, Cost.: “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

(100) Una lucida ricostruzione della normativa in tema di giurisdizione nella materia dei pubblici servizi in C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*:

L'articolo 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella formulazione originaria precedente l'entrata in vigore dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, stabiliva la giurisdizione del giudice amministrativo in materia "di ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici", con l'esclusione "delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi" (101).

Importanti novità circa l'individuazione dei confini della giurisdizione esclusiva nella materia dei servizi pubblici sono state apportate dall'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 a seguito della dichiarazione di incostituzionalità intervenuta nello stesso anno (102). Le novità introdotte, è bene ricordare a Costituzione invariata, dal legislatore del 1998 hanno rivoluzionato il tradizionale assetto della giustizia amministrativa. L'art. 33, infatti, ha esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a "*tutte le controversie in materia di pubblici servizi ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza del credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*" (comma 1) e ha elencato, con finalità meramente esemplificative, le singole controversie da ricondurre alla giurisdizione del giudice amministrativo (comma 2) (103).

---

*certezze e incertezze del sistema*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 570 ss., articolo di commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090.

(101) Legge 6 dicembre 1971 n. 1034, "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali", modificata dalla Legge n. 205/2000, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 13 dicembre 1971 n. 314.

(102) Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 292, in *Giust. Civile*, 2000, I, p. 2491. Il Parlamento, a mezzo dell'art. 11 comma 4, lett. g) della L. n. 59 del 1997, aveva disposto un'ampia delega legislativa al Governo per la riforma della pubblica amministrazione (c.d. Riforma Bassanini), attribuendo al Governo anche il compito di devolvere al giudice ordinario, entro il 30 giugno 1998, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti ai fini della disapplicazione". Per evitare, allora, un eccessivo carico di lavoro per il giudice ordinario e per assicurare comunque un effettivo equilibrio tra le due giurisdizioni, la stessa disposizione prevedeva "la contestuale estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici". La portata della delega era correttamente da intendersi nel senso che non tutta la materia dei servizi pubblici fosse da devolvere alla giurisdizione esclusiva del diritto amministrativo, bensì solamente la materia dei diritti patrimoniali consequenziali (c.d. interpretazione restrittiva della delega). Il governo, al contrario, nell'attuazione della delega aveva accolto la c.d. interpretazione estensiva della delega, nel senso dell'estensione della giurisdizione esclusiva a tutti i diritti affioranti in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici. La Consulta con la sentenza n. 292 del 2000 ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa per eccesso di delega, nella parte in cui veniva istituita una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'intero ambito dei pubblici servizi. Tale lacuna normativa è stata poi colmata dall'art. 7 della l. 205 del 2000, che ha riprodotto quasi integralmente il citato art. 33.

(103) Il co. 2 dell'art. 33 elenca, in via esemplificativa, le seguenti controversie: a) concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di servizi pubblici, ivi

Alla luce di tale normativa l'ambito di operatività della giurisdizione esclusiva aveva subito un'importante espansione, finendo per ricomprendere tutte le controversie in materia di pubblici servizi. Un meccanismo di delimitazione della giurisdizione amministrativa, quindi, non più fondato sulla distinzione delle posizioni soggettive, in quanto l'intera materia dei pubblici servizi era stata ricondotta nell'ambito giurisdizionale del giudice amministrativo, il quale, al fine di verificare la sussistenza della propria giurisdizione, avrebbe dovuto meramente controllare che la controversia rientrasse in quella materia. Ne conseguiva, altresì, la rinnovata centralità della nozione di servizio pubblico, in quanto essa costituiva il criterio per delimitare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (104).

L'attribuzione di una giurisdizione esclusiva pressoché omnicomprendente in materia di pubblici servizi aveva segnato una svolta epocale nel pano-

---

comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; d) aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità". Questo atteggiamento del legislatore è stato suggerito dal Consiglio di Stato che, nel parere dell'Adunanza generale reso sullo schema di decreto legislativo predisposto dal Governo, aveva indicato l'opportunità "di introdurre nel testo una indicazione esemplificativa di settori rientranti nella nozione oggettiva della materia, quali il credito, le assicurazioni, il mercato mobiliare, il servizio farmaceutico...". (Parere 12 marzo 1998, n. 30, in *Foro it.*, 1998, III, p. 350 ss., con nota di A. ROMANO).

(104) I primi commentatori alla riforma si sono divisi non solo circa la costituzionalità, ma anche in relazione alla praticità della soluzione introdotta, sottolineando l'inidoneità della nozione di servizio pubblico a semplificare la ricerca del giudice competente. In particolare R. GAROFOLI, *Affidamento di appalti pubblici: difficoltà nell'applicazione dei nuovi criteri di riparto*, consultabile sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*. L'Autore mette bene in luce "l'intrinseca inidoneità della nozione di servizio pubblico a consentire il conseguimento di quegli obiettivi di semplificazione nella ricerca del giudice competente sottesi alla scelta di sostituire con il criterio della materia quello tradizionale fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi". Tra i favorevoli, invece, alle modifiche del legislatore del 1998, V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, p. 1943 ss., che le ha definite come "una vera e propria grande riforma in tema di riparto fra le giurisdizioni, compiuta a Costituzione invariata, che potrebbe essere completata, sempre sul piano della legislazione ordinaria con l'eventuale aggiunta di altre materie". L'Autore è favorevole all'utilizzo della legislazione ordinaria per razionalizzare il sistema di riparto della giurisdizione amministrativa "senza perciò rincorrere inutili se non pericolose riforme costituzionali". Posizione diversa è quella assunta da A. TRAVI, *Commento all'art. 33*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1526 ss., il quale invece dubita "se questo spostamento sia possibile, senza intervenire sulle disposizioni della nostra Costituzione in tema di funzione giurisdizionale e di giurisdizione amministrativa".

rama della giustizia amministrativa. Infatti veniva colpito il tradizionale criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*, in quanto per un elevato numero di controversie l'individuazione della giurisdizione avveniva verificando l'inerenza della lite alla materia 'pubblici servizi' e non più alla luce della natura della situazione soggettiva fatta valere.

L'impianto dell'art. 33 è stato completamente modificato dalla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, che ne ha riscritto il primo comma e rimosso il secondo (105).

Con la sentenza n. 204 il giudice costituzionale, nel precisare i criteri cui il legislatore deve attenersi allorché decida di riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva, ha affermato che l'art. 103 della Costituzione "non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione esclusiva", ma gli ha conferito il potere di individuare quelle, particolari, nelle quali la tutela nei rapporti con la pubblica amministrazione investe anche diritti. La Consulta, quindi, lega il potere del legislatore alla "natura delle situazioni soggettive coinvolte", seguendo così un orientamento precedentemente emerso nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (106), e ribadendo l'importanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (107).

---

(105) Sulla giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi ante sentenza n. 204 del 2004, S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1221 ss.; F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, p. 368 ss. Per un commento al nuovo riparto di giurisdizione dopo l'intervento manipolativo della Corte, M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 969 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 799 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 974 ss.; G. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004, p. 340 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 983 ss.; R. GAROFOLI, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, vol. I, Milano, 2005; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., p. 345 ha sostenuto che la sentenza n. 204 "appare sorprendentemente in linea di controtendenza" nel fondare la giurisdizione esclusiva sul rapporto autorità-libertà.

(106) Si veda in particolare Cass., Sez. Un., 30 marzo 2002, n. 72, pubblicata in *Foro it.*, 2000, I, c. 2210 con nota di D. DALFINO. In questa sentenza la Suprema Corte, pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, aveva affermato che l'art. 103 della Carta Costituzionale "nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del G. A., ne ha anche circoscritto l'ambito a controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di posizioni di interesse legittimo o in casi particolari anche di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali".

(107) Nella sentenza n. 204 la Corte giunge a riconoscere al giudice amministrativo "piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della legge del 1865", cioè degli

Il legislatore ordinario, dunque, non può radicare in maniera indiscriminata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di un generico coinvolgimento di un interesse pubblico. Più in particolare, la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva solamente nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce *jure imperii* (108).

La differenza tra appalti pubblici di servizi e concessione di pubblici servizi assume una importanza fondamentale ai fini della giurisdizione. Solamente nelle concessioni di pubblici servizi, infatti, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende fino a comprendere anche la fase esecutiva contrattuale, mentre nel caso degli appalti risulta limitata alle controversie relative alle procedure di affidamento (art. 6 legge 205/2000 (109)), in quanto in quelle afferenti alla loro esecuzione il giudice al quale rivolgersi viene determinato sulla base delle posizioni giuridiche soggettive, normalmente consistenti in diritti.

La nuova formulazione dell'art. 33, dovuta all'intervento manipolativo della Corte costituzionale, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni*

interessi legittimi. Ne consegue che la Corte, anche se sotto forma di *obiter dictum*, in quanto la questione non era stata posta dal giudice remittente, ha avallato la scelta dell'art. 7 della legge 205/2000 di attribuire al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno correlato all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Nel far salvo dalla dichiarazione di illegittimità l'art. 35 del D.Lgs. n. 80 (come sostituito dalla legge 205) la Corte sottolinea come l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria rappresenti “uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o confermativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione” e nel fare ciò ricorda che “l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività che questi deve loro accordare”. In questi termini, si veda altresì la sentenza della Corte n. 177 del 1995 in materia di opposizione di terzo nel processo amministrativo.

(108) Tale orientamento è stato successivamente confermato dalla Corte Costituzionale sia nella sentenza n. 281 del 2004, sia nelle sentenze nn. 191, 395 e 396 del 2006. Sia il Consiglio di Stato, si veda l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2006, sia la Corte di Cassazione, si vedano le ordinanze 13 e 15 del giugno 2006, sembrano essersi allineate al criterio discrezionale proposto dalla Corte Costituzionale.

(109) Legge 21 luglio 2000 n. 205, “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 26 luglio 2000 e ripubblicata, corredata di note, nella Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 2000. L'art. 6, “Disposizioni in materia di giurisdizione” così dispone:

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

2. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto.

*ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero anche relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481” (110).*

A questo punto appare interessante interrogarsi, come ha fatto una brillante dottrina, sulle ragioni per cui, in materia di servizi pubblici, solamente nel caso di una concessione, e non anche in quello di un appalto, il giudice amministrativo può conoscere delle controversie in tema di risoluzione (111).

La risposta è agevolmente rinvenibile laddove si consideri che la Corte ha affermato che la materia dei servizi pubblici può essere oggetto di giurisdizione esclusiva solamente “*se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo*” (112). È evidente, allora, che l'impostazione della Consulta risente della concezione tradizionale della concessione che mette in risalto i profili pubblicistici dell'istituto: ponendo l'accento sulla ‘amministrazione-autorità’, la sentenza n. 204 finisce per riproporre e consolidare l'immagine tradizionale della pubblica amministrazione. Ma se è vero che il *quid proprium* del diritto amministrativo (e la stessa ragion d'essere dell'istituzione di apparati amministrativi) è la tutela degli interessi pubblici attuata principalmente attraverso strumenti diversi da quelli offerti dal diritto comune (e necessari per porre rimedio ai c.d. “fallimenti del diritto privato”) (113), è anche noto come la società civile abbia da tempo assistito al passaggio da un'amministrazione imperativa ad una di prestazioni.

---

(110) Legge 14 novembre 1995, n. 481, “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 270 del 18 novembre 1995, S. O. n. 136.

(111) Cfr. C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*, op. cit., p. 574.

(112) Dubita della necessità/utilità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla luce della pronuncia in questa sede oggetto di commento A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena*, op. cit., p. 977, il quale osserva che se “la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche in assenza di previsione legislativa si contemplerebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (utilità) alcuna”. L'Autore ne fa conseguire che “non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o di derogare al tradizionale criterio di riparto che assegna comunque la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo”.

(113) Quest'immagine è bene messa in luce da M. CLARICH, *La <tribunalizzazione> del giudice amministrativo evitata*, op. cit., p. 974.

La Corte Costituzionale ha, invece, proceduto alla riduzione dell'ambito della giurisdizione esclusiva attraverso un vero e proprio ritorno al passato e ad un modello di amministrazione ormai lontano (114). Nel delineare i confini della giurisdizione esclusiva la Consulta ha utilizzato figure concettuali che, pur appartenendo alla tradizione del diritto amministrativo, non sembrano tenere conto delle trasformazioni intervenute.

L'orientamento della Corte Costituzionale di configurare quale criterio di riparto la distinzione tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato è, allora, criticabile perché parametro particolarmente problematico in un ordinamento nel quale i confini tra diritto privato e diritto pubblico sono sempre più sfuggenti e le contaminazioni sempre più frequenti (115).

In particolare, il Codice dei contratti pubblici respinge l'orientamento che postulava la concessione come provvedimento amministrativo chiarendo la natura contrattuale dell'istituto. La concessione, "sfrondata di tutti i profili di carattere pubblicistico pur esistenti a monte, diventa in sostanza un semplice contratto" (116). Se allora nella concessione si è nell'ambito di un rapporto contrattuale, connotato da diritti ed obblighi reciproci, se quello che si risolve è il contratto e non il provvedimento in base al quale il negozio è stato stipulato, non si comprende il motivo per cui la controversia inerente la risoluzione del contratto, non essendo la risoluzione espressione di poteri autoritativi incidenti sul provvedimento di concessione (come ad esempio la revoca o l'annullamento), debba avere un trattamento diverso rispetto al configurarsi della corrispondente ipotesi nell'ambito di un rapporto di appalto.

Le prospettive per avere un sistema di riparto della giurisdizione idoneo ad individuare, con facilità e certezza, il giudice al quale rivolgersi sono due: o l'intera materia dell'esecuzione contrattuale viene devoluta al giudice ordinario, valorizzando la circostanza che si è in presenza di situazioni di diritto soggettivo ed il fatto che l'amministrazione non agisce come autorità; oppure devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi inerenti la fase esecutiva del contratto. Almeno in questo modo sarebbe raggiunto l'obiettivo di una minore incertezza circa l'individuazione del giudice cui doversi rivolgere.

Al termine di questo paragrafo dedicato ai profili della giurisdizione ci si potrebbe interrogare circa il ruolo del giudice amministrativo nel quadro fin qui delineato. La risposta può risultare non agevole ed il quesito è di quel-

---

(114) Cfr. A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed <arbitrato> costituzionale*, op. cit., p. 984. Secondo l'Autore, infatti, "le dicotomie autorità-consenso, pubblico-privato, diritto-interesse legittimo, nei termini così netti enunciati nella sentenza, non corrispondono più alla prassi dell'amministrazione ed al contenuto della legislazione di settore, e non sembrano più idonee ad evidenziare ed isolare, anche per i cambiamenti indotti dall'ordinamento comunitario, i casi in cui vi sia esercizio della pubblica funzione".

(115) Cfr. A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena*, op. cit., p. 983.

(116) Cfr. C. Volpe, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*, op. cit., p. 575.

li che possono dare avvio ad un intenso quanto interessante dibattito; ciò che appare certo è che il ruolo del giudice amministrativo appare inscindibilmente connesso alla parabola del pubblico servizio.

### 9. Considerazioni conclusive

La prospettiva che in questa sede si è voluta indicare riguarda innanzitutto la concezione giuridica della concessione di servizi che si ricava dall'ordinamento comunitario. Dalla lettura degli atti normativi, *in primis* le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, delle sentenze e dei documenti comunitari sopra richiamati si ricava chiaramente una nozione di tipo negoziale dei contratti della pubblica amministrazione. E, si potrebbe aggiungere, non potrebbe essere diversamente, in quanto alla base vi è la nozione fondamentale di 'servizio', inteso come attività economica prestata normalmente dietro retribuzioni (art. 50 Tr. CE).

Come ricordato nei paragrafi che precedono, le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE per la prima volta forniscono una puntuale definizione della concessione di servizi. Anche se le stesse, come indicato dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, non si applicano a queste fattispecie, il Codice dei contratti pubblici ha disposto che il loro rilascio sia subordinato all'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica, rispettando quei principi diretti a garantire la concorrenza, l'imparzialità e la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione. Lo stessa Corte di Lussemburgo ha sottoposto le concessioni di servizi all'osservanza dei principi generali in materia di appalti pubblici, i quali sono puntualmente richiamati nel Codice degli appalti (art. 30) (117).

Dunque, se la disciplina della concessione di servizi presenta delle affinità con quella relativa all'appalto di servizi, più spinosa appare la questione concernente le concessioni di pubblico servizio, in quanto, come pure si è osservato in un precedente paragrafo, mentre le prime si ispirano alla nozione generale di servizio, le concessioni di pubblico servizio si inquadrano invece nell'ambito del concetto, di origine comunitaria, di 'servizi di interesse generale' la cui base è l'art. 86 del Trattato.

I servizi pubblici, definiti 'servizi di interesse generale' nel diritto comunitario, nonostante vengano ricondotti nel più ampio *genus* dei servizi di cui agli artt. 49 ss., godono in una certa misura del privilegio dell'identità nazionale, in quanto sono sottoposti al rispetto delle norme del Trattato "*nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di*

---

(117) Il co. 3 dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, prevede infatti che: "*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*".

*fatto e di diritto della specifica missione loro affidata*” (art. 86 Tr. CE). Appare, quindi, fisiologico che rimanga una zona grigia nella disciplina delle concessioni di pubblici servizi, almeno fino a quando non venga approvata la più volte annunciata direttiva europea generale sulle concessioni.

Questione problematica è quella concernente il criterio distintivo che consente di delimitare la concessione dall'appalto. La Commissione europea e la Corte di Lussemburgo hanno individuato tale tratto distintivo nel fatto che nella prima l'imprenditore-concessionario sostiene una parte considerevole dell'alea economica della gestione, che altrimenti farebbe capo all'amministrazione, in quanto la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio. Sarebbero dunque le modalità di remunerazione dell'attività svolta a costituire il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto.

Quel che si può obiettare a questo orientamento è la circostanza che l'accollo del rischio non può dirsi conseguenza ineludibile del meccanismo di remunerazione della prestazione del concessionario, dovendo invece essere volta per volta concretamente accertato mediante una verifica delle condizioni finanziarie stabilite nel contratto.

A mio avviso, dunque, ai fini della qualificazione di un rapporto come concessione piuttosto che come appalto non appare sufficiente limitarsi ad accertare la circostanza che il concessionario remuneri il capitale investito mediante lo sfruttamento economico della gestione (ad esempio attraverso la riscossione di un pedaggio). Occorre invece esaminare concretamente l'accollo in capo al concessionario del rischio della gestione, il quale, ad esempio, non potrebbe essere ritenuto sussistente qualora l'amministrazione concedente si obbligasse ad intervenire nel corso della gestione per coprire eventuali disavanzi assumendo la veste di garante pubblico.

Sembra essere questo il pensiero seguito dal giudice amministrativo nell'ultimo anno e che lo ha portato a riconoscere la possibilità che una concessione si possa configurare anche in quelle ipotesi in cui il concessionario non ottiene il pagamento di un prezzo da parte dei fruitori del servizio, inaugurando in tal modo un indirizzo giurisprudenziale che apre ad una estensione del requisito del rischio di gestione.

Altro nodo certamente problematico nella materia dei pubblici servizi è quello concernente il riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Con la sentenza n. 204 la Consulta ha restituito al giudice amministrativo la sua tradizionale funzione di giudice del potere e delle situazioni giuridiche che dialogano con il potere. Un merito che può essere riconosciuto a questa pronuncia è quello di avere, seppur in maniera incidentale, affermato la legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono al giudice amministrativo i rimedi di carattere risarcitorio, in funzione di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Ciò che vi è di buono nella sentenza, tuttavia, non può certamente indurre un osservatore critico a trascurare i suoi punti di debolezza.

Nel tentativo di invertire la tendenza del legislatore di incrementare progressivamente i confini della giurisdizione esclusiva, nel segno dell'effetti-

vità e attraverso il ricorso al criterio delle materie, la Corte costituzionale ha fatto ricorso alle categorie tradizionali del diritto amministrativo. Ma il parametro discretivo proposto dalla Consulta (cioè l'esercizio del potere autoritativo) risente oltremodo di figure concettuali che non sembrano tenere adeguatamente conto delle trasformazioni intervenute nella società prima, e nella pubblica amministrazione poi. In una società complessa e policentrica quale quella attuale dovrebbe essere profondamente rivista la logica di contrapposizione tra pubblico e privato.

Trattasi, inoltre, di criterio assai problematico, in quanto la delimitazione dei margini del diritto privato rispetto al diritto pubblico appaiono spesse volte sfuggenti. Ne consegue che se prima dell'intervento della Corte nel 2004 i confini della giurisdizione in questa materia erano non adeguatamente definiti ed incerti, dopo la sentenza essi appaiono certamente diversi, ma non per questo più certi.

Ma tale criterio, come se non bastasse, appare in contrasto con la concezione di potere pubblico rinvenibile nell'ordinamento comunitario (118). Infatti, secondo la lettura di Lussemburgo i pubblici poteri esprimono una posizione giuridica di prevalenza, e mai di autorità. In seno all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, secondo il diritto sovranazionale, si assiste ad un vero e proprio confronto "paritario" in vista del soddisfacimento delle esigenze dell'ente.

Concludendo, in attesa di una riforma costituzionale che modifichi il criterio di riparto della giurisdizione basato sulle situazioni giuridiche soggettive, in vista delle esigenze di effettività di tutela, e di una riconciliazione tra il diritto comunitario e quello interno, la prova cui è atteso l'interprete consiste nel valutare attentamente "l'inevitabile differente atteggiarsi delle regole 'antiche' sul corpo 'nuovo'" (119).

Ciò che appare certo è che, come ha indicato una sapiente dottrina, restare ancorati ad un modello che non esiste più appare la peggiore delle soluzioni (120).

---

(118) Si veda Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 marzo 1996, *Brasserie*; sentenza 26 marzo 1996, *British Telecommunications*; sentenza 8 ottobre 1996, *Dillenkoffer*.

(119) Questa immagine è ripresa da T. BONETTI, *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 3, p. 303.

(120) Cfr. E. PICOZZA, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007, p. 1028.