

# La difficile applicazione del diritto comunitario nella zona grigia tra l'appalto e la concessione

*Cristina Sgubin\**

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. Considerazioni su alcune tipologie di modelli gestionali: appalto di lavori con manutenzione; global service; contratto misto; concessione di pubblico servizio - 2.1. Appalto di lavori con manutenzione - 2.2. Global service - 2.3. Contratto misto - 2.4. Concessione di servizi e Concessioni di pubblici servizi - 2.4.2. Il difficile equilibrio tra concessione di servizi e concessione di pubblici servizi - 3. Complessità della tematica in materia di pubblici servizi e rapporti con i principi del diritto europeo - 4. Alcuni problemi di convivenza tra diritto nazionale e diritto europeo: portata e limiti del principio di prevalenza - 5. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Recenti orientamenti giurisprudenziali (1) e, da ultimo, la riforma del regime dei servizi pubblici locali (2), offrono lo spunto per una riflessione sulla

---

(\*) Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

(1) Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864; Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520; Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 36; Tar Lazio, Roma, 11 maggio 2007, n. 4315.

(2) Cfr. Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee", che con l'art. 15, relativo all'adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, modifica l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, introdotto con la legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008, c.d. Legge Tremonti. Una buona sintesi della complessiva evoluzione del concetto e dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, in F. DELLO SBARBA "I servizi pubblici locali: modelli di organizzazione e di gestione", Torino, Giappichelli, 2009, *passim* ma in particolare cap. VI p. 195 e ss.

Più in generale sulla complessa tematica dei servizi pubblici, tra i moltissimi saggi, cfr. F. MODERNE e G. MARCOU "L'idée de service public dans le droit des états de l'unionn européenne", Ed. L'Harmattan, Paris, 2001; AA.VV. "La concession de service public face au droit communautaire", Ed. Sirey, Paris, 1992; AA.VV. "I servizi a rete in Europa", a cura di E. FERRARI, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000; L. VASQUES "I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza", Torino, Giappichelli, 1999; AA.VV. "Studi in tema di liberalizzazioni", a cura di E. STICCHI DAMIANI, Torino, Giappichelli 2008; L. ALLA "La concessione amministrativa nel diritto comunitario", Milano, Giuffrè 2005 *passim* ma particolarmente p. 32 e ss.; 37 e ss; B. MAMELI "Servizio pubblico e concessione (l'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati)", Milano, Giuffrè, 1998; G. NAPOLITANO "Servizi pubblici e rapporti di utenza", Padova, Cedam, 2001; R. CAVALLO PERIN "Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici", Napoli, Jovene, 1993; N. RANGONE "I servizi pubblici", Bologna, il Mulino, 1999; R. D. RAIMO "Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici", Napoli, Esi, 2000; L. ROBOTTI (a cura di) "Competizioni e regole nel mercato dei servizi pubblici locali", Bologna, il Mulino, 2002; G. IACOVONE "Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi", Bari, Cacucci, 2004; L.R. PERFETTI e P. POLIDORI "Analisi economica e metodo giuridico: i servizi pubblici locali", Padova, Cedam, 2003; R. VILLATA "Pubblici servizi: discussioni e problemi", Milano, Giuffrè, 2001; E. SCOTTI "Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee", Padova, Cedam,

difficile applicazione e interpretazione dei principi e delle regole del diritto comunitario, con riferimento a quella zona grigia del diritto che riguarda il regime degli appalti (3) e delle concessioni (4).

2003; F. VETRÒ “*Il servizio pubblico a rete*”, Torino, Giappichelli, 2005; “*Servizi pubblici e società private: quali regole*” a cura di V. DOMINICHELLI e G. SALA, Padova, Cedam, 2007; G. PIPERATA “*Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*”, Milano, Giuffrè, 2005; L. DE LUCIA “*La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*”, Torino, Giappichelli, 2002; M. RAMAJOLI “*Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*”, *Dir. Amm.*, 1993; G. DI GASPARE “*I servizi pubblici locali verso il mercato*”, *Dir. Pubbl.* 1999; *id.* “*Servizi pubblici locali in trasformazione*”, Padova, Cedam, 2001; A. ZITO “*I riparti di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della costituzione*”, *Dir. Amm.*, 2003; sempre attuale I.M. MARINO “*Servizi pubblici e sistema autonomistico*”, Milano, Giuffrè, 1986; L. PERFETTI “*Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*”, Cedam, Padova, 2001; D. SORACE “*La riflessione giuridica di Umberto Pototsching: i servizi pubblici*”, in *Dir. Pubblico*, 2002; R. VILLATA “*Pubblica amministrazione e servizi pubblici*”, in *Dir. Amm.*, 2003; per un approfondimento storico vedi U. POTOTSCHING, “*I pubblici servizi*”, Padova, Cedam, 1964, p.469.

Sul delicato rapporto, anche nell'evoluzione storica, tra concessione di pubblico servizio e concessione di servizi in ambito comunitario, cfr. le osservazioni di F. MASTRAGOSTINO, “*Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva comunitaria 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*”, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, 2005, p. 99 e ss..

(3) In generale, sulla evoluzione del regime dei contratti della pubblica amministrazione vedi R. CARANTA “*I contratti pubblici in sistema del diritto amministrativo italiano*”, Torino, Giappichelli, 2004; AA.VV. “*I contratti della pubblica amministrazione in Europa*” a cura di E. FERRARI, Torino, Giappichelli, 2003; L. FRANZESE “*Il contratto oltre privato e pubblico*”, Padova, Cedam, 1998; S.S. SCOCA “*Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*”, Milano, Giuffrè, 2008; A. BENEDETTI “*I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*”, Torino, Giappichelli, 1999.

(4) Sul fenomeno concessorio, oltre ai testi di volta in volta citati vedi in particolare F. FRACCHIA “*Concessione amministrativa*”, in *Enc. Dir., Annali I*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 250 e ss; D. SORACE, C. MARZUOLI “*Concessioni amministrative*”, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Volume III, Torino, UTET, 1989, p. 280 e ss; B. MAMELI “*Concessioni amministrative*”, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1111 e ss.; M. DALBERTI “*Concessioni amministrative*”, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1988; *idem* “*Le concessioni amministrative*”, Napoli, Jovene, 1981. Sul rapporto con i beni pubblici vedi in particolare B. TONOLETTI “*Beni pubblici e concessioni*”, Padova, Cedam, 2008; AA.VV. “*I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*”, a cura di A. POLICE, Milano, Giuffrè, 2008; A. MALTONI “*Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*”, Torino, Giappichelli, 2005, ed ivi ampi riferimenti alla formazione della nozione originaria.

Sul rapporto con i pubblici servizi vedi F. MASTRAGOSTINO “*La concessione di servizi*”, in *Il Nuovo diritto degli appalti pubblici*”, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, cit. p. 97 e ss.; G. GRECO “*Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*”, in “*Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*”, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Padova, Cedam, 1998; C. CAVALLO PERIN “*Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*”, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 113 e ss; *idem* “*La struttura della concessione nel servizio pubblico locale*”, Torino, Giappichelli, 1998; F. FRACCHIA “*Servizi pubblici e scelta del concessionario*”, in *Dir. amm.*, 1993, p. 367 e ss.; PIOGGIA “*La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*”, in *Dir. Pubbl.* 1995, p. 567 e ss.; A. ROMANO “*Profili della concessione di pubblici servizi*” in *Dir. Amm.* 1994, p. 459 e ss.; F.G. SCOCA “*La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*”, in “*Le concessioni di servizi pubblici*”, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1988; G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA (a cura di) “*La concessione di pubblico servizio*”, Milano, Giuffrè, 1995. Sempre fondamentale lo scritto di U. POTOTSCHING “*Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*”, in *Jus*, 1995.

Quanto alle concessioni di opera pubblica (precedentemente all'entrata in vigore del diritto europeo),

Com'è noto, mentre il c.d. codice De Lise, approvato con D.lgs 163/2006 e s.m.i., ha disciplinato compiutamente l'istituto degli appalti di lavori pubblici, forniture e servizi (5), viceversa è stato alquanto laconico nella disciplina delle concessioni di servizi (6).

Esso, infatti, si è limitato a darne due scarse definizioni, rispettivamente: a) nell'art. 3 "definizioni" (7) e b) nel regime dettato dall'articolo 30 (8).

---

vedi N. ASSINI, A. MAROTTA *"La concessione di opere pubbliche"*, Padova, Cedam, 1981; F. PELLIZER *"Le concessioni di opera pubblica"*, Padova, Cedam, 1990; G. LEONE *"Opere pubbliche fra appalto e concessione"*, Padova, Cedam 1990.

(5) V. SALVATORE *"Diritto comunitario degli appalti pubblici"*, Milano, Giuffrè, 2003; S. ARROWSMITH *"The law of the public ad utilities procurement"*, London, Sweet and Maxwell, ult. ed; F. SAITTA *"Il nuovo codice dei contratti pubblici"*, Padova, Cedam, 2008; M. SANINO *"Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, aggiornato al d.lg.31 luglio 2007, n. 113"*, Milano, Utet, 2008; C. FRANCHINI (a cura di) *"Contratti con la pubblica amministrazione"*, Milano, Utet, 2007; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA *"La nuova legge degli appalti pubblici"*, Roma, Igop, 2008; R. MANGANI, F. MARZARI, D. SPINELLI *"Il nuovo codice dei contratti pubblici"*, Ed. Il sole 24 ore, Milano, 2007; AA.VV. *"Il nuovo codice di contratti pubblici di lavori, servizi, forniture"*, Rimini, Maggioli, 2007; A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di) *"Legge quadro in materia di lavori pubblici"*, Tomo I e II, Padova, Cedam, 2000; U. REALFONZO, C. GALTIERI, I. DEL GASTILLO *"Appalti pubblici di forniture"*, Milano, Ed. Il sole 24 ore, 2000; AA.VV. *"Trattato sui contratti pubblici"*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè 2008; G. MONTEDORO, R., DI PACE, *"Gli appalti di opere"* Milano, Giuffrè, 2003; AA.VV. *"Codice dei contratti pubblici"*, Milano, Giuffrè 2007; AA.VV. *"Repertorio degli appalti pubblici"*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, Cedam 2005; AA.VV. *"Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*, Torino, Giappichelli, 2007. In precedenza, sulla legge quadro, tra i moltissimi commenti vedi: AA.VV. *"Commentario: La nuova legge quadro sui lavori Pubblici"* a cura di F. CARINGELLA, Milano, Ipsoa 1999; AA.VV. *"L'attrazione della legge quadro sui lavori pubblici"*, commentario, a cura di L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. DE MARZO, Milano, Ipsoa 2000; M. MAZZONE, C. LORIA *"Manuale di diritto dei lavori pubblici"*, II Ed., Roma, Edizioni Jandi Sapi, 2005; AA.VV. *"Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)"*, Milano, Giuffrè 2003; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI *"L'appalto di opere pubbliche"*, XI Ed., Milano, Giuffrè 2003. Sugli appalti pubblici di forniture vedi: A. NOBILE *"Gli appalti pubblici di forniture"*, Roma, IPZS, 2003; *idem* *"Gli appalti pubblici di servizi"*, Roma, IPZS, 1997; AA.VV. *"Gli appalti pubblici di servizi"* a cura di E.PICOZZA, II Ed., Rimini, Maggioli, 1995; F. MASTRAGOSTINO *"L'Appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria"*, Bologna, Il Mulino, 1993.

(6) Vedi in particolare G. MONTEDORO *"La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato"*, in *"Nuovo diritto degli appalti pubblici"*, a cura di M.A. SANDULLI e R. GAROFOLI, Milano Giuffrè; vedi anche G. GRECO *"Gli appalti pubblici di servizi"* in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 1285, cit; F. MASTRAGOSTINO (a cura di) (con contributi di F. MASTRAGOSTINO, G. GRECO, M. CAMMELLI, L. RIGHI, D. DE PRETIS, A. LINGUITI, A. CANCRINI, P. PISELLI, F. PELLIZZER, D. FLORENZANO) *"Appalti Pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico"*, Cedam, Padova, 1998; P. LO GIUDICE *"Gli appalti pubblici di servizi nella disciplina comunitaria e nazionale"* in *I TAR*, 1998, p. 365; *idem* *"I caratteri propri dell'appalto di servizi"* in *I TAR*, 1998, p. 419; G. ALBANESE, D. BEZZI, N. FABIANO, A. FERRO, G. MELE *"Gli Appalti di Servizi"*, Giuffrè, Milano, 2000.

(7) Cfr. art. 3 comma 12: "La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30".

(8) Cfr art. 30 concessione di servizi: "1) Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi; 2) nella concessione di servizi la con-

L'apparente lacuna del codice deve essere colmata con una puntuale analisi dei differenti istituti, allo scopo di definire il difficile rapporto tra la portata, il campo di applicazione e le eccezioni contenute nel trattato CE e nel diritto comunitario derivato, e la discrezionalità legislativa lasciata agli Stati membri dall'articolo 16 del Trattato di Nizza attualmente vigente (9). Si considereranno a parte alcune novità apportate dal Trattato di Lisbona, che tuttavia, allo stato attuale, rilevano solo indirettamente sul diritto amministrativo nazionale, in quanto, com'è noto, tale Trattato non è stato ancora ratificato da tutti gli Stati membri.

Sembra opportuno, ad avviso di chi scrive, inserire nella premessa anche l'aspetto principale di differenza tra il regime comunitario e quello nazionale che riguarda lo stesso modo di concepire il concetto di servizio.

Come rappresentato dalla dottrina che si è occupata della nozione di servizio pubblico nella prospettiva Europea (10), il diritto comunitario inquadra la fattispecie nell'ambito della comune nozione di servizio, quale descritta dall'articolo 50 del Trattato CE. Poiché l'ordinamento comunitario si è originariamente formato per istituire un mercato comune, il servizio ha attinto la sua nozione da una prospettiva civilistica e mercantile: esso è una prestazione fornita normalmente dietro retribuzione e, in tale contesto, comprende con ampio spettro le attività di carattere industriale, commerciale, artigianale e le libere professioni.

Fin dall'origine, il diritto europeo si è posto il problema dei servizi che costituiscono eccezione alle regole del mercato e della libera concorrenza, come confermato dall'esegesi dell'art. 86, già articolo 90, I e II paragrafo, del Trattato, ma ha scelto un approccio alquanto diverso da quelli nazionali, delineando due fattispecie:

a) le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico

---

troprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile all'impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".

(9) Art. 16 "Fatti salvi gli articolo 73, 82 e 83 in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti".

(10) M. RAMAJOLI "Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario", in *Dir. Amm.*, 1993; M. CLARICH "Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza tedesca e italiana a confronto", in *R.T.D.P.*, 2003; L. MUSSELLI "Direttive comunitarie e creazione amministrativa di un mercato nei servizi pubblici", in *Dir. Amm.*, 1998; G. NAPOLITANO "Regole e mercato nei servizi pubblici", *Dir. Amm.*, 2005; A. QUIETI e A. ZUCCHETTI "Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla normativa CE?", in *Foro. Amm. C.d.S.*, 2003.

generale;

b) le imprese cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali o esclusivi (11).

Inoltre ha sottoposto entrambe le fattispecie al controllo permanente della Commissione (12).

Si deve anche tenere conto dell'importante ruolo svolto dalla CGE nel definire la portata e l'ambito di applicazione della nozione, in conformità alla funzione riconosciuta alla medesima, insieme al Tribunale di I grado, di organi giurisdizionali cui compete in via esclusiva, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nella interpretazione e nella applicazione del Trattato (13).

Viceversa, ogni stato membro ha disciplinato i propri servizi pubblici sia nazionali che locali secondo una prospettiva, appunto, nazionale (14). In Italia, con l'art. 43, che fa parte della c.d. Costituzione Economica in senso stretto (cioè composta dagli artt. 41, 42, e 43), ci si era orientati, secondo la propria tradizione, per una disciplina soggetta a regole diverse da quelle di mercato, cioè nell'ambito della c.d. riserva originaria dell'attività economica ai pubblici poteri, ovvero mediante il trasferimento dell'esercizio a mezzo di procedimenti concessori (15). È accaduto che mentre nel settore degli appalti pubblici già negli anni '80 del secolo scorso il diritto europeo è intervenuto con direttive

---

(11) Per un approfondimento vedi A. PERICU, *“Impresa ed obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione dei servizi pubblici locali”*, Milano, 2001; S. VARONE *“Servizi pubblici locali e concorrenza”*, Giappichelli Editore –Torino, 2004; D. CALDIROLA, *“La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale”*, in *“Servizi pubblici concorrenza diritti”*, a cura di L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI, Giuffrè Editore, 2001; E. FERRARI *“Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale”*, Torino, Giappichelli, 2007. Precedentemente, sotto un profilo generale KOVAR *“Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pnsip laicist”* in *Rev. Trim. De Droit. Eur.* 1996; PAIS ANTUNES *“L'article 90 du Traitè: obligations des etats membres et pouvoirs de la Commission”*, ivi, 1991.

Sui problemi generali della concorrenza A. POLICE *“Tutela della concorrenza e pubblici poteri (profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust)”*, Torino, Giappichelli, 2007; M. RAMAJOLI *“Attività amministrativa e disciplina antitrust”*, Milano, Giuffrè, 1998; G. NAPOLETANO *“Diritto della concorrenza”*, Lithos, Roma, 1996; I. VAN BAEL, J. F. BELLIS *“Il diritto della concorrenza nella Comunità europea”*, Torino, Giappichelli, 1995 e più recentemente E. GUERRI *“L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003”*, Torino, Giappichelli, 2005; AA. VV. *“L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza”*, Milano, Giuffrè, 2007.

(12) Cfr. art. 86 par III: “La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”. Vedi in particolare M. ANTONIOLI *“Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali”*, Milano, Giuffrè, 2000; *idem* *“Mercato e regolazione”*, Milano, Giuffrè, 2001.

(13) Sul ruolo complessivo e innovativo della Corte di Giustizia europea, si vedano le considerazioni di S. CASSESE *“La nuova costituzione economica”*, Laterza, Bari, 2007.

(14) A. ZITO *“Il riparto di competenza in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione”*, in *Dir. Amm.*, 2003.

(15) Vedi retro nota n. 4.

*self executing* (16) e quindi in un ambito ritenuto immediatamente esposto alle regole del mercato e della libera concorrenza, viceversa esso è stato molto prudente nella funzione di armonizzazione dei servizi pubblici, in particolare di quelli locali.

Paradossalmente, l'ordinamento comunitario è intervenuto maggiormente nell'ambito dei servizi pubblici nazionali, attraverso notissime direttive di liberalizzazione (es. nella materia dell'energia o nella politica dei trasporti) e molto meno nei servizi pubblici locali: anche se una forte incidenza diretta è costituita dalle progressive comunicazioni della Commissione Europea sui servizi di interesse generale, sulle privatizzazioni e sul partenariato pubblico privato; ed inoltre mediante le numerose sentenze della CGE sulla qualità di organismo pubblico e di società *in house providing*.

Ne consegue una prima conclusione, che cioè la materia dei servizi pubblici locali è stata solo indirettamente incisa dalle direttive sugli appalti pubblici, come correttamente trasposte da ultimo nel Codice dei contratti pubblici riportato in apertura.

Occorre, quindi, focalizzare l'analisi sulle principali tipologie di modelli gestionali che maggiormente rientrano nella "zona grigia", con l'obiettivo, ove possibile, di contribuire ad una più netta identificazione delle fattispecie nelle quali è obbligatoria l'applicazione del diritto comunitario nazionale sugli appalti; e viceversa di quelle lasciate, secondo la dottrina alla c.d. identità nazionale degli stati membri, riconosciuta e garantita dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (17).

## *2. Considerazioni su alcune tipologie di modelli gestionali: appalto di lavori con manutenzione; global service; contratto misto; concessione di pubblico servizio*

Come indicato dal titolo del paragrafo, le figure che qui si analizzano nel loro complesso, costituiscono appunto quella "zona grigia" tra lavori e servizi o, se si vuole, tra appalti e concessioni.

Va altresì tenuto presente l'art. 30 del Codice dei Contratti pubblici comma 5: "restano ferme, purchè conformi ai principi dell'ordinamento comunitario, le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici" (18), art. 30 comma 6: "se un'amministrazione

---

(16) Così riconosciute già dalla Sent. C. Cost. n. 64/90.

(17) Sulla nozione di identità nazionale cfr. E. PICOZZA "Diritto Amministrativo e diritto comunitario", II ed, Torino, Giappichelli 2004.

(18) Tale prescrizione del Codice dei Contratti è del tutto speculare a quella contenuta nel precedente art. 19 comma 2: "Il presente codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministra-

aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice, diritto speciali o esclusivi di esercitare un'attività di diritto pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tali attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità" (19).

### 2.1. *Appalto di lavori con manutenzione*

In via generale, l'appalto di lavori pubblici si caratterizza principalmente per tre profili: soggettivo, oggettivo e funzionale (20).

---

zione aggiudicatrice o ad una associazione, o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purchè tali disposizioni siano compatibili con il Trattato". In giurisprudenza vedi Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864, che stabilisce il seguente principio: "Secondo l'articolo 30, comma 1, del codice dei contratti pubblici, salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi"; pertanto, è erronea l'applicazione in via analogica della disciplina dettata all'articolo 70 del codice dei contratti, sul termine per la presentazione delle offerte, concernente le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, alla diversa materia delle concessioni di servizi. È appena il caso di notare che entrambe le disposizioni, sugli appalti di servizi, e sulle concessioni di servizi, limitano rigidamente il proprio campo di applicazione al concetto di amministrazione aggiudicatrice che è testualmente definito dall'art. 3 comma 25 del codice dei contratti: "Le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti". Come si vede il Codice dei Contratti si astiene, forse volutamente, dal definire le società *in house providing* anche perché le medesime possono rientrare di volta in volta in altre categorie quali, a mero titolo esemplificativo, gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche.

(19) Quest'ultima disposizione va tuttavia interpretata in combinato disposto con i commi 3 e 4 del medesimo articolo 30, secondo i quali rispettivamente: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto del principio 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 cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione di criteri selettivi". Appare evidente, quindi, il richiamo alla scarsa giurisprudenza della CGE, a cominciare da caso *Teleaustria* del 2000, che ha ritenuto di dettare in via "pretoria" principi comuni per l'attribuzione delle concessioni di servizi. Il codice dei contratti, tuttavia, si è spinto oltre, perché nell'ultimo articolo della Parte I (Principi e disposizioni comuni, Titolo II, Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, articolo 27, Principi relativi ai contratti esclusi) ha testualmente e analogamente stabilito: "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito, ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". Di particolare interesse è il comma 4, secondo cui "sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza". Proprio a tale ultima disposizione, ad avviso personale di chi scrive, sembra essersi ispirato il decreto Tremonti - *in parte qua* - cioè applicando largamente il principio di esternalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

(20) E. STICCHI DAMIANI "La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'attività amministrativa", Milano, Giuffrè, 1999; P. SANTORO "L'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici rispetto alla disciplina comunitaria", in *Foro Amm.*, 2001.

Quanto al primo, esso è stipulato tra un soggetto pubblico definito committente ed un esecutore, che di prassi è rappresentato da un soggetto privato.

Quanto al secondo, con l'espressione "lavoro pubblico" si intende il risultato di un'attività umana, un *opus* che, costituendo il prodotto di una trasformazione o modifica strutturale definitiva di opere preesistenti, rappresenta in tal senso un *quid novi*, ovverosia la creazione di un nuovo bene o la modifica strutturale del bene originario, destinato a soddisfare un bisogno pubblico (21).

L'oggetto particolare dell'appalto di lavori pubblici è costituito, pertanto, o dall'esecuzione di un'opera *ex novo*, o da lavori pubblici, intesi in senso ampio, a carattere manutentivo o modificativo, nel senso sopra descritto (22).

Quanto al terzo profilo, l'opera deve avere una consistenza tale da poter essere valutata come autonoma, in senso economico o almeno tecnico o tecnologico, e tale teleologia rileva ancora maggiormente del concetto di prevalenza in senso strettamente economico.

Tradizionalmente la manutenzione e, segnatamente, la manutenzione di un immobile o di un complesso immobiliare, è l'istituto contrattuale attraverso il quale il proprietario, il titolare di un diritto reale o personale di godimento, o comunque chi abbia il potere di disporre del bene, affida ad un terzo - che si assume a proprio rischio l'organizzazione dei mezzi a ciò necessari e la relativa gestione del servizio manutentivo - il compimento di tutto quanto necessario per garantire la conservazione della più conveniente funzionalità ed efficienza del bene stesso, verso corrispettivo (23).

Entrando nel dettaglio di questa figura contrattuale, è opportuno soffermarsi brevemente sull'analisi del concetto stesso di manutenzione, poiché esso rappresenta una nozione dibattuta e controversa.

Problematica, infatti, è la distinzione del concetto di pura manutenzione ordinaria, per la quale risulta opportuno riferirsi ai criteri ermeneutici tratti dalla giurisprudenza medesima. Bisogna *in primis* sottolineare che tale attività

---

(21) Vedi già G. LEONE "Opere pubbliche tra appalto e concessione", Cedam, Padova, 1983; C. MARZUOLI "Aspetti della problematica dell'appalto di opere pubbliche (appalto e concessione di costruzione)", in *Foro Amm.* 1988; F. MASTRAGOSTINO "L'appalto di opere pubbliche: norme interne e disciplina comunitaria", Bologna, Il Mulino, 1993; E. PICOZZA "I lavori Pubblici", Cedam, Padova, 1990; L. PERFETTI "L'amministrazione per accordi nell'esecuzione dei lavori pubblici", in *Dir. Amm.*, 1997; A. CANCRINI, P. PISELLI "I sistemi di scelta del contraente nell'appalto di opere pubbliche. Orientamenti giurisprudenziali" R.T.P.D., 1982.

(22) Vedasi, per una definizione analitica, l'art. 3, commi 7 e 8, del d.lgs 163/06.

(23) R. DI PACE "Il Global Service", in "I Contratti della Pubblica Amministrazione" a cura di C. FRANCHINI, UTET 2007; P. LUCHETTI, A. CANCRINI, F. PETULLÀ, "Global service manutentivo. Progetto, contratto e gestione", EPC Libri, 2004; A. AREDDU "Dal contratto di manutenzione immobiliare al global service: verso una "nuova" committenza", in cui si evidenzia che l'art. 2, comma 1, lett. 1, del d.P.R. 554/99 e s.m.i. definisce la "manutenzione" come "la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto", in *Lexitalia*, n. 1/2005.

non modifica la realtà fisica: anche quando l'utilizzazione o l'installazione di strutture aggiuntive possano determinare una variazione sul piano strutturale o funzionale, esse non sono di tale entità da rappresentare una modificazione essenziale dell'opera rispetto allo stato originario, non comportando la creazione di un *quid novi* e non alterandone la destinazione d'uso originaria (24).

Potrebbe, invece, argomentarsi diversamente, per quanto concerne le opere di manutenzione straordinaria che sono in grado di comportare la definitiva modifica strutturale di un'opera.

In particolare, sull'ambito oggettivo, la norma elenca dettagliatamente le attività che rientrano nella nozione di lavori pubblici (25) includendovi le attività di "*costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e ma-*

---

(24) Tale ampio concetto non corrisponde, se non parzialmente, a quello corrente nel linguaggio urbanistico-edilizio e tecnologico. Infatti, quanto al primo, il DPR 380/2001 e s.m.i. all'art. 3 (corrispondente all'originario articolo 31 della L. 5 agosto 1978 n. 457) dispone che. "a) per "interventi di manutenzione ordinaria" si intendono gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti. Agli effetti della disciplina degli appalti e delle concessioni tali interventi possono indifferentemente riguardare sia la manutenzione, sia la *global service*, sia, in modo accessorio, la stessa concessione di servizi. b) per "interventi di manutenzione straordinaria" si intendono le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti, anche strutturali, degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico sanitari e tecnologici, sempre che non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari e non comportino modifiche delle destinazioni di uso". Orbene, anche questo complesso di interventi può caso per caso, rientrare in una delle categorie sopra descritte, anche se precipuamente applicabile agli appalti pubblici di recupero del patrimonio edilizio esistente, di proprietà pubblica eventualmente insieme a più ampi interventi di cui alle lettere successive dell'art. 3. Del resto la stessa disposizione normativa, al comma 1, si preoccupa di stabilire letteralmente che le definizioni sopra riportate e le altre in essa presenti si intendono "ai fini del presente Testo Unico". Quanto al secondo concetto, interventi tecnologici, esso riguarda principalmente gli impianti industriali o assimilati. Non esistendo una definizione generale si dovrà ricercare la *ratio* nelle discipline di settore. Sotto questo profilo, può essere considerata paradigmatica la definizione contenuta nella normativa sull'autorizzazione sia delle centrali elettriche alimentate da fonti tradizionali (d.l. 55/02 e s.m.i.) sia da fonti di energia rinnovabile (art. 12 DPR 387/03). In entrambi i casi, l'elemento strutturale è costituito dal concetto di componente impiantistica e da quello funzionale di conferma o aumento della potenza generatrice. Infatti, da un lato, la semplice sostituzione di una turbina, non costituisce variazione dell'*opus* ma integra sicuramente, qualora ne ricorrano le condizioni, un appalto di lavoro pubblico oppure di fornitura con posa in opera. Negli altri casi si parla di rifacimento totale o parziale dell'impianto che potrà di volta in volta, integrare appalto di lavori ovvero di fornitura con posa in opera. Non si può peraltro escludere il caso in cui l'appalto, comunque denominato, sia rigorosamente privato, quando il soggetto produttore non è titolare di particolari diritti esclusivi. Sulle problematiche degli impianti di energia elettrica vedi AA.VV. "*Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di energia elettrica*", a cura di E. PICOZZA, Torino, Giappichelli, 2003, p. 1 e ss.

(25) Per la definizione sostanziale dell'appalto di lavori pubblici come negozio occorre invece rifarsi alla generale nozione civilistica. Il Codice civile tratta del contratto di appalto nel Libro IV, Titolo III, Capo VII, artt. da 1655 a 1677. La dottrina civilistica prevalente fa rientrare l'appalto nella categoria dei rapporti giuridici di lavoro, con il contratto d'opera (art. 2222, Codice civile) e con il rapporto di lavoro subordinato (art. 2094, Codice civile). Nell'ambito di questa categoria, vengono sottolineati il carattere peculiare dell'appalto quale tipica prestazione di risultato e la sua collocazione tra i rapporti giuridici di diritto commerciale. Secondo l'art. 1655: "L'appalto è il contratto con il quale

*nutenzione di opere ed impianti ...*”, riconducendo nel suo ambito anche i contratti “misti”, di lavori, forniture e servizi; e i contratti di forniture o di servizi, quando comprendano lavori accessori superiori alla soglia del 50% del valore complessivo del contratto nel quale sono compresi.

In questo modo, al criterio dell’accessorietà è stato sostituito il criterio economico quale discrimine per l’applicazione della legge sui lavori pubblici e le rimanenti discipline (26).

Il legislatore italiano ha pertanto evitato che il canone della accessorietà potesse essere utilizzato, considerato il proprio carattere anfibologico, per eludere la disciplina pubblicistica, ed invocare il caso preferito dalla stazione appaltante. Ha introdotto, invece, accanto al suddetto criterio dell’accessorietà, quello della prevalenza economica, che trova applicazione solamente nell’ipotesi in cui i lavori non costituiscano l’oggetto principale dell’appalto.

## 2.2. *Global Service*

Il *global service* è un contratto atipico, mediante il quale si trasferisce ad un soggetto terzo, avente determinate caratteristiche professionali e struttura aziendale, la realizzazione di diverse prestazioni, finalizzate alla gestione e/o manutenzione di un bene o di un complesso di beni di proprietà della pubblica amministrazione.

L’affidatario, considerate le proprie capacità tecniche, individua le modalità di svolgimento del servizio, ottimizzando spese e prestazioni, configurandosi in tal senso un’obbligazione di risultato con conseguente traslazione del rischio in capo a quest’ultimo.

In tale ottica il *global service* rappresenta una considerevole capacità di utilizzazione per le c.d. esternalizzazioni di attività delle Amministrazioni Pubbliche.

Tale figura contrattuale si caratterizza nell’avere ad oggetto prestazioni eterogenee, che hanno una unica causa concreta. L’eterogeneità delle prestazioni, costituisce però un problema circa l’individuazione della disciplina applicabile alla fase di scelta del contraente. Esso è stato risolto dapprima in via

---

una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”. Vedi già D. RUBINO “*Dell’appalto*”, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, Zanichelli 1961; A. CIANFRONE “*L’appalto di opere pubbliche*”, IX ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 3-62; P. RESCIGNO “*Appalto privato*”, in *Enc. Giur.*, Vol. II, Roma, 1988; L.V. MOSCARINI “*L’appalto*”, in “*Trattato di diritto privato*”, Vol. XI, Tomo III; “*Obbligazioni e contratti*”, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985; C. GIANNATTASIO “*L’appalto*”, in “*Trattato di diritto civile e commerciale*” diretto da A. CICU e F. MES-SINEO, Milano, Giuffrè, 1977.

(26) Appare chiaro il riferimento all’art. 3 del DPR 380/01, ma a sommosso avviso di chi scrive, vanno debitamente tenute presenti le osservazioni contenute nella nota n. 24.

giurisprudenziale, ed in seguito legislativamente con il criterio della prevalenza, introdotto nella L. 109/94, come recepito dalla legge Comunitaria del 2004 (27), ed ora nel Codice dei contratti pubblici.

Si può forse aggiungere per completezza un'ultima considerazione: il *global service* in realtà evoca e si collega idealmente ad un concetto di patrimonio pubblico (28) (ad esempio la manutenzione degli uffici ubicati nella sede di una Pubblica Amministrazione), piuttosto che a quello di rete (29). Più in generale il *global service* affluisce nel problema dogmatico dei limiti alla tipicità della attività negoziale della P.A. Si nota, in proposito, una prudente evoluzione del Giudice Amministrativo, soprattutto per quanto riguarda le fattispecie degli appalti e delle concessioni di servizi. Il punto più delicato è quello di assicurare che le singole previsioni del bando non compromettano la regola generale della apertura al mercato, della effettiva concorrenza e del rispetto della *par condicio* tra imprenditori partecipanti (30).

### 2.3. Contratto misto

Il contratto misto è definito nell'articolo 14 del Codice dei Contratti Pubblici.

Si è in presenza di un contratto misto, qualora l'esecuzione dell'appalto non possa configurarsi come una serie di attività tra loro indipendenti, alle quali attribuire un valore economico differenziato: è pertanto necessario - per comprendere quale sia la disciplina applicabile per la scelta del soggetto affidatario - dare rilevanza all'insieme delle attività poste in essere dalle parti, stimando il valore dell'intero ammontare in base al criterio funzionale circa le proporzioni di valore economico, acquisite dalle differenti prestazioni dedotte dal contratto (31).

In base alla direttiva 2004/18/CE, qualora si sia in presenza di un contratto

---

(27) R. DI PACE "Il Global Service", p. 1139 e ss., in "I Contratti della Pubblica Amministrazione" a cura di C. FRANCHINI, UTET 2007.

(28) È noto infatti che, attraverso l'introduzione e la disciplina del concetto economico di "valorizzazione", si è passati da una attenzione statica al patrimonio pubblico, quale componente del Demanio ovvero del patrimonio disponibile, in ordine al quale il limite era quello della tutela, cioè della conservazione piuttosto che della gestione, ad un concetto economico, per tener conto della eventuale prospettiva di futura alienazione e dismissione del patrimonio stesso. In materia vedi G. TERRACCIANO "Il Demanio quale strumento di finanza pubblica. Profili finanziari e tributari", Giappichelli, Torino 2003; AA.VV. "I beni pubblici: tutela valorizzazione gestione", a cura di A. POLICE, cit.; M. RENNA "La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica", Milano, Giuffrè 2004; AA.VV. "Titolarità pubblica e regolazione dei beni", a cura dell'AIPDA, Milano, Giuffrè, 2003.

(29) Vedi in generale sulla problematica F. DI PORTO "La disciplina delle reti nel diritto pubblico dell'economia", Volume VI del Trattato del Diritto dell'Economia, diretto da E. PICOZZA ed E. GABRIELLI, Padova, Cedam 2008.

(30) R. DI PACE "Partenariato pubblico privato e contratti atipici", Milano, Giuffrè, 2006.

(31) A. BERTOLDINI "La qualificazione degli appalti pubblici a causa mista fra diritto interno e

misto di servizi e forniture, vige appunto il criterio della prevalenza del valore. Per contro, come sopra esposto, se fanno parte del contratto misto anche i lavori, la disciplina applicabile sarà quella dei lavori pubblici, solamente qualora i lavori non abbiano natura strumentale rispetto all'oggetto principale dell'appalto (32).

È necessario anche precisare che l'appalto misto ha un significato funzionale del tutto diverso dalla nozione di "contratto misto" (33).

Il secondo è espressione del potere di autonomia negoziale delle parti nel determinare il contenuto anche in modo non rispondente ai tipi legali (art. 1322 c.c.). In particolare, si ha contratto misto quando si combinano in un unico negozio, elementi di diversi tipi contrattuali, che si fondono in un'unica causa; a differenza del contratto collegato, nel quale permane la pluralità e l'individualità di ciascun tipo negoziale, e del contratto quadro che può contenere una serie di prestazioni ciascuna delle quali formerà, successivamente, oggetto di un determinato tipo negoziale (34).

Qualora al contrario si usa l'espressione "appalto misto" si deve far rife-

---

*diritto comunitario: verso un sindacato giurisdizionale sulla funzionalità prevalente del contratto*", in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005; e precedentemente G. GRECO "Contratti misti e appalti comunitari", in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1994., p. 1262 e ss; G. TERRACCIANO "Appalti di servizi e appalti di forniture: individuazione dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria" in *Cons. Stato*, 1996, II, p.147.

(32) L'articolo 14 cerca di risolvere lo stesso problema della atipicità che si è sopra descritto per il *global service*; infatti il comma 4 prescrive 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 e distorcere la concorrenza". Inoltre, sempre allo scopo di proteggere il principio di parità degli operatori, l'art. 15 (qualificazione nei contratti misti), richiede che "L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture, prevista dal contratto". Vedi sul punto i commenti citati alla nota 4.

(33) Si veda sul punto la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, del 10 aprile 2008, Causa C-412/04 sull'inadempimento della Repubblica italiana per aver adottato con la L. n. 109/94, legge quadro in materia di ll.pp., gli articoli 1 commi 1 e 5 e l'art. 27, commi 2 e 28, in violazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Nella sentenza la Corte di Giustizia Europea afferma che qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti qualsiasi altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva applicare. Inoltre rileva che i lavori non possono giustificare *ex se* la classificazione del contratto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui gli stessi siano accessori e non costituiscono l'oggetto principale dell'appalto, e pertanto il valore rispettivo delle prestazioni dedotte costituisce solamente un criterio tra altri da considerare ai fini della determinazione principale dell'oggetto del contratto.

(34) Sul contratto quadro vedi già GITTI "L'accordo quadro di appalto pubblico", in *Contratti*, 1995, p. 6, p. 624; più in generale MESSINEO "Contratto normativo e contratto tipo" in *Enc. Dir.* Vol. X, Milano, 1962 p. 116 e ss. Sul concetto di contratto collegato V. LOPILATO, "Il collegamento negoziale", in *Lexfor - Diritto e formazione*, rivista giuridica on-line; G. FERRANDO, "Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale", in nuova *Giur.civ.comm.*, 1997, II, p.233. Sul contratto misto E. DEL-L'AQUILA, "Riflessioni intorno ai c.d. contratti misti", in *Temì*, 1974, p.589.

rimento alle procedure di aggiudicazione che comprendono prestazioni differenti ed eterogenee rientranti in settori distinti. Si tratta di appalti aventi ad oggetto prestazioni tra di loro non assimilabili: ad esse si applica il regime giuridico della tipologia contrattuale economicamente più rilevante, atteso il criterio oggettivo introdotto dall'art. 1 della l. 415/98 (recepito dal codice dei contratti) essendo preclusa in tal senso alle parti l'autonomia contrattuale.

Vi è quindi un'applicazione peculiare dell'istituto generale previsto dall'art. 1339 c.c. relativo alla integrazione *ex lege* del contenuto delle clausole contrattuali (35).

#### 2.4. Concessione di servizi e Concessioni di pubblici servizi

Riprendendo quanto si è accennato nelle premesse, la fattispecie che ora si esamina è tuttora molto problematica: non solo in Italia ma in quasi tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, particolarmente quelli a regime di *civil law*. Tale problematicità deriva dalla originaria contrapposizione, di origine francese, tra funzione pubblica e servizio pubblico, e sul piano dell'attività, tra attività di impero e attività di gestione. L'unico elemento comune alle due fattispecie è che in entrambe si manifesta una scissione tra la titolarità del servizio, che permane in capo alla p.a.; e la gestione dello stesso che si trasferisce ad un privato: proprio nel trasferimento del rischio di gestione si caratterizza per il diritto comunitario la differenza con l'istituto dell'appalto (36).

Per quanto riguarda gli altri elementi, viceversa, la Concessione di Servizi ex art. 30 del D.Lgs. 163/06 deve essere tenuta distinta dalla concessione di pubblico servizio, nozione a tutt'oggi molto dibattuta e controversa.

(35) Sul punto v. R. GAROFOLI "La disciplina degli appalti misti" in M.A. SANDULLI e V. GAROFOLI "Il nuovo diritto degli appalti pubblici", Milano, Giuffrè, 2005, p.33.

(36) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, secondo cui indicativa dell'individuazione di un "appalto di servizi" è la circostanza per cui l'ente affidante "corrisponde all'affidatario, per l'espletamento del servizio, un canone"; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362: l'istituto della concessione, ai fini comunitari, si distingue dall'appalto "essenzialmente con riguardo alle modalità di remunerazione dell'opera del concessionario". Il "criterio della remunerazione" e del relativo "rischio di gestione" servono a distinguere gli appalti dalle concessioni di servizi non solo quando si tratta di aggiudicare i contratti in questione "a terzi", intendendosi per tali i soggetti "esterni" all'amministrazione aggiudicatrice, ma anche quando gli appalti e le concessioni di servizi vengono gestiti "direttamente", ossia secondo le modalità dell'*in house providing*, a soggetti interni all'amministrazione o a soggetti che solo formalmente possono considerarsi ad essa esterni, ma che, in realtà, fanno parte dell'organizzazione della stessa amministrazione affidante. La Corte di giustizia europea ha, infatti, affermato che, nel caso in cui un comune si associ ad una società costituita da più enti locali affidandole direttamente la gestione di un servizio pubblico e la remunerazione della società provenga non dal comune, bensì dai pagamenti effettuati dagli utenti del servizio, non è applicabile la direttiva 92/50/CEE, abrogata e sostituita dalla direttiva 2004/18/CE, poiché "tale forma di remunerazione caratterizzata una concessione di pubblici servizi" (CGE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, punti 24 e 25).

La concessione di servizi, a differenza dell'appalto, presenta il vantaggio per il committente, di non sopportare il necessario esborso finanziario che venga a gravare sul soggetto esecutore, la cui remunerazione è affidata esclusivamente al provento della gestione del servizio a favore della collettività con il relativo rischio economico di gestione (37). Non a caso dalle indagini statistiche di questi ultimi venti anni si è notata una netta propensione anche per i grandi contratti di lavori pubblici ad utilizzare dapprima la concessione di opera pubblica (in Italia definita come concessione di sola costruzione); ovvero la concessione di lavori pubblici in Italia definita come concessione di costruzione e gestione. Tale propensione era giustificata con la forza dell'elemento fiduciario e dell'*intuitu personae* che si riteneva connaturata a tali forme di concessioni, ma è venuta meno già con le direttive 440/89 (38) e successive che hanno equiparato entrambi gli istituti all'appalto pubblico di lavori.

Il legislatore ha, quindi, cercato di intervenire dettando ampi regimi transitori alle concessioni nazionali esistenti, regimi spesso incompatibili con la concorrenza. E si è addirittura astenuto per decenni dal riformare profondamente le concessioni di servizi pubblici locali. Basti pensare che nella legge di riforma delle autonomie locali (39), gli artt. 22 e 23 non dedicavano alcuna disposizione normativa alla procedura di scelta del contraente qualora l'amministrazione avesse deciso di esternalizzare il servizio (40) e si negava, almeno da parte della giurisprudenza, che tale disciplina fosse comunque rinvenibile nella Legge e nel Regolamento di contabilità pubblica del 1923 (41). In realtà una norma di diritto positivo esisteva ed era contenuta nel Testo Unico per la finanza locale del 1931 (42), secondo cui le concessioni di pubblico servizio locale avrebbero dovuto, di norma, essere attribuite mediante gara pubblica e solo eccezionalmente a trattativa privata. Purtroppo, secondo la colorita espressione di Giannini la trattativa privata divenne la classica "foglia di fico" sia per gli appalti sia, ancor di più, per le concessioni.

Tornando ora alla concessione di servizi in senso stretto, la definizione contenuta nelle direttive 18/2004 non consente dubbi: "*La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pub-*

---

(37) Si veda in proposito F. SAIITA (a cura di) op.cit. "*Il nuovo codice dei contratti pubblici*", p. 997 ss.

(38) S. CASSESE "*I lavori pubblici e la direttiva comunitaria n. 440 del 1989*", in *Foro Amm.*, 1989.

(39) L. 8 giugno 1990, n. 142, Ordinamento delle autonomie locali.

(40) Cfr. O. M. CAPUTO "*La concessione di servizi pubblici locali e l'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, fra effetto precettivo e quello (meramente) descrittivo*", in *Foro Amm.*, 1995.

(41) R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello stato.

(42) R. D. 14 settembre 1931, n. 1175, Testo unico per la finanza locale, art. 267.

*blico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi (...)*" (43).

Non solo dunque nella concessione rilevano "attività a carattere imprenditoriale costituenti servizio alla collettività", ma tale imprenditorialità assume addirittura una valenza ben più pregnante che nell'appalto, a ragione del rischio gestionale che vi si riconnette come elemento essenziale.

Tuttavia, occorre distinguere la concessione di servizi dall'appalto di servizi, già espressamente considerato dalla direttiva CE/92/50 ed ora incorporato nelle direttive CE 17 e 18 del 2004 (44). La distinzione tra concessioni di servizi e appalti pubblici di servizi, infatti, non è nominalistica.

Nell'appalto di servizi si applicano le stesse regole dell'appalto di lavori, per quanto riguarda la controprestazione del soggetto committente: essa di norma avviene in numerario (probabilmente per stadi di avanzamento o comunque periodicamente nel caso di somministrazione) e il c.d. rischio di gestione è attratto nella regola generale codicistica della fornitura del servizio a regola d'arte. Esso, quindi, non ha alcun collegamento con il rischio di gestione della concessione. Lo stesso libro verde degli appalti pubblici ha sottolineato che la scelta errata di un tipo di appalto anziché di un altro può essere causa di infrazione comunitaria. Tale principio è applicabile per analogia anche alla distinzione tra appalto e concessione di servizi. Di conseguenza, occorre verificare se la prestazione di servizio è contenuta nell'elenco dei servizi prioritari allegato alla direttiva e se in base all'interpretazione secondo il contenuto oggettivo, l'amministrazione committente ha inteso manifestare la volontà di attribuire un appalto o una concessione.

Anche in tale materia vi sono "zone grigie", per esempio per il servizio r.s.u.: ma qualora il negozio giuridico abbia le caratteristiche oggettive dell'appalto, l'amministrazione lo deve obbligatoriamente attribuire secondo le regole del medesimo (45).

Piuttosto, la giurisprudenza dovrebbe allinearsi sulla natura "contrattuale" della concessione di servizi. Infatti, com'è noto, l'azione indiretta della comunità europea, mediante la c.d. armonizzazione procedurale, trascina con sé una indiretta armonizzazione sostanziale, cioè sulla qualificazione della natura giuridica degli istituti dalla medesima regolati (46).

---

(43) Dir. 2004/18/CE, art. 1, paragrafo 4. Occorre onestamente riconoscere che anche in sede comunitaria il tormento legato alla nozione è stato pari a quello nazionale. Basti considerare che già negli anni novanta dello scorso secolo venne stralciata la definizione dalla proposta di direttiva servizi.

(44) Com'è noto la direttiva CE/92/50 venne trasposta in Italia con due DPR del 17 marzo 1995: n. 157 per i settori aperti alla concorrenza; n. 158 per i settori già esclusi dalla concorrenza e successivamente definiti "settori speciali".

(45) Vedi retro rispettivamente nota 4 e 5.

(46) Come già intuito e proposto da E. PICOZZA, "Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea", Roma, Nis, 1996.

È vero che la giurisprudenza ha ritenuto che l'articolo 30 contenga significative limitazioni della disciplina sugli appalti applicabile alle concessioni di servizi (47). La definizione puntualmente contenuta nell'articolo 2 comma 12 del codice, tuttavia, non lascia adito a dubbi. La concessione di servizi, infatti, viene definita come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi: ciò che muta totalmente o parzialmente è solo l'obbligazione a carico del committente. Di conseguenza, dovrebbero trovare applicazione le stesse regole che disciplinano il riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici, compreso quello di servizi.

#### 2.4.2. *Il difficile equilibrio tra concessione di servizi e concessione di pubblici servizi*

Nell'attuale ottica denominata "di sussidiarietà orizzontale" (48), la concessione di pubblico servizio rappresenta una forma di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione al fine di soddisfare le esigenze della collettività (49).

Dal punto di vista comunitario, tra la nozione di servizi e di servizi pubblici sussiste un rapporto di *genus a species*: mentre nella nozione di servizi risulta indifferente la natura pubblica o privata dell'attività svolta (art. 50 Trattato CE), il servizio pubblico si caratterizza come servizio di interesse generale economico o non economico (art. 86 ex 90 Trattato CE) (50).

Nella concessione, il criterio della proporzionalità - principio di derivazione comunitaria - pur lasciando margine discrezionale alle amministrazioni sulla definizione dell'obiettivo da raggiungere, impone che il provvedimento adottato sia proporzionale allo scopo prefissato e che si concili con l'equilibrio

---

(47) Cons Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864.

(48) Su tale principio e valore fondamentale vedi per tutti T.E. FROSINI "Sussidiarietà (principio di) diritto costituzionale" in *Enciclopedia del diritto, Annali II*, Milano Giuffrè 2008, pg. 1133, ove ampia bibliografia.

(49) Cfr. Sent. Tar Lombardia, Milano Sez. III, 20 dicembre 2005 n. 5633 "Il Collegio è dell'avviso che la fattispecie sia inquadrabile nella concessione di pubblico servizio posto che, sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale (cfr., in termini generali, Cons St., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325 e Cons. St., sez. VI, n. 1514/2001)". Tale nozione consente di ritenere superata sia la concezione propria della dottrina dello Stato della c.d. concessione traslativa o esercizio privato di funzioni pubbliche (originariamente sostenuta da Zanobini, 1918, e magistralmente riassunta da A.M. SANDULLI in "Manuale di diritto amministrativo", XV ed., Napoli, Jovene, 1989, sia la concezione "organizzativa" sostenuta da M.S. GIANNINI in "Diritto Amministrativo", Milano Giuffrè, 1970, e oggetto di pregevoli studi monografici, tra cui quello di F. TRIMARCHI "Profili organizzativi delle concessioni di pubblici servizi", Milano 1967.

(50) Così E. PICOZZA "Appalti Pubblici di Servizi", Rimini, 1995 e B. RAGANELLI "Le concessioni di lavori e servizi" in "I Contratti della Pubblica Amministrazione" a cura di CLAUDIO FRANCHINI, UTET 2007.

finanziario del progetto in ordine alla durata della concessione, al fine di garantire l'autoremunerazione dello stesso (51).

Considerata la delicatezza del tema, si può sostenere con ragionevole fondamento, che la Commissione Europea abbia voluto introdurre nelle direttive CE 17 e 18 del 2004 solo un primo segnale di assoggettamento della disciplina delle concessioni alle proprie norme e principi generali; avvertendo l'enorme eterogeneità di qualificazione e di trattamento che a tale istituto viene riservato nei singoli Stati membri (52). Ciò al punto che, differentemente da quanto disciplinato per gli appalti pubblici, la norma citata si limita ad un primo tentativo di armonizzazione sostanziale e procedurale (53).

Quella sostanziale consiste nella qualificazione della stessa come un contratto solo qualora il concessionario sia messo nell'effettiva condizione di remunerarsi attraverso la gestione del servizio, sopportando il c.d. rischio di gestione.

Non deve indurre a facili entusiasmi, infatti, la comune denominazione di "contratto di servizio" che assume l'originario disciplinare di concessione. Infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza estendono l'effetto di armonizzazione sostanziale solo in caso di sicura identificazione della fattispecie come appalto di servizi (54).

Quanto infine all'armonizzazione procedurale, essa è tuttora di origine pretoria, poiché la Corte di Giustizia Europea ha dettato una serie di principi da applicarsi alle procedure di gara.

Tali principi sono stati coraggiosamente applicati dall'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici (si richiama qui quanto osservato in premessa), che, tuttavia, non risolve il dibattito sulla natura giuridica del contratto di servizio, componente essenziale della concessione.

Volendo riassumere i principali orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, essi si possono così schematizzare.:

a) una parte della dottrina e della giurisprudenza si attiene al rapporto tradizionale tra concessione e contratto (55). Esso, in quanto contratto ad oggetto pubblico (Giannini), sarebbe del tutto subordinato alla concessione, di guisa che la decadenza della prima comporterebbe l'automatica inefficacia del secondo;

---

(51) Vedi sul punto G. MODAFFERI "Soluzioni comunitarie alle patologie degli appalti pubblici", Giappichelli, Torino, 2008, p. 406 e ss.

(52) Vedi retro nota n. 10.

(53) Cfr. art. 30 D.lgs. 163/2006, Codice dei contratti pubblici.

(54) Sul concetto di armonizzazione sostanziale e procedurale e sulle loro differenza cfr. E. PICOZZA "Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea", Roma Nis, 1996.

(55) C.E. GALLI "Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza", in *Dir. Amm.* 2005; V. DOMENICHELLI "I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato", in *Dir. Amm.*, 2002.

b) secondo una teoria intermedia, il contratto concessorio andrebbe piuttosto inquadrato nella categoria generale degli accordi tra privati e pubblica amministrazione, disciplinati in via generale dall'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 (56), con tutte le conseguenze che ne derivano. Questa tesi ha essenzialmente il pregio di risultare simmetrica con la norma sul riparto di giurisdizione di cui all'art. 5 della Legge Tar (57), anche se l'originario riferimento ai servizi pubblici è stato espunto dal medesimo articolo, ed è confluito attraverso l'art. 33 del D.lgs 80/1998 (58), nell'attuale art. 7 della L. 205 del 2000. Il vantaggio dell'applicazione della medesima consiste essenzialmente nel principio di concentrazione di giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo di tutte le controversie (59), comprese quelle riguardanti l'esecuzione del rapporto negoziale, a differenza di quanto ribadito dalla Corte di Cassazione a SS.UU. con la sentenza 27169/2007 e successive.

È noto infatti che le controversie in materia di esecuzione degli appalti pubblici siano riservate al G.O., anche se residua un conflitto interpretativo tra la medesima Cassazione e il Consiglio di Stato, sull'individuazione del giudice competente a pronunciarsi in via principale sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

c) Infine, secondo una tesi di chiara derivazione europea, anche la concessione di servizi pubblici dovrebbe essere equiparata ad un contratto (ovvero in altri termini è la procedura ad evidenza pubblica ad avere un rilievo strumentale rispetto al contratto di servizio), con la conseguenza che anche in tal caso, le controversie nascenti dal rapporto concessorio dovrebbero essere di competenza del G.O: come si è accennato in precedenza, questa sembra in effetti la tesi più aderente al diritto comunitario, anche se, paradossalmente, potrebbe violare il principio di concentrazione dei processi, che costituisce una delle principali applicazioni del principio, anch'esso comunitario di effettività della tutela giurisdizionale.

---

(56) G. GRECO "Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)", in *Dir. Amm.*, 2005; *idem* "Accordi e contratti della pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema", in *Dir. Amm.*, 2002; *idem* "Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto", Torino, Giappichelli, 2003; *idem* "Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto", in *Dir. Amm.*, 1993, p. 381 e ss.

(57) Legge 6 dicembre 1971 n. 1034, Istituzione dei Tribunali amministrativi regionali.

(58) Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

(59) R. IANNOTTA "La nuova giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici" in *Foro Amm. TAR*, 2004.

### 3. Complessità della tematica in materia di pubblici servizi e rapporti con i principi del diritto europeo

Alla materia dei pubblici servizi non è applicabile il principio dell'analogia con il diritto comunitario, poiché ivi non esiste una nozione di pubblico servizio comparabile con quelle nazionali, ma solo quella di "obblighi di servizio pubblico" che ha portata ben più restrittiva (60). Per il resto, la nozione si inserisce in quella più ampia di servizi di interesse generale economico e non economico.

Secondo l'orientamento comunitario, i servizi d'interesse generale designano attività di servizio, commerciali o non, considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche e soggette quindi ad obblighi specifici di servizio pubblico. Essi raggruppano sia le attività di servizio non economico, sia i servizi di interesse economico generale. In tal senso sono assoggettate alle condizioni di cui all'articolo 86 (*ex* articolo 90 del Trattato), solamente le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

A seguito del dibattito nato nel maggio 2003 con l'aggiornamento del Libro verde sui servizi di interesse generale, nel maggio 2004 la Commissione ha adottato un libro bianco, in cui si chiarisce la linea di condotta seguita dall'Unione europea, per favorire lo sviluppo di servizi d'interesse generale: in esso si espongono gli elementi più rilevanti di una strategia mirata a mettere a disposizione dei cittadini e delle imprese dell'Unione, servizi d'interesse generale facilmente usufruibili e di qualità.

La Corte Europea, in tutte le sentenze emesse a riguardo, ha sempre lasciato agli Stati membri la possibilità di gestire direttamente i servizi, ivi compreso l'*in house providing* (61), oppure esternalizzandoli (62).

---

(60) Come ha colto la dottrina (E. PICOZZA "Diritto dell'economia disciplina pubblica", volume II, del "Trattato di diritto dell'economia" cit.), nel linguaggio comunitario l'obbligo di servizio pubblico costituisce una integrazione in via legale o amministrativa degli elementi essenziali del contratto. In altri termini la Comunità ritiene che nel rilasciare autorizzazioni e/o concessioni per l'espletamento di servizi di interesse economico generale, gli Stati membri possano includere il rispetto di determinati obblighi, appunto, di servizio pubblico. Essi possono riguardare tanto le condizioni di fornitura del servizio (e in tal caso la nozione confluisce in quella di servizio universale), quanto la protezione di interessi pubblici di particolare valore: ambientali, paesaggistici e territoriali. In entrambi i casi una volta inseriti nel contenuto del contratto di servizio anche gli obblighi di servizio pubblico diventano elementi essenziali della prestazione a carico del privato.

(61) F. DEGNI "Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla tutela di un punto di equilibrio", in *Foro Amm.* TAR, 2005; F. LIGUORI "I servizi pubblici locali: contendibilità del mercato e impresa pubblica", Giappichelli, Torino, 2004; S. COLOMBARI "Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali", in *Foro Amm. C.d.S.* 2004; S. COLOMBARI "La gestione dei servizi pubblici locali: nuove problematiche (in parte antiche)", in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003; M. DUGATO "Le società per la gestione dei servizi pubblici locali", IPSOA, 2001; F. FRACCHIA "Servizi pubblici e scelta del concessionario", in *Dir Amm.*, 1993.

(62) Tale tesi trova conferma nelle considerazioni contenute nella sentenza *Teckal*, poi successivamente ribadite dal Giudice comunitario nella sentenza *Teleaustria*, Corte di Giustizia 7 dicembre

Quando tuttavia il servizio viene dato in concessione, si devono applicare gli stessi principi generali che valgono in materia di appalti (63). Infatti, nell'ambito dei servizi pubblici, ancorché resi tramite modello *in house*, deve essere comunque assicurato il rispetto della concorrenza e la massima trasparenza (64).

In tale contesto, anche se il bando costituisce *lex specialis* con cui l'amministrazione si vincola nelle procedure ad evidenza pubblica, per giurisprudenza consolidata i principi comunitari in materia di appalti - già contenuti nel Trattato istitutivo CE, e oggetto di corposa elaborazione da parte della Corte di Giustizia Europea (65) - trovano diretta applicazione negli Stati membri, non necessitando di alcuna *interpositio* da parte dei pubblici poteri nazionali (66).

La questione riguardante il limite entro il quale gli Stati membri possono dettare una regolazione autonoma, sia di concetto che del relativo regime giuridico del servizio pubblico, soprattutto a carattere locale, rimane tuttavia controversa (67).

I settori dell'ordinamento italiano, la cui disciplina è influenzata dal diritto comunitario, presentano elementi di criticità dettati dalla necessità di favorire l'integrazione europea attraverso procedure che assicurino alla Ce un ambito di intervento ancora più esteso.

Tali procedure sono individuabili attraverso:

a) l'introduzione di maggiori poteri e competenze tramite la procedura di

2000, causa C-324/98. Per un commento a proposito vedi FERRONI, in *Osservatorio Comunitario, Urbanistica e Appalti*, 2000, 921.

(63) Cfr T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483, "in riferimento alle gare aventi ad oggetto l'affidamento a terzi non del semplice svolgimento di funzioni pubblicistiche, ma di attività a carattere imprenditoriale costituenti servizio alla collettività, considerano necessario l'impiego dello strumento dell'appalto di servizi in luogo della concessione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, nr. 4688/00 cit.)".

(64) Vedi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, decisione 3 marzo 2008 n. 1. cfr. C. Giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03.

(65) Si vedano in proposito le recentissime sentenze C. Giust. CE. Con la prima, del 10 settembre 2009, C-537/07, *Sea S.r.l. contro Comune di Ponte Nossa*, relativa ad un appalto di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, si è precisato che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostanto ad un affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società *in house providing*. Gli stessi principi (di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento) sono stati successivamente riconosciuti dalla Corte di Giustizia con la pronuncia del 14 ottobre 2009, C-196/08, che ha visto contrapposte la società Acoset Spa alla Conferenza dei sindaci quale organo di gestione dell'Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa, anche nelle ipotesi di affidamento diretto di servizio pubblico, nel caso di specie di servizio idrico e di lavori connessi, a società mista nella procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere.

(66) F. GAVERINI "Alle radici dell'*in house providing*: la giustizia amministrativa si rimette alla Corte di giustizia CE", in *Foro Amm. TAR*, 2004.

(67) Vedi retro nota n. 2.

integrazione prevista dall'art. 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE, che consente, con decisione unanime del Consiglio, su proposta della Commissione previa consultazione del Parlamento, nuove azioni non previste dal Trattato, se ritenute fondamentali per raggiungere gli obiettivi Comunitari (c.d. tesi dei poteri impliciti);

b) il principio di sussidiarietà nelle materie di competenza non esclusiva della CE (art. 5 Trattato Ce).

Tale principio è stato peraltro trasposto nel sistema nazionale, in modo difforme rispetto a come viene originariamente interpretato ed applicato nell'ordinamento europeo: in quest'ultimo contesto, infatti, esso viene attribuito alla CE, divenendo così un ulteriore strumento che concorre ad integrare l'intervento comunitario rispetto alla disciplina nazionale (68).

Un ulteriore punto che merita di essere approfondito riguarda le modifiche che il Trattato di Lisbona, in attesa della ratifica da parte di tutti gli Stati Membri (*n.d.r.* in vigore dal 1° dicembre 2009), apporta al trattato Ce, relativamente alla regolazione generale da parte del Consiglio; nonché allo strumento della legge comunitaria, e non agli strumenti di diritto derivato attualmente previsti dai trattati istitutivi della Comunità e dei principi che da essi discendono (69).

In attesa che tali dubbi interpretativi vengano risolti a livello comunitario, alcune ipotesi possono comunque essere escluse per interpretazione:

1. Il caso in cui la concessione sia espressamente qualificata come appalto di servizio dalle direttive CE 17 e 18 del 2004, si deve applicare la relativa disciplina contenuta nel codice dei contratti. Infatti, il principio di prevalenza del diritto comunitario e il carattere *self executing* delle direttive citate non consentono deroghe. Secondo l'orientamento costante della CGE, infatti, qualora la norma nazionale di ricezione sia incompleta o infedele (ma non sembra essere questo il caso del Codice dei contratti pubblici), il soggetto leso nelle proprie situazioni giuridiche soggettive immediatamente protette dall'ordinamento comunitario come diritti soggettivi, potrà far valere direttamente presso il giudice competente la violazione della direttiva, con conseguente obbligo di disapplicazione delle norme nazionali incompatibili. Come notato dalla dottrina, infatti, l'armonizzazione procedurale trascina quella sostanziale, quindi l'espressa qualificazione dell'atto terminale della procedura come appalto si impone per il principio di prevalenza e di tipicità.

2. Parimenti va esclusa l'ipotesi dell'appalto misto con prevalenza lavori,

---

(68) Così S. A. ROMANO in "L'impatto della CE sull'amministrazione", atti del Convegno tenutosi all'Università LUISS, Roma, 4 maggio 2001.

(69) Si vedano, per un approfondimento, F. MASTRONARDI e A.M. SPANÒ "Conoscere il Trattato di Lisbona", Napoli, Simone, 2008; F. GABRIELE "Europa: la costituzione abbandonata", Bari, Cacucci, 2008 *passim* ma particolarmente p. 273 e ss; M. C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, Cedam, 2008; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007; P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009.

perché appositamente regolato dal D. lgs. 163/06 .

3. Pacificamente va esclusa altresì l'ipotesi in cui si abbia una concessione di servizi perché anch'essa regolata espressamente dal D. lgs. 163/06 (70).

4. Problematica appare, infine, la possibilità nei casi residui di dichiarare autonomamente la fattispecie come servizio pubblico locale. La giurisprudenza della Corte di Giustizia infatti ha sempre sostenuto l'irrilevanza del criterio nominalistico, anche se dichiarato con legge (ciò varrebbe pertanto anche per l'articolo 112 del TUEL); di contro dà espressamente rilievo al criterio contenutistico e teleologico (come nel caso di specie nell'ipotesi di servizio pubblico rivolto a una collettività determinata o determinabile di utenti).

Se la ricostruzione sopra prospettata è esatta, si giunge quindi alla necessaria conclusione che l'art. 112 del TUEL deve essere interpretato in conformità ai principi del diritto europeo e dell'effetto utile (71). Pertanto è proprio *“attraverso l'obbligo di interpretazione conforme, oppure attraverso il conseguente obbligo di disapplicazione, che risulta possibile dare una nozione giuridica e non politica del concetto di servizio pubblico locale all'articolo 112 t.u. 267/2000”* (72).

Come infatti è stato osservato nelle recenti pronunce della Corte Costituzionale (73), il Trattato non si limita a dettare norme programmatiche, ma isti-

(70) Vedi retro nota sul contratto misto n. 34.

(71) A. LOLLI *“Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei”*, in *Foro Amm. TAR*, 2005; F. DEGNI *“Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio”*, in *Foro Amm. TAR*, 2005; P. PIRAS *“I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali”*, in *Dir. Amm.*, 1996.

(72) Così E. PICOZZA nella relazione al Convegno IGI del 14 febbraio 2008, Roma, su *“La difficile convivenza tra diritto comunitario e diritto nazionale in materia di contratti e concessioni con le pubbliche amministrazioni”*. Negli atti della relazione si prosegue sottolineando che *“l'obbligo di interpretazione conforme o di disapplicazione grava esclusivamente sul giudice adito (se già non lo ha fatto l'amministrazione anche locale nel corso del procedimento ad evidenza pubblica), in applicazione del principio “jura novit curia”, e non sulla parte ricorrente. Ciò comporta l'obbligo per il giudice di disapplicare in parte qua il bando di gara incompatibile con il diritto europeo, indipendentemente dalla richiesta che ne faccia alcuna delle parti perché tale operazione non attiene al thema decidendum ma alla ricerca della norma da applicare. L'integrazione del diritto comunitario in quello costituzionale come ribadito anche dalle recenti sentenze della Corte Costituzionale n. 348/349 del 2007 e il progressivo abbandono della teoria “dualistica” nelle relazioni tra i due ordinamenti (c.d. separazione coordinata), comporta che l'indagine sulla norma applicabile appartenga alla ricostruzione della “validità” del sistema normativo complessivo, e non più al solo accertamento della norma applicabile in concreto in quanto prevalente (la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ferma da sempre su questo punto v. già la sentenza del 22 giugno 1989 sulla causa 103/88). In termini operativi ciò comporta che è del tutto indifferente la qualificazione “nominalistica” di concessione di servizio pubblico data dall'organo politico dell'ente locale o nazionale (v. già la sentenza della Corte di Giustizia del 26 aprile 1994 in causa C. 272/91). E che l'eventuale errore nella qualificazione non deve essere oggetto di apposita e tempestiva impugnazione del bando di gara, dovendo proprio questo essere autonomamente interpretato e applicato in modo conforme al diritto europeo, o in subordine disapplicato, da parte del giudice competente”*.

(73) Cfr. Cost. 406/05, 129/06 e le più recenti sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

tuisce un complesso ordinamento giuridico unitario, in base al quale il principio di disapplicazione è necessario per tutelare e per garantire i principi degli effetti diretti e del primato del diritto comunitario.

La Costituzione italiana, peraltro, garantisce tale effetto grazie al combinato disposto dell'articolo 11 e 117, I comma, relativi alla cessione di sovranità da parte degli Stati membri.

Al contrario, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che di per sé considerata non costituisce un ordinamento sopranazionale, troverebbe applicazione ai sensi dell'art. 117, che non comporta per il giudice nazionale l'obbligo di disapplicazione delle leggi confliggenti con gli obblighi convenzionali, bensì quello di dichiararne l'illegittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale medesima (74).

Come infatti taluni hanno affermato “.. *il Giudice amministrativo - nolente o volente - è stato attratto nel circuito dell'ordinamento comunitario, è stato assorbito nella organizzazione della giustizia amministrativa comunitaria. In questa rivoluzione copernicana che lo sta coinvolgendo, il Giudice Amministrativo è stato munito - dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia - di ampi poteri creativi e financo conformativi, ad esso devoluti al precipuo scopo di pervenire alla completa attuazione dell'ordinamento comunitario*” (75).

Come si può notare dalle osservazioni che precedono, la soluzione del problema globale delle concessioni è lungi dall'essere quantomeno compiutamente affrontata.

Da un punto di vista dogmatico, infatti, l'istituto della concessione non appare unitario neanche alla stregua dei singoli ordinamenti nazionali.

Trova ancora applicazione concreta infatti la *summa divisio* tra conces-

---

(74) Si veda per un commento alle sentenze 348 e 349 del 24 ottobre 2007, E. CANNIZZARO SU *Guida al Diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, n. 3 2008, p. 17 e 18.

(75) Si vedano gli atti della Relazione al Convegno di Lecce del 21-22 Novembre 1997: “*Evoluzione della giustizia amministrativa - Integrazione europea - Prospettive di riforma*” di CARLO MODICA. In tale Relazione si enucleano i principi dai quali si desume la supremazia del diritto comunitario e i loro corollari: a) il principio dell'obbligo di disapplicazione, da parte dei Giudici e delle Pubbliche Amministrazioni nazionali, degli atti normativi nazionali incompatibili con la normativa comunitaria; b) il principio della resistenza delle norme di interesse comunitario sulle norme nazionali sopravvenienti (o successive); c) il principio del controllo diffuso di costituzionalità; d) il principio secondo cui gli Stati dell'Unione non possono giustificare il ritardo nell'attuazione del diritto comunitario in ragione del loro assetto interno di riparto di competenze e di poteri; e) il principio della necessaria cooperazione fra giudice nazionale e giudice comunitario, cooperazione da attuarsi mediante il meccanismo del c.d. “rinvio pregiudiziale di interpretazione”; f) il principio - non ancora pienamente affermato, ma in via di elaborazione - della assoluta inderogabilità del diritto comunitario; principio comportante secondo parte della dottrina la rilevabilità d'ufficio del vizio di violazione della normativa comunitaria; o, nella sua più estrema e rigida postulazione, la rilevabilità d'ufficio della nullità, per carenza assoluta di potere, dei provvedimenti amministrativi adottati in violazione della predetta normativa; g) il principio della sindacabilità da parte del Giudice comunitario dei rimedi processuali di diritto interno.

sioni costitutive e concessioni traslative.

In secondo luogo la concessione di beni pubblici implica analisi e soluzioni di complesse problematiche molto diverse da quelle riguardanti la concessione di servizi (pubblici) (76).

Vi sono inoltre figure intermedie, quali le concessioni di attività, di funzioni pubbliche, di rapporti, di singoli atti, come approfondito dalla migliore dottrina (77). In tali casi, il diritto comunitario si attiene comunque ad un criterio sostanzialistico, negando che la partecipazione del privato all'esercizio di pubblici poteri venga sottratta all'obbligo di concorrenza, se non si dimostra che detta attività è una diretta proiezione delle funzioni sovrane dello stato membro.

Inoltre, non di rado la differenza fra concessione e autorizzazione si riduce a poco più di un mero *nomen juris*, al punto che già nella terza "Legge Bassanini" (78) si proponeva di sostituire molteplici procedimenti concessori con provvedimenti autorizzatori.

Attese queste vistose difficoltà, si comprende meglio perché la Commissione Europea, sulla base di numerose sentenze della Corte di Giustizia, abbia preferito tentare di affrontare con il nuovo articolo 17 del Trattato di Lisbona, solamente la portata e il campo di applicazione dei servizi di interesse generale a contenuto economico, i quali dovrebbero essere oggetto di una regolazione comunitaria complessiva.

Per completare, è opportuno rilevare che quanto ai servizi di interesse generale a contenuto non economico, la Commissione Europea ne lascia alle identità nazionali degli Stati Membri sia la qualificazione, sia il trattamento normativo, imponendo tuttavia il rispetto dei principi generali sulla concorrenza nelle ipotesi in cui le Pubbliche Amministrazioni intendano esternalizzare tali servizi mediante il ricorso al mercato (79).

(76) Vedi retro, nota 3, in particolare i saggi riguardanti i regimi dei beni pubblici e concessioni. Tuttavia, almeno per quanto riguarda l'esperienza del demanio marittimo, si va affermando l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica: ad avviso di chi scrive, in questo caso più che di armonizzazione, diretta o indiretta, si deve parlare di influenza del diritto comunitario anche in relazione ai tre principi generali di cui all'articolo 1 della L. 241/90: economicità, efficienza, ed efficacia.

(77) Cfr. M.S. GIANNINI "Diritto Amministrativo", Giuffrè, Milano, 1993, *idem* "Diritto pubblico dell'economia", Il Mulino, Bologna, 1994.

(78) L. 16 giugno 1998 n. 191, Bassanini *ter*, Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica.

(79) Sui servizi di interesse generale vedi G. CAGGIANO "La disciplina dei servizi di interesse economico generale", Torino, Giappichelli, 2008; in particolare sul servizio universale G. F. CARTEI "Il servizio universale", Milano, Giuffrè, 2002; M. CLARICH "Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione della normativa e profili ricostruttivi", in *Dir. Pub.*, 1998, p. 187; sul concetto comunitario di obbligo di servizio pubblico A. PERICU "Impresa e obblighi di servizio pubblico", Giuffrè, Milano, 2001. Vedi anche G. CORSO "I servizi pubblici comunitari", in *Riv. Giur. Quadr. dei Servizi Pubblici*, 1999.

L'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 introdotto con la legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008 c.d. "Legge Tremonti", disciplina "l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica". Il citato articolo concerne le concessioni e non gli appalti di servizi, poichè i "servizi" a cui tale norma fa riferimento, in quanto "pubblici", sono quelli che vengono resi non all'amministrazione, ma a favore del pubblico, inteso come (80).

Le disposizioni dell'art. 23-*bis* si applicano, pertanto, esclusivamente alle concessioni di servizi, qualora si tratti di "servizi pubblici locali di rilevanza economica e non anche agli appalti di servizi, che sono disciplinati nel diritto comunitario dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e, in ambito interno, dal D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici, con il quale è stata data attuazione alle predette direttive. L'art. 23-*bis* disciplina "l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica". Il conferimento della gestione dei servizi predetti deve avvenire come dispone il comma 2, "in via ordinaria", a favore di imprenditori o di società in qualunque

---

(80) L'Articolo 23-*bis* (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del DL 112/2008, così dispone: "1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. 2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. 3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria. 4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. 5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati. 6. È consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore...". Cfr. sul punto G. GUZZO "Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale", Milano, Giuffrè, 2009; D. ROSATO "I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?", in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato* n. 3/2008; F. DELLO SBARBA, "I servizi pubblici locali", cit., p. 195 e ss.

forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Il comma 3 consente, tuttavia, che “in deroga” alle modalità di affidamento “ordinario”, l’affidamento dei pubblici servizi locali di rilevanza economica possa avvenire “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, ossia direttamente secondo le modalità dell’*in house providing*.

Viceversa, la disciplina comunitaria in materia di affidamenti diretti in house di concessioni di servizi pubblici risulta dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, secondo la quale tale affidamento è possibile laddove ricorrano i c.d. “criteri Teckal” (81) del controllo analogo e della realizzazione della parte più importante dell’attività svolta dall’ente affidatario con l’ente pubblico o con gli enti pubblici affidanti. A tali criteri, l’art. 23-*bis* ne ha aggiunti altri, sia di carattere sostanziale che procedurale.

La Corte costituzionale ha affermato che le regole del Trattato CE poste a tutela della concorrenza, sono direttamente applicabili nell’ordinamento interno. La Corte ha aggiunto che alla tutela di tali regole è “finalizzata” anche “*la delimitazione effettuata, in via interpretativa, dalla Corte di giustizia, dell’ambito di operatività del modello gestionale dell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali*” (82).

Nella dedotta prospettiva, appaiono, ad esempio, conformi alle regole del Trattato CE, “nel significato che è ad esse attribuito dalla giurisprudenza comunitaria”, i divieti posti ai “soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2”, dal comma 9 dell’art. 23-*bis*, giacché tali divieti “mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall’accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati”.

Bisogna, inoltre, evidenziare che la Corte ha riconosciuto che rientri nel potere organizzativo delle autorità pubbliche produrre da sé beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dal-

---

(81) Sentenza del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, caso *Teckal*, riguardante la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture.

(82) Cfr. sent. C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 439. Osserva sul punto R. GIOVAGNOLI, “*Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*”, relazione al convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che la disciplina comunitaria, in effetti, ammette i c.d. affidamenti diretti, da intendersi non come affidamenti a trattativa privata ma come manifestazioni del principio di autorganizzazione o di autonomia istituzionale, in virtù del quale “gli enti pubblici possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali”. Il diritto all’autonomia amministrativa dei comuni è, d’altra parte, contenuto nella Carta europea delle autonomie locali e ripreso dal Trattato di Lisbona che sottolinea l’autonomia amministrativa regionale e locale nella formazione della identità nazionale, la quale deve essere tutelata. Ne discenderebbe, “in linea con il principio di sussidiarietà” che “gli enti regionali e locali hanno il diritto di scegliere liberamente la loro forma di prestazione dei servizi di interesse (economico) generale” (parere del Comitato delle regioni del 26 aprile 2006).

l'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica", c.d. affidamento *in house*. Nella "prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato" (83).

Il comma 3 dell'art. 23-*bis* "circostrive la possibilità di affidamento diretto a casi del tutto eccezionali, data la difficoltà di individuare ipotesi di impossibilità di ricorso al mercato in presenza di servizi pubblici locali". Le amministrazioni locali vengono, pertanto, obbligate a ricorrere, per l'affidamento dei servizi pubblici, a procedure competitive ad evidenza pubblica.

Le disposizioni dell'art. 23-*bis*, commi 3 e 4, non appaiono, quindi, conformi al diritto comunitario, poiché con le stesse viene limitata la capacità degli enti locali di erogare direttamente, con propri strumenti organizzativi, servizi pubblici essenziali per la collettività di riferimento, essendo obbligati, nella maggior parte dei casi, a far svolgere tali servizi ad imprese "terze" individuate mediante procedure ad evidenza pubblica.

Le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis*, in quanto limitano la capacità e l'autonomia, costituzionalmente garantita (art. 114, c.2, Cost.), degli enti locali sono applicabili esclusivamente a quei servizi per i quali sussista l'effettiva esigenza di perseguire l'obiettivo, espresso nel comma 1 dell'art. 23-*bis*, di "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi".

Per completezza, sembra comunque di poter affermare con ragionevole affidamento che a seguito del DL. 223/06 art. 11 e s.m.i., il modello *in house* stia progressivamente perdendo il carattere di vera e propria alternativa alla esternalizzazione dei servizi.

---

(83) Sent. Corte Cost. n. 439/2008. A. D'ATENA, in "Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house (Nota a Corte Cost. n. 439/2008)", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, esamina la questione dell'applicabilità, alla materia dei servizi pubblici locali, del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 u.c. Cost., questione peraltro non affrontata dalla Corte. Secondo l'Autore "dalla disposizione dovrebbe dedursi che gli enti territoriali elencati dalla norma, in tanto, siano legittimati ad esercitare le attività di interesse generale da questa contemplate, in quanto il "privato" (da intendere ovviamente come settore) non sia in grado di dare ad esse adeguata copertura. In conseguenza di ciò, il confronto con il mercato (e con i principi della concorrenza) non dovrebbe avvenire solo *dopo* che l'ente pubblico ha deciso di non intervenire direttamente, ma anche *prima*: essendo ragionevole ritenere che l'intervento diretto si giustifichi esclusivamente nel rispetto della logica della sussidiarietà... Risulta ragionevolmente sostenibile che in Italia viga ormai una regola analoga a quella frequentemente enunciata dalle Gemeindeordnungen tedesche: la regola, in forza della quale gli enti territoriali possono assumere direttamente la gestione di attività imprenditoriali, solo se siano in grado di farlo a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato. Infatti, se la decisione di preferenza enunciata dalla norma ha un senso, da essa non possono non dedursi due corollari: a) che la scelta di procedere all'affidamento *in house* non sia dispensata dal rispetto del principio di sussidiarietà; b) che essa non sia inibita soltanto quando le condizioni offerte dal mercato siano più vantaggiose di quelle che l'impresa pubblica (o partecipata) sia in grado di garantire, ma anche - si badi - a parità di condizioni".

#### 4. Alcuni problemi di convivenza tra diritto nazionale e diritto europeo: portata e limiti del principio di prevalenza

Tra i numerosi problemi di corretta applicazione del diritto comunitario nel settore degli appalti e delle concessioni, si pone anche quello dei limiti di disapplicazione del bando, o avviso, di procedura ad evidenza pubblica. Infatti, dal punto di vista processuale, la giurisprudenza amministrativa è piuttosto costante nel ritenere che la condizione dell'azione, consistente nell'interesse a ricorrere, debba presentare i caratteri dell'attualità, oltre che della concretezza e specificità nella lesione della situazione giuridica soggettiva del soggetto ricorrente. Al contrario, nel diritto comunitario degli appalti, ed in particolare già nelle direttive CE 665/89 e 13/92 (le cui prescrizioni sono confluite nelle direttive CE 17/2004 e 18/2004), si ritiene sufficiente un comprovato rischio di lesione.

A livello applicativo, si possono portare quantomeno due fattispecie:

a) la prima riguarda l'impugnabilità immediata della c.d. deliberazione o determina a contrarre, che, secondo un orientamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa, costituirebbe una fattispecie di attività interna, non direttamente e immediatamente rilevante all'esterno. Tuttavia, anche questo orientamento è in via di modificazione, a seguito delle numerose pronunce della Corte di Giustizia in materia di appalti *in house*, le cui determinazioni o deliberazioni sono certamente impugnabili in modo autonomo e diretto, qualora l'affidamento senza gara sia illegittimo perché non ne sussistevano i presupposti (84).

b) la seconda fattispecie è maggiormente complessa perché riguarda in primo luogo i limiti della impugnabilità immediata del bando di gara; e, in secondo luogo, l'ambito e l'individuazione del soggetto competente alla sua disapplicazione, in caso di accertata incompatibilità delle clausole del bando con il diritto comunitario.

---

(84) Corte di Giustizia CE, Sez. I, n. C-26/03 del 11 gennaio 2005, causa *Stadt Halle V*. Secondo la Corte di Giustizia, un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, non sussistendo, quindi, i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici. La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. La Corte, pertanto, conclude ritenendo che nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

Senza voler ripercorrere le varie posizioni emerse a livello giurisprudenziale, che sono ampiamente note, si può ritenere, in linea di massima, sufficientemente pacifico che qualora le clausole del bando impediscano proprio la partecipazione del soggetto interessato, esso abbia l'onere di impugnare il medesimo direttamente ed entro i termini di decadenza dalla sua pubblicazione, non essendo tenuto a partecipare alla gara, che comporterebbe solo un inutile aggravio di spese e rallenterebbe l'attuazione del principio di effettività e immediatezza della tutela giurisdizionale.

Viceversa, è molto confusa la posizione sui limiti di disapplicazione delle clausole del bando da parte della Amministrazione aggiudicatrice, come pure l'individuazione del soggetto a ciò competente.

Sotto il primo profilo, la posizione della Corte di Giustizia è chiara fin dalla sentenza del 1989 in causa 103/88, c.d. caso *Meazza* (85). In tale occasione, la corte ritenne che l'obbligo di disapplicazione degli atti nazionali, di qualsiasi livello, incompatibili con il diritto europeo non gravasse solo sul giudice ma anche sulla PA, compresa quella locale.

La giurisprudenza amministrativa, invece, ha insistito molto, anche di recente, sul carattere di *lex specialis* del bando e, più in generale, sul rapporto con i poteri di autotutela (86).

---

(85) L'Amministrazione comunale di Milano, nell'espletamento di una gara di licitazione privata per la conclusione di un contratto d'appalto per i lavori di ampliamento e copertura dello stadio "G.Meazza", ha applicato le disposizioni contenute negli articoli 4 dei D.L. 286/87, 302/87 e 393/87. Con questi decreti sono state considerate anomale, in base all'articolo 24 della l. 584/77, le offerte che presentavano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse. I citati decreti legge prevedevano, quindi, un criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, senza alcuna possibilità di contraddittorio con l'offerente. Una disposizione normativa contenuta nella l. 478/87 ha convalidato i provvedimenti adottati nonché i rapporti sorti sulla base degli stessi. In seguito è stata convalidata la delibera della Giunta municipale di Milano n. 6929, del 6 ottobre 1987, la quale, in applicazione del citato criterio matematico, ha escluso automaticamente in quanto anomala l'offerta della società "F.lli Costanzo", aggiudicando l'appalto alla società "Lodigiani". Tale deliberazione è stata impugnata dalla società esclusa innanzi al Tar Lombardia, deducendo la violazione e la falsa applicazione dell'articolo 29 punto 5 della direttiva comunitaria 26 luglio 1971, n. 305, il quale richiede che l'esclusione delle offerte anomale debba essere preceduta da una qualche forma di contraddittorio tra la P.A. e l'impresa che ha presentato l'offerta, recepita dall'articolo 24 della l. 584/77, nonché la violazione dell'articolo 11 Cost. e la conseguente inosservanza dei principi stabiliti negli articoli 177 e 189 del Trattato CE. Il Tar, sezione I, dopo aver adito la Corte di Giustizia sull'interpretazione della direttiva citata, ai sensi dell'articolo 177 del Trattato CE, accogliendo il ricorso, con la sentenza n. 554, del 25 novembre 1989, in TAR, 1989, I, p. 116, ha annullato gli atti emanati dall'Amministrazione comunale di Milano, poiché la stessa avrebbe dovuto disapplicare la normativa interna, in quanto contraria a disposizioni comunitarie. Successivamente, il Comune di Milano e la società Lodigiani hanno impugnato innanzi al Consiglio di Stato la sentenza del T.A.R. Lombardia; l'appello è stato rigettato con la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n. 452, del 6 aprile 1991, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 659 e in *Foro Amm.*, 1991, p. 1076.

(86) Vedi *Cons Stato*, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, secondo cui la disapplicazione del provvedimento amministrativo non opererebbe autonomamente, dovendo prima esercitare i poteri di autotutela nei confronti del provvedimento incompatibile. Ci sembra di poter criticare con ragionevole fondamento tale presa di posizione, in quanto si tratterebbe comunque di un caso di autotutela "dovuta", poiché l'in-

Questo indirizzo giurisprudenziale non sembra, inoltre, conforme a quello specifico della Corte di Giustizia, secondo la quale - se da un lato le clausole del bando non sono chiare - non c'è decadenza dai termini di impugnazione dello stesso; dall'altro si concede il rimedio giurisdizionale anche qualora si profilasse l'ipotesi dell'eventuale lesione di un diritto (87).

Ancora più restrittivo è l'orientamento della giurisprudenza amministrativa sull'individuazione del soggetto competente, eventualmente, a disapplicare le clausole del bando incompatibili. Infatti, la giurisprudenza tende a negare la sussistenza di tale potere in capo alla commissione giudicatrice, stante il carattere di ufficio tecnico straordinario della medesima. Peraltro, se è vero che tale organismo esprime degli accertamenti e delle valutazioni di natura prevalentemente tecnica, non di meno esso fa parte, a tutti gli effetti di legge, dell'Amministrazione aggiudicatrice: una soluzione di compromesso potrebbe essere quella secondo cui, in tal caso, la commissione debba sospendere il proprio sub procedimento e investire della problematica il responsabile del procedimento.

Viceversa, in base alla posizione costantemente assunta dalla Corte di Giustizia, secondo cui i giudici nazionali sono i primi organi garanti del corretto adempimento degli obblighi dello Stato membro, non sembra che il giudice nazionale competente possa sottrarsi al potere - dovere di disapplicazione, anche d'ufficio, del provvedimento nazionale incompatibile (88).

Il punto è chiaramente controverso, in quanto al fondo della questione si manifesta addirittura un diverso modo di intendere la natura giuridica e le caratteristiche proprie del diritto amministrativo. Per la Corte di Giustizia Europea infatti, a partire dal celebre caso *Brasserie* (89), il vero e proprio potere

---

teresse pubblico comunitario, al rispetto dei principi e regole posti dal medesimo ordinamento non è suscettibile di valutazione o di parificazione all'interesse pubblico dell'amministrazione aggiudicatrice e meno che mai a quello dei soggetti che abbiano acquisito dal provvedimento incompatibile una posizione giuridica di favore.

(87) Vedi Dir. CE 665/89 e 13/92.

(88) Vedi sul punto E. PICOZZA "Relazione alla sentenza n. 36 del 15 gennaio 2008 del Consiglio di Stato" Atti del Convegno IGI del 14 febbraio 2008.

(89) Sentenza CGE 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, casi *Brasserie Du Pecheur e Factortame*, secondo cui la facoltà di far valere dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni del Trattato direttamente applicabili costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena e totale applicazione del diritto comunitario. Questa facoltà, intesa a far prevalere l'applicazione di norme di diritto comunitario rispetto a quella di norme nazionali, non è sempre idonea a garantire al singolo i diritti attribuitigli dal diritto comunitario e, in particolare, a scongiurare il verificarsi di un danno conseguente ad una violazione di tale diritto imputabile a uno Stato membro. Poiché nel Trattato mancano disposizioni che disciplinano in modo diretto e puntuale le conseguenze delle violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri, spetta, quindi, alla Corte, nell'espletamento del compito demandato dall'art. 164 del Trattato, garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato, avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

discrezionale si concentrerebbe nelle c.d. politiche pubbliche, pressappoco assimilabili ai nostri atti di indirizzo e programmazione politico/amministrativa.

Le procedure ad evidenza pubblica, invece, in quanto rientranti nell'attività di gestione, sarebbero espressione di un potere amministrativo semi o totalmente vincolato, in base alla tipologia di gara scelta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Ad avviso della scrivente, pare possibile affermare, sotto questo profilo, che l'orientamento complessivo della giurisprudenza del Consiglio di Stato risenta del carattere maggiormente creativo attribuito al potere discrezionale dal diritto amministrativo italiano: ciò aiuterebbe a comprendere perché il giudice nazionale spesso si sottragga all'obbligo di disapplicazione c.d. d'ufficio, cioè autonomo e non su istanza delle parti.

Il quadro è tuttavia destinato a mutare qualora il Consiglio di Stato decida di seguire la recente linea di indirizzo interpretativo della Corte Costituzionale, sempre più favorevole alla teoria monista, e non più dualista, dell'integrazione comunitaria.

La Corte Costituzionale, infatti, già da tempo ha compiuto un passo in avanti sull'obbligo di disapplicazione del giudice nazionale circa la norma interna contrastante con quella comunitaria, senza prescrivere la sospensione del giudizio e la rimessione di una previa questione di legittimità costituzionale, salvo che non si tratti di giudizi promossi in via principale dallo Stato e volti ad impugnare leggi regionali o delle province autonome (90).

In secondo luogo è tuttora aperta la questione se la mancata disapplicazione di norme nazionali incompatibili, o il mancato rinvio pregiudiziale possano costituire violazioni del limite esterno di giurisdizione e non di un semplice limite interno.

Ad oggi, come sopra accennato, la Corte Costituzionale si è definitivamente schierata a favore dell'integrazione tra i due ordinamenti. Si tratta quindi di valutare se il compito della c.d. nomofilachia comunitaria spetti al giudice amministrativo e, soprattutto, al Consiglio di Stato ovvero alla Corte di Cassazione a sezioni unite, quale organo di vertice unitario di controllo della legittimità (91).

Si è visto già, per esempio, che con l'ordinanza del 13 giugno 2006, in

---

(90) Ciò è ricavabile già dalle sentenze Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170; e Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389; tuttavia, solo con la recente sentenza 406/2005, la Corte Costituzionale ha espressamente utilizzato l'art. 117 comma 1, come parametro di legittimità costituzionale, annullando la legge regionale censurata e configurando la direttiva comunitaria come norma interposta atta ad integrare il parametro interno. Tale principio viene, inoltre, ribadito e confermato nella successiva sentenza 129/2006. Sulla sentenza 406/2005 vedi A. CELOTTO "La Corte Costituzionale finalmente applica il primo comma dell'art. 117 cost." (nota a margine della sentenza n. 406 del 2005) in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(91) Si veda M.V. FERRONI, "Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato", Cedam, Padova, 2005.

materia di omessa pronuncia del Consiglio di Stato sul risarcimento del danno, la Cassazione ha adottato una soluzione innovativa, indirettamente applicabile anche nelle controversie di rilevanza comunitaria, nelle quali trovino applicazione dei principi comunitari della effettività della tutela e del giusto processo, intesi anche come pienezza e completezza della tutela (92).

Anche recentemente, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito tale punto di vista con la sentenza 30254 del 23 dicembre 2008.

Non bisogna, infatti, dimenticare che la materia degli appalti e delle concessioni è attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base all'art. 5 della L. 1034 del 1971 e, successivamente, con gli artt. 6 e 7 della L. 205 del 2000 e, da ultimo, dell'art. 245 del Codice dei Contratti pubblici (93).

Ne consegue che se l'orientamento sopra riportato dalla Cassazione venisse applicato per analogia, la Cassazione ben potrebbe annullare con rinvio le sentenze del Consiglio di Stato che non abbiano accolto la questione pregiudiziale o comunque disapplicato norme e provvedimenti nazionali incompatibili con l'ordinamento europeo (94).

Si ritiene invece che vada esclusa la soluzione secondo cui la Cassazione possa direttamente procedere alla disapplicazione o al rinvio pregiudiziale, perché il Consiglio di Stato viene considerato anche dal diritto europeo come organo di giurisdizione di ultima istanza; esso è obbligato e non facoltizzato a tali adempimenti.

La dottrina, infatti, ritiene che l'omessa considerazione di un precedente consolidato della Corte di Giustizia; come pure l'omesso rinvio pregiudiziale, costituiscano casi di responsabilità civile dello stato membro a causa

---

(92) G. MONTEODORO "Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela", in *Foro Amm.*, 1995.

(93) Vedi già A. CORASANITI, "La nuova giurisdizione in materia di concessioni dopo l'art. 5 della l. n. 1034 del 1971", *R.T.D.P.*, 1976.

(94) Il rinvio pregiudiziale è disciplinato dall'articolo 234 del Trattato CE. In tal modo si consente a qualsiasi giurisdizione nazionale, investita di una controversia, d'interrogare la Corte di giustizia delle Comunità europee sul diritto comunitario nella misura in cui ne dipende la soluzione della controversia. La *ratio* è, quindi, quella di favorire la cooperazione attiva tra le giurisdizioni nazionali, l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutta l'Unione europea e, da ultimo, di garantire un controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti comunitari. Anche se può essere richiesto su istanza di una delle parti della controversia, spetta al giudice nazionale pronunciarsi sul rinvio alla Corte di giustizia, rappresentando, altresì, uno strumento di cooperazione giudiziaria tra giudice comunitario e giudici nazionali. Esso dà al giudice nazionale la facoltà, se non più propriamente l'obbligo, di chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia relativa a quale sia la corretta interpretazione e quindi la portata di una o più norme del diritto comunitario e, di conseguenza, se la corretta applicazione di una norma comunitaria precluda l'applicazione di una norma nazionale, trattandosi in tal caso di c.d. rinvio pregiudiziale di interpretazione, ovvero se un atto vincolante, adottato dalle istituzioni comunitarie, sia valido ed efficace anche nello Stato membro del giudice istante, trattandosi in questa seconda ipotesi di c.d. rinvio pregiudiziale di validità. Vedi sul punto A BARONE "Giustizia comunitaria e funzioni interne", Bari, Cacucci, 2008.

dell'inadempimento, da parte del giudice competente, sull'obbligo di prevalenza del diritto europeo (95).

### 5. Brevi considerazioni conclusive

Dalle analisi che precedono, emerge la difficile convivenza tra diritto comunitario e diritto interno, soprattutto per il regime di quegli istituti che si situano a cavallo tra appalti e concessioni, costituendone una vera e propria "zona grigia".

Sotto questo profilo, nonostante l'apertura dimostrata dagli estensori del Codice dei contratti, l'intera materia delle concessioni attende ancora una uniformazione, o quantomeno, una armonizzazione sostanziale e processuale.

Più volte la Commissione aveva preannunciato di voler proporre una direttiva specifica sul regime delle concessioni, ma le resistenze opposte dagli stati membri sembrano aver spostato l'intera questione al livello di scelte fondamentali della politica europea nel settore, come sembrerebbe dimostrare la nuova formulazione contenuta nel Trattato di Lisbona e analizzata nel precedente paragrafo 3, secondo cui si rinvia ad una futura normazione di carattere generale.

Solo per gli appalti, il panorama normativo è considerevolmente mutato a seguito delle citate direttive 2004/17 e 2004/18, con le quali è stata dettata la nuova disciplina sostanziale delle procedure ad evidenza pubblica. Ad esse si è aggiunta la circostanza che in data 11 dicembre 2007 il Parlamento Europeo ed il Consiglio della Comunità Europea hanno approvato la direttiva ricorsi 07/66 (96).

Infatti, almeno per quanto riguarda l'ambito degli appalti, la nuova direttiva comunitaria sui ricorsi (97) conferma la rilevanza pratica della questione, prescrivendo a tal fine la privazione degli effetti del contratto se il giudice

---

(95) Recentemente la Corte di cassazione a SS.UU., con la sentenza 17 aprile 2009 n. 9147, ha configurato la responsabilità per inadempimento del diritto europeo, da parte di un potere legislativo interno, come obbligazione indennitaria *ex lege*, secondo i principi generali in materia di obbligazioni civili, dettati dall'art. 1218 c.c. Ad avviso di chi scrive, tale soluzione ben potrebbe applicarsi per analogia anche alla fattispecie sopra esaminata di inadempimento al diritto comunitario per responsabilità del giudice nazionale.

(96) Fra i primi commenti alla direttiva BARTOLINI – FANTINI, "La nuova direttiva Ricorsi", in *Urbanistica e Appalti*, 2008/10, pp. 1093 ss.; G. GRECO, "La Direttiva 2007/66/ Ce: Illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti", in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it); M. LIPARI, "Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: La parola al diritto comunitario", in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it), e anche in *Il Foro Amm. Tar*, 2008/1, pp. XLV ss.

(97) La Direttiva Parlamento Europeo Consiglio CE 11/12/2007, n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 20 dicembre 2007, IT, L 335/31), in vigore dal 9 gennaio 2009, modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La nuova disciplina comunitaria dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 31 dicembre 2009.

competente non si è pronunziato almeno sulla questione cautelare.

Essa partendo dal presupposto che il rispetto del diritto comunitario degli appalti, inteso principalmente alla luce dei richiamati principi comunitari di tutela del libero mercato e della concorrenza, non abbia goduto fino ad ora, in base alle precedenti direttive ricorsi 89/665 e 92/13, di proporzionate tutele procedurali e giurisdizionali, si muove essenzialmente su di un diverso profilo.

Intende, infatti, garantire principalmente a tutti i partecipanti, la disponibilità di un arco temporale, intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del successivo contratto, sufficiente per presentare ricorsi amministrativi e giurisdizionali alla stessa stazione appaltante ovvero ad altro organismo pubblico, o, infine, al giudice competente, assicurando così che il contratto non venga - *medio tempore* - stipulato.

Il recepimento della direttiva ricorsi da adottarsi entro il 31 dicembre 2009 rappresenta, pertanto, l'occasione utile e necessaria al fine di regolare l'incidenza dell'annullamento della procedura ad evidenza pubblica rispetto al contratto di diritto privato, mediante l'eventuale adozione di una speciale disciplina di settore.

La portata di tale prescrizione è assai ampia, soprattutto nel caso in cui l'interessato, o una pluralità di soggetti interessati, intenda sottoporre al giudice competente i vizi inerenti all'intera procedura di aggiudicazione e perfino quelli relativi agli atti presupposti; beninteso nei soli casi in cui i medesimi non abbiano avuto l'onere di impugnare in modo immediato e diretto gli stessi atti presupposti.

Appare scontato che in tutte le fattispecie controverse, il giudice amministrativo riceva una giurisdizione piena ed esclusiva, comprensiva, ovviamente, dei poteri - doveri di interpretazione degli atti nazionali conforme al diritto europeo degli appalti, e dell'eventuale obbligo di disapplicazione dei provvedimenti e/o operazioni irreversibilmente incompatibili.

Più complesso è il problema della individuazione del giudice competente a pronunciarsi sul contratto stipulato e/o eseguito in violazione del divieto posto dalla direttiva. Infatti, qualora si segua l'orientamento tradizionale, recentemente ribadito della Corte di Cassazione a SS.UU., spetterebbe pur sempre alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario pronunciarsi sulla sussistenza delle forme di invalidità e/o inefficacia ipotizzate dalla nuova direttiva ricorsi. Tuttavia, anche la norma comunitaria pare deporre piuttosto a favore di una concentrazione dei poteri del medesimo giudice amministrativo.

Tale soluzione, in definitiva, appare maggiormente conforme ad una retta applicazione dei principi comunitari e nazionali sull'effettività della tutela giurisdizionale e sui principi del giusto processo. Essa, inoltre, così applicata, consentirebbe di sanare il contrasto di giurisprudenza tuttora esistente tra giudice amministrativo e giudice ordinario, sul punto. Per ottenere tale obiettivo,

però, è forse necessario superare l'orientamento formalistico e restrittivo che si è voluto far risalire alla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004 e successive, in base al quale la posizione di diritto soggettivo non può mai essere indipendente da una situazione base di interesse legittimo. Infatti, insistendo su tale orientamento la giurisdizione del giudice amministrativo è da un lato piena, ma non esclusiva (98). Proprio su questa base sembra di poter affermare, con ragionevole fondamento, che la Corte di Cassazione continua a considerare la competenza a conoscere *principaliter* del contratto di appalto pubblico, come questione inerente alla tutela di diritti soggettivi perfetti, e come tale attribuita, viceversa, alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Com'è noto, l'inconveniente di questa impropria doppia tutela è quello di aggravare l'accesso alla giustizia da parte dei soggetti interessati, inconveniente che verrebbe eliminato concentrando sul giudice amministrativo anche il potere di conoscere con efficacia principale, delle forme di invalidità del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Ancora più complessa è la questione della portata e dei limiti di applicazione della direttiva ricorsi ai vizi delle concessioni di servizi.

Infatti, da un lato l'equiparazione delle medesime ai normali contratti d'appalto, sembrerebbe deporre a favore di una applicazione analogica dei rimedi approntati dalla direttiva ricorsi anche in caso di impugnazione del procedimento ad evidenza pubblica per l'attribuzione di una concessione di servizi. In senso opposto, peraltro, milita il testo restrittivo adottato dalle direttive CE 17 e 18 del 2004 e dall'art. 30 del Codice dei contratti pubblici. A ciò si aggiunga anche l'orientamento, altrettanto restrittivo, di una parte della giurisprudenza amministrativa (99).

Resta, infine, tuttora operante la distinzione, anche tipologica, tra concessioni di servizi e concessioni di pubblici servizi, soprattutto locali, esaminata nei paragrafi precedenti.

In buona sostanza, sembra, quindi, potersi affermare che solo in presenza di una specifica disciplina comunitaria potrà dirsi compiuto l'intero processo di armonizzazione in materia di appalti e concessioni: in assenza, la giurisprudenza tenderà a mantenere caratteri di frammentarietà, valorizzando, soprattutto, le peculiarità della disciplina nazionale.

---

(98) Come notato da A. POLICE, "La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva", in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2004; p. 976.

(99) Cfr. in particolare Cons. di Stato, Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520, secondo cui le concessioni di servizi sarebbero sottoposte solo ai principi generali dell'ordinamento comunitario nel settore, ma non alle regole specifiche fissate in ordine alla procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici.