

**del 1 marzo 2002, n.3944**

**Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori.**

1) Il ricorso sempre più diffuso allo strumento delle concessioni da parte delle amministrazioni per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e per offrire taluni servizi, in uno con la pendenza di procedure d'infrazione intentate dalla Commissione europea in materia, rende opportuno fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa comunitaria applicabile in subjecta materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni del 12 aprile (G.U.C.E. 121/5 del 29 aprile 2000) e della più recente giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria).

Nella comunicazione la Commissione chiarisce che anche quando le concessioni non siano disciplinate da specifiche direttive sono comunque sottoposte ai principi e alle norme del trattato.

Con la presente circolare s'intendono allora precisare sia i principi del trattato CE che si applicano a tutte le forme di concessioni sia le norme che concernono in particolare le concessioni di lavori pubblici previste dalla direttiva 93/37/CEE (c.d. "direttiva lavori") sugli appalti di lavori pubblici.

2) Il trattato CE non contiene una definizione di concessione.

L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato e' quella contenuta nella direttiva 93/37/CEE che la definisce come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo" (art. 1, lettera d). Una definizione analoga, mutuata da quella comunitaria, e' contenuta nella normativa nazionale che identifica le concessioni di lavori pubblici come quei contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice dove la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati ([art. 19, comma 2](#), legge 11 febbraio 1994, n. 109, come sostituito dall'art. 3, comma 6, della legge 18 novembre 1998, n. 415).

3) Al fine di delimitare l'ambito di applicazione della presente circolare occorre in primo luogo delineare i criteri distintivi delle concessioni di lavori rispetto agli appalti di lavori pubblici in uno con il discrimen tra concessioni di servizi e appalti di servizi.

In base alla menzionata comunicazione interpretativa della Commissione il tratto distintivo delle concessioni di lavori pubblici rispetto agli appalti di lavori consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Da quanto precede si deduce che in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera.

Al contrario si e' in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti. Va peraltro precisato che la distinzione tra concessione e appalti di lavori pubblici non rileva ai fini della tutela giurisdizionale poichè l'[art. 31-bis, comma 4](#), della legge n. 109 del 1994 equipara le due figure sotto tale profilo di tutela. Si deve puntualizzare infine che il ricordato [art. 19, comma 2](#), della legge Merloni contempla anche la possibilità di fattispecie di carattere misto nelle quali il conferimento del diritto di gestione e' accompagnato dal riconoscimento di una controprestazione pecuniaria in favore del costruttore in misura in ogni caso non superiore al 50% dell'importo totale dei lavori.

4) Un analogo criterio vale anche per distinguere e concessioni di servizi pubblici dagli appalti di servizi in quanto, salve le differenze di cui si dirà oltre tra concessione di lavoro e di servizio, anche al concessionario di servizio non viene riconosciuto un prezzo ma solo il diritto ad ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio per un determinato periodo. La Corte di giustizia ha pertanto recentemente escluso che le concessioni di servizi rientrino nella sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti, ed in particolare della direttiva n. 93/38 CE, qualora la controprestazione fornita dall'amministrazione all'impresa privata consista nell'ottenimento da parte di quest'ultima del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., punto n. 58).

In merito, la comunicazione interpretativa ha chiarito che applicando tale criterio si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di qualsiasi canone. Le modalità di remunerazione dell'operatore e', come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione. Come la concessione di lavori anche la concessione di servizi e' caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione. Infine, la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali (punto 2.2 della comunicazione).

Si può aggiungere, ai fini del diritto interno, che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il

servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

Allo scopo di tracciare la distinzione tra l'appalto di servizi e la concessione di servizi pubblici, la dottrina tradizionale ha individuato una molteplicità di criteri utilizzabili, quali:

a) il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico;

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

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

d) l'effetto accrescitivo tipico della concessione. La questione è stata sottoposta all'esame del Consiglio di Stato nel giudizio n. 5771/2001 definito con il dispositivo 12 dicembre 2001, n. 670. A parere di questo Dipartimento, il criterio distintivo più convincente è quello relativo all'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati. Si osserva infatti che l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato. Tale criterio integrativo, peraltro, assume un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente.

5) In linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria si pone l'indirizzo di recente seguito dalla giurisprudenza amministrativa interna. Con la decisione n. 253 del 17 gennaio 2002 la IV Sezione del Consiglio di Stato, pronunciando in ordine all'affidamento di concessione di gestione di rete autostradale, ha osservato che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche, soggiacciono ai principi generali dettati in materia dal trattato costitutivo, come esplicitati dalla più volte rammentata comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000.

Segnatamente il giudice amministrativo ha evidenziato quanto segue:

"in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercede l'utilizzo di procedure competitive selettive. A non diverse conclusioni in ordine alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva, si giunge anche volendo considerare l'affidamento in esame come concessione di costruzione e gestione di opera pubblica. È stata, invero, riconosciuta la portata generale della normativa sulle concessioni di opere pubbliche prevista dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109: più specificamente, la disciplina dell'[art. 19](#) è stata considerata come lo statuto fondamentale dell'istituto della concessione di lavori, che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento ed anche se la concessione sia disposta con legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584; Corte dei conti, sez. contr. Stato, 8 giugno 2000, n. 55, secondo la quale ai sensi dell'[art. 20, comma 2](#), legge n. 109 del 1994 l'unico sistema per la scelta del concessionario è quello della licitazione privata). In evidente adesione alla tesi esposta, di cui costituisce punto di emersione ricognitivo, la legge 24 novembre 2000, n. 340 ([art. 21](#)), stabilisce che "per la costruzione e l'affidamento in gestione delle infrastrutture autostradali si applicano le disposizioni che recepiscono nell'ordinamento italiano la normativa comunitaria in materia di lavori o di servizi".

6) Va inoltre ricordata la recente circolare di questo Dipartimento (cfr. circolare n. 12727 in tema di affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, n. 264 del 13 novembre 2001) che, con riferimento al regime di gestione dei servizi pubblici locali anteriore alle modifiche apportate all'[art. 113 del decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267](#) dall'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448), ha precisato la normativa applicabile in tema di affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste (pubblico-privato).

Nell'occasione, si è chiarito che la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "in house" (cfr. Corte di giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal).

In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto

della gestione del servizio e' consentito senza ricorrere alla procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate.

Al contrario, ove non ricorra un siffatto controllo gestionale ed economico dell'ente pubblico sul soggetto gestore ma l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque configuri, secondo l'interpretazione della commissione, una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento che impongono la necessita' di seguire procedure di evidenza pubblica.

La necessita' del rispetto delle prescrizioni comunitarie in materia di evidenza pubblica e' stata altresì sottolineata ancor più di recente dal decreto 22 novembre 2001 dal Ministero dell'Ambiente e dalla connessa circolare applicativa 17 ottobre 2001, n. GAB/2001/11559/B01, concernenti le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato, a norma dell'art. 20, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36.

Va da ultimo ricordato che l'art. 35 della citata legge finanziaria per l'anno 2002 ha ridisegnato in profondità il sistema dell'affidamento dei servizi pubblici locali dando la stura ad un rinnovato quadro normativo nel quale, per un verso, si stabilisce il principio della separazione tra proprietà delle reti e delle infrastrutture rispetto al compito di gestione del servizio e, dall'altro, si subordina l'affidamento della gestione del servizio pubblico di rilevanza industriale all'espletamento di procedure selettive ispirate ai principi comunitari (cfr., in particolare, i commi 5 e 7 dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

7) In secondo luogo, occorre richiamare l'ulteriore distinzione tra concessione di servizi e concessione di lavori, atta a stabilire se sia o meno applicabile la "direttiva lavori". Tale distinzione si basa su un criterio di "prevalenza funzionale" e implica che se un contratto di concessione riguarda la costruzione di un'opera quale oggetto principale del contratto si tratterà di una concessione di lavori e, purché la soglia di applicazione della direttiva sia stata raggiunta (5.000.000 euro), verrà in rilievo il regime previsto dalla "direttiva lavori".

Al contrario, se i lavori o la costruzione dell'opera sono meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto rappresentato dalla gestione del servizio pubblico, non si applicherà la "direttiva lavori" in quanto le concessioni di servizi ricadono sotto l'applicazione delle norme e dei principi del Trattato (cfr. Comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3 e Corte di giustizia, sentenza 19 aprile 1994, causa C-331/92 Gestion Hoteliere e sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Data processing).

8) Questa distinzione viene in rilievo in particolare per le concessioni autostradali: anche per tali figure occorrerà stabilire se l'oggetto della concessione riguardi principalmente la costruzione di un'infrastruttura quale una nuova tratta autostradale, nel qual caso si tratterà di una concessione di lavori. Ove per converso il contratto dia vita ad un rapporto in cui l'aspetto gestionale ha rilievo predominante e contempli la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio, si tratterà di una concessione di servizi.

La qualifica di una concessione autostradale alla stregua di concessione di servizi comporta, in definitiva, il non assoggettamento, ai fini dell'attribuzione iniziale della concessione così come nell'ipotesi di proroga, alle direttive sugli appalti pubblici, ferma restando l'applicazione delle norme e dei principi del trattato CE, quali in particolare i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

9) Del resto, e' anche possibile che talune operazioni contemplino sia la realizzazione di un'opera o la realizzazione di lavori che la prestazione dei servizi. Per cui, a margine di una concessione di lavori, possono essere concluse delle concessioni di servizi per attività complementari ma indipendenti dalla gestione della concessione dell'opera. Ad esempio, i servizi di ristoro di un'autostrada possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada. Secondo la commissione quando gli oggetti dei contratti sono dissociabili, a ciascun tipo di contratto si applicano le norme ad esso relative (cfr. comunicazione interpretativa, cit., punto 2.3).

10) Nel rispetto di tali definizioni, il ricorso all'istituto concessorio da parte degli Stati non incontra limiti puntuali ma non rende libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione. A prescindere infatti dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si e' posta all'avanguardia nella loro elaborazione.

11) Il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 Bus Wallons, punto 54). La commissione individua quali esempi di pratiche contrarie alla parità di trattamento quelle che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura ovvero la presa in considerazione di soluzioni alternative qualora la possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale.

La sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, e' stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62).

12) Il principio di trasparenza e' strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative.

Per le concessioni di lavori, oltre alle indicazioni sopra illustrate, la direttiva n. 93/37/CEE (art. 11) prevede un regime particolare delle regole di pubblicità che si concretizzano nell'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee un bando di concessione secondo il modello previsto nella stessa direttiva al fine di aprire tale contratto alla concorrenza a livello europeo. Una volta adempite tali pubblicità preliminari, la direttiva lascia libere le amministrazioni concedenti di scegliere la procedura più appropriata, compresa la possibilità di esperire una procedura negoziata, mentre la legislazione nazionale ([art. 20, comma 2](#), legge n. 109 del 1994) prescrive, per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici, la licitazione privata.

13) Anche il principio di proporzionalità deve trovare applicazione nella disciplina delle concessioni: ciò significa, in particolare, che le amministrazioni concedenti devono adottare provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione. Il principio trova applicazione anche per il profilo della durata della concessione che non può eccedere il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali, ferma restando la permanenza del rischio di gestione sul concessionario come già in precedenza illustrato (cfr. tribunale di primo grado, sentenza 8 luglio 1999, causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV).

14) Il principio del mutuo riconoscimento implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione e' fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

15) Il principio della tutela dei diritti fondamentali, rientrando nelle tradizioni comuni agli Stati membri, esige che eventuali provvedimenti di diniego adottati dalle amministrazioni in sede di rilascio delle concessioni o di gestione delle procedure all'uopo finalizzate debbano essere motivate e siano oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte di loro destinatari.

Per quanto riguarda in particolare le concessioni di lavori l'art. 1 della direttiva n. 89/665/CEE prescrive che qualora le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto, gli Stati membri prendano i provvedimenti necessari per garantire che tali decisioni possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

16) Tali essendo i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario, questo Dipartimento invita le amministrazioni interessate a conformarsi alle ricordate prescrizioni in sede di rilascio di provvedimenti concessori, di gestione delle relative procedure selettive e di adozione degli eventuali conseguenti provvedimenti di proroga o di rinnovo.

Si ricorda in particolare che, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve di regola essere conseguente a una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal trattato istitutivo, in modo da consentire, anche attraverso idonee forme di pubblicità, la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie chances partecipative.

Si rammenta in proposito che nel sistema comunitario il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai principi fin qui esposti, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto. Le stesse considerazioni sono estensibili all'ipotesi di proroga delle concessioni già rese, essendo nota l'equiparazione sancita dal diritto comunitario tra il rilascio di nuova concessione e proroga della concessione in scadenza.

Si segnala conclusivamente che le inosservanze delle regole comunitarie sopra descritte potrebbero rendere lo Stato italiano destinatario di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea ed imporre l'attivazione di consequenziali provvedimenti.

Roma, 1 marzo 2002

[Indice](#)   [Home](#)