

*Alma Mater Studiorum – Università di Bologna*

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXX

**Settore Concorsuale:** 12/D1 – Diritto amministrativo

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/10 – Diritto amministrativo

I SERVIZI D'INTERESSE ECONOMICO GENERALE E IL SERVIZIO  
FARMACEUTICO: L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE TRA DIRITTO  
EUROPEO E LEGISLAZIONE NAZIONALE

*Presentata da:* dott. Roberto Calzoni

**Coordinatore Dottorato**

**Supervisore**

**Chiar.mo prof. Andrea Morrone**

**Chiar.mo prof. Giuseppe Caia**

*Esame finale anno 2018*



I SERVIZI D' INTERESSE ECONOMICO GENERALE  
E IL SERVIZIO FARMACEUTICO:  
L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE  
TRA DIRITTO EUROPEO E LEGISLAZIONE  
NAZIONALE



## **ABSTRACT**

La direttiva 2014/23/UE rappresenta la prima iniziativa promossa dal Parlamento europeo e dal Consiglio volta a disciplinare in modo organico le concessioni i servizi. Il presente progetto si pone come obiettivo quello di analizzare le previsioni che il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 pone a disciplina dei contratti di concessione di servizi, evidenziando come il più delle volte il legislatore nazionale si sia limitato a riprodurre pedissequamente previsioni della direttiva anche laddove di fatto godesse di una maggiore libertà di scelta. Si procederà, inoltre, ad analizzare le diverse tipologie di servizio di interesse generale contemplate in ambito europeo e all'individuazione delle omologhe categorie di servizio pubblico previste dal diritto nazionale. Ci si interrogherà, infine, sulla possibilità di ricondurre il servizio farmaceutico nel novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e sulla possibilità di ricomprendere la concessione di servizi tra i modelli di conduzione delle farmacie pubbliche.

The research project consists of the analysis of the main innovations introduced by the public contracts code in the matter of service concessions, assessing whether this contractual situation could act as a model for the management of municipal pharmacies. We will proceed to examine the services of general economic interest in Europe and then proceed to identify the homologous public service categories provided for by national law. This last analysis will allow to evaluate the nature of the pharmaceutical service by asking about the possibility of placing it or not in the local public services.



## Indice

### CAPITOLO I I SERVIZI D'INTERESSE GENERALE NEL DIRITTO EUROPEO

1. Premessa	13
2. I servizi d'interesse generale	15
3. I servizi d'interesse economico generale	17
4. I servizi non economici d'interesse generale	23
4.1. Le prerogative dei pubblici poteri	27
4.2. Le attività a carattere sociali	28
5. L'art. 106, TFUE: il bilanciamento tra libero mercato e intervento pubblico nell'economia	32
5.1. L'art. 106, paragrafo 1, TFUE, ed il divieto di misure contrarie alle norme del Trattato	33
5.2. L'art. 106, paragrafo 2, TFUE, e l'affidamento dei SIEG come eccezione all'applicazione del diritto <i>antitrust</i>	37
5.3. L'art. 106, paragrafo 3, TFUE, ed il potere di vigilanza della Commissione europea in materia di SIEG	43
6. L'art. 14, TFUE, e la funzione sociale dei SIEG	46
7. Il Protocollo n. 26, ed i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei SIEG	47
8. Il diritto fondamentale di accesso ai servizi d'interesse economico generale	50
9. Il servizio universale.	53

### CAPITOLO II I SERVIZI PUBBLICI NEL DIRITTO NAZIONALE

1. Premessa	56
-------------	----

2. Il servizio pubblico nell'attuale momento ordinamentale	57
3. Sulla nozione di servizio pubblico locale	64
4. I servizi pubblici locali di rilevanza economica	68
5. I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica	73
6. Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura: rinvio al cap. VII	74
7. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali	77
7.1. La legge 8 giugno 1990, n. 142, e l'affermazione del modello societario	80
7.2. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sull'ordinamento degli enti locale	83
7.3. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali a seguito del <i>referendum</i> abrogativo del 12 e 13 giugno 2011	85
7.4. La disciplina di cui all'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199	86
7.5. La legge 7 agosto 2015, n. 124 e lo schema di Testo unico sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale	87
7.6. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica	88
7.7. Il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50: il codice dei contratti pubblici.	92
8. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'attuale contesto normativo	93

## CAPITOLO

### III

#### IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

#### NELLA DISCIPLINA EUROPEA E NAZIONALE

1. Premessa	96
2. Il partenariato pubblico-privato in ambito europeo	97
3. La nozione descrittiva di PPP fornita dalle Istituzioni europee	98
4. Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale	102

5. Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato	103
6. Il partenariato pubblico-privato nel diritto nazionale: profili definitivi	104
6.1. L'oggetto delle operazioni di partenariato pubblico-privato	109
6.2. L'allocazione dei rischi	110
6.3. La contropartita a favore dell'operatore economico	114
6.4. La convenienza economica e la sostenibilità finanziaria	116
6.5. Le procedure di affidamento dei contratti di PPP	118

## CAPITOLO

### IV

#### LA CONCESSIONE DI SERVIZI

##### IN AMBITO EUROPEO

1. Premessa	122
2. La concessione di servizi in ambito europeo	123
3. La direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione	127
4. Concessioni di servizi e concessioni di servizio pubblico	130
5. Il diritto di gestione e di sfruttamento economico del servizio	132
6. Il rischio operativo trasferito al concessionario	133
7. La distribuzione proporzionale dei rischi	136
8. Il rischio operativo sul lato della domanda	137
9. Il rischio operativo sul lato dell'offerta	139
10. La mitigazione del rischio operativo	142
11. Il rischio operativo e l'equilibrio economico-finanziario: il necessario bilanciamento	144
12. La scelta del <i>partner</i> privato: la procedura di gara ed il criterio di selezione	146
13. Le norme poste a disciplina dell'esecuzione dei contratti di concessione	149
13.1. Il subappalto	150
13.2. Le modifiche del contratto in corso di validità	151
13.3. La risoluzione del contratto di concessione	152

14. La necessità di individuare un'autorità alla quale affidare il controllo dell'applicazione delle norme poste a disciplina del contratto di concessione.	154
---	-----

## **CAPITOLO**

### **V**

#### **LA CONCESSIONE DI SERVIZI NELLA DISCIPLINA NAZIONALE**

1. Premessa	156
2. Il contratto di concessione di servizi nel codice dei contratti pubblici: la disciplina applicabile	157
3. Il contratto di concessione di servizi: profili definitivi	159
4. La rilevanza del consenso nel quadro dell'istituto concessorio: la natura delle concessioni	160
5. L'assunzione del rischio operativo legato alla gestione dei servizi	167
6. Le fonti di redditività del concessionario ed il dubbio sull'ammissibilità delle concessioni c.d. fredde	169
7. L'equilibrio economico finanziario nelle concessioni	171
8. La durata del contratto di concessione	174
9. Il principio di libera amministrazione da coordinarsi con il rinvio operato alla parte II dall'art. 164, c. 2, del Codice	176
10. Le previsioni di parte III del Codice sull'aggiudicazione dei contratti di concessione	179
11. I contratti misti di concessione	183
12. La disciplina del subappalto	184
13. Le modifiche dei contratti di concessione in corso di esecuzione	187
14. Lo scioglimento del contratto di concessione	192
15. L'obbligo di esternalizzazione mediante procedura ad evidenza pubblica	196
16. Le norme in materia di concessione autostradali e il relativo regime transitorio	199

## **CAPITOLO**

### **VI**

#### **LA VIGILANZA SULLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA E SULL'ECONOMICITÀ DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE DI SERVIZI**

1. Premessa	202
2. Le autorità competenti: il quadro generale	203
3. L'autorità nazionale anticorruzione	208
4. La funzione di vigilanza dell'Autorità	209
4.1. Gli ambiti sottoposti a vigilanza	213
4.2. La vigilanza collaborativa	214

## **CAPITOLO**

### **VII**

#### **IL SERVIZIO FARMACEUTICO E L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DELLA FARMACIA COMUNALE**

1. Premessa	217
2. Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura	218
3. Le forme di gestione della farmacia comunale	224
4. L'impraticabilità di modelli di gestione diversi da quelli previsti dalla legislazione speciale	226
5. La non tassatività dei modelli di gestione del servizio farmaceutico	227
6. Le clausole di salvaguardia poste a favore dell'art. 9, l. n. 475 del 1968 previste dalla disciplina dei servizi pubblici locali in genere	231
7. Il riepilogo delle forme di gestione delle farmacie comunali	233
8. La concessione a terzi delle farmacie comunali presenti nei grandi centri di aggregazione: il divieto di "cessione della gestione" sancito dall'art. 11, legge 24 marzo 2012, n. 27	234

9. I vantaggi e gli svantaggi della scelta dissociativa	238
10. I possibili sviluppi applicativi derivanti dall'affidamento a terzi della gestione della farmacia comunale	240
11. Analisi della concentrazione delle farmacie sul territorio italiano	242
12. Dati statistici relativi alla forma giuridica delle farmacie comunali: il numero degli affidamenti in concessione a privati	244
<b>Conclusioni</b>	247
<b>Bibliografia</b>	254

## CAPITOLO

### I

#### I SERVIZI D' INTERESSE GENERALE

##### NEL DIRITTO EUROPEO

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. I servizi d'interesse generale – 3. I servizi d'interesse economico generale – 4. I servizi non economici d'interesse generale – 4.1. Le prerogative dei pubblici poteri – 4.2. Le attività a carattere sociale – 5. L'art. 106, TFUE: il bilanciamento tra libero mercato e intervento pubblico nell'economia – 5.1. L'art. 106, paragrafo 1, TFUE, ed il divieto di adottare misure statali contrarie alle norme del Trattato – 5.2. L'art. 106, paragrafo 2, TFUE, e l'affidamento dei SIEG come eccezione all'applicazione del diritto *antitrust* - 5.3. L'art. 106, paragrafo 3, TFUE, ed il potere di vigilanza della Commissione europea in materia di SIEG -6. L'art. 14, TFUE, e la funzione sociale dei SIEG – 7. Il Protocollo n. 26, ed i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei SIEG – 8. Il diritto fondamentale di accesso ai servizi d'interesse economico generale – 9. Il servizio universale.

#### 1. Premessa.

Prima di procedere alla disamina dei servizi d'interesse generale (SIG), è opportuno premettere come l'espressione “servizio pubblico” non sia utilizzata, se non in modo marginale, nell'ambito del diritto primario europeo <sup>1</sup>.

Tale espressione si rinviene con maggiore frequenza negli atti di diritto derivato sebbene la stessa sia più che altro impiegata con funzione di attributo, per qualificare gli obblighi di certe imprese o per evidenziare la finalità di certi contratti <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In soli due casi il diritto primario utilizza l'espressione “servizio pubblico”: nel Protocollo n. 29, allegato al TFUE, seppur con riferimento esclusivo al settore radiotelevisivo, ed all'art. 93 TFUE concernente il regime degli aiuti di Stato in materia di trasporti.

<sup>2</sup> A. ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica*, Napoli, 2011, p. 92. Si pensi, ad esempio, agli “obblighi di servizio pubblico”, oppure alle “concessioni di servizio pubblico”. In tali casi, come evidenziato da D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2010, p. 14, “servizio pubblico” viene ad assumere un significato analogo all'espressione “di pubblico interesse” in uso nel diritto domestico.

Tale terminologia fu esclusa dal lessico dell'ordinamento europeo in ragione della difficoltà di enucleare una definizione di servizio pubblico che fosse comune a tutti gli Stati membri <sup>3</sup>.

La normativa europea, tuttavia, non si dimostrò disinteressata alla tematica, dovendosi rinvenire in altre espressioni di concezione europea i riferimenti a quelle che sono le categorie di servizio contemplate nel nostro ordinamento giuridico <sup>4</sup>.

L'espressione che più si avvicina al concetto nazionale di "servizio pubblico" è quella di "servizio d'interesse generale", che nell'ambito del diritto primario europeo compare al Protocollo n. 26, allegato al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea <sup>5</sup>.

Nell'ambito dei servizi d'interesse generale è possibile ricondurre due ulteriori *species* di servizi: i servizi d'interesse economico generale ed i servizi non economici d'interesse generale.

L'espressione "servizi d'interesse economico generale", in particolare, fu impiegata già nel Trattato che istituì la Comunità Economica Europea, per

---

<sup>3</sup> Come evidenziato da M. CAMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 179 ss. Ma vedasi anche G. TELESE, *Servizio d'interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, p. 947. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito, o più in generale ai sistemi di *common law*, dove l'espressione *public utilities*, al plurale, è da considerarsi priva di valore giuridico, pur assumendo rilevanza sotto il profilo economico e politologico, mentre l'espressione *public service*, al singolare, è normalmente impiegata con riferimento al settore del pubblico impiego. In Germania, l'espressione *öffentliche Dienstleistungen* individua i servizi pubblici in senso prevalentemente socioeconomico, mentre il concetto giuridico di *daseinsvorsorge* appare circoscritto ai servizi pubblici essenziali. Anche in Italia, l'espressione "servizi pubblici" può assumere rilevanza differente a seconda del settore in cui viene ad assumere rilievo.

<sup>4</sup> S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 26-27

<sup>5</sup> E' favorevole a tale coincidenza G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Servizi pubblici ed appalti*, 2005, p. 154, il quale utilizza servizio pubblico come sinonimo di servizio d'interesse generale, precisando che "in base al diritto europeo il servizio pubblico o d'interesse generale non è qualsivoglia attività economica di prestazioni di servizi ma quella rispetto alla quale la pubblica amministrazione svolge un ruolo di istituzione e/o organizzazione". In dottrina è possibile rinvenire posizioni contrarie a tale ricostruzione: E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 232, afferma che "non sembra potersi ritenere che la nozione di servizio d'interesse economico generale sia più ampia di quella di servizio pubblico: le due nozioni appaiono coincidere".

affermare la possibilità di derogare all'applicazione delle norme del Trattato ed in particolare di quelle relative alla tutela della concorrenza <sup>6</sup>.

In tale capitolo si procederà, pertanto, ad analizzare preliminarmente la categoria dei SIG per poi approfondire le diverse *species* di servizi riconducibili a tale *genus*.

In particolare, ci si soffermerà sul diverso modo di concepire i SIEG. Questi, infatti, se in origine furono concepiti come mera eccezione all'applicazione delle norme del Trattato, in un secondo momento, a seguito della loro riconducibilità nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, hanno altresì acquisito una accezione positiva.

## **2. I servizi d'interesse generale.**

Nell'ambito del diritto primario per molti anni mancò un qualsiasi riferimento ai servizi d'interesse generale.

Al contrario, tale espressione risultava già da tempo impiegata in numerosi documenti di *soft law* presentati dalla Commissione europea, i quali, oltre a sottolinearne l'importanza, procedevano di volta in volta a definirne il contenuto.

Il primo documento che si interrà di servizi d'interesse generale fu la comunicazione della Commissione intitolata “*I servizi d'interesse generale in Europa*” presentata nel 1996. Detta comunicazione riferiva i servizi d'interesse generale a quei “*servizi forniti dietro retribuzione o meno, considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico*”<sup>7</sup>.

Il Libro verde sui servizi d'interesse generale, presentato dalla Commissione, nel 2003, procedeva anch'esso a qualificare i SIG proponendo

---

<sup>6</sup> G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, evidenzia come originariamente i servizi d'interesse economico generale fossero considerati come qualcosa di “*periferico*” rispetto al fine primario della Comunità europea, vale a dire costruire di un mercato comune attraverso l'eliminazione degli ostacoli al commercio.

<sup>7</sup> Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (1996)*, in GUCE C 281 del 26 settembre 1996, cit.; a cui fece seguito un'ulteriore comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa (2000)*, in GUCE C 17 del 19 gennaio 2001, la quale confermava la validità delle definizioni, delle idee e degli obiettivi esposti nella comunicazione del 1996. Queste due comunicazioni sono state integrate da una relazione al Consiglio europeo di *Laeken*, del 17 ottobre 2001.

una definizione parzialmente rinnovata. Per tale documento, infatti, alla categoria in esame era possibile ricondurre “sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano d’interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”<sup>8</sup>.

La comunicazione sui “*servizi d’interesse generale, compresi i servizi sociali d’interesse generale: un nuovo impegno europeo*”, operò un’ulteriore parziale modifica lessicale alla predetta nozione ed in luogo dell’inciso “*servizi di mercato che quelli non di mercato*” ritenette più appropriato esprimersi in termini di “*i servizi economici e non economici che le autorità pubbliche classificano d’interesse generale e soggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*”<sup>9</sup>.

Se inizialmente l’espressione “servizi d’interesse generale” era stata ritenuta equivalente a quella di “servizi d’interesse economico generale”<sup>10</sup>, in un secondo momento, la Commissione preferì attribuire alla prima una portata più ampia, tale da potervi ricondurre non solo le attività economiche ma anche quelle non economiche purché funzionali al soddisfacimento di interessi generali<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Libro verde sui servizi d’interesse generale del 21 maggio 2003 presentato dalla Commissione delle Comunità Europee, paragrafo 16.

<sup>9</sup> Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, “*I servizi d’interesse generale, compresi i servizi sociali d’interesse generale: un nuovo impegno europeo*”.

<sup>10</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione, *I servizi d’interesse generale*, COM(2000)580 def. paragrafo 1, punto 2. In dottrina, sull’equivalenza tra SIG e SIEG, cfr. G. GAGGIANO, *La disciplina dei servizi d’interesse economico generale*, Torino, 2008, p. 6 ss; A. ARENA, *La nozione*, cit., p. 181; G.C. SALERNO, *Servizi d’interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’Unione europea*, Torino, 2010, p. 108.

<sup>11</sup> V. CERULLI IRELLI, *L’impresa pubblica nella costituzione economica italiana*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), identifica gli «obblighi di servizio pubblico» con quelle prestazioni cui le imprese sono soggette, anche in virtù della regolazione pubblica della loro attività, che non verrebbero espletate in applicazione di una stretta logica imprenditoriale, tese a soddisfare fini sociali. Si pensi, ad esempio, alle c.d. tratte non remunerative nel settore dei trasporti, vale a dire quei servizi di trasporto che raggiungono isole o zone remote e poco popolate, nei casi in cui il libero gioco delle forze di mercato non garantirebbe un adeguato livello del servizio, al fine di garantire la c.d. “continuità territoriale”. A mero titolo esemplificativo, cfr., nel settore del trasporto aereo, l’art. 2, let t. o), del Regolamento (CEE) n. 2408/92, cit., in base al quale per « onere di servizio pubblico » si intende « qualsiasi onere imposto a un vettore aereo di prendere tutte le misure necessarie, relativamente a qualsiasi rotta sulla quale sia stato abilitato a operare da parte di uno Stato membro, per garantire la prestazione di un servizio che soddisfi determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione, criteri cui il vettore stesso non si atterrebbe se tenesse conto unicamente del suo interesse commerciale »

A tal proposito, il Libro verde sui servizi d'interesse generale precisava come l'espressione "servizi d'interesse generale" fosse utilizzata nel citato documento solo se ci si fosse riferiti "anche a servizi non economici" o quando non fosse stato "necessario specificare la natura economica o non economica dei servizi in oggetto".

A fronte di tale indicazioni, è dunque possibile rappresentare l'ampia categoria dei "servizi d'interesse generale" come composta da due sottocategorie: quella dei "servizi d'interesse economico generale" e quella dei "servizi non economici d'interesse generale".

I SIG hanno ricevuto un formale riconoscimento a livello di diritto primario solo con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona, infatti, è interamente dedicato ai "servizi d'interesse generale" e ripropone la medesima ripartizione, riservando l'art. 1 alla disciplina dei servizi d'interesse economico generale, e l'art. 2 alla regolazione dei servizi non economici d'interesse generale.

Il citato Protocollo, tuttavia, non fornisce alcun chiarimento in merito al concetto di SIG. Le stesse definizioni di servizio d'interesse generale proposte dalla Commissione non vanno mai oltre l'essenzialità, stante la difficoltà, già evidenziata, di individuare una nozione univoca e comune a tutti gli Stati membri che potesse armonizzarsi con le singole legislazioni nazionali. Negli Stati membri, infatti, per i servizi d'interesse generale, si utilizzano termini e definizioni diverse, frutto di un'evoluzione diversa sul piano storico, economico, culturale e politico.

Per tale ragione, spetterà alle autorità nazionali, regionali e locali di ciascuno Stato membro classificare ciò che esse considerano un servizio d'interesse generale, fermo restando la possibilità per la Commissione di contestare eventuali errori manifesti <sup>12</sup>.

### **3. I servizi d'interesse economico generale**

I servizi d'interesse economico generale rappresentano una *species* del più ampio *genus* dei servizi d'interesse generale.

Diversamente dall'espressione "servizi d'interesse generale", che è stata per

---

<sup>12</sup> Comunicazione della Commissione, I servizi d'interesse generale, COM (96)443 def., punto 16.

lungo tempo estranea al diritto primario europeo, la locuzione “servizi d’interesse economico generale” fu impiegata già nel Trattato CEE, all’art. 90, paragrafo 2, allo scopo di proteggere le imprese incaricate della gestione dei SIEG dall’applicazione delle regole di concorrenza.

Se inizialmente i SIEG costituivano una mera eccezione alla regola della concorrenza, il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, comprendendone l’importanza, ha ricondotto gli stessi tra i “*valori comuni dell’Unione*”<sup>13</sup>.

Allo stato attuale, il Trattato di Lisbona impiega l’espressione “*servizi d’interesse economico generale*” in tre diversi articoli:

- all’art. 14 (ex art. 16 del TCE);
- all’art. 106 (ex art. 86 TCE);
- al protocollo n. 26, allegato al TFUE.

L’art. 14, TFUE, assegna all’Unione e agli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione del Trattato, il compito di provvedere affinché i servizi d’interesse economico generale funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano di assolvere i propri compiti, ossia principi e condizioni che garantiscano la corretta ed efficiente erogazione del servizio a favore della collettività.

L’art. 106, TFUE, invece, si compone di tre distinti paragrafi: il primo, vieta agli Stati membri di mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dall’art. 18 e dagli artt. da 101 a 109 inclusi; il secondo, sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi d’interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale alle norme del Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non ostacoli all’adempimento della specifica missione loro affidata; il terzo, infine, attribuisce alla Commissione il compito di vigilare sull’applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

---

<sup>13</sup> Come evidenziato anche da D. SORACE, *I servizi pubblici*, cit., p. 1 ss.

Il Protocollo n. 26, allegato al TFUE, recante disposizioni interpretative dell'art. 14 TFUE, con riguardo ai servizi d'interesse economico generale, riconduce tra i valori comuni dell'Unione: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi d'interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi d'interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente <sup>14</sup>.

Ai servizi d'interesse economico generale è dedicato, altresì, l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione attribuisce a quest'ultima il compito di *“riconosce e rispettare l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità Europea”*.

Pur essendo espressione ampiamente utilizzata, la cui valenza è tutt'altro che marginale, né il Trattato, né la normativa derivata, forniscono una definizione precisa e completa al concetto di SIEG.

Neppure la Corte di giustizia, a tutt'oggi, ha fornito una definizione esaustiva della nozione di *“servizi d'interesse economico generale”*, limitandosi a operare una valutazione caso per caso.

Ad esempio, sono state considerate economiche le l'attività di collocamento svolta dagli uffici pubblici per l'impiego <sup>15</sup>; i regimi di assicurazione facoltativa che funzionano secondo il principio della capitalizzazione <sup>16</sup>; i servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati <sup>17</sup>; i servizi consistenti nell'espletare

---

<sup>14</sup> L'espressione «servizi d'interesse economico generale» compare, altresì, nella della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 36, secondo cui «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità Europea».

<sup>15</sup> Causa C-41/90, *Höfner e Elser c. Macrotron GmbH*, punto 21.

<sup>16</sup> Causa C-244/94, *FFSA e a. c. Ministère de l'Agriculture*, punti 17-22.

<sup>17</sup> Causa C-475/99, *Glückner c. Südwestfalz*, punto 20.

attività doganali concernenti l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario, offerti da spedizionieri doganali assumendo i relativi rischi finanziari<sup>18</sup>; la fornitura da parte di soggetti giuridici di servizi di assistenza ai lavoratori dipendenti e ai datori di lavoro, relativi alla compilazione della dichiarazione dei redditi e di altri servizi di consulenza in materia<sup>19</sup>; la gestione delle infrastrutture di trasporto<sup>20</sup>; i servizi medici prestati in un contesto ospedaliero o altrove<sup>21</sup>; alloggi ad affitti agevolati<sup>22</sup>; la fornitura di infrastrutture ausiliarie nel campo dell'edilizia popolare<sup>23</sup>.

I servizi d'interesse economico generale sono stati, altresì, oggetto di disamina da parte di numerosi atti di *soft-law*<sup>24</sup>. Tali atti hanno contribuito in modo considerevole a fare luce sul significato da attribuire all'espressione in esame. È stato così affermato che sono riconducibili alla categoria dei SIEG tutti quei servizi che sono forniti dietro retribuzione, purché essi risultino funzionali ad assolvere missioni d'interesse generale e siano assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico.

La natura economica dell'attività nonché la strumentalità della stessa al soddisfacimento di interessi generali, a prescindere dalle caratteristiche del prestatore<sup>25</sup>, possono dunque considerarsi gli elementi che caratterizzano tale *species* di servizio d'interesse generale.

L'assenza di una definizione che vada oltre l'essenzialità deriva ancora una

---

<sup>18</sup> Causa C-35/96, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 37.

<sup>19</sup> Causa C-451/03, *Servizi Ausiliari dott. comm. srl c. G. Calafiori*, punto 63.

<sup>20</sup> Causa C-82/01, *Aéroports de Paris c. Commissione*, punti 91-92.

<sup>21</sup> Causa C-157/99 *Smits e Peerbooms c. Stichting*, punto 53.

<sup>22</sup> Decisione della Commissione relativa all'aiuto N 89/2004 – Irlanda – *Garanzie a favore della Housing Finance Agency, programmi di edilizia abitativa finanziati dalla HFA*, GU C 131 del 28.5.2005.

<sup>23</sup> Decisione della Commissione relativa all'aiuto N 395/05 – *Loan guarantees for social infrastructure schemes funded by the Housing Finance Agency (HFA)*, GU C 77 del 5.4.2007.

<sup>24</sup> Tra le principali iniziative intraprese dalla Commissione in materia di SIEG è possibile annoverare i seguenti pluricitati documenti: la Comunicazione sui servizi d'interesse generale del 1996; la Comunicazione sui servizi d'interesse generale del 2001; il Libro verde sui servizi d'interesse generale del 2003; il Libro bianco sui servizi d'interesse generale del 2004; la Comunicazione “*una disciplina di qualità per i servizi d'interesse generale in Europa del 2011*”.

<sup>25</sup> P. BAUBY, M.M. SIMILIE, *Public services in the European Union e in the 27 members states*, Bruxelles, 2010, p. 11.

volta dal fatto i servizi d'interesse economico generale non possono essere considerati una categoria del tutto indipendente dalle classificazioni nazionali bensì un concetto la cui definizione è rimessa agli Stati membri <sup>26</sup>.

Il potere rimesso agli Stati membri nella definizione dei SIEG non è tuttavia illimitato bensì sottoposto a due restrizioni:

- i settori che sono stati armonizzati a livello dell'Unione Europea;
- l'errore manifesto di valutazione.

Nei settori oggetto di misure sovranazionali di armonizzazione, che abbiano preso in considerazione l'interesse generale, il margine di manovra (*id est*: la discrezionalità) degli Stati membri è ridotto, non potendo gli stessi legiferare in contrasto con le norme che governano tale armonizzazione.

Si tratta di particolari di settori le cui dimensioni e struttura di rete sono tali da conferire ai servizi una dimensione europea <sup>27</sup>.

Nei settori non specificatamente disciplinati da norme dell'UE, gli Stati membri sono liberi di definire quali categorie di servizio pubblico siano da ricondursi all'espressione servizi d'interesse economico generale.

Alla Commissione è comunque riservato il compito di valutare la sussistenza di possibili errori compiuti dagli Stati membri nella classificazione di ciò che essi considerano SIEG <sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> V. la Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale*, COM(2000)580 def., punto 22, nell'individuare i principi posti alla base dell'applicazione dell'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE, precisa che: "La libertà di definizione significa che fundamentalmente agli Stati membri definire che cosa considerino "servizi d'interesse economico generale", in funzione delle specifiche caratteristiche delle attività". In giurisprudenza: causa C-265/08, *Federutility c. Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, punto 29. In dottrina, A. ARENA, *La nozione*, cit., p. 175.

<sup>27</sup> Sono stati armonizzati a livello di Unione: il settore delle telecomunicazioni; il settore delle poste; il settore dell'energia. Cfr. direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), GU L 108 del 24.4.2002, pag. 51, modificata dalla direttiva 2009/136/CE, GU L 337 del 18.12.2009, pag. 11; direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, GU L 15 del 21.1.1998, pag. 14, modificata dalle direttive 2002/39/CE, GU L 176 del 5.7.2002, pag. 21, e 2008/06/CE, GU L 52 del 27.2.2008, pag. 3 e direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, GU L 211 del 14.8.2009, pag. 55.

<sup>28</sup> Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (2000), COM(2000)580 def., punto 22.

A tal fine, onde rendere possibile l'esercizio di tale forma di controllo, si richiede che la missione SIEG sia affidata dall'autorità pubblica mediante un "atto pubblico di investitura"<sup>29</sup>.

L'atto di incarico, che potrà assumere la forma di un atto legislativo o regolamentare o di un contratto, dovrà fornire le ragioni per le quali l'autorità ritiene che il servizio, per il suo carattere specifico, meriti di essere qualificato come SIEG<sup>30</sup>.

In assenza di una siffatta motivazione, un controllo, anche marginale da parte delle Istituzioni europee non sarebbe possibile.

Dunque, la definizione dei servizi d'interesse economico generale, non è interamente rimessa agli organi sovranazionali, in ragione del principio della libertà di definizione, pur non potendosi nel contempo considerare totalmente rimessa alla determinazione degli Stati membri.

Si può, dunque, immaginare i servizi d'interesse economico generale come un "contenitore concettuale" ove la libertà riconosciuta agli Stati membri è circoscritta entro confini sempre più definiti<sup>31</sup>.

Una volta definito un servizio come d'interesse economico generale, lo Stato dovrà decidere se lasciarlo al mercato o riservarlo alla mano pubblica.

---

<sup>29</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 febbraio 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd e BUPA Ireland Ltd* c. Commissione delle Comunità europee, causa T-289/03, punto 172.

<sup>30</sup> Corte di giustizia, sentenza 10 dicembre 1997, Causa C-179/90, *Mercato Convenzionali Porto di Genova spa c. Siderurgica Gabrielli spa*, punto 27: "Si deve rilevare in proposito che non risulta dagli atti di causa trasmessi dal giudice nazionale né dalle osservazioni presentate alla Corte che l'interesse economico generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica e nemmeno che, se così fosse, l'applicazione delle norme del Trattato, in particolare di quelle in materia di concorrenza e in materia di libera circolazione, osterebbe all'adempimento di siffatta missione"; sentenza 27 novembre 2003, C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse s.p.a. c. Ministro delle Finanze*, punto 34: "Ora, si deve constatare che dal fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio non risulta che le Aziende siano state incaricate di una missione di servizio pubblico né, a fortiori, che questa sia stata chiaramente definita".

<sup>31</sup> A. ARENA, *La nozione*, op. ult. cit., p. 180, ritiene che i servizi d'interesse economico generale costituiscano un "contenitore concettuale", che gli Stati possono liberamente riempire di contenuto nell'ambito di "bordi" definiti a livello sovranazionale, ossia, fuor di metafora, dei suddetti "criteri minimi e "valori comuni". Va da sé che la progressiva chiarificazione di tali "confini", attraverso l'esercizio da parte della commissione del suo potere di controllo in caso di errore manifesto, l'impiego ad opera del legislatore dell'Unione della base giuridica di cui all'articolo 14, secondo periodo, TFUE e l'attività interpretativa della Corte di giustizia, non potrà che accelerare la "sovranazionalizzazione" della nozione di "servizi d'interesse economico generale".

In sede nazionale, tale scelta soggiace al rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale.

L'ente pubblico dovrà pertanto valutare la capacità del mercato di fornire il servizio in modo soddisfacente e a condizioni - quali prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità e accesso al servizio - coerenti con l'interesse pubblico.

E' stato, infatti, affermato che non sia opportuno attribuire diritti speciali ovvero diritti esclusivi ad una impresa per l'esercizio di una attività già fornita in modo soddisfacente da imprese private operanti secondo le normali regole del mercato <sup>32</sup>.

Contrariamente, qualora un servizio teso a soddisfare un interesse pubblico sia fornito dal mercato ma a condizioni non soddisfacenti – perché il mercato non è in grado di fornirlo ad un livello di qualità o ad un prezzo che le autorità pubbliche considerano adatto ad un servizio d'interesse generale (ad esempio, le tariffe dei trasporti risultano troppo elevate per le famiglie a basso reddito) – tale servizio potrà essere assunto dall'ente locale.

In tale ultima ipotesi, in ambito europeo, l'ente pubblico è libero di decidere se autoprodurre il servizio oppure esternalizzarlo nel rispetto delle procedure di aggiudicazione predisposte dalle direttive europee.

#### **4. I servizi non economici d'interesse generale**

L'espressione “servizi non economici d'interesse generale” non era utilizzata nel TCE, né nella normativa derivata.

L'art. 16 TCE (ora art. 14 TFUE) e l'art. 86 TCE (ora art. 106 TFUE) erano - e lo sono tuttora - posti a disciplina dei soli SIEG.

La prima comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa prodotta dalla Commissione nel 1996 non forniva una definizione all'espressione “servizi non economici d'interesse generale”, pur avendo cura di precisare che detta *species* di servizi “*non potranno essere trattati allo stesso modo che i*

---

<sup>32</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 febbraio 2001, C- 205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir)* e a. c. *Administración General del Estado*, punto 71.

*servizi d'interesse economico generale*<sup>33</sup>.

La necessità di sottoporre i servizi non economici d'interesse generale ad una differente regolazione fu altresì ribadita nel “*Libro verde sui servizi d'interesse generale*” del 2003, ove si precisava che, fatto eccezione per quelle norme europee che costituiscono espressione di principi generali e come tali applicabili a tutti i servizi d'interesse generale, in ragione della mancanza di un mercato concorrenziale, i servizi non economici d'interesse generale non possono considerarsi attratti all'ambito di applicazione delle norme del Trattato sul mercato interno<sup>34</sup>.

La distinzione tra SIEG e SINEG, dunque, si rileva tutt'altro che teorica: qualificare un'attività come servizio d'interesse economico generale vale a determinare la sua sottoposizione alle norme del Trattato e di quelle poste a tutela della concorrenza.

Preso atto che entrambe le categorie hanno come comune denominatore la circostanza di assolvere missioni d'interesse generale, condizione che può giustificare l'assoggettabilità a specifici obblighi di servizio pubblico<sup>35</sup>, il discrimine tra le due tipologie di servizi d'interesse generale consiste nella natura più o meno economica dell'attività<sup>36</sup>.

Per chiarire quando un'attività possa considerarsi economica occorre volgere lo sguardo all'attività della Corte di giustizia, la quale ha costantemente affermato che può considerarsi tale “*qualsiasi attività che consiste nell'offrire merci o servizi su un determinato mercato da parte di una impresa, a prescindere dallo status giuridico dell'entità e dalle sue modalità di finanziamento*”<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (1996), cit. punto 18.

<sup>34</sup> Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale, COM (2003) 270 *final*, GUUE C 76 del 25 marzo 2004, punti 32 e 43.

<sup>35</sup> D. GALLO, *I servizi d'interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 260

<sup>36</sup> G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi d'interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008, p. 38 ss;

<sup>37</sup> Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Repubblica Italiana*, punto 7; sentenza 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, punto 36; sentenza 10 gennaio 2006, C- 222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze c. Cassa di risparmio di Firenze spa*, punto 107; sentenza 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal Di Battistello Venanzio e al. C. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, punto 23; sentenza 11

La nozione di economicità, così come proposta dalla Corte di Giustizia, consta dunque di due elementi costitutivi, la cui presenza è richiesta in termini cumulativi <sup>38</sup>.

Preliminarmente, occorre procedere a determinare quando sia possibile affermare la sussistenza di un “mercato”, la cui presenza è indispensabile per poter qualificare l’attività come economica.

A tal proposito, per poter valutare la sussistenza di un contesto di mercato occorre verificare se l’attività che lo Stato membro intende svolgere sia esercitata - o possa essere esercitata - anche da altri operatori economici.

Dunque, la circostanza che l’ente pubblico possa concorrere con altre imprese private nell’esercizio della medesima attività costituisce senz’altro un indizio della presenza di un mercato <sup>39</sup>.

Nel mercato, le imprese operano al fine di raggiungere un profitto; la prestazione è normalmente resa dietro il pagamento di un prezzo.

Il fatto che il prezzo sia posta a carico degli utenti che beneficiano della prestazione è senz’altro un ulteriore indizio della presenza di una situazione di mercato.

Tuttavia, non può escludersi che una prestazione resa gratuitamente a favore dell’utenza debba necessariamente considerarsi a carattere non economico e, dunque, essere per ciò sola esclusa dall’ambito di applicazione del Trattato <sup>40</sup>.

Un servizio a carattere erogativo rispetto all’utenza finale, ossia reso gratuitamente a favore della collettività, potrebbe assumere una rilevanza economica se questo fosse gestito da parte di un terzo a fronte di una copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale.

In tal caso, il servizio avrebbe carattere erogativo rispetto l’utenza finale ma

---

luglio 2006, C-205/03 P, *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria c. Commissione*, punto 25.

<sup>38</sup> D. GALLO, *I servizi*, cit., p. 271.

<sup>39</sup> Corte di giustizia, sentenza 24 ottobre 2002, C-82/01, *Aéroports de Paris c. Commissione*, punto 82.

<sup>40</sup> Corte di giustizia, sentenza 26 marzo 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati Spa c. Commissione delle Comunità europee*, punto 116; sentenze 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d’assurance e a.*, punto 21; sentenza 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, punto 85; sentenza 23 marzo 2006, C-237/04, *Enirisorse*, punto 31.

acquisirebbe rilevanza economica nel rapporto intercorrente tra l'autorità pubblica ed il terzo gestore <sup>41</sup>.

Nel contempo, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare come siano da ricondursi all'ambito di applicazione delle norme del Trattato anche le attività rese a titolo gratuito qualora queste possano dar luogo *“a comportamenti che le norme sulla concorrenza intendono reprimere”* <sup>42</sup>.

E' altresì da ritenersi valida l'ipotesi contraria: il fatto che la prestazione sia resa dietro il pagamento di un “tributo” non comporta necessariamente la qualificazione dell'attività alla stregua di un servizio economico.

Esistono, infatti, talune attività che seppur erogate dietro compenso sono comunque sottratte dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea poiché potrebbero, ad esempio, costituire espressione di poteri tipici della pubblica autorità e come tali sottratte alle norme a tutela della concorrenza <sup>43</sup>.

I SINEG, dunque, rappresentano una “riserva di sovranità” degli Stati membri <sup>44</sup>.

Ciò è confermato dall'art. 2, del Protocollo n. 26, allegato al Trattato di Lisbona, il quale, oltre ad aver elevato l'espressione a livello di diritto primario, lascia *“impregiudicata la competenza degli Stati a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi d'interesse generale non economico”*.

Nel novero dei servizi non economici d'interesse generale si suole normalmente ricondurre due distinte tipologie di attività: quelle che

---

<sup>41</sup> Come evidenziato dal Libro Verde sui servizi d'interesse generale, punto 44, ove è affermato che *“se da un lato può non esserci mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi. Per questi mercati a monte valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di Stato”*.

<sup>42</sup> A livello dottrinale, G. GALLO, *I servizi*, op. ult. cit. p. 273, afferma che *“la presenza o l'assenza del fine di lucro non consentono per se né di configurare né di negare il carattere economico di un'attività”*. Infatti, se un'attività potrebbe essere svolta sulla base di finalità di carattere lucrativo in un contesto di mercato *“non vi è alcuna ragione perché il Trattato non dovrebbe applicarsi”*. La Corte di giustizia, sentenza 10 gennaio 2006, C- 222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze spa e a.*, punto 123, afferma: *“La fondazione bancaria deve essere considerata come un'impresa, in quanto svolge un'attività economica, nonostante il fatto che l'offerta di beni o servizi sia fatta senza scopo di lucro, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di operatori che invece tale scopo perseguono”*.

<sup>43</sup> Comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europea*, del 2000, punto 28.

<sup>44</sup> A. ARENA, *La nozione*, op. ult. cit., p. 183.

costituiscono esercizio di prerogative dei pubblici poteri; nonché quelle a carattere puramente sociale che non sono destinate ad impegnarsi in attività a carattere industriale o commerciale.

Si procederà nel seguito ad analizzarle.

#### 4.1. Le prerogative dei pubblici poteri

Le attività rientranti nell'alveo delle prerogative dei poteri statali non costituiscono attività economiche e, pertanto, non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

Esse rappresentano una forma di esenzione che parte della dottrina definisce “*di tipo incondizionato*”, da tenere distinte da quelle “*di tipo condizionato*” ove l'esenzione è subordinata dall'avveramento di una o più condizioni (ad esempio, l'art. 106, paragrafo 2, TFUE) <sup>45</sup>.

Le attività che costituiscono estrinsecazione di prerogative dei pubblici possono essere gestite direttamente dallo Stato, oppure essere gestite dalla pubblica amministrazione per il tramite un proprio organo, ovvero tramite un ente distinto al quale siano stati conferiti diritti speciali oppure diritti esclusivi.

Ad esempio:

- la pronuncia *Eurocontrol* ha affermato che il controllo e la sorveglianza dello spazio aereo svolto dall'omonimo ente sono attività che si ricollegano “*all'esercizio di [...] tipiche prerogative dei pubblici poteri*” e, perciò, sono da considerarsi a “*carattere non economico*” anche nel caso in cui siano riscossi compensi per l'utilizzo del sistema di navigazione aerea <sup>46</sup>;
- nella sentenza *Diego Calì & Figli Srl*, la Corte ha statuito che l'attività di sorveglianza antinquinamento del porto di Genova svolta da un ente di diritto privato incaricato della missione d'interesse generale costituisce “*esercizio di tipiche prerogative dei pubblici poteri*” con conseguente assenza del profilo dell'economicità <sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> A. ARENA, *La nozione, op. ult. cit.*, pp. 93-94.

<sup>46</sup> Causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, punto 30.

<sup>47</sup> Causa C- 343/95, *Diego Calì & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova spa*, punto 22-23.

## 4.2. Le attività a carattere sociale

Le attività che consentono l'adempimento di una funzione di carattere esclusivamente sociale sono di regola escluse dall'ambito di applicazione del diritto *antitrust*.

Tra le principali iniziative intraprese dalla Commissione in materia di servizi sociali è possibile annoverare: la Comunicazione sui servizi d'interesse sociale in Europa del 2000 <sup>48</sup>; il Libro verde sui servizi d'interesse generale del 2003 <sup>49</sup>; il Libro bianco sui servizi d'interesse generale del 2004 <sup>50</sup>; e più specificatamente: la Comunicazione “*attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*”; la Comunicazione “*i servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*”.

La Comunicazione *sui servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* <sup>51</sup>, benché non fornisca una specifica definizione all'espressione, ha il pregio di ricondurre alla categoria dei servizi sociali d'interesse generale (SSIG) due *species* di servizi:

- i regimi legali ed i regimi complementari di protezione sociale;
- i servizi essenziali prestati direttamente al cittadino.

I regimi legali e i regimi complementari di protezione sociale coprono i rischi generali e specifici della vita, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM(2000)580 def., punto 30, precisa che “*molte attività esercitate da enti le cui funzioni sono principalmente sociali, che non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale, sono di norma escluse dall'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno*”.

<sup>49</sup> Libro verde sui servizi d'interesse generale, COM(2003)270 def., punto 45, riconduce tra le attività non economica “*alcune attività di organismi che assolvono funzioni ampiamente sociali, che non sono destinate ad impegnarsi in attività industriali o commerciali*”.

<sup>50</sup> Libro bianco sui servizi d'interesse generale, COM(2004) 374 def., paragrafo 4.4., si esprime in termini di “*servizi sociali d'interesse generale*”.Essi, basati sul principio di solidarietà, si concentrano sulla persona e garantiscono che i cittadini possano beneficiare in maniera concreta dei propri diritti fondamentali e contare su un elevato livello di protezione sociale.

<sup>51</sup> Comunicazione della Commissione “*Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*”, COM (2006) 177 def. del 26 aprile 2006, paragrafo 1.1.

<sup>52</sup> C-159/91 e C-160/91, *Christian Poucet contro Assurances générales de France* e a., la quale afferma che sono esclusi dall'ambito di applicazione delle norme in materia di concorrenza gli enti che concorrono alla gestione del

I servizi essenziali, invece, svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale.

Entrambe le tipologie di attività forniscono un'assistenza personalizzata a coloro che si trovano in situazioni di vulnerabilità (difficoltà personali, disabilità a lungo termine, anzianità, problemi di carattere sanitario, indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare) e mirano a consentire il loro reinserimento nella società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) o nel mondo del lavoro (formazione e reinserimento professionale) <sup>53</sup>. Rientrano, nell'ambito dei servizi essenziali, anche gli alloggi popolari che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio.

La Commissione ha altresì individuato le finalità dei servizi sociali d'interesse generale <sup>54</sup>: sono servizi orientati sulla persona, destinati a rispondere ad esigenze umane essenziali, in particolare quelle di soggetti in situazioni di vulnerabilità; forniscono protezione da rischi generali e specifici della vita e aiutano a superare difficoltà o crisi personali; sono forniti alle famiglie nel contesto di relazioni familiari in evoluzione, le sostengono nella cura dei piccoli e degli anziani, nonché dei portatori di disabilità, e compensano eventuali incapacità delle famiglie; sono essenziali per la salvaguardia dei diritti umani fondamentali e della dignità umana; svolgono un ruolo di prevenzione e di coesione sociale nei confronti di tutta la popolazione, indipendentemente dal patrimonio o dal reddito; contribuiscono alla non discriminazione, alla parità tra i generi, alla tutela della salute umana, al miglioramento del tenore e della qualità di vita nonché a garantire pari opportunità per tutti, aumentando quindi la capacità dei singoli di partecipare pienamente alla società.

---

pubblico servizio della previdenza sociale, i quali svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale ed esercitano un'attività, basata sul principio della solidarietà nazionale, priva di ogni scopo di lucro.

<sup>53</sup> Ai servizi essenziali a carattere sociale è dedicato il documento *Quadro europeo volontario per il monitoraggio della qualità dei servizi sociali* pubblicato dal Comitato per la protezione sociale il 16 novembre 2010.

<sup>54</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, che accompagna la comunicazione “*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*”, *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 725 def, paragrafo 2.3

Tali finalità si rispecchiano nelle modalità di organizzazione, realizzazione e finanziamento di tali servizi: per rispondere alle molteplici esigenze delle singole persone, il servizio sociale deve essere globale e personalizzato, concepito e realizzato in maniera integrata; esso richiede spesso un rapporto personale tra il ricevente e il prestatario; la definizione e la realizzazione di un servizio devono tener conto della diversità degli utenti; nella risposta alle esigenze di utenti vulnerabili, il servizio sociale è spesso caratterizzato da una relazione asimmetrica tra i prestatori e i beneficiari, diversa dalla relazione commerciale tra fornitore e consumatore; poiché tali servizi sono spesso radicati in tradizioni culturali (locali), si preferiscono soluzioni adeguate alle specificità della situazione locale, che garantiscono la prossimità tra il prestatore e l'utente e al contempo parità di accesso ai servizi su tutto il territorio; i prestatori necessitano spesso di ampia autonomia per rispondere alla varietà e all'evolversi delle esigenze sociali; si tratta di servizi di norma motivati dal principio della solidarietà e fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico, atto a garantire parità di accesso, indipendentemente dal patrimonio o dal reddito; i prestatori senza scopo di lucro e i volontari svolgono spesso un ruolo importante nella fornitura dei servizi sociali esprimendo così capacità civica e contribuendo all'integrazione sociale, alla coesione sociale delle comunità locali e alla solidarietà tra generazioni.

Le attività esercitate nell'ambito dei servizi sociali, che non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere un'attività industriale o commerciale, devono senz'altro considerarsi escluse dall'applicazione delle norme europee in materia di concorrenza <sup>55</sup>.

Sono da considerarsi attività non economiche a carattere puramente sociale: le prestazioni di assistenza all'infanzia e l'insegnamento pubblico finanziate a titolo del bilancio pubblico che adempiono un compito di servizio pubblico in

---

<sup>55</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, che accompagna la comunicazione “*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*” – *I servizi d'interesse generale, compresi i servizi sociali d'interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM (2007) 725 def.

campo sociale, culturale, educativo rivolto ai cittadini<sup>56</sup>; l'organizzazione di ospedali pubblici che sono parte integrante di un servizio sanitario nazionale e sono quasi interamente basati sul principio di solidarietà, direttamente finanziati da contributi sociali e da altre risorse statali e che prestano i propri servizi gratuitamente agli iscritti sulla base di una copertura universale<sup>57</sup>.

Tuttavia, la natura sociale del servizio non è di per sé sufficiente per escluderne la natura economica<sup>58</sup>.

Infatti, un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali hanno assunto rilevanza economica per rispondere alle mutate esigenze dei cittadini e all'impatto dell'invecchiamento in un contesto di ristrettezze finanziarie.

I servizi sociali, pertanto, possono assumere una rilevanza economica con conseguente applicazione delle norme dell'UE sulla concorrenza<sup>59</sup>.

Nella categoria dei SIEG, dunque, è possibile immaginare un'ulteriore sottocategoria, quella dei servizi sociali d'interesse generale forniti dagli operatori economici sulla base di principi di carattere commerciale<sup>60</sup>.

Ben si comprende, dunque, come la qualificazione di un'attività sia tutt'altro che scontata.

La distinzione fra attività economiche e non economiche d'altronde ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo: negli ultimi decenni sempre più attività che in passato veniva ricondotte nell'ambito dei servizi non economici d'interesse generale hanno assunto una rilevanza economica.

Per tale ragione, la Commissione già da tempo aveva sottolineato che non fosse né fattibile né auspicabile fissare a priori un elenco definitivo di tutti i servizi d'interesse generale che sono da considerarsi di natura non economica

---

<sup>56</sup> Causa C-263/86, *Stato belga c. René Humbel e Marie-Thérèse Edel*, punto 18; causa C-218/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, punti 74-75.

<sup>57</sup> Causa C- T-319/99, *FENIN c. Commissione*, punto 2.

<sup>58</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “*Una disciplina di qualità per i servizi d'interesse generale in Europa*”, COM(2011)900 def., p 4.

<sup>59</sup> *Ibidem*, paragrafo 2.3.

<sup>60</sup> D. GALLO, *I servizi, op.ult.cit.* p. 243.

<sup>61</sup>, con la conseguenza che ogni attività dovrà essere analizzata separatamente per poterne determinare correttamente la natura <sup>62</sup>.

## **5. L'art. 106, TFUE: il bilanciamento tra libero mercato ed intervento pubblico nell'economia**

L'articolo 106 TFUE si inquadra nel titolo VII, ed in particolare nel capo 1, sezione 1, dedicata alle regole di concorrenza applicabili alle imprese <sup>63</sup>.

Esso è ripartito in tre paragrafi: il primo, è dedicato alle imprese pubbliche e alle imprese cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi; il secondo, si rivolge alle imprese incaricate della gestione di un servizio d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale; mentre, il terzo, si occupa del ruolo e dei poteri della Commissione in materia <sup>64</sup>.

L'art. 106 TFUE intende bilanciare due contrapposti interessi: da un lato, l'interesse degli Stati membri a conservare sovranità in materia di SIEG e, dunque, la capacità di intervenire nel mercato per finalità d'interesse pubblico; dall'altro, l'interesse dell'Unione ad aprire alla concorrenza la gestione dei servizi

---

<sup>61</sup> Comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa, 2001, punto 45, precisa che «La gamma dei servizi che possono essere offerti su un dato mercato è soggetta all'evoluzione tecnologica, economica e sociale e si è ampliata nel tempo. Di conseguenza, la distinzione fra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo e negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica. [...] Considerando che la distinzione non è statica nel tempo, nella Relazione sul Consiglio europeo di *Laeken*, la Commissione ha sottolineato che non sarebbe né fattibile né auspicabile fissare a priori un elenco definitivo di tutti i servizi d'interesse generale che sono da considerarsi di natura "non economica.»

<sup>62</sup> C-118/85, *Commissione c. Repubblica italiana*.

<sup>63</sup> D. GALLO, *I servizi*, op. ult. cit. p. 94; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 721 ss, il quale osserva come tra i principali destinatari della norma occorre annoverare anche e soprattutto agli Stati membri in ragione dell'influenza che questi esercitano nei confronti delle imprese contemplate dall'art. 106, TFUE.

<sup>64</sup> L'art. 106, TFUE, recita: "Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni".

pubblici <sup>65</sup>.

L'equilibrio è rinvenibile nella struttura del citato articolo. Infatti, l'art. 106, TFUE, dapprima, al paragrafo 1, sancisce il principio di parità di trattamento tra le imprese che operano nel mercato, vietando ogni misura statale che possa avvantaggiare le imprese pubbliche e quelle titolari di diritti speciali o esclusivi, per poi, al paragrafo 2, ammettere a determinate condizioni una deroga all'applicazione delle regole concorrenziali nei confronti delle imprese, tanto quelle pubbliche, quanto quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi, incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale.

Il paragrafo 3, invece, assegna alla Commissione l'esercizio di funzioni di vigilanza sulla corretta applicazione della norma.

### **5.1. L'art. 106, paragrafo 1, TFUE, ed il divieto di adottare misure statali contrarie alle norme del Trattato.**

L'art. 106, paragrafo 1, TFUE, nel sancire il principio di parità di trattamento tra imprese private, imprese pubbliche e imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, vieta qualsiasi misura statale contraria alle norme del Trattato e come tale suscettibile di discriminare le prime in favore di queste ultime <sup>66</sup>.

Per poter procedere alla corretta individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 106, paragrafo 1, TFUE, preliminare risulta essere la definizione del concetto di impresa.

A tal proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia considera "impresa" una qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento <sup>67</sup>.

L'art. 106, paragrafo 1, TFUE, tuttavia, si rivolge nello specifico alle imprese pubbliche ed a quelle titolari di diritti speciali o esclusivi.

---

<sup>65</sup> J. J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1997, p. 663.

<sup>66</sup> Ai sensi dell'art. 106, TFUE, paragrafo 1, "Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi".

<sup>67</sup> Causa C-41/90, *Höjfer e Elser*, punto 21; cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, punto 17; causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e a.*, punto 14.

Occorre pertanto proseguire nella ricerca per poter determinare quando un'impresa possa considerarsi "pubblica" e, per tale ragione, rientrare dall'ambito di applicazione dell'art. 106, paragrafo 1, TFUE <sup>68</sup>.

La direttiva 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche <sup>69</sup>, impiega l'espressione "impresa pubblica" per riferirsi ad ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina.

L'influenza dominante è da ritenersi presunta qualora i poteri pubblici, direttamente o indirettamente, nei riguardi dell'impresa detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; oppure, dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa; possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Dunque, affinché sia possibile considerare un'impresa come pubblica, ai sensi dell'art. 106, paragrafo 1, TFUE, è necessario che essa, a prescindere alla sua veste formale, oltre ad esercitare un'attività economica in un contesto di mercato, sia sottoposta all'influenza dominante dei pubblici poteri <sup>70</sup>.

Il divieto di cui all' art. 106, paragrafo 1, del TFUE, tuttavia, non opera solo nei confronti delle imprese pubbliche, bensì anche nei confronti delle imprese

---

<sup>68</sup> A livello dottrinale, in merito alla nozione di impresa pubblica, si sono susseguiti due opposti orientamenti: il primo, che riteneva opportuno attribuire rilevanza a criteri di tipo oggettivo come la struttura o l'organizzazione dell'impresa; il secondo, invece, che prediligeva criteri di tipo soggettivo, demandando ai legislatori nazionali la competenza a definire i contorni di tale espressione. Tale ultimo indirizzo è stato tuttavia abbandonato a favore del primo orientamento

<sup>69</sup> Direttiva della Commissione 80/723/CEE del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, art. 2, paragrafo 1, trattino II, le cui indicazioni riferite alla nozione di impresa pubblica si ritiene possano essere generalizzate ed estese anche ad altri ambiti.

<sup>70</sup> Cfr. causa C-118/85, *Commissione c. Italia*, punto 8: "è irrilevante che lo Stato svolga dette attività economiche mediante un'entità distinta sulla quale può esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante secondo i criteri elencati nell'art. 2 della direttiva [80/723/CEE] ovvero le svolga direttamente mediante un organo che fa parte della pubblica amministrazione. Infatti, nella seconda ipotesi, il fatto che l'organo sia integrato nella pubblica amministrazione implica per definizione l'esercizio dell'influenza dominante ai sensi di detto articolo 2. In questo caso le relazioni finanziarie possono essere ancora più complesse e la trasparenza voluta dalla direttiva diviene quindi ancora più necessaria".

titolari di diritti speciali oppure titolari di esclusivi.

Questa seconda specie di imprese sono generalmente di diritto privato pur non potendosi escludere che un'impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi possa essere anche pubblica <sup>71</sup>.

Il diritto primario europeo non fornisce alcuna definizione alle espressioni “*diritti speciali*” e “*diritti esclusivi*”.

Tali diritti sono invece definiti dal diritto derivato.

La recente direttiva direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione <sup>72</sup>, definisce

- il “*diritto esclusivo*” come il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;
- il “*diritto speciale*” come il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività.

Ben si comprende, dunque, come a differenza dei diritti esclusivi che consentono l'esercizio di un'attività ad una sola impresa in una determinata area geografica, rendendo di fatto possibile alla stessa la possibilità di operare in regime di monopolio legale di servizi, i diritti speciali riservano l'esercizio di un'attività ad un numero ristretto di imprese (due o più) in una determinata area geografica <sup>73</sup>.

Per poter determinare l'ambito di applicazione della previsione in esame occorre altresì stabilire quando la misura statale possa considerarsi contraria alle norme del Trattato.

Premesso che per “*misura statale*” si ci riferisce a qualsiasi atto adottato a

---

<sup>71</sup>G. GALLO, *I servizi*, op. ult. cit. p. 121; G. TESAURO, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2012, p. 790.

<sup>72</sup> Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, art. 5, 10) e 11).

<sup>73</sup> In entrambe i casi, il riconoscimento di diritti speciali ed esclusivi rappresenta un privilegio concesso dallo Stato per esigenze d'interesse pubblico in grado di pregiudicare la concorrenza nel mercato, impedendo ad altri operatori di svolgere la medesima attività economica o riconoscendo agli operatori titolari di tali diritti la possibilità di godere di vantaggi legali tali da rendere meno competitivi i concorrenti.

livello nazionale, regionale, locale, orientato alla soddisfazione di un pubblico interesse <sup>74</sup>, sulla contrarietà della misura si sono susseguiti nel tempo due distinti orientamenti.

L'indirizzo più risalente riteneva che il riconoscimento di diritti speciali ovvero di diritti esclusivi non potesse considerarsi *ex se* contrario alle norme sulla concorrenza. La misura diveniva contraria alle norme del Trattato solo qualora consentisse all'impresa titolare di tali diritti di abusare della propria posizione a danno dei destinatari del servizio <sup>75</sup>.

L'orientamento ad oggi prevalente, invece, afferma che non può escludersi che già a priori nel riconoscimento di diritti esclusivi *aut similia* si possa riscontrare una violazione del Trattato <sup>76</sup>.

Da una lettura congiunta tra il paragrafo 1 dell'art. 106, TFUE, e il paragrafo 2 dello stesso articolo, con riferimento alle imprese investite di una missione SIEG, è stato affermato che la concessione ed il mantenimento di diritti speciali o di diritti esclusivi deve considerarsi lecito solo rispetto ad imprese che effettivamente svolgono un ruolo d'interesse generale e solo nella misura in cui le limitazioni alla concorrenza che ne derivano siano strettamente necessarie ed idonee all'assolvimento di obblighi di servizio pubblico <sup>77</sup>.

Così, ad esempio, la limitazione non potrà considerarsi necessaria quando il

---

<sup>74</sup> J. L. BUENDIA SIERRA, *Article 106 -Exclusive Right and other anti-competitive State measures*, in FAULL, J. & NIKPAY, A. (eds.) *The EC Law of competition*, 3rd edition, Oxford University Press, 2014, pp. 14-29; F. BLUM, A. LOGUE, *State Monopolies under EC Law*, in *Competition And regulation in Network Industries*, 2000, pp. 107 ss.

<sup>75</sup> Causa C-55/96, *Job Center arl*, in cui la Corte di Giustizia, con riferimento al mercato di lavoro in Italia, gestito dagli uffici pubblici che operavano in regime di collocamento obbligatoria, aveva affermato che “*quando gli uffici pubblici di collocamento non sono in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato, la prestazione che essi offrono ne è limitata e il comportamento del monopolio pubblico può essere qualificato abusivo*”. Nella Causa C-30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, punti 34-35, è stato affermato che l'art. 90 TCE (106 TFUE) “*deve essere interpretato nel senso che esso vieta alle pubbliche autorità di imporre alle imprese cui hanno attribuito dei diritti esclusivi, come il monopolio del servizio esterno delle pompe funebri, dei prezzi che siano in contrasto con gli art. 85 e 86 TCE*”.

<sup>76</sup> In dottrina: G. TESAURO, *Il diritto*, cit. p. 792; In giurisprudenza: causa C-202/88, *Francia c. Commissione*. “*La circostanza che l'art. 90, n. 1, del Trattato presuppone l'esistenza di imprese concessionarie di diritti speciali od esclusivi non va intesa nel senso che i suddetti diritti siano necessariamente compatibili col Trattato. Essi devono essere valutati alla luce delle diverse norme del Trattato cui l' art. 90, n. 1, fa rinvio*”.

<sup>77</sup> In dottrina: G. TESAURO, *Il diritto*, cit. p. 794; D. SORACE, *I servizi pubblici*, cit., p. 13. In giurisprudenza: causa C-393/92 *Comune di Almelo*, punti 33 e 46-50; causa C-320/91, *Paul Corbeau*, punto 13.

servizio svolto dall'impresa titolare di diritti speciali ed esclusivi sia già svolto in modo soddisfacente dal mercato. Nel contempo è stata ritenuta compatibile con la disciplina europea un limite di distanza minima tra farmacie nonostante in astratto comportasse restrizioni alla libertà di stabilimento degli operatori economici poiché bilanciata con esigenze di tutela della sanità pubblica coincidenti con la necessità di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità, attraverso modalità di raggiungimento del medesimo che non siano incoerenti <sup>78</sup>.

Tuttavia, le ipotesi che potrebbero risolversi in una violazione dell'art.106, paragrafo 1, TFUE, sono molteplici: la disposizione, infatti, è norma di rinvio nel senso che afferma l'illegittimità delle misure statali ogniqualvolta queste risultino contrarie a qualsiasi altra norma di diritto primario <sup>79</sup>.

## **5.2. L'art. 106, paragrafo 2, TFUE e l'affidamento dei SIEG come eccezione all'applicazione del diritto *antitrust***

L'art. 106, paragrafo 2, TFUE può essere scomposto in due periodi: il periodo I sancisce la regola secondo cui le imprese incaricate della gestione di un servizi d'interesse economico generale devono essere sottoposte alle norme dei trattati ed in particolare alle regole di concorrenza; il periodo II, invece, contempla un'eccezione alla regola, ammettendo un trattamento derogatorio a favore di tali imprese seppur condizionato dalla sussistenza di determinati presupposti <sup>80</sup>.

I SIEG, dunque, non costituiscono *sic et simpliciter* condizione sufficiente per derogare all'applicazione delle norme del Trattato e di quelle a tutela della concorrenza dovendosi necessariamente ricercare le ragioni di tale eccezione nella sussistenza di ulteriori condizioni, tra le quali l'impossibilità per l'impresa

---

<sup>78</sup> Corte di giustizia Ue, causa C-570/07 - *Blanco Pérez e Chao Gómez*, ove è affermato che “la gravità degli obiettivi perseguiti in tale settore può giustificare restrizioni che abbiano conseguenze negative, anche gravi, per taluni operatori”.

<sup>79</sup> Ai sensi dell'articolo in esame, paragrafo 2, “le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”.

<sup>80</sup> G. E. BERLINGERIO, *Studi*, cit., p. 338 e ss.

incaricata di gestione un SIEG di adempiere alla propria missione <sup>81</sup>.

La citata previsione, pertanto, si premura di garantire che l'interesse perseguito dai fondatori della Comunità, ossia quello di realizzare un mercato unico a livello europeo, non comprometta l'effettivo adempimento della missione d'interesse economico generale da parte delle imprese incaricate della gestione.

Ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione della norma, preliminare è l'individuazione del significato da attribuire all'espressione "impresa incaricata della gestione dei servizi d'interesse economico generale".

Si è già avuto modo di precisare come la Corte di giustizia qualifichi l'impresa come qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento <sup>82</sup>.

La nozione di impresa ai fini del diritto dell'Unione è quindi fondata su parametri di tipo oggettivo – la natura economica dell'attività esercitata – anziché di tipo soggettivo.

È irrilevante che l'attività sia esercitata da un'entità giuridica autonoma, quanto piuttosto che l'attività abbia natura economica e si concretizzarsi nello scambio di beni e servizi in un determinato mercato. Pertanto, potrà considerarsi impresa anche l'organo integrato nella pubblica amministrazione se questo esercita un'attività economica<sup>83</sup>.

L'art. 106, paragrafo 2, TFUE, si esprime genericamente in termini di "*impresa*". Per tale ragione, devono ritenersi attratte all'ambito di applicazione della disposizione tanto le imprese pubbliche quanto le imprese private, a cui sia stata assegnata la titolarità di diritti speciali oppure di diritti esclusivi, purché incaricate della gestione di un servizio d'interesse economico generale.

L'art. 106, paragrafo 2, TFUE, infatti, richiede, quale ulteriore condizione per l'applicazione del regime derogatorio, che l'impresa sia incaricata della gestione di un SIEG.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di constatare come, se da un lato,

---

<sup>81</sup> A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, p. 830

<sup>82</sup> Causa C-170/83, *Hydrothem Geratebau*, punti 10-12

<sup>83</sup> Causa C-118/85, *Commissione c. Italia*, punto 8.

il diritto primario non fornisca una definizione esaustiva all'espressione "servizi d'interesse economico generale", dall'altro, la produzione della Corte di giustizia ha precisato come siano da ricondurre in tale categoria le attività che comportano lo scambio di merci e servizi in un determinato mercato e che siano funzionali a soddisfare un fabbisogno della collettività di riferimento.

Solo al ricorrere di tali requisiti minimi un servizio potrà essere sottoposto alla disciplina dettata dal Trattato.

Ma, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, l'impresa deve essere stata "incaricata" di una specifica missione SIEG da parte di una pubblica autorità.

Affinchè sussista tale condizione è necessario che l'impresa sia investita della missione SIEG con uno specificato atto proveniente da una pubblica amministrazione<sup>84</sup>.

Non è dunque sufficiente che l'attività d'interesse economico generale venga svolta di fatto<sup>85</sup>, oppure sotto il controllo pubblico, ma si richiede che l'impresa sia stata incaricata con apposito atto della gestione del servizio.

Il diritto dell'Unione non prevede alcuna forma tipica dell'atto (o degli atti) di incarico, né richiede che l'atto sia formalmente denominato "atto di incarico".

Non è neppure previsto un atto di incarico *standard* universale.

La forma specifica dell'atto può essere stabilita da ciascuno Stato membro, secondo la propria organizzazione politica e/o amministrativa.

L'atto di incarico potrà così assumere la forma di un atto legislativo, regolamentare, amministrativo o di un contratto, quale può essere il contratto di concessione<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, *Diritto amministrativo*, 1998, p. 971, evidenzia come l'applicazione della disciplina di cui all'articolo in commento avvenga solamente a seguito della procedura "qualificatoria-organizzativa" operata dalla pubblica autorità.

<sup>85</sup> *Contra* v. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Ce*, Torino, 1996, p. 276.

<sup>86</sup> Esempi di atti di incarico: contratti di concessione e contratti di servizio pubblico; contratti ministeriali di programmazione; istruzioni ministeriali; leggi e atti normativi; contratti annuali o pluriennali di prestazioni; ecc. Non sono atti di incarico le autorizzazioni in quanto non obbligano l'operatore a fornire servizi ma gli consente semplicemente di svolgere un'attività economica offrendo determinati servizi sul mercato. Si pensi, ad esempio, all'autorizzazione concessa ad un operatore di aprire un asilo o un centro per persone anziane sulla sola base della conformità dell'operatore alle norme di sanità pubblica, di sicurezza, di qualità.

Non è altresì richiesto che gli Stati membri stabiliscano un quadro normativo specifico per l'adozione dell'atto di incarico.

L'atto di incarico, in nome dei principi di certezza del diritto e trasparenza, dovrà invece essere dotato di forza giuridica vincolate e dovrà dare precisazione di alcune aspetti inerenti al rapporto, quali: l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio; le generalità dell'impresa; il luogo di svolgimento delle prestazioni; la natura dei diritti esclusivi o speciali eventualmente accordati all'impresa dall'autorità in questione; i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione; le modalità per evitare le sovracompenzioni e per il loro eventuale recupero.

La scelta delle autorità che hanno il diritto di affidare un SIEG a un'impresa dipende dalla legislazione nazionale. La legislazione dell'UE non prevede alcuna condizione al riguardo. Ne consegue che l'autorità pubblica potrà essere individuata a livello centrale, regionale o locale, la quale opererà nell'esercizio delle proprie funzioni.

L'applicabilità della deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, è poi subordinata al riscontro di un'ulteriore condizione. Si richiede, in particolare, che l'applicazione delle disposizioni del Trattato ostacolino l'impresa nell'adempimento della propria missione SIEG.

Sul concetto di “*ostacolo*” si sono registrati diversi orientamenti.

L'indirizzo più risalente subordinava l'applicabilità del regime derogatorio al riscontro di una situazione di incompatibilità assoluta tra l'adempimento della missione SIEG e l'applicabilità del diritto *antitrust*<sup>87</sup>.

Lo Stato, dunque, per potersi avvalere della deroga, era tenuto a dimostrare l'insussistenza di rimedi alternativi.

A partire dalla sentenza *Corbeau*, relativa al monopolio delle poste belghe, la Corte di giustizia ha ritenuto che la deroga *ex art.* 106, paragrafo 2, TFUE, potesse trovare applicazione anche quando il rispetto delle regole dettate dal Trattato in materia di concorrenza potesse rendere (semplicemente) *più difficile*

---

<sup>87</sup> Causa 155/73, *Giuseppe Sacchi*, punto 8; Causa 66/86, *Abmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unläuterer Wettbewerbs*, punto 12; causa C-41/90, *Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, punto 24; causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova spa c. Siderurgica Gabrielli spa*, punto 27.

l'adempimento della missione SIEG <sup>88</sup>.

Sulla scia di tale pronuncia, la Corte ebbe altresì modo di precisare che per potersi giovare della deroga in parola “*non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa*” <sup>89</sup>.

In tale modo, l'applicazione della deroga *ex art.* 106, paragrafo 2, TFUE, è subordinata a condizioni di proporzionalità, principio questo che consente di ottenere un equilibrio evolutivo e progressivo, tenendo al tempo stesso conto delle diversità delle situazioni e degli obiettivi dei singoli Stati membri <sup>90</sup>.

Occorre poi comprendere a chi competa la qualificazione del concetto di “ostacolo”: se spetti in via esclusiva alla Commissione ai sensi dell'art. 106, paragrafo 3, TFUE, oppure, al contrario, se possa essere svolta anche dalle autorità nazionali, giudici compresi, investiti dell'interpretazione ed applicazione dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE <sup>91</sup>.

L'indirizzo ad oggi prevalente tende a riconoscere una efficacia diretta della norma e dunque l'invocabilità della stessa da parte dei singoli dinanzi ai giudici nazionali al fine di accertare la sussistenza delle condizioni ivi previste <sup>92</sup>.

I giudizi nazionali sono dunque competenti a pronunciarsi sulla specifica nozione di “ostacolo”, decidendo quindi se l'applicazione delle norme del Trattato possa impedire l'assolvimento della missione SIEG.

---

<sup>88</sup> Causa C- 320/91, *Corbeau*, punti 12-19; cfr., altresì, le conclusioni dell'avvocato generale Tesaurò, in *Racc.*, 1993, pp. 2548 ss, secondo cui l'assenza di un monopolio e, dunque, l'applicazione delle norme antitrust sarebbe in contrasto “*con la funzione sociale propria del servizio postale*”, compromettendo in tal modo l'interesse pubblico sotteso al servizio, “*dal momento che comporterebbe una lievitazione delle tariffe per le tratte di minor traffico e di più onerosa gestione, con la conseguenza di penalizzare proprio la corrispondenza da e per le zone più isolate ed a minor densità di popolazione, vale a dire le zone che, di norma, soffrono di ritardi di sviluppo e dove l'incremento delle tariffe di un servizio pubblico essenziale, come il servizio postale, produrrebbe un impatto particolarmente nocivo sotto ogni profilo*”.

<sup>89</sup> Causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 43.

<sup>90</sup> A. ARENA, *La nozione*, *op. ult. cit.* pp. 126-127

<sup>91</sup> D. GALLO, *I servizi*, *op.ult.cit.*, p. 142.

<sup>92</sup> Causa 66/86, *Abmed Saeed e a. c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, punto 57: “[...] è difficile se non impossibile valutare l' influenza del compito d'interesse generale sull' applicazione delle regole di concorrenza in materia di tariffe . Su tale punto, spetta al giudice nazionale effettuare le necessarie verifiche di fatto”; Causa C-260/89, *ERT*, punto 34: “*spetta pertanto al giudice nazionale valutare la compatibilità delle pratiche di una siffatta impresa con l'art. 86 e verificare se dette pratiche, qualora fossero in contrasto con detta disposizione, possano essere giustificate dalle esigenze derivanti dall'adempimento della specifica missione eventualmente affidata all'impresa*”.

Per l'applicazione della norma, infine, occorre comprendere quando la missione SIEG possa produrre una restrizione del mercato tale da potersi considerare “*contraria agli interessi dell’Unione*”.

Se ne deduce che non ogni restrizione del mercato o del volume degli scambi derivante dall’attribuzione di una missione SIEG deve ritenersi contraria bensì solo quella posta a pregiudizio degli interessi dell’Unione.

Quanto a quest’ultimo concetto, è stato escluso che possa identificarsi semplicemente nella somma degli interessi degli Stati membri, potenzialmente confliggenti gli uni con gli altri <sup>93</sup>; né potrebbe essere visto come la somma degli interessi delle imprese operanti nell’insieme degli Stati membri <sup>94</sup>; non potrebbe neppure qualificarsi come “interesse del mercato interno”.

In definitiva, quindi, gli “*interessi dell’Unione*” si identificherebbero con le finalità enunciate dall’insieme delle norme dei Trattati con particolare riguardo a quelle previste in materia di intervento pubblico nell’economia <sup>95</sup>.

La competenza a determinare gli interessi dell’Unione, ai sensi dell’art. 106, paragrafo 3, TFUE, è attribuita in via esclusiva alla Commissione <sup>96</sup>.

Nella prassi, tuttavia, pare che la Corte accetti l’applicabilità del regime derogatorio a seguito dell’accertamento condotto dal giudice nazionale sulla sussistenza delle prime quattro condizioni, senza che sia necessario attendere un preventivo parere della Commissione, la quale, semmai, potrà intervenire *ex post* per fare prevalere le norme del Trattato, soltanto nel caso in cui ravvisi il rischio

---

<sup>93</sup> C. GRASSETTI, *La nozione d’interesse della Comunità*, in *Rivista di diritto industriale*, 1963, p. 164

<sup>94</sup> R.V. ELST, G. SALMON, *La nozione d’interesse della Comunità ai sensi dell’articolo 90 del Trattato di Roma*, in *Rivista di diritto industriale*, 1963, p. 185

<sup>95</sup> D. GALLO, *I servizi*, *op.ult.cit.*, p. 140.

<sup>96</sup> Causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 69: “*Infatti, a fronte delle spiegazioni del governo olandese, spettava alla Commissione, per provare la sussistenza dell’inadempimento, definire, sotto il controllo della Corte, l’interesse della Comunità alla luce del quale valutare lo sviluppo degli scambi. Si deve ricordare in proposito che l’art. 90, n. 3, del Trattato incarica espressamente la Commissione di vigilare sull’applicazione di tale articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri opportune direttive o decisioni*”. Dunque, se la valutazione delle prime quattro condizioni è rimessa alle autorità nazionali, la sussistenza della quinta condizione è riservata a titolo esclusivo alla Commissione. Si verrebbe così a riconoscere una parziale efficacia diretta dell’art. 106 TFUE, con la conseguenza che nell’ipotesi in cui i giudici nazionali fossero investiti di una causa vertente sull’argomento, per la determinazione della quinta condizione di applicabilità del regime derogatorio, questi dovrebbero sospendere la procedura interna per richiedere un parere alla Commissione o avvalersi del rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TFUE.

di pregiudizio degli scambi a danno degli interessi dell'Unione <sup>97</sup>.

### **5.3. L'art. 106, paragrafo 3, TFUE ed il potere di vigilanza della Commissione europea in materia di SIEG**

Ai sensi dell'art. 106, paragrafo 3, TFUE, alla Commissione è altresì assegnato il compito di vigilare sull'applicazione delle disposizioni che compongono l'articolo in esame rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri opportune direttive e decisioni.

Si tratta dunque di una specificazione del compito di vigilanza attribuita alla Commissione <sup>98</sup>. Le direttive e le decisioni di cui all'art. 106, paragrafo 3, TFUE, rientrano a pieno titolo nella categoria di atti vincolanti enunciati dall'art. 288 TFUE <sup>99</sup>.

Le due tipologie di atti, pur essendo entrambe necessarie ad espletare efficacemente il dovere di vigilanza, rispondono a logiche diverse. La decisione *“adottata in considerazione di una determinata situazione”* <sup>100</sup>, ha carattere individuale ed è volta a sanzionare, in chiave repressiva, il comportamento dello Stato posto in violazione dei paragrafi 1 e 2 della norma, indicando il tipo di misura da adottare per eliminare le conseguenze e conformarsi alle regole del Trattato. La direttiva, invece, prescindendo dalla situazione esistente nei vari Stati membri, ha portata generale e mira a prevenire l'adozione di misure nazionali in contrasto con detti paragrafi, attraverso la precisazione degli obblighi ivi previsti.

La scelta offerta dall'art. 106, paragrafo 3, TFUE, tra lo strumento della direttiva e quello della decisione, dipende dall'obiettivo perseguito dalla Commissione, a seconda che essa desideri emanare norme generali che

---

<sup>97</sup> D. GALLO, *I servizi*, op.ult.cit., p. 146.

<sup>98</sup> G. TESAURO, *Il diritto*, op. ult. cit., p. 800.

<sup>99</sup> Causa C-226/87, *Commissione c. Grecia*, punto 11: *“Va rilevato che, a norma dell'art. 90, n. 3, del trattato CEE: «la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni». Risulta dalla sentenza della Corte 6 luglio 1982 (Repubblica francese, Repubblica italiana e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/Commissione (causa riunite 188-190/80, Race. pag. 2545), che, pur se la competenza così conferita alla Commissione si esercita in uno specifico ambito di applicazione e in ipotesi definite in relazione allo scopo proprio di tale articolo, questa circostanza non osta a che le «direttive» e le «decisioni» contemplate da detta disposizione del trattato appartengano alla categoria generale delle direttive e delle decisioni contemplate dall'art. 189”*.

<sup>100</sup> Causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, punto 27.

precisano obblighi derivanti dal Trattato o valutare una situazione determinata in uno o più Stati membri alla luce del diritto comunitario e fissare le conseguenze che ne derivano per lo Stato membro o gli Stati membri interessati<sup>101</sup>.

## 6. L'art. 14, TFUE, e la funzione sociale dei SIEG.

L'art. 106, TFUE, non è la sola norma dedicata ai servizi d'interesse economico generale.

Il Trattato di Amsterdam, infatti, introdusse nell'ambito del diritto primario, l'articolo 7D, divenuto poi art. 14 nel TFUE.

Detto articolo, anch'esso posto a disciplina dei SIEG, può considerarsi il frutto di un compromesso tra tesi liberiste e quelle più sensibili agli aspetti di natura sociale<sup>102</sup>.

Si è discusso per lungo tempo sulla rilevanza giuridica della norma in esame<sup>103</sup>.

L'opinione tradizionale tendeva ad attribuire all'art. 14, TFUE, un valore

---

<sup>101</sup> Causa C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione*, punto 28.

<sup>102</sup> D. GALLO, *I servizi*, op.ult.cit., p. 715. L'art. 14 TFUE è frutto di un lungo negoziato iniziato con la proposta del Ministro francese per gli affari europei, Michel Barnier, il quale, in un suo *memorandum* sottoposto all'attenzione degli altri Stati membri, auspicava una riformulazione dell'art. 90 TCE che accentuasse le istanze di carattere sociale sottese all'erogazione dei servizi d'interesse generale. A tale posizione si contrapponeva quella di coloro che, invece, propendevano per mantenere invariato il testo del Trattato, preferendo attribuire una maggiore rilevanza ai profili sociali dei SIEG in via interpretativa, attraverso una interpretazione più ampia della deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE [ex 90 TCE], ovvero mediante l'adozione di atti di diritto derivato in cui vi fosse una maggiore attenzione alle esigenze di carattere sociale in chiave restrittiva della concorrenza. Nell'ambito del negoziato, una posizione intermedia fu assunta dalla Commissione, la quale riteneva opportuno non modificare l'art. 90 TCE, che si era dimostrato sino a quel momento efficace, garantendo una proficua interazione fra liberalizzazione e interesse generale, auspicando, invece, che fosse inserito nell'ambito dell'art. 3, TCE, il cui contenuto è stato per gran parte recepito negli articolo 3-6 TFUE, un riferimento alla promozione dei servizi d'interesse generale tra gli obiettivi del diritto comunitario. Sul punto, si espresse anche il Parlamento che, in modo non dissimile dalla Commissione, sosteneva la necessità di inserire i SIG tra gli obiettivi dell'Unione e di riformulazione dell'art. 90 TCE.

<sup>103</sup> Si vedano i contributi di F. DONATI, *La regolazione dei servizi d'interesse generale, I servizi d'interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 195-217; D. SORACE, *I servizi pubblici*, op. ult. cit., pp. 1-25; F. BUONOMENNA, *I servizi pubblici internazionali nell'epoca della globalizzazione e nel trattato di Lisbona*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, p. 91-108.

meramente simbolico <sup>104</sup>. I sostenitori della “*no change view*” ritenevano che il rinvio operato dall’art. 14 all’art. 106, TFUE, rendesse sostanzialmente vano ogni tentativo di elevare i SIEG tra gli obiettivi dell’Unione.

Il quadro normativo doveva pertanto considerarsi sostanzialmente immutato, non potendosi considerare i servizi in esame in una prospettiva diversa da quella operata dalle norma di rinvio <sup>105</sup>.

L’indirizzo prevalente, al contrario, attribuisce all’art. 14, TFUE, il merito di aver elevato i SIEG tra i valori comuni e condivisi in ambito europeo, da promuovere mediante l’azione degli Stati membri e da annoverare tra gli obiettivi fondamentali dell’Unione <sup>106</sup>.

I servizi d’interesse economico generale vengono in tal modo sottratti dall’esclusiva ottica della concorrenza ed acquisiscono una propria valenza che mette l’interesse dei cittadini al centro della politica europea <sup>107</sup>.

La collocazione della norma nella parte del TFUE dedicata ai principi e l’attribuzione all’Unione ed agli Stati membri del compito di provvedere affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i propri compiti, rafforzano tale conclusione.

L’art. 14, tuttavia, non si limita ricondurre i SIEG nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, a cui si dovrà ispirare l’opera dei legislatori europei e nazionali, ma ne evidenzia altresì il loro valore sociale <sup>108</sup>.

Tali servizi vengono infatti considerati come strumentali alla promozione

---

<sup>104</sup> G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, p. 19: “la disposizione appare introdotta più per tacitare coloro che volavano cambiare l’articolo 90, dando loro il contentino di una (apparente) nuova disciplina, che per innovare effettivamente l’assetto preesistente”.

<sup>105</sup> M. ROSS, *Art. 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *Eu. Law Rev.* 2000, p. 29, riferendosi all’ex art. 16, si esprimeva in termini di “*no change view*”.

<sup>106</sup> G. GALLO, *I servizi*, *op. ult. cit.* 724.

<sup>107</sup> A. TIZZANO, *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, art. 14, p. 428; M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 398, afferma che con il Trattato di Amsterdam e, dunque, anche grazie all’introduzione del nuovo art. 16 TCE, ha rafforzato “*l’equilibrio tra imperativi economici e coesione sociale*”.

<sup>108</sup> G. PERICU, M. CAFARO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, 1997, p. 792.

della “*coesione sociale e territoriale*”<sup>109</sup>.

Il Trattato di Lisbona lascia inalterata l’espressione “*coesione sociale e territoriale*”, nonostante la tendenza fosse quella di sostituire detta espressione con la locuzione “*coesione sociale, economica e territoriale*”<sup>110</sup>.

La *ratio* della scelta del legislatore, di lasciare invariati i termini dell’art. 14, TFUE, è da individuarsi nel tentativo di enfatizzare il più possibile il ruolo del “sociale”, piuttosto che quello “economico” delle politiche di coesione portate avanti dalle Istituzioni UE in materia di SIEG<sup>111</sup>.

A differenza della coesione economica che mira a ridurre le differenze tra gli Stati in termini di prodotto interno lordo (PIL), la coesione sociale è diretta a ridurre le disparità legislative nel settore dei servizi essenziali, mentre la coesione territoriale è tesa a ridurre le disuguaglianze di accessibilità territoriale, consentendo anche ai soggetti più svantaggiati, sotto il profilo dell’ubicazione geografica, di godere delle stesse strutture e degli stessi servizi di coloro che si trovano in una posizione privilegiata.

Il riferimento alla “*coesione sociale e territoriale*” trova altresì corrispondenza nell’art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, ove si afferma che, in nome di siffatta coesione, l’Unione riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale economico quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai Trattati.

La norma, infine, riconosce all’Unione il potere di legiferare in materia di SIEG, adottando regolamenti, secondo la procedura legislativa ordinaria. Tali regolamenti sono adottati “*fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi*”. Ciò conferma che le decisioni in merito all’organizzazione, alla fornitura e al finanziamento di tali servizi spettano agli Stati membri a livello nazionale, regionale o locale.

Ci si è pertanto interrogati sulla effettiva utilità di tale inciso.

L’opinione prevalente ritiene che il potere legislativo di cui all’art. 14, TFUE, possa essere usato per colmare le lacune e rimediare alle incertezze

---

<sup>109</sup> Sul tema, in particolare, H. PAULIAT, *La cohesion territoriale et les services publics en Europe*, Paris, 1999.

<sup>110</sup> Come accaduto, ad esempio, negli articoli 3, paragrafo 3, TUE, e art. 4, paragrafo 2, lett. c) TFUE

<sup>111</sup> G. GALLO, *I servizi*, op. ult cit. p. 744 ss.

derivanti dall'applicazione delle discipline settoriali, nonché per elaborare principi di regolamentazione comuni a tutti i SIEG <sup>112</sup>.

Per il momento sembra esserci un consenso sul fatto che questa non è una priorità immediata. La Commissione ritiene che in questa fase sia più adeguata un approccio settoriale che permette di trovare soluzioni su misura a problemi concreti e specifici in settori differenti.

L'esigenza di una legislazione comune basata sull'art. 14, TFUE continuerà pertanto ad essere oggetto di varie consultazioni pubbliche e di un dialogo permanente con i soggetti portatori d'interesse.

## **7. Il Protocollo n. 26, ed i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei SIEG**

Il protocollo n. 26, allegato al TFUE, recante disposizioni interpretative dell'art. 14 TFUE, è dedicato ai servizi d'interesse generale<sup>113</sup>.

Il Protocollo si compone di due articoli: il primo è dedicato ai SIEG; il secondo ai SINEG.

L'art. 1, in particolare, chiarisce i “*valori dell'Unione*” in materia di SIEG, ribadendo talvolta una serie di principi generali del diritto dell'Unione da sempre riconosciuti e tesi ad orientare l'azione delle istituzioni dell'UE.

Tra i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei SIEG, ai sensi del citato Protocollo, recante disposizioni interpretative all'art. 14, TFUE, è possibile ricomprendervi:

- *il ruolo e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella gestione dei SIEG.* L'art. 1 del Protocollo n. 26, dunque, con l'obiettivo di allontanare tendenze accentratrici a livello dell'Unione, ribadisce il ruolo e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali nella gestione dei SIEG. Come si è già avuto modo di precisare più volte nel corso del presente capitolo, le Autorità competenti degli Stati, siano esse nazionali, regionali, locali, a

---

<sup>112</sup> A. ARENA, *La nozione*, op. ult. cit., p. 157.

<sup>113</sup> I Protocolli allegati al Trattato hanno un valore giuridico pari ai Trattati stessi. In tal senso: cause riunite n. 7/54 e 9/54, *Groupement des Industries luxembourgeoises c. Alta Autorità*, punto 88, ove è affermato che “*le disposizioni contenute in tutti questi testi (trattati, allegati e protocolli) hanno uguale efficacia imperativa e che non si devono opporre le une alle altre ma tenerle in ugual conto per dar loro una applicazione adeguata*”.

secondo della vicinanza ai cittadini, sono libere di definire quali servizi considerare d'interesse economico generale. Tale principio è consacrato a livello di diritto primario all'art. 14, TFUE, e ripetuto in numeri atti di *soft-law* prodotti dalla Commissione. Le autorità, inoltre, dispongono di ampio potere discrezionale in materia di organizzazione, regolamentazione e finanziamento di tali servizi, conformemente alla normativa UE ed entro i limiti dell'errore manifesto e dei settori armonizzati a livello europeo.

- *il rispetto della diversità tra servizi, situazioni nonché esigenze e preferenze degli utenti.* Il Protocollo n. 26 richiede che gli Stati membri e l'Unione rispettino le differenze tra i vari servizi d'interesse economico generale e le diverse esigenze e preferenze dei cittadini, degli utenti e dei consumatori derivanti dalla diversità delle situazioni economiche, sociali, geografiche, culturali e materiali. Va tenuto debito conto della diversità che caratterizza tali servizi, delle condizioni in cui vengono forniti, delle caratteristiche dei prestatori e dell'esigenza di flessibilità per adattare i servizi ad esigenze diverse.
- *la realizzazione di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità.* Gli Stati membri e l'Unione devono promuovere lo sviluppo di servizi d'interesse economico generale di elevata qualità. In generale, spetta agli Stati membri definire i livelli di qualità per i SIEG. Tuttavia, ove è ritenuto opportuno l'intervento dell'Unione, strumenti UE specifici possono dettare norme a garanzia della qualità dei prodotti e dei servizi per i consumatori e gli utenti in generale, nonché per tutti i soggetti che partecipano al processo di produzione. Gli Stati membri e l'Unione devono altresì promuovere servizi d'interesse economico generale sicuri. La sicurezza, dopo gli accadimenti dell'11 settembre 2001, è divenuta una priorità per l'Europa nel suo complesso oltre che un elemento fondamentale del modello europeo di società. Per ciò che attiene il concetto di accessibilità, invece, è richiesto che il servizio d'interesse generale sia offerto ad un prezzo abbordabile per renderlo accessibile a tutti, contribuendo in tal modo alla coesione economica e sociale negli Stati membri. L'Unione non specifica i criteri di determinazione dei prezzi accessibili. Questi criteri devono essere definiti dagli Stati membri i quali, dopo averli determinati, devono garantire che tale

livello sia effettivamente offerto, mettendo in atto un meccanismo di controllo dei prezzi e/o distribuendo sussidi alle persone interessate.

- *la necessità di garantire parità di trattamento e promuovere l'accesso universale.*  
L'accesso ai servizi d'interesse economico generale è un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Vi rientra la garanzia della parità di trattamento tra donne e uomini e la lotta a tutte le forme di discriminazione nell'accesso ai servizi d'interesse economico generale. Ove una norma UE settoriale si fonda sul concetto di servizio universale, essa deve stabilire il diritto di tutti ad accedere a determinati servizi considerati essenziali e imporre ai prestatori l'obbligo di offrire precisi servizi alle condizioni specificate, tra cui la totale copertura territoriale e il prezzo abbordabile. Il servizio universale stabilisce un insieme minimo di diritti e obblighi, che di norma può essere elaborato ulteriormente a livello nazionale. Si tratta di un concetto dinamico, che occorre aggiornare periodicamente settore per settore. Come già accennato per i servizi sociali, promuovere l'accesso su tutto il territorio dell'Unione è fondamentale per la promozione della coesione territoriale nell'UE. I territori svantaggiati dal punto di vista geografico o naturale quali le regioni ultra periferiche, insulari, montane, a bassa densità di popolazione e alle frontiere esterne, devono spesso affrontare difficoltà in termini di accesso ai servizi d'interesse generale, data la lontananza dai principali mercati o dai maggiori costi dei collegamenti. Si tratta di esigenze specifiche di cui occorre tener conto.
- *la difesa di diritti degli utenti:* occorre specificare, promuovere e difendere i diritti dei cittadini, dei consumatori e degli utenti. La capacità dei consumatori e degli utenti, comprese le persone vulnerabili o portatrici di disabilità, di esercitare i propri diritti, in particolare il diritto di accesso, presuppone spesso l'esistenza di autorità indipendenti di regolamentazione dotate di idoneo personale nonché di poteri e doveri chiaramente definiti. Tra questi figura il potere sanzionatorio, in particolare la capacità di controllare il recepimento e l'applicazione delle disposizioni in materia di servizio universale. Presuppone inoltre l'esistenza di disposizioni per la

rappresentanza e la partecipazione attiva di consumatori e utenti alla definizione e valutazione dei servizi, la disponibilità di idonei meccanismi di ricorso e di risarcimento e l'esistenza di una clausola di riesame che consenta l'adeguamento dei requisiti nel tempo in funzione degli sviluppi in campo sociale, tecnologico ed economico. Le autorità di regolamentazione dovrebbero inoltre controllare gli sviluppi del mercato e fornire i dati necessari per la valutazione.

L'art. 2 del Protocollo n. 26, invece, è dedicato al SINEG e conferma la loro esclusione dall'ambito di applicazione del diritto *antitrust*. Il citato articolo, infatti, ricorda che “*le disposizioni del trattato lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare i servizi d'interesse generale non economico*”.

## **8. Il diritto fondamentale di accesso ai servizi d'interesse economico generale.**

L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è dedicato ai SIEG<sup>114</sup>.

In aggiunta a quelle previste dal TFUE, l'articolo in esame completa il quadro delle norme di diritto primario poste a disciplina dei servizi d'interesse economico generale <sup>115</sup>.

L'art. 36 della Carta, alla pari di quanto sancito dall'art. 14, TFUE, esalta il

---

<sup>114</sup> L'art. 36, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, recita: “*Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati*”

<sup>115</sup> Ai sensi dell'art. 36, paragrafo 1, TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione può essere annoverata a pieno titolo tra le fonti di rango primario. Senonché, nella prassi, si registra la tendenza di ricondurre la Carta tra le fonti rango costituzionale dell'Unione, disponendo di una forza di resistenza superiore (o comunque diversa) rispetto a quella dei Trattati. In particolare, detta forza qualifica è da attribuirsi alle disposizioni della Carta che sanciscono diritti e principi espressione di valori fondanti l'ordinamento giuridico. Sicché le norme dei Trattati possono cedere di fronte alla tutela di quei valori, così come possono cedere di fronte a disposizioni nazionali che perseguano la medesima tutela. La Carta, nel dettaglio, consta di 54 articoli, preceduti da un preambolo. Oltre alle disposizioni generale che figurano alla fine del testo, gli articoli sono riuniti attorno a sei valori fondamentali: la dignità (art. 1-5); le libertà (artt. 6-19); l'uguaglianza (artt. 20-26); la solidarietà (artt. 27-38); la cittadinanza (artt. 39-46); e la giustizia (artt. 47-50)

ruolo dei SIEG nella promozione della coesione sociale e territoriale. Tuttavia, a differenza del citato articolo 14, che ne sottolinea altresì l'importanza nell'ambito dei valori dell'Unione, l'art. 36 si limiterebbe ad affermare un legame esclusivo e di tipo finalistico tra i servizi e la coesione, sottacendo sui valori comuni dell'Unione <sup>116</sup>.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione valorizza pertanto la dimensione sociale dei SIEG, contribuendo a superare quella concezione secondo la quale i servizi d'interesse economico generale dovrebbero essere visti solamente come eccezione al mercato e non anche quale elemento positivo di promozione di coesione sociale e territoriale <sup>117</sup>.

La *ratio* dell'art. 36 della Carta, dunque, non sarebbe quella di contrastare la spinta liberalizzatrice dell'Unione, limitazione che invece è operata dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE, bensì quella di operare un bilanciamento di interessi contrapposti: la valorizzazione della dimensione sociale dei SIEG per evitare fenomeni d'esclusione derivanti dalla fornitura dei servizi pubblici in regime di concorrenza <sup>118</sup>.

L'art. 36, della Carta, anch'esso frutto di un agevole compromesso tra tesi liberaliste ed altre più sensibili agli aspetti di natura sociale <sup>119</sup>, nello specifico,

---

<sup>116</sup> G. GALLO, *I servizi*, op. ult. cit., p. 745. Nel contempo, A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, sostiene che la nozione di "coesione sociale e territoriale" possa inglobare, con un'interpretazione estensiva, i valori sociali dell'Unione diffusi nel diritto comunitario, rendendo nella sostanza il contenuto analogo a quello della norma del Trattato

<sup>117</sup> O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi d'interesse economico generale*, Milano, 2002, p. 633 ss.

<sup>118</sup> A. LUCARELLI, *Commento*, cit., pp. 256-257.

<sup>119</sup> Sull'argomento, cfr. A. ARENA, *Spiegazione relativa all'art. 36 – Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 680-690; M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001, p. 355 ss; L. GRARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2008, pp. 158-159; D. MARESCA, *L'accesso ai servizi d'interesse generale, deregolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, DUE, 2005, p. 441 ss. I citati autori ripercorrono la costruzione dell'articolo in commento evidenziando come esso non figurasse nella base di discussione predisposta dal *Presidium* per la redazione della Carta. Il citato articolo fu aggiunto in un successivo momento a seguito del compromesso raggiunto in seno alla Convenzione tra quattro diversi orientamenti sul tema dell'accesso ai servizi d'interesse generale <sup>119</sup>. Per un primo orientamento, l'introduzione nella Carta di una

chiede all'Unione di "riconoscere e rispettare l'accesso ai SIEG come previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati".

Occorre, tuttavia, determinare la portata applicativa di tale previsione.

Sul punto si registrano diversi indirizzi: per un primo orientamento, l'articolo in commento richiederebbe all'Unione di intervenire attivamente, ponendo a suo carico un obbligo positivo di adottare ogni misura legislativa necessaria ad assicurare, direttamente o per mezzo degli Stati membri, l'accesso dei servizi d'interesse economico generale <sup>120</sup>; un secondo indirizzo, invece, riterrebbe che l'art. 36 imponga all'Unione un obbligo negativo, di astenersi dal contrastare le legislazioni e le prassi nazionali in materia di accesso ai SIEG <sup>121</sup>.

Altra questione, anch'essa dibattuta, riguarda il riconoscimento da parte

---

disposizione che riconoscesse a tutti gli individui un diritto d'accesso libero ed eguale ai SIEG costituiva l'occasione per riaffermare la potestà normativa degli Stati membri in tema di servizi pubblico rispetto alle norme dei Trattati in materia di concorrenza e mercato interno. Tale proposta incontrò l'opposizione degli esponenti di coloro che ritenevano il libero mercato un valido strumento per la realizzazione degli obiettivi perseguiti dai SIEG ed il riconoscimento, ad opera della Carta, di un diritto universale d'accesso a tali servizi avrebbe rappresentato una limitazione alla libertà d'impresa, nonché un ostacolo all'integrazione economica tra gli Stati membri perseguita dai Trattati. La prima proposta fu altresì criticata da coloro che ritenevano che l'accesso ai servizi d'interesse economico generale, al pari di altri diritti sociali, non costituisse un vero e proprio diritto fondamentale invocabile direttamente in giudizio dai singoli, ma al più un obiettivo per i legislatori degli Stati membri e dell'Unione. Infine, per un quarto orientamento, l'introduzione nella carta di una norma dedicata alla libertà di accesso dei SIEG avrebbe potuto rappresentare l'occasione per esaltare il ruolo di tali servizi nella promozione di una società più coesa ed inclusiva considerato che la dialettica tra libero mercato ed intervento pubblico non sempre aveva determinato un abbassamento delle tariffe bensì un innalzamento con conseguente esclusione degli utenti meno abbienti o residenti in aree periferiche. Il testo definitivo dell'art. 36 della Carta è frutto di tutti e quattro gli orientamenti. L'approccio maggiormente difensivista della sovranità degli Stati membri in tema di SIEG si rinviene nella parte della norma che richiede all'Unione di operare rispettando quanto "previsto dalle legislazioni e prassi nazionali". Tale inciso è richiamato da quella parte di dottrina sostenitrice della tesi secondo cui l'art. 36 non attribuirebbe all'Unione nessuna obbligazione ulteriore se non quella di non rimettere in discussione quanto previsto a livello nazionale in materia di accesso ai servizi pubblici. L'influenza del secondo orientamento, quello liberalista di matrice europea, si rinviene, invece, nella chiosa finale ove è precisato che le legislazioni e le prassi nazionali in materia di accesso dei SIEG dovrà essere conforme a quanto previsto dai trattati. La norma, dunque, non introduce un'eccezione all'applicazione del diritto *antitrust*, posto che le discipline e le prassi nazionali in materia di accesso ai servizi pubblici devono comunque risultare compatibili con il diritto dell'Unione, consentendo, invece, un bilanciamento tra opposti interessi: il mercato e coesione sociale e territoriale.

<sup>120</sup> D. MARESCA, *L'accesso*, cit., p. 448.

<sup>121</sup> L. GRARD, *Place*, cit. 160.

dell'art. 36 di diritti a favore dei cittadini.

Parte della dottrina, sul punto, ritiene che l'articolo sancisca un *principio* la cui attuazione è demandata agli atti dell'Unione e degli Stati membri in materia di accesso ai SIEG <sup>122</sup>; altra parte, invece, ritiene che l'articolo riconosca un diritto dei singoli individui ad accedere ai servizi d'interesse economico generale non condizionato né subordinato ad ulteriori misure integrative <sup>123</sup>.

Deve, tuttavia, ritenersi prevalente il primo dei sopracitati indirizzi considerato che le Spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali <sup>124</sup>, riferite all'art. 36, precisano che “ *questo articolo [...] non crea nessun nuovo diritto. Esso si limita a sancire il principio del rispetto dell'Unione dell'accesso ai servizi d'interesse generale previsto dalle disposizioni nazionali, a condizione che ciò sia compatibile con il diritto dell'Unione*”.

## 9. Il servizio universale

Altra nozione di rilevante interesse è quella di servizio universale, espressione che emerge specialmente nel diritto derivato, con particolare riferimento ai servizi a rete, armonizzati dal legislatore europeo <sup>125</sup>.

Ad esempio, la direttiva 2009/72/CE <sup>126</sup>, sull'energia elettrica, all'art. 2, paragrafo 3, riconosce il diritto dei clienti civili e delle imprese “ *di usufruire nel rispettivo territorio del servizio universale, vale a dire del diritto alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili, trasparenti e non discriminatori?*”

---

<sup>122</sup> F. BENOIT-ROHMER, *Access*, cit., p. 312; G. GALLO, *I servizi*, op. ult. cit., p. 730; L. GRARD, *Place*, cit. 163.

<sup>123</sup> D. MARESCA, *L'accesso*, op. cit., p. 447.

<sup>124</sup> *Spiegazioni alla carta dei diritti fondamentali*, 2007/C 303/02, art. 36.

<sup>125</sup> Sul servizio universale si veda G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.* n. 1, 1998, 181 e ss; S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, 91 e ss; N. RANGONE, *Servizi universali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 4, sottolinea l'assenza della definizione di servizio universale nel Trattato, sì che, in mancanza di disposizione di carattere generale, il contenuto positivo e la sua estensione emergono esclusivamente dalla normativa di settore, che indica quali servizi e in quale misura possono essere inclusi nei calcoli sul costo del servizio universale.

<sup>126</sup> V. Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica

Il *Libro verde sui servizi d'interesse generale* del 2003 definisce il servizio universale come quell'insieme di requisiti d'interesse generale che “assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile”.

Gli obblighi di servizio universale risultano essere funzionali al raggiungimento di obiettivi di coesione territoriale e sociale e si ispirano a principi di parità di trattamento, universalità, continuità, adeguamento, nonché ai criteri di trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nei finanziamenti<sup>127</sup>.

Tale concetto, in particolare, si è sviluppato con finalità difensive, tra cui quella di evitare che i processi di privatizzazione potessero pregiudicare l'adempimento della funzione sociale ossia il soddisfacimento dei bisogni.

Gli obblighi di servizio universale o, più propriamente, i principi di base di un servizio universale sono di norma previsti da atti di diritto derivato dell'Unione Europea (come direttive di armonizzazione di particolari settori), ma l'attuazione e l'integrazione di tali principi è lasciata agli Stati membri in relazione alle loro specifiche esigenze<sup>128</sup>.

La dottrina si è interrogata sul rapporto tra la nozione “servizio pubblico” e quella di “servizio universale”. Secondo un primo indirizzo, vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra le due locuzioni<sup>129</sup>. Tale tesi, tuttavia, avrebbe quale conseguenza quella di considerare ogni servizio pubblico come universale. Un secondo indirizzo, invece, ritiene che la nozione di servizio universale non sovrapponibile a quella di servizio pubblico<sup>130</sup>. Tale ultimo orientamento è stato condiviso anche dalla giurisprudenza del Tribunale, nella causa *BUPA*, in cui è stato affermato che ai fini della qualificazione di un servizio come “servizio d'interesse economico generale non è necessario che lo stesso sia “*un servizio universale in senso stretto*”, ossia rivolto all'intera popolazione o alla totalità del

---

<sup>127</sup> C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, op. ult. cit., pp. 128-129

<sup>128</sup> A. ARENA, *La nozione*, op. ult. cit., p. 189.

<sup>129</sup> M. CABIDDU, *Pubblicità come attributo dei servizi e non del soggetto gestore. I servizi essenziali ex art. 43 costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 923.

<sup>130</sup> C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, op. ult. cit., p. 130, afferma che il servizio universale non può considerarsi la trasposizione del concetto di servizio pubblico in sede europea.

territorio. Così, il servizio universale, in quanto insieme di prestazioni *minime* atte a garantire la qualità, la diffusione e l'accessibilità del servizio, non rappresenterebbe che una parte di servizio pubblico dai contenuti più ampi <sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> C. IANIELLO, *Poteri pubblici, op. ult. cit.*

**CAPITOLO**  
**II**  
**I SERVIZI PUBBLICI**  
**NEL DIRITTO NAZIONALE**

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Il servizio pubblico nell’attuale momento ordinamentale – 3. Sulla nozione di servizio pubblico locale – 4. I servizi pubblici locali di rilevanza economica – 5. I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica – 6. Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura: rinvio al cap. VII – 7. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali – 7.1. La legge 8 giugno 1990, n. 142, e l’affermazione del modello societario - 7.2. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sull’ordinamento degli enti locali – 7.3. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali a seguito del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 – 7.4. La disciplina di cui all’art. 4, d.l. n. 138 del 2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199 – 7.5. La legge 7 agosto 2015, n. 124 e lo schema di Testo unico sui servizi pubblici locali d’interesse economico generale - 7.6. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 7.7. Il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50: il codice dei contratti pubblici – 8. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nell’attuale contesto normativo.

**1. Premessa**

Nel presente capitolo si procederà ad analizzare le categorie di servizio pubblico contemplate dal diritto nazionale, onde individuare le locuzioni che più si avvicinano a quelle di derivazione europea che in precedenza si sono esaminate.

L’applicabilità delle norme dettate in ambito riferitamente ai SIEG è d’altronde subordinata alla corretta individuazione delle omologhe categorie di servizio pubblico previste in ambito nazionale.

La disamina delle diverse *species* di servizio pubblico locale sarà altresì funzionale a determinare a quale delle predette categorie sia possibile ricondurre il servizio farmaceutico.

In particolare, ci si interrogherà sulla possibilità di considerare il servizio farmaceutico alla stregua di un servizio pubblico locale.

Sarà, pertanto, necessario procedere alla specificazione della nozione di servizio pubblico, espressione quest'ultima che ricorre più volte nel codice dei contratti pubblici, per poi individuare l'ambito dei servizi pubblici locali, distinguendo gli stesi a seconda della rilevanza o meno economica.

Conclusivamente, stante il richiamo operato dalla legislazione di settore sulle farmacie alla legge 8 giugno 1990, n. 142, saranno analizzati i modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'attuale contesto ordinamentale.

## 2. Il servizio pubblico nell'attuale momento ordinamentale

La nozione di “*servizio pubblico*” costituisce da sempre una *vexata quaestio*<sup>132</sup>. Le più lontane ascendenze del servizio pubblico all'italiana sono da ricercare nel *service public a la francaise*<sup>133</sup>. Infatti, la prima ad occuparsi di servizio pubblico fu la giurisprudenza d'oltralpe con le celebri sentenze *Blanco*, del 1873, e *Terrier*, del 1903<sup>134</sup>. Nel contempo, la dottrina francese fu la prima a conferire al servizio

---

<sup>132</sup> C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, *op.ult.cit.*, p. 52; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, p. 105, considera quella di servizio pubblico “*una fortunosa espressione*”; G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento*, cit., p. 147, evidenzia come il dibattito sia sorto in conseguenza del sempre più crescente numero di disposizioni che fanno riferimento ai servizi pubblici “*senza però essere assistite da chiarezza dispositiva*”.

<sup>133</sup> D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 1999, 402 ss.

<sup>134</sup> Le sentenze *Blanco* e *Terrier* sono consultabili in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XII ed, 1999, p. 1 e ss. In entrambe le sentenze il concetto di servizio pubblico era stato proposto come criterio di riparto tra la giurisdizione del *juge judiciaire* (giudice ordinario) e quella del *juge administratif* (giudice amministrativo), in apparente sostituzione a quello imperniato sulla distinzione tra *gestion publique* (atti di gestione) e *puissance publique* (atti di imperio). Così gli atti di gestione, che normalmente erano devoluti alla giurisdizione ordinaria, se risultavano inscindibilmente legati alla realizzazione del pubblico interesse erano eccezionalmente devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, con il caso *Blanco*, il Tribunale dei conflitti affermò l'incompetenza dei tribunali ordinari “*a conoscere qualsiasi domanda rivolta contro l'amministrazione in merito allo svolgimento dei servizi pubblici*”. In modo analogo, nel caso *Terrier*, fu affermato il principio secondo cui “*tutto ciò che concerne il funzionamento e l'organizzazione dei servizi pubblici propriamente detti, generali o locali, costituisce un'operazione amministrativa che è, per sua natura, di competenza della giurisdizione amministrativa*”. L'espansione della giurisdizione amministrativa operata dalle due sentenze subì tuttavia una battuta di arresto nel 1921 con la pronuncia *Société commerciale de L'Ouest Africain*. In tale occasione, il Tribunale dei conflitti affermò che mentre per alcuni servizi, appartenenti “*all'essenza stessa dello*

pubblico una rilevanza giuridica. In particolare, Léon Deguit, fondatore della c.d. Scuola di Bordeaux, in contrapposizione all'allora prevalente teoria di Stato-persona, formulata dalla giuspubblicistica tedesca di marcata matrice autoritaria, teorizzò una nozione di Stato fondata sul servizio pubblico.

Secondo l'Autore, infatti, lo Stato era rappresentato come “*una cooperazione di servizi pubblici organizzati e controllati dai governanti*”<sup>135</sup>. Tale ricostruzione fu poi ripresa da Gaston Jèze, principale allievo di Deguit, a cui si deve la formulazione della teoria del *procède du service publique*, in base alla quale sono servizi pubblici “*i bisogni d'interesse generale che i governanti, in un dato Paese e in un dato momento, decidono di soddisfare attraverso un procedimento di pubblico servizio*”<sup>136</sup>.

In Italia, invece, pochi anni dopo la pubblicazione della legge 29 marzo 1903, n. 103, con cui si procedette ad una progressiva municipalizzazione dei servizi pubblici<sup>137</sup>, in netta contrapposizione alla tendenza registratasi in passato di demandare all'industria privata la soddisfazione dei bisogni della collettività

---

*Stato o dell'amministrazione*”, permanevano la giurisdizione del giudice amministrativo, altri servizi pubblici, a carattere economico, gestiti dallo Stato solo occasionalmente, dovevano essere rimessi alla cognizione del giudice ordinario. Tale pronuncia, dunque, affermò la competenza del giudice ordinario a conoscere le questioni aventi ad oggetto atti di gestione di servizi a carattere industriale o commerciale, segnando una riespansione della giurisdizione ordinaria, senza pregiudicare la competenza del giudice amministrativo rispetto agli atti che, benché attinenti a tale ultima tipologia di servizi, dovevano considerarsi manifestazione di una *puissance publique*. Dunque, nella sostanza, le citate sentenze non stravolsero il criterio di riparto tradizionale basato sulla distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio bensì lo perfezionarono adeguandolo all'evoluzione sociale e tecnologica del tempo, contestualmente all'affermarsi dei servizi a carattere industriale e commerciale.

<sup>135</sup> L. DUGUIT, *Le libertes publiques*, Parigi, 1925, p. 55.

<sup>136</sup> G. JÈZE, *Le principes generaux du droit administratif*, Parigi, 1930, p. 16.

<sup>137</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione italiana*, Roma, 2007, p. 13. Si pensi, ad esempio, all'Azienda delle Ferrovie dello Stato (1905); all'Impresa per la telefonia interurbana (1907); all'Istituto Nazionale delle Assicurazioni; all'Istituto Nazionale del Credito per la Cooperazione; ecc.

<sup>138</sup>, fu Arnaldo De Valles ad elaborare la teoria soggettiva di servizio pubblico  
<sup>139</sup>.

Sebbene la legge sulla municipalizzazione fu la prima ad interessarsi in maniera organica di servizi pubblici <sup>140</sup>, mancava nel dato normativo una disposizione che definisse compiutamente tale concetto <sup>141</sup>.

La concezione soggettiva suggeriva pertanto di ricondurre alla categoria dei servizi pubblici ogni “attività imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini; il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell’istituto” <sup>142</sup>. Nel contesto di tale teoria, pubblici erano gli interessi al cui soddisfacimento tali servizi erano preordinati; così come pubblica era la natura del soggetto che gestiva il servizio <sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, cit., p. 69-71, ricorda che la legge di unificazione amministrativa del 1865 obbligava i comuni a garantire la resa di determinati servizi – tra i quali una parte non collegati alle funzioni pubbliche e, quindi, realizzabili da imprese private. A molti di questi servizi, l’amministrazione provvedeva rivolgendosi al mercato per acquistarli, appaltando le relative prestazioni, oppure utilizzando a tale scopo l’istituto della concessione, specie nei casi in cui per la resa del servizio era necessario l’utilizzo di un bene appartenente al demanio pubblico, come nel caso degli acquedotti, o fosse necessario costruire l’opera infrastrutturale, come nel caso delle ferrovie. In altri termini, la soddisfazione dei bisogni collettivi avveniva ad opera dell’impresa privata “per conto del cliente pubblico”. Un siffatto sistema, tuttavia, comportava che l’utente fosse sottoposto all’arbitrio delle imprese private, le quali, come accaduto con riferimento alla rete ferroviaria, aveva concentrato la propria azione solo rispetto alle zone più ricche e popolose, escludendo le zone nelle quali era antieconomica la stessa resa del servizio. D’altronde fino agli inizi del 1900 i servizi pubblici non erano oggetto di una peculiare regolamentazione che le conformava a principi universalistici. Sulla legge comunale e provinciali, prima dei provvedimenti allegati alla legge di unificazione 20 marzo 1865, n. 2248, F. BONINI, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2000, p. 3 e ss

<sup>139</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1930

<sup>140</sup> Sulla legge comunale e provinciali, prima dei provvedimenti allegati alla legge di unificazione 20 marzo 1865, n. 2248, F. BONINI, *Profilo storico*, cit., p. 3 e ss.

<sup>141</sup> A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2000, p. 66, evidenzia come la legge sulla municipalizzazione “facesse riferimento esclusivamente ad un concetto economico di servizio, come di attività idonea a fornire delle prestazioni ai cittadini, per il soddisfacimento di bisogno ritenuti necessari”.

<sup>142</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., p. 409.

<sup>143</sup> A. ARENA, *La nozione*, op. ult. cit., p. 20.

Questa ricostruzione fu posta in dubbio da Umberto Pototschnig il quale, valorizzando la portata dell'art. 41, c. 3, e dell'art. 43 della Costituzione, nei primi anni '60, propose una definizione di servizio pubblico svincolata dall'elemento soggettivo, facendo coincidere il servizio pubblico con *“ogni attività economica rivolta all'attuazione di fini sociali, programmata e controllata dalla pubblica amministrazione, indipendentemente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto erogatore di tali prestazioni”*.

Contrariamente alla concezione soggettiva di servizio pubblico, che riconduceva a tale categoria solo le attività che l'amministrazione gestita materialmente in proprio o mediante propri organismi strumentali, questa seconda ricostruzione sottolineava la possibilità di qualificare come servizi pubblici anche quelle attività esercitate da imprese private, senza che fosse necessario uno specifico collegamento con l'amministrazione, purché fossero assoggettate ad uno dei tanti programmi e controlli previsti dal legislatore <sup>144</sup>.

La teoria di De Valles e quella di Pototschnig ebbero il limite di essere storicamente condizionate. Esse, infatti, attribuivano rilevanza al profilo che era quantitativamente prevalente al momento della loro concezione <sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> C. CAIA, *La disciplina*, cit., p. 736, sottolinea come la concezione oggettiva sia stata elaborata per l'esigenza di disporre di una nozione di servizio pubblico ancorata a dati non generici o nominalistici, cioè discendenti semplicemente da una qualificazione formale connessa alla natura del soggetto gestione: *“da un profilo formale si faceva nominalisticamente discendere la qualificazione dell'attività”*. Nel contempo, tuttavia, viene evidenziato come la concezione oggettiva, che riconduceva nell'ambito dei servizi pubblici ogni attività economica esercitata da impresa prevista purché sussistessero le particolari condizioni pregiudicate dall'art. 41, c. 3, Costituzione, senza che fosse necessario *“uno specifico conferimento da parte dell'amministrazione pubblica (senza dunque alcun collegamento istituzionale con essa)”*, rendeva di fatto difficile distinguere il servizio pubblico dalle altre fattispecie di intervento pubblico nell'economia. Anche A. POLICE, *Sulla nozione*, cit., p. 69, evidenzia come la teoria oggettiva avesse il difetto di ricondurre alla categoria di servizi pubblici ogni forma possibile di attività economica privata, sol che ricadesse in uno dei tanti piani programmi di settore della legislazione.

<sup>145</sup> In questi termini C. IANNELLO, *Poteri pubblici*, op. cit., p. 85, evidenzia come la rilevanza data al profilo soggettivo dalla concezione elaborata da De Valles fosse spiegabile in ragione del massiccio incremento dell'intervento pubblico nell'erogazione dei servizi pubblici successivamente alla pubblicazione della legge sulla municipalizzazione; la rilevanza attribuita all'aspetto oggettivo discendeva dalle nuove responsabilità affidate

Le più recenti ricostruzioni hanno al contrario elaborato una nozione di servizio pubblico “composita” in quanto in grado di attribuire rilevanza ad elementi tanto soggettivi quanto oggettivi <sup>146</sup>.

Il profilo soggettivo assumerebbe rilevanza con riferimento al momento giuridico della scelta di istituire un servizio pubblico.

Per potersi parlare di servizio pubblico, a prescindere dalla natura del soggetto che sarà chiamato a gestirlo, è necessario che un soggetto pubblico, attraverso l’uso dei poteri di cui dispone, tanto legislativi quanto amministrativi, riconduca detta attività nell’ambito dei propri compiti istituzionali, ritenendo la stessa funzionale al soddisfacimento di esigenze di benessere e di sviluppo socio-economico della comunità rappresentata <sup>147</sup>.

Solo l’amministrazione può stabilire se una determinata attività debba essere offerta alla collettività con tale doverosità da poter essere ricondotta nel novero delle misure attuative dei propri compiti istituzionali <sup>148</sup>.

---

dalla Costituzione repubblicana nell’attuazione dei fini sociali ai singoli cittadini, all’impresa e alle formazioni sociali.

<sup>146</sup> Come segnato da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, terza ed. Milano, 1993, p. 24, l’errore che si è commesso è stato quello di considerare la concezione nominalista o soggettiva come contrapposta a quella oggettiva o sostanziale. Secondo l’Autore, entrambe le concezioni devono ritenersi – con le opportune specificazioni - giuridicamente accettabili

<sup>147</sup> C. CAIA, *La disciplina*, cit., p. 742, limita la rilevanza del profilo soggettivo al solo momento inerente la predisposizione e organizzazione del servizio, escludendo una sua possibile incidenza con riferimento al momento della sua gestione: “*la nozione soggettiva sarebbe palesemente inadeguata e contraddetta da tutte quelle norme di legge nelle quali si contempla una gestione del servizio pubblico anche ad opera di un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell’amministrazione, che detta anche le modalità di svolgimento del servizio*”. A. POLICE, *Sulla nozione*, op. cit., p. 69, afferma che “*il servizio pubblico può aversi solo in rapporto ad attività che il soggetto pubblico, attraverso l’uso dei poteri di cui dispone, legislativi ed amministrativi, fa e considera proprie, nell’ambito dei compiti istituzionali*”.

<sup>148</sup> L’espressione è di A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, Milano, 1994, p. 478 ss, ad avviso del quale “*solo un soggetto che sia pubblico può stabilire che una determinata attività debba essere offerta alla collettività, con tale doverosità, e, quindi, come il contenuto di un servizio pubblico*”. Sulla “doverosità” del servizio G. CAIA, *La disciplina*, op. ult. cit, p. 767, precisa che “doverosità”, fatta eccezione per i servizi pubblici obbligatori, non significa vincolo esecutivo assoluto ed incondizionato poiché il legislatore e la pubblica amministrazione “*devono poter valutare condizioni, tempi e modalità di istituzione e organizzazione dei servizi; ciò comporta che la predisposizione delle*

La gestione del servizio potrà essere affidata anche a soggetti privati. Non rileva, infatti, il carattere pubblico o privato del soggetto che esplica il servizio, quanto la possibilità di riscontrare uno specifico vincolo organizzativo tra il soggetto al quale è affidata la gestione del servizio ed il soggetto pubblico che ha assunto il servizio acquisendone la titolarità.

A tal riguardo, ciò risulta coerente anche con la previsione di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE, laddove, per poter beneficiare del regime derogatorio si richiede espressamente che le imprese siano state “*incaricate*” della gestione di un servizio d'interesse (economico) generale <sup>149</sup>.

Peraltro, non va trascurato che la previa qualificazione del servizio pubblico da parte del soggetto pubblico, pur essendo requisito necessario, non è condizione sufficiente.

Sotto il profilo oggettivo, infatti, si richiede che le prestazioni nelle quali si risolvono i servizi pubblici siano poste in essere a vantaggio della collettività, ossia risultino in grado di fornire un'utilità ad una platea più o meno ampia di utenti (per i servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili) <sup>150</sup>.

Pertanto, secondo le recenti teorie dottrinarie, per qualificare un servizio come pubblico non rileva tanto il carattere pubblico o privato del soggetto che *gestisce* il servizio quanto, piuttosto, la riconducibilità in capo ad un soggetto pubblico della *titolarità* del compito-servizio <sup>151</sup>.

---

*attività concernenti la prestazione di utilità ai cittadini non è automatica od incondizionata ma è rimessa alla discrezionalità del legislatore e della pubblica amministrazione (ovviamente, sui piani rispettivamente propri di ciascuno dei due poteri)”.*

<sup>149</sup> G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, cit., p. 153, sottolinea come non si possa parlare di servizio pubblico da parte di imprese private “*se non vi sia stato un “incarico” o “affidamento” del compito, pur nel rispetto dei principi di concorrenza e delle libertà economiche che – del resto – devono anche ispirare la gestione (conduzione) del servizio pubblico una volta affidato*”:

<sup>150</sup> In questi termini A. POLICE, *Sulla nozione*, op. ult. cit., p. 70. Anche G. CAIA, *La disciplina*, op. ult. cit., p. 758, precisa che “*qualora l'individuazione operata della pubblica autorità non si correli a caratteristiche sostanziali del servizio, che ne dimostrino il particolare rilievo per l'interesse pubblico, essa sarebbe infatti contra ius tanto nell'ordinamento interno, quanto in quello comunitario*”.

<sup>151</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, p. 57.

Tale ricostruzione appare ulteriormente avvalorata dal legislatore nazionale che, recependo un'espressione propria dell'ordinamento europeo, propone una nozione di “*servizio d'interesse generale*” che presenta molteplici punti di contatto con gli elementi che caratterizzano il “servizio pubblico” così come ricostruito dalla dottrina più recente.

Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, fa utilizzo dell'espressione “*servizi d'interesse generale*”, per riferirsi alle “*attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi d'interesse economico generale*”<sup>152</sup>.

Il legislatore, dunque, descrive il servizio d'interesse generale come un'ampia categoria, nell'ambito della quale è possibile ricondurre – ma non solo – i servizi d'interesse economico generale, vale a dire quella *species* di servizi che sono erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico in un dato mercato<sup>153</sup>.

Tale nozione, alla pari di quanto fu evidenziato da parte della dottrina in precedenza richiamata, dà evidenza del ruolo attribuito alle amministrazioni pubbliche nel processo di qualificazione dei servizi d'interesse generale. Infatti, spetta a queste ultime individuare quali attività si ritengono necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale.

Le disposizioni poste a disciplina dei diversi modelli di organizzazione, ai quali le amministrazioni possono ricorrere per la conduzione del servizio

---

<sup>152</sup> V. il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, art. 2, lett. i).

<sup>153</sup> Come confermato da F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. publ.*, 2000, p. 542, il quale, in commento all'allora art. 86 TCE, afferma che la categoria dei servizi d'interesse generale non attrae alla sua orbita “*tutte le attività che nei diversi ordinamenti statuali costituiscono la variata categoria dei servizi pubblici*”

d'interesse generale, daranno altresì evidenza della necessità di garantire un legame tra il soggetto pubblico titolare del servizio ed il gestore terzo soggetto<sup>154</sup>.

La nozione di servizio d'interesse generale, così come proposta in ambito nazionale, si arricchisce poi di un'ulteriore elemento, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, ossia la necessità che l'intervento pubblico sia giustificato da un fallimento del mercato che si deve dimostrare incapace di garantire livelli di prestazioni soddisfacenti<sup>155</sup>.

In altri termini, perché l'attività sia servizi d'interesse generale, in coerenza con i criteri di sussidiarietà orizzontale, è necessario dimostrare l'incapacità del mercato di esercitare una determinata attività ovvero di esercitarla ma a condizioni non soddisfacenti l'interesse pubblico, in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza.

### 3. Sulla nozione di servizio pubblico locale

---

<sup>154</sup> G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, 1998 p 793, evidenzia che l'affidamento può aversi tanto nei confronti di figure giuridiche soggettive legate da un nesso di strumentalità con l'amministrazione, ovvero nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione pubblica complessivamente intesa.

<sup>155</sup> G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 229, sottolinea come il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale sia da interpretarsi come forma di esortazione a garantire non solo "la concorrenza per il mercato" (nell'attribuzione delle concessioni di servizio) ma anche la "concorrenza nel mercato". Anche in sede consultiva, il Consiglio di Stato, parere 11 giugno 2012, n. 2805, evidenziò la tendenza della pubblica amministrazione a limitarsi a rispettare la c.d. "concorrenza per il mercato", individuando l'imprenditore a cui affidare l'erogazione di un determinato servizio mediante procedure competitive di selezione ad evidenza pubblica. Fu, tuttavia, precisato che "la gara non è un bene in sé, è uno strumento, da utilizzare in modo corretto, che garantisce solo la concorrenza per il mercato, non la concorrenza nel mercato. La concorrenza nel mercato consente, invece, agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o al più caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica".

Dopo aver ricostruito la nozione di servizio pubblico, pare opportuno determinare l'esatta portata della categoria dei servizi pubblici locali <sup>156</sup>.

La legge 103 del 29 marzo 1903, sulla municipalizzazione, non forniva una definizione di servizio pubblico locale, né delineava i connotati essenziali per individuarlo, pur fissando le condizioni ed i presupposti necessari per procedere alla loro assunzione da parte dei Comuni, stabilendo una serie di regole amministrative ed organizzative per la gestione dei servizi di primaria necessità <sup>157</sup>.

La legge sulla municipalizzazione, come si vedrà nel proseguo, non si esprimeva ancora in termini di “servizio pubblico locale” ma forniva un'elencazione esemplificativa di “*servizi pubblici*” che i Comuni potevano gestire in modo diretto ovvero mediante concessione a terzi.

Si trattava con ogni evidenza di servizi pubblici che oggi sarebbero definiti “locali”, ma ancora tale espressione non era in uso.

La legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, fu il primo provvedimento legislativo che, pur non fornendo una vera e propria definizione, impiegò l'espressione “*servizi pubblico locale*” <sup>158</sup>

La disposizione, confluita nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, all'art. 112, comma 1, rimasta pressoché immutata, ed ancora in vigore, recita: “*Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”.

---

<sup>156</sup> Tratta l'argomento A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Diritto amministrativo*, 1/2007, p. 79 ss; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 2581 ss.

<sup>157</sup> Come osservato da G. PALLIGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, atti del convegno *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Palazzo di giustizia, 26 giugno 2009, p. 12.

<sup>158</sup> Legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 22, comma 1, recita: “*I Comuni e le Province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedano alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locali*”.

Il legislatore, dunque, ancora una volta, in modo analogo a quanto accaduto per i servizi pubblici, fornisce una nozione di servizio pubblico locale fondata sulla presenza di elementi di tipo soggettivo quanto di tipo oggettivo <sup>159</sup>.

La qualificazione di servizio pubblico locale può così attribuirsi a quelle attività che sono riconducibili ad una figura soggettiva di rilievo pubblico e che si prestano a perseguire scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento <sup>160</sup>.

Il servizio pubblico locale può dunque considerarsi una *species* di servizio pubblico dall'ambito più ristretto. La previsione di cui al citato articolo 112, infatti, si rivolge unicamente alle pubbliche amministrazioni che possono ricondursi nel novero degli "enti locali" e che, in quanto tali, agiscono per realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale che rappresentano in via esponenziale.

Ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, per enti locali si intendono: "i Comuni, le Provincie, le Città metropolitane, le Comunità montane, le Comunità isolate, le unioni di Comuni".

Gli enti locali sono chiamati ad operare nell'ambito delle rispettive competenze. Ciò comporta che dovrà considerarsi precluso ad un ente locale l'assunzione di un servizio che sia già stato riservato ad altri soggetti o che la legge abbia già istituito attribuendolo ad altro livello istituzionale (ente politico), altrimenti l'assunzione sarebbe duplicativa <sup>161</sup>.

Tra i diversi enti locali, alla stregua del principio di sussidiarietà, spetterà al Comune esercitare la generalità delle funzioni d'interesse generale, salvo che per espressa previsione legislativa queste non rientrino nella competenza degli altri enti territoriali al fine di garantirne una gestione unitaria.

---

<sup>159</sup> A. POLICE, *Sulla nozione*, op. cit., p. 76-79.

<sup>160</sup> G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2007, p. 503.

<sup>161</sup> G. CAIA, *L'organizzazione*, cit., p. 806, precisa il significato della locuzione "nell'ambito delle rispettive competenze". Sembra preferibile ritenere che ciò non significhi necessità di corrispondenza biunivoca tra spettanza di funzioni amministrative in una determinata materia e speculare possibilità di istituire il servizio pubblico.

Dunque, spetta a questi ultimi “*provvedere alla gestione dei servizi?*”<sup>162</sup>. Nell’art. 112 del TUEL manca un qualsiasi riferimento al momento dell’“*assunzione*” del servizio. Deve, tuttavia, ritenersi centrale la previa valutazione dall’ente territoriale circa l’utilità collettiva di una determinata prestazione<sup>163</sup>.

Una volta assunta su di sé la titolarità del servizio, l’ente locale potrà provvedere alla gestione mediante il ricorso ad uno dei più modelli di organizzazione<sup>164</sup>.

Prima di procedere all’analisi delle *species* di servizi pubblici locali contemplati dall’ordinamento nazionale, preme sottolineare come sia difficile rinvenire in ambito europeo una locuzione che possa considerarsi coincidente con quella di “servizio pubblico locale”.

Quest’ultimo potrà certamente considerarsi una *species* di SIG secondo l’accezione europea; ma l’ordinamento sovranazionale attribuisce rilevanza, più che al servizio pubblico locale genericamente inteso, alle singole tipologie di servizio riconducibili a quest’ultima categoria.

Nel novero dei servizi pubblici locali è possibile ricondurre: i servizi di rilevanza economica ed i servizi privi di rilevanza economica.

In ambito europeo, i servizi pubblici locali di rilevanza economica trovano il proprio referente nei servizi d’interesse economico generale, pur essendo quest’ultima espressione ancora più ampia se comparata con riferimento al profilo soggettivo<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in Treccani, *Il Libro dell’anno del diritto 2017*, p. 229, mostra come la mancanza nella previsione di cui all’art. 112 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, con riguardo ai servizi pubblici locali, del riferimento alla “necessarietà” abbia permesso più ampie possibilità di organizzazione di attività varie alla stregua di servizi pubblici

<sup>163</sup> A. POLICE, *Sulla nozione*, op. cit., p. 76

<sup>164</sup> M. CAMMELLI, *I servizi nell’amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, p. 16.

<sup>165</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, punto 9.2., ove si afferma che “*il contenuto della suddetta nozione oggettiva di «rilevanza economica», va preso atto che detta nozione, al pari di quella omologa di «interesse economico» propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell’ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discrezionale per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi*”.

La maggiore genericità delle espressioni europee, come si già avuto modo di evidenziare, è giustificabile in ragione della necessità di utilizzare espressioni in grado di adattarsi alle peculiarità dei molteplici ordinamenti giuridici.

La locuzione che più si avvicina a quella di servizi privi di rilevanza economica è, invece, quella di servizi non economici d'interesse generale.

#### **4. I servizi pubblici locali di rilevanza economica**

Il diritto europeo ha svolto un ruolo decisivo nella determinazione della realtà giuridica nazionale. Il legislatore nazionale ha più volte modificato la disciplina dei servizi pubblici locali e dei relativi modelli di gestione per meglio adeguarla a quella sovranazionale.

Già la legge 8 giugno 1990, n. 142, riconduceva al *genus* dei servizi pubblici i “*servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale*” ed i “*servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale*”<sup>166</sup>.

Alla prima categoria erano ricondotte le attività dirette a soddisfare bisogni della collettività attraverso l'erogazione di prestazioni standardizzate; alla seconda, invece, si soleva ricondurre quelle dirette al soddisfacimento di specifici bisogni della persona attraverso prestazioni personalizzate ed adeguate all'esigenza<sup>167</sup>, purché non fossero gestiti con modalità imprenditoriali<sup>168</sup>.

La distinzione operata dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, fu riproposta nel successivo decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, all'art. 113.

Ma, poiché ci si rese conto che anche attività tradizionalmente ricondotte alla categoria dei servizi sociali potevano prestarsi ad essere svolte con metodo

---

<sup>166</sup> V. il decreto legislativo 8 giugno 1990, n. 142, art. 22, rubricato “*servizi pubblici locali*”.

<sup>167</sup> W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, 2000, pp. 84 e ss.

<sup>168</sup> Come osservato da E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 1999, p. 608, il quale riteneva che i servizi sociali non sempre dovessero essere considerati in contrapposizione con i servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale.

economico, la legge 28 dicembre 2001, n. 488, operò una modifica lessicale al previgente testo normativo, non priva di conseguenze applicative <sup>169</sup>.

Furono così abbandonate le locuzioni impiegate dalla legge 8 giugno 1990, n. 142 in favore delle espressioni “*servizi di rilevanza industriale*” e “*servizi privi di rilevanza industriale*” <sup>170</sup>, rinviando ad un regolamento il compito di individuare i servizi industriali, una sorta di elenco analogo a quello presente nella legge sulla municipalizzazione, in base al quale, per mancata inclusione, si poteva procedere ad individuare quelli privi di rilevanza industriale.

In attesa del regolamento, di fatto mai emanato, ed in assenza di una precisa indicazione legislativa, la formula “*rilevanza industriale*” fu ritenuta dalla dottrina più restrittiva di quella “*di rilevanza economica*” poiché più ristretto era il concetto di “industria” rispetto a quello di “impresa” <sup>171</sup>. Fu così sostenuto che dovessero ritenersi “*servizi di rilevanza industriale*” solo quelle attività che si potevano svolgere con organizzazioni e processi tipicamente industriali, come quelli connessi alla gestione del ciclo idrico integrato, alla raccolta e smaltimento dei rifiuti, alla produzione ed erogazione di energia e del gas, al trasporto locale, e dunque, con reti, impianti e dotazioni patrimoniali <sup>172</sup>.

Ne conseguiva l'esclusione di tutti quei servizi che non disponevano di una struttura a rete. Tuttavia, soprattutto a livello giurisprudenziale, venne fatto osservare come l'utilizzo dell'aggettivo “industriale” da parte del legislatore potesse considerarsi equivalente a quello di “economico”, con conseguente inclusione anche sei servizi imprenditoriali.

---

<sup>169</sup> Evidenzia la duplice valenza dei servizi sociali anche F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli giuridici e problemi giuridici*, Trento, 2006, p. 9.

<sup>170</sup> Cfr. il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, artt. 113 e 113-bis.

<sup>171</sup> In questi termini V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 318. Era d'accordo anche G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, il quale affermava che la categoria dei servizi di rilevanza economica ricomprendevano quelli di rilevanza industriale.

<sup>172</sup> In tal senso F. LIQUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato ed impresa pubblica*, Torino, 2004, p. 58. M. DUGATO, *I servizi*, cit., p. 2590; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p. 121 ss.

Si cercò, in altri termini, di affermare la non indispensabilità di una struttura a rete quale elemento indefettibile della categoria dei servizi a rilevanza industriale, quanto, invece, la sufficiente presenza di un complesso di infrastrutture necessarie alla prestazione del servizio.

Il Testo unico sull'ordinamento degli enti locali fu nuovamente modificato ad opera della legge 24 novembre 2003, n. 326 la quale, per fugare ogni dubbio interpretativo, reintrodusse all'art. 133, la distinzione tra “*servizi di rilevanza economica*” e “*servizi privi di rilevanza economica*”, lasciando ancora una volta all'interprete il compito di definire le suddette nozioni.

Furono considerati di “rilevanza economica” quei servizi pubblici locali che si risolvono nella produzione e nello scambio di beni e servizi in un determinato mercato, anche potenziale e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi <sup>173</sup>.

Al contrario, dovevano ritenersi “*privi di rilevanza economica*” quei servizi i cui costi erano coperti facendo ricorso alla fiscalità generale oppure applicando tariffe che avevano lo scopo di esigere soltanto una mera compartecipazione dell'utenza.

Tuttavia, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, l'assenza di oneri corrispettivi a carico dell'utenza non costituiva indice sufficiente per poter affermare la rilevanza economica di un servizio.

Così si è sostenuto che un servizio a carattere erogativo rispetto all'utenza finale, ossia reso gratuitamente a favore della collettività, potesse assumere una rilevanza economica se questo fosse gestito da parte di un terzo a fronte di una copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale.

---

<sup>173</sup> Corte Costituzionale sentenza 17 novembre 2010, n. 325. In dottrina M. CALCAGNILE, *Verso una nuova disciplina dei Servizi pubblici locali?*, in [www.giustam.it](http://www.giustam.it), 2003, fa notare come il concetto di “rilevanza economica” non fosse coincidente con quello di “rilevanza industriale” poiché “*la categoria della rilevanza economica è [...] idonea a ricomprendere qualsivoglia attività che possa produrre un utile o avanzo di gestione*”. In tal senso anche G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 239.

In tal caso, il servizio avrebbe carattere erogativo rispetto all'utente finale ma acquisirebbe rilevanza economica nel rapporto intercorrente tra l'ente locale ed il terzo gestore <sup>174</sup>.

Tale considerazione fu condivisa anche dalla Commissione europea nel già citato Libro verde sui servizi d'interesse generale, ove venne affermato che “*se da un lato può non esserci mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi. Per questi mercati a monte valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di Stato*”.

Dunque, l'assenza di tariffa posta a carico dell'utente finale non può considerarsi elemento sufficiente per poter negare la rilevanza economica del servizio poiché anche le attività rese gratuitamente a favore della collettività potrebbero assumere tale rilevanza economica qualora vi siano operatori interessati a contendersi il servizio.

Occorrerà, pertanto, valutare l'esistenza di un contesto di mercato in cui più operatori economici possano concorrere per l'affidamento del servizio <sup>175</sup>.

Sarà privo di rilevanza il servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dia luogo ad alcuna competizione, risultando non appetibile ad un confronto concorrenziale <sup>176</sup>.

Nonostante i numerosi interventi di riforma, l'art. 113 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica risulta ancora oggi in vigore.

Lo schema di decreto legislativo recante il Testo unico sui servizi d'interesse economico generale, ritirato dal Governo a seguito della pronuncia di Corte Costituzionale <sup>177</sup>, oltre a proporre l'abrogazione dell'art. 113, del decreto

---

<sup>174</sup> W. GIULIETTI, *Servizi*, cit., p. 99.

<sup>175</sup> G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 ed art. 4, comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2004.

<sup>176</sup> W. GIULIETTI, *Servizi*, cit., p. 100.

<sup>177</sup> Corte Costituzionale sentenza 25 novembre 2016, n. 251, che ha dichiarato l'illegittimità della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 nella misura in cui quest'ultima non prevedeva meccanismi di leale collaborazione

sull'ordinamento degli enti locali <sup>178</sup>, in luogo dell'espressione “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” impiegava la locuzione “*servizi pubblici locali d'interesse economico generale*” fornendone altresì una definizione <sup>179</sup>.

Ai fini dell'applicazione del citato schema di decreto legislativo, erano ricondotti nell'ambito della categoria dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale quei “*servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”.

Tale definizione poteva considerarsi pressoché speculare a quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica così come elaborata e proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in precedenza richiamata.

Ci si può infine interrogare sulla possibilità di considerare l'espressione “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*” speculare a quella di “*servizio d'interesse economico generale*” secondo l'accezione nazionale, che sempre più di frequente compare nel lessico degli atti legislativi interni.

Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica, utilizza l'espressione “*servizi d'interesse economico generale*” per qualificare “*i servizi d'interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato*”, da leggersi unitamente alla definizione di “*servizio d'interesse generale*” già esaminata in precedenza.

Da premettere che l'espressione in esame e la relativa definizione hanno una rilevanza circoscritta all'applicazione delle disposizioni presenti nel citato decreto legislativo, deve ritenersi che l'espressione di cui all'art. 133 del TUEL,

---

<sup>178</sup> Lo schema di decreto legislativo recante il Testo unico sui servizi d'interesse economico generale, all'art. 38, lett. h) recitava: “*sono abrogati gli articoli 112, 113, 117 e 149, commi 7 e 8, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”.

<sup>179</sup> Contrariamente alla tendenza di lasciare all'interprete il compito determinare il contenuto delle espressioni.

pur condividendo la natura economica dell'attività della prestazione erogata, non possa considerarsi speculare a quella di “servizio d'interesse economico generale” poiché maggiore è l'ambito di operatività di quest'ultima.

Il decreto legislativo, infatti, riferisce detti servizi alle società partecipate dalle “*pubbliche amministrazioni*” da considerarsi tali, non solo gli enti locali, bensì tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, decreto legislativo 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali.

Viene, dunque, a mancare la limitazione della rilevanza del servizio a livello locale.

Si potrebbe considerare i servizi di rilevanza economica una *species* di servizio d'interesse generale ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, poiché con ogni evidenza non si può escludere che talune società di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ricadano nell'ambito di applicazione del citato decreto legislativo.

## **5. Il servizio pubblici locali privi di rilevanza economica.**

Salvo quanto già si è detto sull'argomento nel paragrafo precedente, per completezza si ritiene opportuno precisare come l'espressione europea di “*servizio d'interesse non economico generale*” non sia impiegata dal legislatore in ambito nazionale.

L'art. 113-*bis* del TUEL, dichiarato incostituzionale, si esprimeva in termini di “*servizi privi di rilevanza economica*”.

Lo schema di decreto legislativo recante il Testo unico sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale prendeva in esame i soli servizi pubblici d'interesse economico generale di rilevanza locale, escludendo dal proprio ambito di applicazioni le altre tipologie di servizi.

La definizione di servizi pubblico locale privo di rilevanza economica è, dunque, lasciata all'interprete il quale potrà ricondurre in tale categoria tutte

quelle attività che non presentano le peculiarità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica <sup>180</sup>.

Muovendo dalle considerazioni di cui al paragrafo che precede, è possibile ricondurre alla categoria dei servizi pubblici locali di rilevanza non economica quelle attività dirette a soddisfare esigenze di pubblico interesse ma che risultano essere insuscettibili di trovare una collocazione nel mercato.

Si tratta, dunque, di servizi resi gratuitamente alla collettività, o per la cui erogazione è richiesta una compartecipazione minima, a fronte di una integrale o parziale copertura dei costi da parte della fiscalità generale.

Tuttavia, come si è avuto modo di precisare, l'assenza di oneri corrispettivi diretti a carico dei beneficiari del servizio non è un indizio sufficiente per poter affermare la rilevanza non economica di un servizio.

Così si è sostenuto che un servizio a carattere erogativo rispetto all'utenza finale, ossia un reso gratuitamente a favore della collettività, potrà assumere una rilevanza economica se questo è gestito da parte di un terzo a fronte di una copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale.

Inoltre, si ritiene opportuno ricordare che, così come in ambito europeo, anche in ambito nazionale non è possibile identificare *tout court* i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica con i servizi sociali stante la capacità di questi ultimi di entrare nel mercato e, quindi, di risolversi in un'attività economica.

Allo stato attuale, dunque, la nozione di servizio pubblico locale privo di rilevanza economica ha carattere residuale dovendosi considerarsi tali tutti quei servizi che non sono attratti al mercato.

## **6. Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura: rinvio al cap. VII**

Il sistema delle farmacie risulta di difficile inquadramento secondo le nozioni e le categorie tradizionali che si sono in precedenza analizzate.

---

<sup>180</sup> Sui servizi pubblici privi d'interesse economico F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi d'interesse economico fra legislazione nazionale e giurisprudenza europea*, in *federalismi.it*, n. 6/2017.

Se, ad un primo approccio, la gestione di una farmacia presenta caratteri che ne mettono in luce la valenza di attività economica, in qualche modo affine ad una qualsiasi attività commerciale di rivendita al pubblico, la peculiarità della merce venduta e distribuita, la disciplina dell'assistenza farmaceutica e il legame tra erogazione dei farmaci e la garanzia del diritto alla salute, sembrerebbero avvicinare l'esercizio ad un pubblico servizio <sup>181</sup>.

Già la legge 22 dicembre 1888, n. 5849, evidenziava la rilevanza pubblica riconosciuta al servizio farmaceutico, sia pure ispirata a principi del libero esercizio della farmacia come impresa commerciale, imputabile a chiunque, salvo l'obbligo di affidare la direzione alla responsabilità di un farmacista <sup>182</sup>.

Il servizio farmaceutico assume la configurazione giuridica di servizio pubblico con la legge 22 maggio 1913, n. 468, poi assorbita nel Testo unico delle leggi sanitarie, r. d. 27 luglio 1934, n. 1265.

Tale natura è stata altresì confermata da ulteriori interventi normativi che di volta in volta hanno ribadito l'indivisibilità del profilo economico da quello professionale sanitario <sup>183</sup>.

Anche il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie “*in materia di pubblici servizi*”, specificava che in tale categoria doveva altresì ricondursi il “*servizio farmaceutico*” <sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Così M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2011, p. 63. Sulla duplice natura del servizio farmaceutico il TAR Veneto, sez. I, sentenza 20 marzo 2014, n. 358 afferma, al punto 7.1, che “*è indubbio che la farmacia, a gestione sia pubblica che privata, implica un'attività nella quale coesistono elementi imprenditoriali e commerciali e tratti di servizio pubblico sottoposti al controllo dell'autorità*”.

<sup>182</sup> Per un commento alla citata legge G. B. CERESETO, *La legislazione sanitaria in Italia: commento alla legge 22 dicembre 1888, n. 5849 e alle leggi complementari ed affini*, Torino, 1901, visualizzabile all'indirizzo <https://archive.org>.  
Sull'origine e sull'evoluzione storica M. ROSSELLI, *La nuova legge sull'esercizio delle farmacie*, Torino, 1913.

<sup>183</sup> Evidenzia la duplice vocazione di servizio pubblico e di iniziativa economica A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto, Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 230 ss.

<sup>184</sup> V. il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 recante “*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*”, art. 33, comma 1, il quale recita: “*sono devolute*

L'inclusione del servizio farmaceutico nel novero dei servizi pubblici fu ulteriormente confermata dal successivo decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il quale, all'art. 133, lett. c), nella parte dedicata alle “*controversie in materia di pubblici servizi*”, considera il giudice amministrativo organo giurisdicente delle questioni attinenti al “*servizio farmaceutico*”.

Se la qualificazione del servizio farmaceutico come servizio pubblico può considerarsi pacifica <sup>185</sup>, più controversa è la sua riconducibilità nel novero dei servizi pubblici locali anche nell'ipotesi in cui il Comune, nell'esercizio del diritto di prelazione sulle farmacie vacanti o quelle di nuova istituzione, abbia acquisito la titolarità di una farmacia e del relativo esercizio.

A tale interrogativo sarà data risposta nel capitolo VII della presente tesi di dottorato.

In tale sede saranno altresì analizzate le forme di gestione delle farmacie comunali e ci si domanderà se al Comune sia riconosciuta la possibilità di affidare a terzi la conduzione delle proprie farmacie nonostante detta forma organizzativa non sia espressamente contemplata dalla legge speciale.

Il rinvio operato dall'art. 9 della legge 475 del 1968 all'abrogata legge n. 142 del 1990 rende necessario individuare nell'attuale contesto ordinamentale quali siano le forme di gestione a cui l'ente locale può ricorrere per la conduzione di un servizio pubblico locale; in particolare, quelle relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

---

*alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti [...] al servizio farmaceutico*” Detto articolo fu successivamente abrogato dall'art. 4, allegato 4, decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>185</sup> Anche in dottrina vi è sul punto unanime visione. Tra i tanti, cfr. F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali*, cit., p. 5; S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli giuridici e problemi giuridici*, Trento, 2006, p. 25, il quale evidenzia altresì la natura di servizio pubblico oggettivo del servizio farmaceutico.

D'altronde, sarà dimostrato come la disciplina dei servizi pubblici locali e dei relativi modelli di gestione abbia rappresentato – e continui a rappresentare – un punto di riferimento per il servizio farmaceutico.

## **7. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali.**

La “forma di gestione” è lo strumento giuridico mediante il quale l'ente locale provvedere ad organizzare il servizio, facendosi carico delle relative attività ovvero affidandole in tutto od in parte ad altri soggetti, al fine di assicurare l'erogazione del servizio all'utenza secondo parametri che ne garantiscano il più possibile la rispondenza ai bisogni della collettività<sup>186</sup>.

Le forme di gestione dei servizi pubblici sono mutate nel corso del tempo. La prima normativa che disciplinò in modo organico i modelli di gestione dei servizi pubblici locali può essere rintracciata nella legge 29 marzo 1903, n. 103<sup>187</sup>.

La legge sulla municipalizzazione, con l'intento di frenare la tendenza dell'amministrazione a concedere l'esercizio di pubblici servizi ad imprenditori privati, tendenza che si era sviluppata stante l'incapacità del settore pubblico di sostenere gli investimenti necessari per la creazione delle infrastrutture necessario alla fornitura dei servizi, attribuì ai Comuni ed alle Provincie la possibilità di gestire direttamente, anche con diritto di privativa, una serie di

---

<sup>186</sup> In questi termini S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p.110.

<sup>187</sup> Legge 29 marzo 1903, n. 103, accompagnata dal r.d. 10 marzo 1904, n. 108 recante “*regolamento per l'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*”. Si susseguirono numerosi interventi normativi che contribuirono a rendere frammentato il panorama giuridico di riferimenti. Fu così che il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047 autorizzò il Governo a riordinare la materia riunendo e coordinando in un testo unico l'intera disciplina. Fu così emanato il r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie, che costituì per molti decenni la disciplina di riferimento, sino al 1990, anno in cui fu pubblicata la legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali.

servizi pubblici - tra cui anche l'impianto e l'esercizio di farmacie - specificatamente elencati in via esemplificativa dall'art. 1 della citata legge <sup>188</sup>.

Il consiglio comunale era dunque libero di qualificare un'attività alla stregua di un servizio pubblico e, con l'ausilio dell'intera comunità locale attraverso un *referendum*, decidere di gestirlo direttamente, o per sostituire un monopolio privato con un monopolio pubblico <sup>189</sup>, oppure - come accadde nel settore farmaceutico - per introdurre un fattore concorrenziale nel mercato, nel tentativo di calmierare il prezzo della produzione dei farmaci <sup>190</sup>.

L'assunzione diretta del servizio da parte dell'ente locale comportava la costituzione di un'azione speciale (c.d. azienda-organo), non troppo dissimile dall'attuale modello di gestione dell' *in house*, che seppur formalmente distinta dall'amministrazione ordinaria, doveva considerarsi un'articolazione interna dell'ente, sottoposta a penetranti poteri di vigilanza e controllo che si estendevano sino ad attribuire agli organi di governo dell'ente locale il potere di deliberare lo scioglimento della commissione amministratrice dell'azienda e di

---

<sup>188</sup> La natura dell'elenco fu oggetto di dibattito dottrinale. A favore della natura meramente esemplificativa dell'elenco G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, vo. XX, Roma, 1990, p. 2; M. DUGATO, *I servizi*, cit., p. 2584; F. M. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004, p. 40, il quale, oltre a confermare il carattere non esaustivo dei servizi pubblici locali previsti dalla legge, aggiunge che quasi tutti i servizi elencati avevano carattere industriale perché comportavano la produzione di beni o di servizi da destinarsi alla collettività locale, mentre altri risentivano della concezione del servizio in chiave di utilità sociale, come, ad esempio, gli essiccatoi e i depositi di granturco, finalizzati alla lotta contro la pellagra.

<sup>189</sup> Come osservato da P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, p.308, in alcuni casi il monopolio pubblico, e dunque la gestione in privativa del Comune, era funzionale a generare un profitto (monopolio dei sali, monopolio dei tabacchi); in altri casi era prevalente la necessità di fornire servizi uniformi alla generalità dei cittadini, estesi in ogni parte del territorio, a prescindere dai costi economici, come risposta all'aumento della popolazione, ai fenomeni di inurbamento ed alle richieste di infrastrutture da parte delle imprese (ferrovie, poste, aziende municipalizzate per i trasporti e, più in generale, per i servizi a rete).

<sup>190</sup> Come osservato da F. MERUSI, *Cent'anni*, cit., p. 39

revocare del servizio all'azienda in caso di irregolarità o passività della gestione  
191.

L'azienda speciale, che rappresenta l'elemento di maggiore originalità introdotto dalla legge voluta da Giolitti, in grado di combinare assieme “*l'organizzazione di una pubblica amministrazione con l'esigenza di gestire il servizio secondo moduli imprenditoriali*”<sup>192</sup>, non era l'unica modalità a cui il Comune poteva ricorrere per la conduzione dei servizi pubblici locali.

Il Comune poteva affidare in concessione il servizio all'industria privata, salvo riservarsi il diritto di riscatto<sup>193</sup>. Infatti, le concessioni amministrative restavano una delle possibili forme di organizzazione dei servizi pubblici locali, che continuava a dimostrarsi particolarmente utile in tutti quei casi in cui l'investimento necessario per erogare il servizio fosse superiore rispetto alle disponibilità finanziarie dell'ente locale.

La legge del 1903 ammetteva poi un'ultima forma di gestione, la gestione in economia, alla quale si ricorreva per la conduzione dei servizi di “*tenute importanza*” oppure per i servizi “*non avente carattere prevalentemente industriale*”<sup>194</sup>. Era descritta come una forma di gestione a carattere residuale di cui il Comune poteva avvalersi quando le altre forme di organizzazione risultavano eccedenti le concrete necessità di servizio.

In particolare, il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047 individua una serie di servizi pubblici che dovevano “*di regola [essere] esercitati in economia*”, tra cui, ad esempio, la nettezza pubblica, lo sgombramento delle immondizie ed i trasporti funebri.

Nella sostanza, dunque, la legge sulla municipalizzazione individuava due forme di intervento - diretto ed indiretto - e tre modelli di gestione di natura amministrativa: la gestione diretta in economia; la gestione a mezzo di azienda speciale; la gestione per mezzo di concessione traslativa a terzi.

---

<sup>191</sup> S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., p. 21.

<sup>192</sup> V. M. MERUSI, *Cent'anni*, op. cit., p. 42.

<sup>193</sup> Legge 29 marzo 1903, n. 103, art. 26.

<sup>194</sup> Legge 29 marzo 1903, n. 103, art. 16.

Il tratto peculiare che accomunava le modalità di gestione era rappresentato dalla separazione concettuale tra titolarità e gestione del servizio: la prima, necessariamente pubblica (nelle ipotesi di servizi per legge in privativa) o solo occasionalmente pubblica (nei servizi senza privativa); la seconda, anche privata, se affidata a terzi per mezzo di concessioni traslative <sup>195</sup>.

La disciplina sull'assunzione diretta dei pubblici servizi, poi confluita nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, costituì per molti decenni la disciplina di riferimento, sino al 1990, anno in cui fu pubblicata la legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali.

### **7.1. La legge 8 giugno 1990, n. 142, e l'affermazione del modello societario**

L'azienda speciale fu tra i modelli di gestione quello a cui gli enti locali ricorsero con maggiore frequenza.

Tale modello organizzativo, tuttavia, si dimostrò nel tempo incapace di far fronte alle mutate esigenze della società industriale avanzata, che non traeva più soddisfazione dalla mera erogazione del servizio ma pretendeva l'erogazione di servizi di sempre maggiore qualità <sup>196</sup>.

L'aumento della domanda di qualità del servizio comportò anche aumento dei costi di gestione a cui i Comuni e le Province non riuscirono a farvi fronte <sup>197</sup>.

Si avvertì dunque la necessità di individuare nuovi strumenti di gestione che consentissero di reperire risorse finanziarie da parte di soggetti esterni all'amministrazione <sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> M. DUGATO, *I servizi*, op. cit., p. 2585.

<sup>196</sup> M. DUGATO, *I servizi*, op. ult. cit., p. 2585.

<sup>197</sup> Per S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., p. 120, l'esigenza di introdurre nuovi modelli di gestione dei servizi fu avvertita in particolar modo a seguito dell'aumento della domanda di qualità dei servizi, dovuto al rapido sviluppo economico e civile della società italiana, che aveva determinato un aumento dei costi di gestione a cui gli enti locali non riuscivano a far fronte.

<sup>198</sup> Per una più ampia analisi delle casistiche che hanno determinato la crisi dell'azienda speciale M. MERUSI, *Cent'anni*, cit., p. 44 e ss; F. MERUSI, *Sul finanziamento dei consorzi per l'esercizio di servizi pubblici municipalizzati*, in *Studi Furno*, Milano, 1973, p. 587 ss. L'Autore, in particolare, riteneva che le procedure amministrative che

Fu per tale ragione che il legislatore, con legge 8 giugno 1990, n. 142, a cui la legge 2 aprile 1968, n. 475 faceva rinvio, introdusse la formula di gestione della società per azioni, condizionandone il ricorso ai soli casi in cui si rendesse opportuna la collazione con soggetti terzi, pubblici e privati, e purché la società rimanesse “*a prevalente capitale pubblico locale*”<sup>199</sup>.

Invero, lo strumento societario si diffuse ben prima del suo riconoscimento a livello normativo<sup>200</sup>.

Tale società godevano del privilegio dell'affidamento diretto del servizio, a cui accedevano senza alcun confronto concorrenziale.

Per ridurre lo sforzo finanziario che gli enti locali dovevano sostenere per la sottoscrizione del capitale di maggioranza, il legislatore consentì agli enti locali la possibilità di avvalersi di ulteriori formule societarie, quali la società per azioni “*senza vincolo di proprietà maggioritaria*”<sup>201</sup>, il cui socio privato doveva essere

---

legavano l'azienda-organo all'ente ne rallentassero l'azione imprenditoriale pregiudicandone l'efficacia dell'intervento. A ciò aggiungeva che il legame economico finanziario tra l'ente locale e l'azienda speciale privata quest'ultima di quell'autonomia finanziaria necessaria per una autonoma politica degli investimenti e dell'indebitamento.

<sup>199</sup> Legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 22. La società a partecipazione pubblica maggioritaria, la cui natura – come osservato dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 6 maggio 1995, n. 4991, gestiva il servizio in assenza di un presupposto concessorio: l'opzione dell'ente per quel modello di gestione comportava, infatti, l'affidamento diretto e privilegiato del servizio.

<sup>200</sup> Sul tema, cfr. M. DUGATO, *I servizi*, op. ult. cit., p. 2587 precisa, infatti, che per superare la distonia tra le mutate esigenze ed i mezzi di gestione, gli enti locali risposero tentando di ricorrere agli strumenti del diritto privato pensati per la gestione delle attività economiche. Accadde così che si cominciasse ad avviare procedimenti di costituzione di società per azioni a capitale interamente pubblico o a capitale misto. Poiché il modello societario non era espressamente previsto dalle norme sui servizi pubblici locali, l'affidamento alle società del servizio avveniva per mezzo dell'ordinario provvedimento di concessione.

<sup>201</sup> Le società per azioni senza vincolo di proprietà maggioritaria pubblica furono introdotte dalla legge 23 dicembre 1992, n. 498, art. 12, il quale, nel contempo, delegata il Governo a disciplinare i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, che tenesse conto dei principi della normativa comunitaria. A riguardo, il d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, art. 1, c. 4., stabiliva che il socio privato di maggioranza fosse scelto dall'ente o dagli enti promotori mediante una procedura concorsuale ristretta

individuato con procedure concorsuale ristrette, ed la società a responsabilità limitata con prevalente capitale pubblico <sup>202</sup>.

Alla pari delle società per azioni a prevalente capitale pubblico, anche per i nuovi modelli di gestione era attribuito il beneficio dell'affidamento diretto, bilanciato dall'imposizione della gara per la scelta del socio.

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali continuava ad ammettere la gestione dei servizi pubblici locali per mezzo di aziende speciali che furono trasformate in enti pubblici economici strumentali all'ente locale dotate di personalità giuridica ed a cui fu attribuita autonomia imprenditoriale <sup>203</sup>. Tale modello di gestione si prestava ad essere utilizzato anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale.

L'azienda municipalizzata veniva conservata, con il mutato nome di “*istituzione*”, per la gestione dei servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale.

Infine, la gestione in economia – ammessa per ragioni inerenti le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio - e la concessione a terzi – il cui ricorso era subordinato alla sussistenza di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale - completavano il quadro dei modelli di organizzazione dei servizi pubblici previsti dal nuovo ordinamento delle autonomie locali.

La scelta del modello di gestione da parte dell'ente locale aveva luogo in relazione alla natura del servizio ed in base agli obiettivi d'interesse pubblico ad essi sotteso.

La legge 8 giugno 1990, n. 142, è restata in vigore sino all'adozione del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sull'ordinamento degli enti locali, il quale, nella sua versione originaria, riproponeva i modelli di gestione previsti in via generale dalla legge del 1990 così come integrati dalle normative che si sono succedute nel tempo.

---

<sup>202</sup> V. legge 15 maggio 1997, n. 127, art. 17.

<sup>203</sup> V. Legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 23, c. 1.

## 7.2. Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sull'ordinamento degli enti locali

Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sull'ordinamento degli enti locali, all'art. 113, c. 1, lett. da a) a f), collocato nel titolo relativo ai “*servizi ed interventi pubblici locali*”, così come risultava nella sua versione originaria, riproponeva i modelli di gestione previsti dalle disposizioni della previgente legge sull'ordinamento delle autonomie locali <sup>204</sup>.

La disciplina generale sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali di cui all'art. 113 del citato decreto legislativo fu oggetto di ripetute modifiche normative, alcune delle quali già analizzate nei paragrafi precedenti <sup>205</sup>.

In tale sede, pertanto, non si procederà alla disamina dei molteplici interventi che hanno interessato la materia, volendosi concentrare sui più recenti atti legislativi che hanno inciso la disciplina dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali.

Basti ricordare che l'art. 113 fu riformulato dall'art. 35, legge 28 dicembre 2001, n. 448 <sup>206</sup>; dall'art. 14 decreto legislativo 39 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 <sup>207</sup>, fu abrogato, nelle parti

---

<sup>204</sup> Il citato articolo ammetteva che i servizi pubblici locali fossero gestiti: in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno costituire una istituzione o una azienda; in concessione a terzi, quando sussistessero ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora fosse opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria

<sup>205</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p.234, ripercorre le principali tappe dell'evoluzione normativa.

<sup>206</sup> Legge 28 dicembre 2001, n. 448, recante “*disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2002)*”, che - si ricorda - introdusse la distinzione tra “servizi di rilevanza industriale” e “servizi privi di rilevanza industriale”:

<sup>207</sup> Legge 24 novembre 2003, n. 326, che estromesse la distinzione tra “*servizi di rilevanza industriale*” e “*servizi privi di rilevanza industriale*” ed introdusse quella tra “*servizi di rilevanza economica*” e “*servizi privi di rilevanza economica*”.

incompatibili, dall'art. 23-*bis*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 <sup>208</sup>.

Il citato art. 21-*bis*, in particolare, fu modificato dall'art. 15, decreto legge 25 dicembre 2009, n. 135, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166 <sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> L'art. 23-*bis*, con l'intento di favorire la più ampia diffusione dei principi comunitari, ed in particolare del principio di concorrenza, operò una distinzione tra modelli di gestione "ordinari" e modelli gestione "in deroga". Il citato articolo, infatti, precisava che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse essere disposta, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, ed in deroga, 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 poteva avvenire "nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria". In quest'ultima ipotesi, l'ente affidante avrebbe dovuto dare adeguata pubblicità alla scelta e, dopo averla motivata, avrebbe dovuto trasmetterla all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore per l'espressione di un parere. La disciplina di cui all'art. 23 *bis* risultava maggiormente restrittiva rispetto all'ordinamento comunitario laddove imponeva il ricorso alla gara, come modalità ordinaria di affidamento del servizio, e relegava, invece, il modello *in house* al ruolo di figura derogatoria ed eccezionale, a cui si poteva ricorrere solo in presenza di specifiche condizioni e secondo una determinata procedura. Inoltre, diversamente dalla originaria formulazione dell'art. 113, comma 5, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, che annoverava in modo specifico i modelli di gestione, lasciando all'ente locale ampia libertà di scelta sul modello da adottare per il perseguimento dei fini istituzionali, l'art. 23-*bis*, ad eccezione delle forme ordinarie, lasciava all'interprete il compito di determinare quali fossero quelle compatibili con i "principi della disciplina comunitaria", subordinandone l'adozione ad inefficienza del mercato. Ci si interrogò, pertanto, sull'ammissibilità dei modelli di gestione della società mista e dell' *in house providing* nonché sulla loro riconducibilità nell'ambito delle forme "ordinarie" ovvero in quelle "in deroga". A proposito, la dottrina propendeva a ricondurre la società mista nell'ambito delle forme di gestione ordinarie, stante il riferimento alle procedure competitive per la scelta del socio privato, e la società *in house* nell'ambito delle forme "in deroga". Tali tesi furono avallate dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, la quale ritenette che, stante il mancato riferimento alle specifiche forme di gestione, ai fini dell'individuazione delle medesime, occorresse far riferimento all'elencazione di cui all'art. 113 TUEL. L'art. 23-*bis*, d.l. 112/2008, così, si poteva in rapporto di complementarità con l'art. 113 TUEL, nel senso che al primo spettava individuare i criteri di scelta, mentre al secondo l'individuazione delle specifiche forme di gestione <sup>208</sup>. I dubbi interpretativi furono risolti dall'art. 15, decreto legge 25 dicembre 2009, n. 135, convertito nella legge 20 novembre 2009, n. 166, il quale modificava la previsione normativa di cui all'art. 23-*bis*, legge 6 agosto 2008, n. 133. Tratta l'argomento COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>209</sup> Il novellato art. 23-*bis* individuava specificatamente quali tra i più modelli di gestione dovessero considerarsi "ordinari" a quali "in deroga". Così, tra le modalità ordinarie, oltre al conferimento a favore di imprenditori o di

### 7.3. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011

L'art. 23-bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, sulla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, fu abrogato dalla consultazione popolare referendaria del 12 e 13 giugno 2001 conclusasi con la prevalenza del voto "SI" <sup>210</sup>.

Il venir meno, in ambito nazionale, di una disciplina sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali comportò l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria meno restrittiva rispetto a quella oggetto del *referendum* <sup>211</sup>.

---

società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, fu ritenuta ammissibile anche il ricorso a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali avessero ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento <sup>209</sup>. In deroga alle modalità di affidamento ordinarie, "per situazioni eccezionali" che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento poteva avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione c.d. "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Tale normativa comportò una svolta verso la privatizzazione dei servizi pubblici, riducendo drasticamente l'intervento del pubblico nell'erogazione dei servizi ma, soprattutto, la discrezionalità degli enti locali nella scelta del modello di gestione.

<sup>210</sup> La questione referendaria è trattata e i successivi interventi legislativi sono trattati da M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2013, p. 115 ss.

<sup>211</sup> Come affermato dalla Corte costituzionale, sentenza 12 gennaio 2011, n. 24, ove è dato leggersi: "Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

Dunque, gli enti locali tornavano nuovamente a disporre di ampia libertà nella scelta delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, salvo quando previsto dalle normative di settore.

Per quanto riguarda i modelli di gestione, il diritto europeo ammetteva l'autoproduzione, purché nel rispetto dei presupposti enunciati dalla Corte di Giustizia UE, nonché i partenariati pubblico-privati, sia di tipo contrattuale che istituzionalizzati.

#### **7.4. La disciplina di cui all'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199.**

A colmare il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione dell'art. 23-*bis*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, intervenne l'art. 4 decreto legge 13 agosto 2011, n. 138.

Tale articolo riproponeva nella sostanza la medesima disciplina dettata dall'abrogato art. 23-*bis*, limitandosi a sottrarre dalla sua applicazione il servizio idrico integrato.

La Corte costituzionale, investita dalle Regioni, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, dichiarò l'illegittimità costituzionale del citato art. 4, d.l. 138/2011, sul rilievo che lo stesso riproduceva le disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-*bis* d.l. 112/2009.

Con tale pronuncia, infatti, la Corte ebbe modo di sottolineare come la sola esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione della reintrodotta disciplina non potesse essere soddisfacente della volontà espressa attraverso la consultazione popolare considerato che il *referendum* riguardava pressoché tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Dunque, se da un lato, il legislatore “*conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari*”, dall'altro, è fatto “*divieto di far rivivere la normativa abrogata*”<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> Così la Corte Costituzionale nella citata sentenza 20 luglio 2012, n. 199.

Dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale, che determinò una situazione “*non è propriamente di vuoto ma rarefazione normativa*”<sup>213</sup>, le più recenti disposizioni in ordine all’affidamento dei servizi pubblici locali furono dettate dall’art. 34, commi da 20 a 27, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ancora oggi in vigore, il quale per l’affidamento dei servizi pubblici locali richiede che gli enti locali procedano che siano rispettate le previsioni dettate dalla legislazione europea a seconda della forma di affidamento prescelta<sup>214</sup>.

#### **7.5. La legge 7 agosto 2015, n. 124 e lo schema di Testo unico sui servizi pubblici locali d’interesse economico generale.**

La legge 7 agosto 2015, n. 124, art. 19, delegava il Governo di adottare un decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali d’interesse economico generale che avrebbe dovuto conformarsi ai seguenti principi e criteri direttivi:

- il riconoscimento, quale funzione fondamentale dei Comuni e delle Città metropolitane, dell’individuazione delle attività d’interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali;
- l’individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi d’interesse economico generale in ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l’attribuzione di diritti speciali o esclusivi;

---

<sup>213</sup> In questi termini M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza*, cit. p. 130

<sup>214</sup> Dopo la pubblicazione dell’art. 34, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, furono adottati una serie di atti legislativi, tutti accomunati dall’obiettivo di conseguire un risparmio di spesa pubblica. In via esemplificativa, è possibile ricordare: il decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135; la legge 27 dicembre 2012, n. 147; il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221; la legge 24 dicembre 2012, n. 228; il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98, dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147; dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

- l'individuazione delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione.

Lo schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale riconosceva all'ente locale, previa verifica dell'inidoneità del mercato a soddisfare l'interesse pubblico come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità ed accesso di servizio, di assumere il servizio e di gestirlo ricorrendo ad una tra le seguenti opzioni:

- l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica (*id est*: in concessione a terzi)
- l'affidamento a società mista il cui socio privato era scelto mediante procedura ad evidenza pubblica;
- l'affidamento *in house*;
- limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, mediante gestione in economia o azienda speciale.

La Corte costituzionale, con sentenza 25 novembre 2016, n. 251, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, lett. da a) ad u), della legge n. 124/2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, cc. 1 e 4, della medesima legge, prevedeva che il Governo adottasse i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

Occorre, pertanto, domandarsi quali siano nell'attuale quadro normativi i modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Se, nell'intento del legislatore, vi era in programma di demandare ad un unico atto normativo l'individuazione delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, allo stato attuale, la mancanza di tale atto induce l'interprete a ricercare nei diversi atti legislativi quali siano le forme di organizzazione di cui l'ente locale potrà avvalersi per la conduzione dei propri servizi.

## **7.6. Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica**

Il Governo, in recepimento dei criteri direttivi di cui all'art. 18, legge 7 agosto 2015, n. 124, ha emanato il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, che reca il “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”<sup>215</sup>.

Le previsioni del Testo unico, oltre a regolare la costituzione di società a partecipazioni pubbliche, diretta o indiretta, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione delle relative partecipazioni da parte di tali amministrazioni, dettano altresì specificatamente disposizioni in materia di società *in house* e di società a partecipazione mista pubblico-privata<sup>216</sup>.

Le amministrazioni pubbliche possono avvalersi di tali forme societarie per la produzione di beni e servizi d'interesse generale, ivi inclusi i servizi d'interesse economico generale, strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

La definizione che viene data dal Testo unico di “servizio d'interesse economico generale” risulta più ampia di quella di “servizio pubblico locale di rilevanza economica”.

Pur essendo entrambe impiegate per contraddistinguere attività che presentano un profilo economico, la prima espressione, dal punto di vista soggettivo, non si rivolge necessariamente agli enti pubblici locali bensì alle amministrazioni pubbliche in senso lato rinviando la loro individuazione alla previsione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Dunque, tali modelli di gestione devono ritenersi idonei alla conduzione dei servizi pubblici, ivi compresi quelli locali.

---

<sup>215</sup> La disciplina del nuovo Testo unico è trattata da G. CAIA, *Società partecipate*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Istituto della Enciclopedia italiana - Treccani, Roma, 2017, p. 219-220.

<sup>216</sup> A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi d'interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21/2016, p. 9, precisa altresì che, seppur apparentemente le aziende speciali sembrerebbero escluse dalle previsioni normative del decreto n. 175/2016, ad una più attenta lettura, il testo unico sulle partecipate tratta il tema delle aziende speciali, all'art. 27, laddove fa riferimento all'art. 18, c. 2-bis, d.l. n. 112/2008, prevedendo che anche detti modelli di gestione si attengano al principio di riduzione dei costi del personale.

Quanto alle società *in house* <sup>217</sup>, le cui origini risalgono alla ormai nota sentenza di Corte di Giustizia C-107/98, il Testo unico specifica con chiarezza requisiti sostanziali apportando talune novità sul fronte della partecipazione dei privati.

E' così precisato che una società per poter ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici dovrà soddisfare determinate condizioni, quali: la totale partecipazione pubblica, con esclusione della partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quelli non determinati <sup>218</sup>; l'esercizio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, tale da comportare un'influenza determinate sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società; la prevalente all'attività svolta a favore dell'amministrazione o delle amministrazioni di riferimento, pari all'ottanta per cento del loro fatturato.

La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato può essere rivolto anche a finalità diverse purché la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Per quanto riguarda le società miste <sup>219</sup>, il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica colma una vera e propria lacuna normativa, posto che

---

<sup>217</sup> Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, art. 16.

<sup>218</sup> In merito alla partecipazione dei privati al capitale delle società *in house*, G. VELTRI, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, p. 493, mette in evidenza la differenza, non solo testuale, tra le previsioni dettate in materia dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica e quelle contenute nel Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Mentre il Testo unico considera ammissibili le partecipazioni di capitali, che non comportano controllo o potere di veto, "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali", il Codice considera ammissibile la partecipazione che, soddisfacendo le medesime condizioni, risulti "prevista dalla legislazione nazionale". Ad avviso dell'A. "dire che la partecipazione deve essere semplicemente prevista e non prescritta significa mutare radicalmente prospettiva sovrapponendo il piano della partnership pubblico privata con quella pubblica, poiché, allo stato, non vi sono, nell'ordinamento nazionale, norme che precludono la partecipazione di privati ad una società di capitale a prevalente capitale pubblico [...]. L'assenza di preclusioni significa facoltà, e la riconosciuta facoltà trasforma l'originaria idea comunitaria di una deroga eccezionale, in un ordinario modello di società mista con socio privato sprovvisto di influenza determinate sulle decisioni societarie".

<sup>219</sup> Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, art. 17

la legislazione italiana non le aveva mai trattate se non con norme ormai superate ed inadeguate al sopravvenuto diritto comunitario <sup>220</sup>.

Le disposizioni dettate a disciplina delle società miste affrontano numerosi aspetti tra cui, in particolare, la misura della partecipazione del soggetto privato che non dovrà essere inferiore al trenta per cento. E' richiesto, inoltre, che la selezione del socio privato avvenga con procedure ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. E' altresì specificato che la durata della partecipazione privata alla società non potrà superare la durata dell'appalto o della concessione.

La disciplina in materia di società *in house* e di società mista è integrata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50. In virtù dei molteplici rinvii, il Codice dei contratti pubblici individua le procedure ad evidenza pubblica a cui l'amministrazione pubblica dovrà ricorrere per la ricerca del socio privato di società mista che, verosimilmente, nonostante non sia esplicitato dal dato normativo, dovrà essere gestore integrale del servizio e non semplicemente di una fase o più fasi del medesimo <sup>221</sup>.

Quanto alle società *in house*, il Testo unico rinvia all'art. 192 del Codice, subordinando in tal modo l'affidamento diretto all'iscrizione al c.d. "*elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti dei propri organismi in house*", previo accertamento dei predetti requisiti da parte di ANAC, condizione indispensabile per l'affidamento diretto dell'incarico loro affidato <sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Come evidenziato da G. CAIA, *Società*, cit. p. 225, riferendosi al d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali.

<sup>221</sup> Di questo avviso G. CAIA, *Società*, op. cit., p. 225.

<sup>222</sup> L'art. 192 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ha istituito presso ANAC, anche al fine di garantire elevati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, demandando all'Autorità il compito di dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell'elenco e sulle modalità di iscrizione. L'ANAC, con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017, aggiornata al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con deliberazione del Consiglio n. 951 del 20 settembre 2017, ha adottato la linea guida n. 7 a disciplina del procedimento per

## **7.7. Il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50: il codice dei contratti pubblici.**

Il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori ed opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

A differenza del previgente codice appalti di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che escludeva le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione dell'*ex* codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture <sup>223</sup>, il decreto legislativo 50/2016, adottato in recepimento direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui alla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, dedica una specifica parte alla disciplina di tale istituto.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, in particolare, definisce la concessione di servizi ed individua la procedura da applicarsi per l'aggiudicazione dei suddetti contratti.

---

l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante propri organismi *in house*. Come precisato dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 9 gennaio 2017, n. 282, la domanda di iscrizione – doverosa e presidiata dalle sanzioni amministrative – non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. La domanda di iscrizione, infatti, consente *ex se* all'amministrazione, "sotto la propria responsabilità", di procedere all'affidamento diretto rendendo operativa in termini di attualità concreta la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore. La domanda tuttavia innesca una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un "consenso", incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti dalla presentazione della domanda. Invece, il controllo con esito negativo comporta l'impossibilità di operare mediante affidamenti diretti nei confronti dello specifico organismo *in house* oggetto di verifica.

<sup>223</sup> Cfr. decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, art. 30.

La concessione di servizi, nello specifico, è definito un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura o la gestione di un servizio, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con l'assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi <sup>224</sup>.

Tale disciplina, tuttavia, non è applicabile ai servizi non economici d'interesse generale.

## **8. I modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'attuale contesto normativo.**

Allo stato attuale, dunque, manca a livello nazionale una disciplina che tratti in maniera organica e sistematica i servizi pubblici locali ed i relativi modelli di gestione.

L'interprete dovrà pertanto determinare quali forme di gestione potranno essere impiegate per la conduzione dei servizi pubblici locali, da individuarsi nei diversi atti legislativi che compongono l'attuale quadro normativo nazionale; atteso che l'art. 34, decreto legge 18 ottobre 2012, che richiede un generale rispetto della disciplina europea relativa alle forme di affidamento, risulta ancora oggi in vigore.

Allo stato attuale le modalità di gestione possono essere individuate in tre distinti atti legislativi: il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175; il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50; il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Così, è possibile affermare che:

- la gestione dei servizi d'interesse economico generale mediante la formula della società *in house* e della società mista è ammessa dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175;

---

<sup>224</sup> Cfr. decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50, art. 3, lett. vv).

- il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50, consente di gestione i medesimi servizi mediante lo strumento della concessione a terzi, quale forma di partenariato pubblico privato.
- il ricorso all'azienda speciale è prevista dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, art. 114, il quale la definisce un ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale.

È da escludersi, invece, la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica mediante istituzione. Ai sensi dell'art. 114, c. 2, TUEL, infatti, l'istituzione è un organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di “*servizi sociali?*”, dovendosi intendere – ad avviso di chi scrive - quelli privi di rilevanza economica, seppur nella consapevolezza della possibile doppia natura di tali *species* di servizi.

D'altronde, il legislatore, qualora si fosse voluto riferire ai servizi sociali dotati di rilevanza economica si sarebbe espresso utilizzando la locuzione “*servizi di rilevanza economica?*” e non impiegando la suddetta terminologia.

Quanto alla gestione in economia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ci si domanda se, considerato l'attuale contesto normativo, detta forma di organizzazione possa ritenersi ammissibile.

Lo schema di decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di servizi pubblici locali d'interesse economico generale menzionava la gestione in economia tra i modelli generali di organizzazione dei SIEG in ambito locale non a rete.

In passato, tale forma di gestione era prevista dall'art. 113-*bis*, TUEL, per i soli servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Tuttavia, sulla scorta della sentenza di Corte costituzionale n. 251/2016, lo schema di testo unico non è mai stato emanato.

Manca, dunque, nell'attuale quadro normativo una disposizione che menzioni la gestione in economia tra i modelli generali di organizzazione dei SIEG. Ciò non toglie che le singole leggi di settore possano ritenere ammissibile

il ricorso a tale forma di gestione, tanto per i servizi d'interesse economico generale, quanto per quelli non economici d'interesse generale.

**CAPITOLO**  
**III**  
**IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO**  
**NELLA DISCIPLINA EUROPEA E NAZIONALE**

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Il partenariato pubblico-privato in ambito europeo – 3. La nozione descrittiva di PPP fornita dalle Istituzioni europee 4. Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale – 5. Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato – 6. Il partenariato pubblico-privato nel diritto nazionale: profili definatori – 6.1. L'oggetto delle operazioni di partenariato pubblico-privato – 6.2. L'allocazione dei rischi – 6.3. La contropartita a favore dell'operatore economico – 6.4. La convenienza economica e la sostenibilità finanziaria - 6.5. Le procedure di affidamento dei contratti di PPP

### 1. Premessa

Sin dalla legge 29 marzo 1903, n. 103, sulla municipalizzazione, la concessione a terzi è stata annoverata tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali.

Ancor prima, nella seconda metà dell'800, quando lo Stato italiano era divenuto unitario, la formula concessionaria fu impiegata per la realizzazione delle principali reti infrastrutturali <sup>225</sup>

In ambito europeo, la concessione è ricondotta nell'ambito dei partenariati pubblico-privato; e più precisamente tra le operazioni di partenariato pubblico-privati di tipo contrattuale.

I PPP non sono disciplinati dagli atti di diritto primario europeo, né dagli atti di diritto derivato.

---

<sup>225</sup> Tratta l'argomento A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 13, che evidenzia come sia possibile ritenere il termine "concessione" di origine settecentesca: "*indicava gli atti di benevolenza sovrana – fons honorum – con i quali si attribuiva un privilegio nel senso che si riconosceva al beneficiario una condizione particolare, di cui altri non godeva; si pensi, in proposito, alle materie di prerogativa della corona, quale quella dei titoli nobiliari e degli ordini cavallereschi. La legislazione degli Stati, succedutasi nel tempo, ha conservato il termine solo come struttura logica, cambiandone tuttavia il significato, il quale oggi si estende a materie che un tempo erano rette dal diritto privato*". Anche M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, nel proprio scritto, analizza l'evoluzione storica delle concessioni ed in particolare la normativa in tema di ferrovie in quanto costituì uno dei settori più importanti sul tema delle concessioni.

Essi sono trattati da molteplici documenti di *soft-law* prodotti dalla Commissione ma, a tutt'ora, non sono rivendibili disposizioni normative applicabili in generale alle operazioni di partenariato pubblico-privato.

L'assenza di una normativa europea in materia di PPP non ha impedito il legislatore nazionale di introdurre un *corpus* di norme a disciplina di tale categoria.

La disciplina nazionale, alla pari di quanto fu prospettato dai documenti di *soft law* prodotti dalla Commissione europea, riconduce il contratto di concessioni nell'ambito delle operazioni di PPP.

Il rapporto intercorrente tra le predette fattispecie rende necessario anteporre la disamina della disciplina nazionale dettata in materia di partenariati pubblici privati, onde poter valutare l'eventuale interazione tra le norme poste a disciplina dell'istituto che ci si avvia ad analizzare e quelle dettate in materia di concessioni.

## **2. Il partenariato pubblico privato in ambito europeo**

Negli ultimi anni il fenomeno del partenariato pubblico-privati (in acronimo "PPP") si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica <sup>226</sup>. Ciò è avvenuto inizialmente negli Stati Uniti e nel Regno Unito per poi svilupparsi in ambito europeo soprattutto grazie al contributo decisivo delle Istituzione europee che ha valorizzato alcuni istituti riconducibili alla categoria di PPP <sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Sul fenomeno del partenariato pubblico privato si vedano in dottrina: M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 167 ss; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, p. 1 ss.

<sup>227</sup> G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Torino, 2011, p. 24 ss., definisce il Regno Unito come "la patria del partenariato, almeno per quanto riguarda il contesto europeo. [...] Nel Regno Unito, l'inizio del PPP risale ai primi anni Novanta quando il Governo inglese intraprese una serie di iniziative volte a promuovere il settore privato coinvolgendolo nell'adempimento di funzioni pubbliche. Tali iniziative derivavano non solo dalla necessità del pubblico di aumentare le fonti di finanziamento, ma anche dalla convinzione che il coinvolgimento del settore privato avrebbe permesso di realizzare progetti di pubblica utilità in modo più veloce ed efficace ed avrebbe garantire una maggiore competenza tecnica nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture".

L'espressione PPP è impiegata per descrivere quel complesso fenomeno caratterizzato da una sostanziale equiparazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici.

Nelle operazioni di partenariato, ai soggetti pubblici è di regola attribuito il compito di individuare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico-giuridico più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai soggetti privati – che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how* - è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera o del servizio <sup>228</sup>.

I partenariati pubblico-privati rappresentano, dunque, uno strumento di cooperazione per la effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di sussidiarietà orizzontale <sup>229</sup>, ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli pubblici posti alla spesa pubblica.

Essi, inoltre, contribuiscono a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione <sup>230</sup>.

### **3. La nozione descrittiva di PPP fornita dalle Istituzione europee**

---

<sup>228</sup> In questi termini, Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 29 marzo 2017, n. 775.

<sup>229</sup> Sul tema A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato*, cit..

<sup>230</sup> Come precisato anche da M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *www.studiolegalechiti.it*, 2017, p. 1

Il termine partenariato pubblico-privato non è definito dal diritto primario né dal diritto derivato europeo. Mancano tutt'ora disposizioni specifiche applicabili in generale a tutte le ipotesi di PPP.

Il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati <sup>231</sup> utilizza tale espressione per riferirsi “*in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio*” <sup>232</sup>.

Tali forme di cooperazione si caratterizzerebbero per la comunanza di alcuni elementi, quali:

- la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare;
- le modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal *partner* privato seppur talvolta quote di finanziamento pubblico possono aggiungersi ai finanziamenti privati;

---

<sup>231</sup> Trattano il tema dei partenariati pubblico-privato: il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, presentato dalla Commissione delle Comunità europee, del 30 aprile 2004 COM(2004) 327 def; la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, del 15 novembre 2005, COM(2005)569 def.; la *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, del 26 ottobre 2006, (2006/2043(INI)); la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)* del 12 aprile 2008, (2008/C 91/02); il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, del 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 def.

<sup>232</sup> In questi termini il *Libro verde*, cit., con il quale è stato avviato una riflessione sul tema del partenariato pubblico privato invitando gli Stati membri a presentare i propri commenti sul punto. Gli esiti della consultazione sono stati sintetizzati nel rapporto della Commissione europea del 3 maggio 2005 SEC(2005)629 recante “*rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni?*”. Parzialmente diversa è, invece, la definizione assunta dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati (2006/2043(INI) che definisce i PPP “*come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta ed i rischi legali ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto*”.

- il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento);
- il ruolo del partner pubblico che si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il *partner* privato sul quale sono trasferiti – totalmente o parzialmente o a seconda della capacità delle parti – i rischi di solito a carico del settore pubblico <sup>233</sup>.

La definizione di PPP fornita dalle Istituzioni europee deve considerarsi priva di una precisa valenza giuridica <sup>234</sup>. Essa “*describe*” <sup>235</sup> - e dunque riconduce alla nozione di PPP – ogni tipo di situazione che siano accomunata dalla compresenza di soggetti pubblici e privati che congiuntamente decidono di collaborare ad iniziative di pubblico interesse.

L'ampia descrizione delle operazioni di PPP consente così di ricondurre alla categoria una molteplicità di istituti, al punto che parte della dottrina ha definito la nozione di PPP una “*sintesi di istituti giuridici*”, assai diversi tra loro, che non sempre si dimostrano in grado di soddisfare le peculiarità descritte dal citato Libro verde sui partenariati pubblico-privato <sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> *Libro verde*, cit., p. 1.

<sup>234</sup> A tali conclusioni giunge M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, p. 4 e ss. Del medesimo avviso anche R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di) *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016, p. 38.

<sup>235</sup> Il termine è utilizzato anche Parlamento europeo, nella Risoluzione del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, a conferma del valore descrittivo della definizione di PPP che viene fornita.

<sup>236</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo*, cit., p. 4, sottolinea come nella realtà non sempre vi sia una netta ripartizione dei ruoli così come descritti dal Libro verde. Può capitare, infatti, che “*per quanto riguarda la definizione degli obiettivi è tipico di molte forme di PPP che i privati concorrano alla definizione degli obiettivi da conseguire, ovviamente nel novero di quelli di pubblico interesse; così come, per converso, è rilevante l'influenza del pubblico nei modi di gestione dei PPP (basti pensare alle influenze della parte pubblica nei partenariati istituzionalizzati)*.”

La validità di tale nozione ed il suo perdurare in ambito europeo, tuttavia, sarebbe essere messa in dubbio dalle scelte dell'Unione di abbandonare la prospettiva di una disciplina generale sui PPP per concentrarsi sulla regolazione di alcuni tra i principali istituti giuridici di partenariato <sup>237</sup>.

Si pensi, ad esempio alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessioni, quali forma di partenariato pubblico-privato.

Tra l'altro, come già evidenziato nell'*incipit* di tale paragrafo, non è possibile rintracciare negli atti di diritto derivato, quanto meno negli atti di diritto primario europeo, una riproposizione della nozione descrittiva di PPP fornita dalle Istituzioni europee.

Infatti, le direttive 2004/17/UE e 2004/18/UE, né le più recenti direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, non impiegano tale locuzione, neppure nei numerosi "considerando", limitandosi a disciplinare i singoli istituti.

L'assenza nel quadro normativo europeo di una specifica definizione non ha impedito il legislatore nazionale di positivizzare la nozione di PPP nel diritto interno, tanto nel codice dei contratti pubblici del 2006, quanto nel più recente codice del 2016 <sup>238</sup>.

Ma prima di analizzare la disciplina nazionale in materia di PPP, preme sottolineare come in ambito europeo sia possibile ricondurre alla categoria in esame due distinte tipologie di PPP:

- i partenariati pubblico-privati di tipo contrattuale (PPPC);
- i partenariati pubblico privato istituzionalizzati (PPPI).

La prima si caratterizza per la presenza di un rapporto convenzionale; la seconda per la decisione condivisa di istituire un nuovo soggetto giuridico.

---

<sup>237</sup> Sul problema del perdurare della validità di una nozione unitaria di partenariato pubblico-privato M.P. CHITTI, *Il partenariato*, cit., p. 3.

<sup>238</sup> Come affermato da G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. Dir. pubbl. com.*, n. 1, 2015, p. 112, il recepimento nel Codice della nozione descrittiva di PPP "costituisce una fuga in avanti del Legislatore italiano rispetto a quello comunitario, dal momento che né la previgente direttiva 2004/18/CE né le nuove direttiva 2014/23/UE e 2014/24/UE hanno recepito la definizione di PPP, che dunque a livello comunitario rimane confinata a documenti (quali libro verde sul PPP del 2004) che non hanno rango di fonte del diritto".

#### 4. Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale

Il termine PPP di tipo contrattuale riguarda quelle forme di collaborazione tra autorità pubblica e *partner* privato basato esclusivamente sui legami contrattuali.

Tra gli istituti giuridici che il Libro verde ascriveva ai PPPC era possibile annoverare l'appalto pubblico ed, in particolare, ai fini del presente studio, la concessione.

Nonostante esuli dalla disamina, preme ugualmente sottolineare come seppur la Commissione europea avesse ricondotto l'appalto nel novero dei PPP contrattuali, soprattutto alla luce delle più recenti novità normative, pare più corretto – così come da orientamento unanime della dottrina – escludere l'istituto dalla categoria dei partenariati di tipo contrattuale stante l'assenza dei caratteri tipici di tali operazioni <sup>239</sup>.

Tra i tanti indizi che tradiscono la natura di PPP dell'appalto spicca l'assenza di una condivisione di finalità, impegni e rischi nonché l'assenza di un finanziamento del progetto totalmente o parzialmente a carico della parte privata <sup>240</sup>.

Al contrario, le concessioni sono da considerarsi un vero e proprio paradigma di PPP.

---

<sup>239</sup> L'indirizzo è condiviso, tra i tanti, da A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato*, op. cit., pp. 85 ss; R. DI PACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 62; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. FERONI CERRINA (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 9; M. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011.

<sup>240</sup> M.P. CHITI, *Il partenariato*, op. cit., p. 6, il quale precisa che il contratto di appalto “*crystallizza gli opposti interessi delle due parti, che rimangono sostanzialmente diversi anche nel corso dell'esecuzione e fino alla definitiva estinzione del rapporto. Il privato non finanzia l'oggetto del contratto, se non in circostanze del tutto particolari ed eventualmente sempre per una parte. Il rischio per il privato, come in tutti i contratti del genere, è solo per il c.d. “rischio operativo”; mancano in genere altri rischi, come il rischio di disponibilità*”. V. altresì S. ARROWSMITH, *Public private partnership and the European Procurement Rules: Eu Policies in Conflict*, in CMLR, 2000, p. 709.

## 5. Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato

Le operazioni di PPP di tipo istituzionalizzato esulano dalla presente disamina. Per tale ragione ci si limiterà a riportare le caratteristiche principali dei PPP di tipo istituzionalizzato distinguendo tale *species* da quella di tipo contrattuale.

I PPP di tipo istituzionalizzato implicano la creazione di un'entità a capitale misto detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato alla quale è affidata la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

La cooperazione diretta tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria permette al *partner* pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell'impresa comune. Nel contempo, la cooperazione istituzionalizzata consente allo stesso di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un *partner* privato che, oltre a conferire capitali o altri beni, partecipa attivamente all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto o alla gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un'operazione di PPPI.

La creazione di un PPP istituzionalizzato concretamente si traduce in genere:

- nella costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal *partner* privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più *partner* privati, e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione, oppure

- nella partecipazione di un *partner* privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione interna.

In entrambe i casi, indipendentemente dalle modalità di costituzione di un PPPI, la giurisprudenza europea impone all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del *partner* privato, assicurando il conseguimento dell'obiettivo di una concorrenza libera e senza distorsioni e il rispetto del principio della parità di trattamento, in modo da evitare che l'impresa privata che partecipa al capitale del PPPI sia indebitamente avvantaggiata rispetto ai concorrenti <sup>241</sup>.

Se ne evince, dunque, che *“le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista”* <sup>242</sup>.

A tal riguardo, per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto europeo, evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, è stato ritenuto possibile procedere ad un'unica procedura trasparente e concorrenziale a doppio oggetto, ossia diretta ad aggiudicare l'appalto pubblico o la concessione all'entità a capitale misto e, nel contempo, ad individuare il *partner* privato a cui è affidata l'esecuzione di tali prestazioni e/o la fornitura di un suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto <sup>243</sup>. La selezione del *partner* privato, dunque, è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

## **6. Il partenariato pubblico-privato nel diritto nazionale: profili definitivi.**

---

<sup>241</sup> Così Corte di giustizia, Causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 51.

<sup>242</sup> In questi termini Corte di giustizia, Causa C.29/04, *Commissione/Austria*, punto 42.

<sup>243</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008/C91/02).

L'assenza nel quadro normativo europeo di una disciplina in materia di PPP, la cui definizione trova riscontro solo in atti programmatici e comunque non vincolanti, non ha impedito il legislatore nazionale di introdurre una *corpus* di norme a disciplina di tale categoria <sup>244</sup>.

D'altronde, non rientrando tale tematica tra le competenze esclusive dell'Unione, il legislatore nazionale gode di ampia libertà nella definizione della disciplina in materia, senza che la mancanza di riferimenti in ambito europeo possa delegittimare le disposizioni nazionali che si richiamano al PPP <sup>245</sup>.

Già il decreto legislativo 21 aprile 2006, n. 163 definiva i “*contratti di partenariato pubblico privato*” <sup>246</sup>.

Tuttavia, l'attenzione manifestata dalla precedente versione del Codice alle operazioni di PPP, se paragonata a quella riconosciutagli dal nuovo codice dei contratti pubblici, risultava alquanto limitata.

Nell'ambito del decreto legislativo 21 aprile 2006, n. 163, una sola disposizione era dedicata ai partenariati, ossia l'art. 3, c. 15-ter, il quale, oltre a

---

<sup>244</sup> Come affermato da G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, cit., p. 112, il recepimento nel Codice della nozione descrittiva di PPP “*costituisce una fuga in avanti del Legislatore italiano rispetto a quello comunitario, dal momento che né la previgente direttiva 2004/18/CE né le nuove direttiva 2014/23/UE e 2014/24/UE hanno recepito la definizione di PPP, che dunque a livello comunitario rimane confinata a documenti (quali libro verde sul PPP del 2004) che non hanno rango di fonte del diritto*”.

<sup>245</sup> In questi termini M.P. CHITI, *Il partenariato*, op. cit., p. 1.

<sup>246</sup> V. decreto legislativo 21 aprile 2006, n. 163, art. 3, c. 15-ter, introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. a), decreto legislativo n. 152 del 2008, poi dall'art. 33, comma 1, lett. b), legge n. 27 del 2012. Il citato articolo recita: “*Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*”.

fornire una definizione di PPP, riconduceva a tale categoria alcune *species* di operazioni.

Erano annoverate tra le operazioni di PPP le concessioni di lavori, le concessioni di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste.

Si trattava di una elencazione proposta via esemplificativa potendosi ricondurre al *genus* ulteriori tipologie di collaborazioni pubblico-private non espressamente contemplate dal legislatore.

Al di fuori di tale disposizione, mancava una disciplina che regolasse specificatamente le operazioni di partenariato, disciplina che oggi è rintracciabile nel nuovo codice dei contratti pubblici <sup>247</sup>.

Il decreto legislativo n. 50/2016 dedica alle operazioni di PPP un'intera parte del Codice, la Parte IV, onde fornire in modo chiaro e completo una disciplina generale applicabile a tutte le collaborazioni pubblico-private che soddisfino le peculiarità che meglio si andrà ad analizzare nei paragrafi successivi <sup>248</sup>.

La natura di archetipo generale del PPP è avvalorata anche dalla tecnica utilizzata dal legislatore per descrivere la categoria. Le norme destinate a regolare le operazioni di PPP si rivolgono genericamente all' "*operatore economico*", che non viene qualificato in funzione di una specifica figura contrattuale.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, in continuità con le scelte operate dal legislatore nella pregressa disciplina, fornisce una nozione di PPP che mette in risalto le peculiarità di tali collaborazioni.

Il contratto di partenariato pubblico-privato – declinato al singolare - è definito come un "*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più*

---

<sup>247</sup> M. RICCI, *Il Partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), p. 1, afferma giustamente che "*l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici ha consentito al Partenariato pubblico-privato di acquisire un'importanza superiore rispetto al recente passato*". E ciò, anche nella consapevolezza di come "*il contesto socio-economico, sempre più caratterizzato da restrizioni di bilancio e dalla volontà di limitare l'intervento dei poteri pubblici, spinga verso un crescente uso degli strumenti collaborativi tra settore pubblico e privato*".

<sup>248</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855.

*stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, c. 1-bis, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat<sup>249</sup>.*

L'art. 180, c. 8, del Codice, in modo non dissimile da quanto previsto dalla legislazione previgente, propone una elencazione di operazioni riconducibili al *genus* PPP.

Ai sensi del citato articolo, alla categoria dei contratti di partenariato è possibile ricondurre: la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, nonché il contratto di disponibilità<sup>250</sup>.

In aggiunta a tale elencazione, il legislatore estende l'ambito di applicazione della disciplina in materia di PPP a *“qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti”*.

---

<sup>249</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, c. 1, lett. eee), così come integrato dall'art. 4, c. 1, lett. d), decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

<sup>250</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 180, c. 8, il quale recita: *“nella tipologia dei contratti di cui al c. 1 (id est: i contratti di partenariato pubblico privato) rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”*. Si tratterebbe, dunque, di una categoria “aperta” a cui sarebbe possibile ricondurre tanto le figure di PPP tipizzate, quanto le figure atipiche purché soddisfino le caratteristiche definite dal legislatore. In tal senso anche F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, p. 436. Tuttavia, si ritiene opportuno evidenziare come a differenza del previsto codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il nuovo codice dei contratti pubblici non menziona tra le *species* di PPP le società miste, quale forma di PPP istituzionalizzato. La mancanza era stata sottolineata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 21 marzo 2016, n. 855, p. 57. Ciò nonostante, il riferimento non fu inserito nel codice definitivo.

Il partenariato costituisce dunque un *genus* ampio nell'ambito del quale possono essere ricondotto una pluralità di istituti accomunati dalle peculiarità individuate dalla disciplina nazionale.

L'attenta lettura di tale elencazione consente di rinvenire una difformità rispetto alle scelte operate dal legislatore del previgente codice. Mentre il decreto legislativo 21 aprile 2006, n. 163, art. 3, c. 15-*ter*, riconduceva specificatamente le società miste tra i modelli di PPP, l'attuale elencazione di cui all'art. 180, c. 8, non include queste ultime tra le operazioni di partenariato.

Se pur vero che dette società potrebbero ugualmente essere ricondotte al *genus* PPP grazie all'amplia clausola di cui all'art. 180, c. 8, del Codice, si ritiene opportuno riportare l'opinione di chi ritiene impropria la loro riconducibilità nell'ambito delle operazioni di PPP per la mancanza di un elemento essenziale quale è il “*rischio diretto per la parte privata*”<sup>251</sup>.

Nel contempo, altro indirizzo ritiene che le ragioni della mancata inclusione delle società mista nel novero dei modelli di PPP siano da ricercare nella necessità avvertita dal legislatore nazionale in fase di recepimento di delimitare l'ambito oggettivo di applicazione ai sole fattispecie contrattuali<sup>252</sup>.

A conferma di tale ultimo assunto depongono non solo la presenza delle caratteristiche peculiari descritte dalla previsione definitoria, ma anche la disposizioni di cui all'art. 4, c. 2, lett. c), decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Così M. CHITI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 5, il quale afferma che “*in questo modulo di PPP a carattere organizzativo manca un elemento essenziale del Partenariato, quale il rischio diretto per la parte privata; non perché la partecipazione societaria sia priva di rischi, ovviamente, ma in quanto il rischio di impresa è propriamente della società e ripartito tra i soci in proporzione al peso delle relative partecipazioni. In ogni caso è del tutto diverso in queste situazioni dal rischio operativo e di disponibilità, come definito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dai giudici nazionali, e come adesso disciplinato dalla direttiva concessioni?*”.

<sup>252</sup> M. RICCI, *Il partenariato*, op. cit., p. 11.

<sup>253</sup> Ai sensi del citato articolo, “*le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: c) realizzare e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di*

Prima di procedere alla disamina delle peculiarità che distinguono le operazioni di PPP, occorre fin da subito far osservare come, contrariamente alle scelte operate in ambito europeo, la disciplina introdotta dal legislatore in ambito nazionale venga ad assumere una propria dignità giuridica <sup>254</sup>.

Il legislatore nazionale, infatti, lungi dal limitarsi a descrivere un fenomeno, introduce una serie di norme, e come tali a carattere vincolante, applicabili a tutte le *species* di operazioni riconducibili al *genus* PPP.

Nel codice dei contratti pubblico, dunque, è possibile rinvenire una disciplina generale applicabile a tutte le procedure di PPP ed una disciplina di maggior dettaglio posta a regolazione delle singole *species* di PPP, tra cui anche le concessioni di servizi.

Si ritiene pertanto utile procedere alla preliminare disamina della disciplina posta a regolazione del genere PPP, che assurge da sostrato su cui poggiano le norme poste a regolazione delle singole tipologie contrattuali riconducibili a tale categoria.

D'altronde, potrà notarsi come la disciplina generale non si discosti totalmente dalla disciplina delle concessioni. Essa, infatti, presenta molteplici punti di contatto, pur non mancando elementi di differenziazione in alcuni casi riconducibili ad un difetto di coordinamento o di armonizzazione.

### **6.1. L'oggetto delle operazioni di partenariato pubblico-privato.**

Il nuovo codice dei contratti pubblici individua l'oggetto dei contratti di partenariato pubblico-privato sia nelle “*opere*” che nei “*servizi*”.

L'art. 3, c. 1, lett. eee), del Codice conferma che le operazioni di PPP possono conferire ad uno o più operatori economici un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione

---

cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, commi 1 e 2;”.

<sup>254</sup> M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *federalismi.it*, n. 4/2016, p. 478, evidenzia altresì tale rilevanza.

operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa.

Le “opere”, secondo la definizione che ne viene data dal Codice, sono il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichino una funzione economica o tecnica. Queste comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica <sup>255</sup>.

Quanto alla seconda opzione, il legislatore fornisce una definizione di “servizi” in via residuale, dovendosi ricondurre a tale categoria tutte quelle attività diverse dall'esecuzione di lavori di cui all'art. 3, c. 1, lettera ll), del Codice <sup>256</sup>.

Prima di procedere alla disamina delle peculiarità delle procedure di PPP, quali, l'onerosità della prestazione, il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, l'equilibrio economico-finanziario che costituisce il presupposto per la corretta allocazione dei rischi, con riferimento ai servizi che possono costituire oggetto di PPP, preme evidenziare come il dato letterale della previsione di cui all'art. L'art. 3, c. 1, lett. eee), parrebbe limitare l'utilizzabilità di tale modello di collaborazione alla sola “fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa”.

Ciò porterebbe ad affermare l'inammissibilità dei PPP per la “semplice” erogazione di un servizio che non richieda per la sua fornitura l'esistenza o la previa realizzazione di un'opera.

Tale possibilità era ammessa nel previgente codice, il quale, con una terminologia più chiara, precisava che l'oggetto del contratto di PPP potesse essere “una o più prestazioni quali la progettazione la fornitura, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio”.

## 6.2. L'allocazione dei rischi

---

<sup>255</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, c. 1, lett. pp)

<sup>256</sup> Come risulta dalla lettura del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, c. 1, lett. vv).

Affinchè un contratto possa ricondursi nel novero delle operazioni di PPP è necessario che esso comporti il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico.

Posto che il rischio è l'elemento principale che identifica le operazioni di PPP, occorre comprendere a quali tipologie di rischio occorra far riferimento per poter ricondurre un contratto a tale ampia categoria.

L'art. 3, c. 1, lett. eee) non fornisce specificazioni sul punto: esso si riferisce ad un generale "*rischio*", che dovrà essere assunto dall'operatore secondo modalità individuate nel contratto.

Di altro tenore è, invece, l'art. 180, c. 3, il quale specifica che *il* trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo "*oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera...*"

Tali tipologie di rischio sono definite all'art. 3, c. 1, lett. aaa), bbb) e ccc), secondo cui:

- il "*rischio di costruzione*" è il rischio legato ad una errata valutazione dei costi e dei tempi di costruzione, all'inaffidabilità o all'inadeguatezza della tecnologia utilizzata, di aumento del costo dei fattori produttivi, ad una esecuzione difforme rispetto agli *standard* di progetto, ad inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori, alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto derivanti da errori o omissioni di progettazione.
- il "*rischio di domanda*" è un rischio sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria si distinguono il rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico, nonché il rischio di contrazione della domanda specifica collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda. Tale rischio

non è di regole presente nei contratti di PPP “freddi” e, pertanto, in tali casi, al fine di ricondurre il contratto in tale categoria, è necessaria l’allocazione in capo all’operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità.

- il “*rischio di disponibilità*” è il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti. A titolo esemplificativo possono essere ricondotti a tale species di rischio: il rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; il rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazioni elaborati preventivamente in relazione all’oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

Sebbene l’art. 3, c. 1, lett. eee), del Codice, precisi che l’applicazione del contenuto delle decisioni Eurostat è limitata “*per i soli profili di tutela della finanza pubblica*”, il legislatore, all’art. 180, c. 3, ritiene quegli stessi profili di rischio, che permettono la contabilizzazione “*off balance*” dell’operazione, elementi imprescindibili affinché un’operazione possa essere qualificata di PPP e rientrare nell’ambito applicativo della relativa disciplina.

Il legislatore, dunque, fa uso delle nozioni classiche di rischio - di costruzione, di disponibilità, di domanda - così come furono definite dalla decisione Eurostat <sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 22 febbraio 2017, n. 775, p. 8, afferma che all’elencazione dei rischi sopra ricordati (riferendosi ai rischi Eurostat, ndr.) “*per completezza deve aggiungersi il rischio operativo concernente in special modo le concessioni, come definito dall’art. 3, c. 1, lett. eee*”. Nel contempo, lo schema di Linea guida recanti “*monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*” proposto in consultazione pubblica da ANAC, Parte I, paragrafo 2.1, afferma che nella categoria del rischio operativo “*rientrano, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità,*

Il rischio trasferito all'operatore economico dovrà essere effettivo.

Per evitare un'allocazione del rischio al privato solo formale il contenuto del contratto dovrà essere definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per seguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga *ex ante* <sup>258</sup>.

È confermata, pertanto, l'esclusione dallo schema contrattuale di clausole del tipo *take or pay* ossia di quelle clausole che assicurano all'operatore economico un flusso di cassa corrispondente all'effettiva domanda stimata anche se non verificatasi.

Nel contratto di partenariato pubblico-privato dovrà essere data concreta e puntuale individuazione dei rischi allocati all'operatore economico.

Il legislatore richiede altresì che il contratto “*disciplin[i] anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico*” <sup>259</sup>.

A titolo esemplificativo, tra gli altri rischi non imputabili all'operatore economico è possibile annoverare:

- il rischio amministrativo, connesso al ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazione da parte di soggetti pubblici e privati competenti, o anche al rilascio dell'autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione;
- il rischio di esproprio, connesso a ritardi da espropri o a maggiori costi di esproprio per errata progettazione e/o stima;
- il rischio ambientale e/o archeologico, ossia rischio legato alle condizioni del terreno, nonché di bonifica dovuta alla contaminazione del suolo e rischi

---

*nonché altri rischi specifici descritti al punto 2.5.”* Secondo la ricostruzione proposta da ANAC, il rischio operativo è categoria al quale ricondurre i rischi Eurostat secondo un rapporto di genere rispetto alla specie.

<sup>258</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 180, c. 3, I periodo.

<sup>259</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 180, c. 3, III periodo.

di ritrovamenti archeologici, con conseguenti ritardi nella realizzazione dell'opera e incremento di costi per il risanamento ambientale o la tutela archeologica;

- il rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l'adeguamento <sup>260</sup>.

Il contratto dovrà altresì definire le modalità di monitoraggio dello svolgimento del rapporto contrattuale, nonché le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico <sup>261</sup>.

Viene, infatti, precisato che il rischio in capo all'operatore economico deve sussistere non solo nel suo momento genetico ma per tutta la durata della sua esecuzione <sup>262</sup>.

### **6.3. La contropartita a favore dell'operatore economico**

Il partenariato pubblico privato è un contratto a titolo oneroso.

L'art. 180, c. 3, del Codice, individua le possibili fonti di remunerazione dell'operatore economico nelle operazioni di PPP.

Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico possono provenire dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal

---

<sup>260</sup> Cfr. lo schema di Linea guida recanti “*monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*” proposto da ANAC, p. 5.

<sup>261</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 182, c. 2.

<sup>262</sup> In tal senso si esprime l'art. 181, c. 4, del Codice, il quale - oltre ad attribuire ad ANAC il compito di adottare linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato - chiarisce che in capo al *partner* pubblico incombe l'obbligo di verificare “*la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti?*”.

medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna”.

Dunque, mentre la direttiva 2014/23/UE parrebbe escludere l'ammissibilità delle concessioni c.d. “fredde”, seppur con le precisazioni già sviluppate nei capitoli successivi, il legislatore nazionale, laddove fa riferimento al “*canone riconosciuto dall'ente concedente*”, e nell'ammettere che l'introito possa provenire anche dalla “*gestione del servizio verso l'utenza*”, riconosce cittadinanza tanto alle operazioni di PPP “fredde” quanto a quelle “calde”.

Nella prima ipotesi, l'amministrazione, che rappresenta il principale cliente del *partner* privato, corrisponderà al concessionario un canone che dovrà essere proporzionato all'effettiva utilizzabilità dell'opera o al volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda.

La seconda ipotesi, invece, coinvolge servizi o opere che sono dotate di intrinseca capacità di generare reddito. Il concessionario sarà così in grado di coprire gli investimenti ed i costi sostenuti attraverso i ricavi provenienti dal mercato, ossia dall'utenza che corrisponde un *quantum* per l'utilizzo l'opera o per usufruire del servizio.

Alla luce della disciplina nazionale in materia di PPP, non sono da escludersi neppure i PPP c.d. “tiepidi”, vale a dire quelle *species* di collaborazioni pubbliche private ove l'amministrazione versa un contributo pubblico, normalmente giustificato dalla necessità di garantire la fattibilità economico-finanziaria dell'operazione, che va ad aggiungersi ai ricavi generati dall'utilizzo dell'opera o del servizio da parte dell'utenza.

Al fine di garantire l'effettività del rischio in capo al concessionario, l'art. 180, c. 4, del Codice, precisa che qualora, a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizio, l'amministrazione corrisponda al concessionario un canone, questo dovrà essere proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché di ridotta o mancata prestazione dei servizi.

Peraltro, è ulteriormente precisato che se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, le variazioni devono essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico<sup>263</sup>.

Sembra così possibile distinguere tra variazione del canone proporzionata alla ridotta disponibilità dell'opera e del servizio e variazione del canone che, oltre ad essere proporzionata, deve essere significativa: la prima, che legata a fattori non imputabili all'operatore, opererebbe facoltativamente; la seconda, invece, doverosamente, se la ridotta o mancata disponibilità è causa dell'operatore economico<sup>264</sup>.

#### **6.4. La convenienza economica e la sostenibilità finanziaria**

L'equilibrio economico-finanziario rappresenta un'ulteriore ineludibile presupposto per la concreta attuazione delle operazioni di PPP<sup>265</sup>.

L'equilibrio economico-finanziario è definito dall'art. 3, c. 1, lett. fff), ove si legge: *“ai fini del presente codice si intende per equilibrio economico e finanziario, la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”*.

Viene così evidenziata – come accade per i contratti di concessione - la necessità che il progetto sia economicamente e finanziariamente possibile da realizzare, onde attrarre il maggior numero di concorrenti, che diversamente sarebbero disincentivati a concorrere per l'aggiudicazione del contratto, a

---

<sup>263</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 180, c. 4.

<sup>264</sup> Come suggerito dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 22 marzo 2017, n. 782, il quale evidenzia che il concetto di variazione *“in grado di incidere significativamente”* rischia di presentare profili di indeterminazione e, dunque, di essere fonte di incertezza in sede applicativa.

<sup>265</sup> In questi termini G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 159.

discapito dell'amministrazione aggiudicatrice che sarebbe costretta a ricorrere ad altri strumenti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, senza possibilità di beneficiare dei possibili vantaggi che possono discendere da tale forma collaborazione.

Il raggiungimento dell'equilibrio economico e finanziario è garantito dalla possibilità che si riconosce all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere negli atti di gara il pagamento di un "prezzo" a favore dell'aggiudicatario <sup>266</sup>.

Il prezzo può consistere in un contributo pubblico; oppure nella cessione di beni immobili che non assolvono più funzioni d'interesse pubblico; ovvero nel diritto di godimento su un bene immobile, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione.

Il legislatore pone delle limitazioni alla misura del prezzo.

È precisato, infatti, il prezzo, da sommarsi al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico delle eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, *"non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*.

La finalità di tale previsione corrisponde alla necessità di introdurre meccanismi che possano garantire l'effettività del rischio, evitando dunque che il "prezzo" possa annullare il rischio trasferito all'operatore economico.

L'equilibrio economico e finanziario dell'operazione è garantito anche nell'ipotesi in cui detto equilibrio del piano economica venga compromesso dal verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico <sup>267</sup>.

In tale circostanza, le parti possono procedere alla rideterminazione delle condizioni di equilibrio purché sia consentita la permanenza dei rischi trasferiti

---

<sup>266</sup> La principale differenza tra "prezzo" e "canone" può essere rinvenuta nel fatto che mentre il primo è diretto a garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'operazione, il secondo rappresenta il corrispettivo per la disponibilità dell'opera o per la fruizione del servizio da parte dell'amministrazione.

<sup>267</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 182, c. 3.

in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto.

In caso di mancato accordo sulla rideterminazione delle condizioni di equilibrio, le parti possono recedere dal contratto ed all'operatore economico saranno rimborsati gli importi di cui all'art. 176, c. 4, lett. a) e b)<sup>268</sup>, ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato di contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso d'interesse.

### **6.5. Le procedure di affidamento dei contratti di PPP**

Per la disciplina delle procedure di affidamento dei contratti di partenariato pubblico-privato il legislatore ricorrere alla tecnica del rinvio che, se da un lato rende agevole la stesura del quadro normativo, dall'altro comporta l'evidente difficoltà di determinare quali disposizioni siano nel concreto applicabili.

A tal proposito, ai sensi dell'art. 179, c. 1, del Codice, è previsto che alle procedure di affidamento dei PPP “*si applicano - in quanto compatibili - le disposizioni di cui alla parte I, III, V, e VI*”.

Le parti del Codice a cui l'art. 179 rinvia sono quelle attinenti all' *Ambito di applicazione, Principi, Disposizioni comuni ed esclusivi* (parte I); ai *Contratti di concessione* (parte III); alle *Infrastrutture ed insediamenti prioritari* (parte V); alle *Disposizioni finali e transitorie* (parte VI).

Il legislatore, al c. 2 del citato articolo, prevede altresì l'applicazione – in quanto compatibili – della parte II, titolo I, a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35, ovvero inferiore alla soglia comunitaria.

Il rinvio operato dall'art. 179, c. 1, del Codice, alla parte III renderebbe in realtà applicabile alle operazioni di PPP anche la parte II nel suo complesso.

---

<sup>268</sup> Ai sensi dell'art. 176, c. 4, del Codice, l'operatore economico ha diritto al rimborso a) del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso d'interesse.

Questo poiché l'art. 164, c. 2, del Codice, collocato nella parte III, a sua volta, rinvia – per quanto compatibili - alle disposizioni relative ai contratti di appalto, di lavori, servizi e forniture, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità ed alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione, e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione <sup>269</sup>.

Considerato che il rinvio operato dall'art. 164, c. 2, deve ritenersi applicabile per quanto non disposto dal titolo III relativo alle concessioni, laddove taluni aspetti siano disciplinati contestualmente sia dalla parte II che dalla parte III del Codice, deve ritenersi che a fronte dell'espresso rinvio di cui all'art. 179, c. 1, ai contratti di partenariato si applichino le disposizioni relative alla concessione <sup>270</sup>.

A tale intricata disciplina, l'art. 181, c. 1, aggiunge che *“la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo”*.

Tuttavia, appare non agevole comprendere se il legislatore, attraverso la specificazione di cui all'art. 181, abbia voluto identificare una disciplina

---

<sup>269</sup> Ai sensi dell'art. 164, c. 2, del Codice, alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.

<sup>270</sup> G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, 2017, p. 164, sul punto precisa che *“considerata l'impossibilità di una contestuale e paritaria applicazione della disciplina dell'appalto e della concessione (nei limiti ovviamente in cui alla concessioni non trovino applicazione, sempre per rinvio e in quanto compatibili, le disposizioni sul contratto di appalto) la conseguenza che pare, quantomeno logicamente, più immediata, è che ai contratti di partenariato di cui alla Parte IV si applichino, per rinvio e per quanto compatibili con la specifica disciplina ivi recata, le disposizioni relative alla concessione (Parte III), piuttosto che quelle sull'appalto (Parte II) – qualora le stesse non siano applicabili alle concessioni ex art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50 /2016 – a seconda che lo specifico contratto presenti o meno le caratteristiche definitorie del contratto di concessione di cui alla normativa nazionale?”*

completare, ovvero, una speciale rispetto a quella di cui all'art. 179 del Codice<sup>271</sup>.

Qualora si propendesse per la prima ipotesi, in forza del duplice rinvio operato dagli art. 179 e 164, c. 2, si giungerebbe a riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrice anche la possibilità di ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara.

Al contrario, ove si optasse per la seconda ipotesi, il riferimento operato dall'art. 181 del Codice alle "*procedure ad evidenza pubblica*" porterebbe ad escludere la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di scegliere l'operatore economico mediante il ricorso a procedure che non prevedano la previa pubblicazione del bando di gara, dovendosi considerare ammissibili le sole procedure aperte – in cui ogni operatore economico può presentare un'offerta; le procedure ristrette – in cui ogni operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti; nonché, per espressa previsione, le procedure dirette ad instaurare un dialogo competitivo – nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte<sup>272</sup>.

La scelta dell'operatore dovrà comunque essere proceduta da un'adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> V. F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice*, op. ult. cit., p. 4

<sup>272</sup> Sul punto, M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2016, p. 9, afferma che l'art. 181 del Codice "*circoscrive la libertà invece valida per le concessioni?*"

<sup>273</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 181, cc. 2 e 3.

L'istruzione è funzionale all'elaborare di una serie di documenti, da porre a base di gara, quali: il progetto definitivo (salvo che la peculiare fattispecie contrattuale non ammetta che l'affidatario curi lo sviluppo del progetto di fattibilità e/o della stessa progettazione definitiva <sup>274</sup>); lo schema di contratto che dovrà disciplinare l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico; ed il piano economico-finanziario, onde permettere ai concorrenti la possibilità di valutare la possibilità del progetto.

---

<sup>274</sup> Come osservato da G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit, p. 165; F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice*, op. cit., p. 4.

**CAPITOLO**  
**IV**  
**LA CONCESSIONE DI SERVIZI**  
**IN AMBITO EUROPEO**

**SOMMARIO:** **1.** Premessa – **2.** La concessione di servizi in ambito europeo – **3.** La direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione – **4.** Concessioni di servizi e concessioni di servizio pubblico – **5.** Il diritto di gestione e di sfruttamento economico del servizio – **6.** Il rischio operativo trasferito al concessionario – **7.** La distribuzione proporzionale dei rischi – **8.** Il rischio operativo sul lato della domanda – **9.** Il rischio operativo sul lato dell'offerta – **10.** La mitigazione del rischio operativo - **11.** Il rischio operativo e l'equilibrio economico-finanziario: il necessario bilanciamento – **12.** La scelta del *partner* privato: la procedura di gara ed il criterio di selezione - **13.** Le norme poste a disciplina dell'esecuzione dei contratti di concessione – **13.1.** Il subappalto – **13.2.** Le modifiche del contratto in corso di validità - **13.3.** La risoluzione del contratto di concessione – **14.** La necessità di individuare un'autorità alla quale affidare il controllo dell'applicazione delle norme poste a disciplina del contratto di concessione.

**1. Premessa**

La concessione di servizi è stata per lungo tempo estranea alla normativa europea.

La direttiva 2014/23/UE rappresenta la prima iniziativa del Parlamento europeo e del Consiglio volta a disciplinare in modo organico le concessioni di servizi, laddove le precedenti direttive europee si erano concentrate prevalentemente sulla definizione delle caratteristiche dei contratti di appalto.

Tale direttiva si muove con il dichiarato intento di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato, ma anche sufficientemente flessibile, tale da facilitare la più ampia diffusione del contratto di concessione.

Essa, inoltre, segna l'abbandono della prospettiva tradizionale del diritto europeo degli appalti, concentrata sul momento pubblicistico della procedura di affidamento, per attribuire rinnovata centralità allo svolgimento del rapporto negoziale.

Nel proseguo si avrà modo di analizzare la disciplina europea dettata in materia di concessioni di servizi.

Tra i molteplici aspetti, maggiore attenzione sarà attribuita alle peculiarità che valgono a distinguere il contratto di concessione dal contratto d'appalto, evidenziando altresì gli elementi di novità introdotti dalla normativa europea con particolare riguardo a ciò che la direttiva definisce “*rischio operativo*”, da trasferirsi in capo al concessionario affinché il rapporto possa rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina che ci si propone di analizzare.

## **2. La concessione di servizi in ambito europeo**

Il diritto primario europeo non definisce la concessione di servizi. Nonostante l'inequivocabile rilevanza delle concessioni di servizi per l'effettiva realizzazione del mercato comune, l'unica definizione che negli anni Novanta del secolo scorso era rinvenibile nel diritto europeo derivato era quella relativa alla “*concessioni di lavori*”<sup>275</sup>.

La direttiva 93/37/CEE<sup>276</sup> definiva la concessione di lavori non modo non dissimile dall'appalto di lavori evidenziandone differenze.

Se l'appalti di lavori era definito come un “*contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*”, la concessione di lavori era “*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a) (id est: dell'appalto pubblico), 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*”.

Il deficit normativo in materia di concessioni di servizi, che aveva agevolato fenomeni di illegittimo utilizzo di tale strumento al quale si ricorreva per

---

<sup>275</sup> Tra gli atti di *soft law* prodotti dalla Commissione sul tema delle concessioni vedasi la “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*” (2000/C 121/02).

<sup>276</sup> Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

sottrarre numerose operazioni economicamente rilevanti alla concorrenza<sup>277</sup>, fu colmato dalle Istituzioni comunitarie, le quali, pur escludendo che l'affidamento di concessioni di servizi soggiacessero alla disciplina relativa agli appalti, avevano concluso nel senso di ritenere sempre doverosa l'osservanza delle norme e dei principi del Trattato, in specie quelli di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi<sup>278</sup>.

Per una definizione di “concessione di servizi” a livello di diritto derivato europeo occorrerà attendere le direttive 2004/17/CE<sup>279</sup> e 2004/18/CE<sup>280</sup>.

La nozione di “concessione di servizi” fornita dalle citate direttive risultava pressoché analoga a quella di “concessioni di lavori” in precedenza esaminata.

Così la concessione di servizi era “*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*”<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> Come osservare da F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, p. 277.

<sup>278</sup> La Commissione CE, in data 24 febbraio 1999, ha adottato la “Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario. Ma vedasi, altresì quanto affermato dalla Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, caso *Teleaustria*, ove fu sostenuto che anche quando un contratto sia escluso dalla sfera di applicazione delle direttive, le amministrazioni aggiudicatrici sono comunque tenute al rispetto dei principi fondamentali del Trattato. Nello stesso senso il Consiglio di Stato, sezione VI, 2 marzo 2001, n. 1206 secondo cui anche quando un soggetto pubblico non è direttamente tenuto all'applicazione di una specifica disciplina per la scelta del contraente, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici impone all'amministrazione di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, tramite l'utilizzo di procedure competitive selettive.

<sup>279</sup> Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

<sup>280</sup> Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

<sup>281</sup> V. Direttiva 2004/17/CE, art. 1, c. 3, lett. b) e Direttiva 2004/18/CE, art. 1, c. 4. L'appalto pubblico, invece, era definito “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”.

Il *discrimen* tra le due istituti – appalti e concessioni - veniva così individuato nel diritto di gestire il servizio. Il concessionario, dunque, non era direttamente remunerato dal *partner* pubblico ma otteneva da quest'ultimo il diritto di poter sfruttare economicamente il servizio <sup>282</sup>.

Il diritto di gestione implicava anche il trasferimento del rischio di non riuscire attraverso la gestione a recuperare gli investimenti ed i costi sostenuti per la fornitura del servizio.

Se i poteri pubblici sopportavano la maggior parte dell'alea gestoria garantendo all'operatore economico, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti o la copertura delle perdite, l'elemento rischio veniva a mancare dando luogo ad un contratto di appalto anziché ad una concessione <sup>283</sup>.

La circostanza che il diritto di gestione fosse accompagnato da un prezzo non modificava la qualificazione del rapporto.

Si trattava di un'ipotesi che esisteva nella pratica.

---

<sup>282</sup> Si pensi, ad esempio, al contratto mediante il quale un'autorità pubblica attribuisce ad una società il diritto di gestire una mensa scolastica permettendole di remunerarsi attraverso la vendita dei pasti agli utenti.

<sup>283</sup> Cfr. *ex multis* Corte di Giustizia, causa C-196/08, *Acoset s.p.a. c. Saceccar depurazioni Sacede s.p.a.*, ove è affermato che “la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che essa implica un trasferimento del rischio legato alla gestione dell'opera al concessionario. [...] Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. [...] Il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici”. Tali considerazioni erano in linea con quanto affermato anni prima dalla Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit., le cui disposizioni, seppur limitate alla concessione di lavori, potevano certamente valere anche per la concessione di servizi. L'orientamento interpretativo della Corte di Giustizia è stato recepito anche dalla giurisprudenza amministrativa. Così, il Consiglio di Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068, ha affermato che le concessioni si distinguono agli appalti “per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato”. Ancora, il Consiglio di Stato, sez. V., 13 giugno 2012, n. 3474, afferma che nel rapporto di concessione, l'imprenditore “sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività”.

Poteva accadere, infatti, che il *partner* pubblico decidesse di sostenere parzialmente il costo di gestione della concessione a seguito dell'imposizione a carico dell'operatore economico di obblighi di servizio pubblico.

La direttiva, tuttavia, precisando che il diritto di gestione poteva essere “*accompagnato da un prezzo*”, aveva cura di evidenziare come la remunerazione del concessionario dovesse provenire in via principale dalla gestione del servizio. Il prezzo versato poteva dunque coprire solo una parte del costo del servizio e non poteva essere tale da eliminare il rischio inerente alla gestione.

La definizione di concessione di servizi fornita dalla direttiva 2004/18/UE fu recepita in ambito nazionale dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, art. 3, c. 12, che la riproponeva senza alcuna sostanziale variazione.

Alle concessioni *de quo* era dedicato altresì l'art. 30, del citato decreto, il quale forniva utili precisazioni nell'affermare che la controprestazione a favore del concessionario doveva consistere unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio; il prezzo, eventualmente corrisposto dal soggetto concedente, purché definito in sede di gara, poteva essere riconosciuto qualora al concessionario fosse imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora fosse necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

L'art. 30, infine, onerava le autorità pubbliche che decidevano di coinvolgere un terzo nell'esercizio del servizio a rispettare i principi desumibili dal Trattato e i principi generale relativi ai contratti pubblici e, in particolare dei principi di trasparenza, di adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

L'obiettivo di tali principi è permettere a tutti gli operatori economici interessati a concorrere all'aggiudicazione di contratti pubblici a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la

qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza.

### 3. La direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione.

La disciplina 2014/23/UE costituisce di certo la novità più rilevante nell'ambito del sistema introdotto dalle tre direttive sui contratti pubblici <sup>284</sup>.

Essa rappresenta la prima iniziativa dell'Unione tesa a disciplinare una *species* di partenariato pubblico-privato, considerato che negli anni precedenti le Istituzioni europee si erano concentrate prevalentemente sulla definizione dei caratteri degli appalti, recependo un decennio di giurisprudenza e dibattiti europei e nazionali <sup>285</sup>.

La direttiva 2014/23/UE si muove con il dichiarato intento di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato, ma anche sufficientemente flessibile, tale da facilitare la più ampia diffusione dell'istituto concessorio, una volta acquisita la consapevolezza che i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, in quanto concorrono al miglioramento dei livelli di concorrenza nel mercato interno, consentendo di beneficiarie delle competenze del settore privato e contribuendo a conseguire innovazione ed efficienza anche nell'uso dei fondi pubblici <sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup>Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicata in GUCE il 28 marzo 2014. Per un commento sulla direttiva, v. M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. E app.*, 2014, p. 741; G. SANTI, *Il partenariato contrattuale, Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2014, p. 236 ss.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015.

<sup>285</sup> M.P. CHITI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 18, definisce la concessione "sicuro istituto giuridico di Partenariato".

<sup>286</sup> La direttiva 2014/23/UE, ma la considerazione può essere estesa a tutte e tre le direttive UE, come sottolineato da L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e fornitura nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, n. 2-3/2015, p. 292, "sono ancora largamente ispirate, peraltro, alla ratio originaria, basata sulla volontà di garantire la concorrenza in un settore – quello dei contratti pubblici, appunto – qualificato come un mercato, all'interno del quale è importante,

A differenza della pregressa definizione per *differentiam* proposta dalle direttive del 2004, la nuova direttiva 2014/23/UE, allo scopo di precisare il proprio ambito di applicazione, fornisce una definizione di concessioni di lavori e servizi autonoma ossia svincolata dalla definizione che viene data al contratto di appalto <sup>287</sup>.

Così, l'art. 5, c. 1, lett. b), definisce la “concessione di servizi” come un “contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire il servizio oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo” <sup>288</sup>; ed, aggiunge: “L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile” <sup>289</sup>.

Il legislatore europeo, dunque, nello specificare che il corrispettivo del concessionario consiste unicamente nel diritto di sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo, nonché nel richiedere che il contratto di concessione comporti il trasferimento di un rischio, che va ben al

---

*innanzitutto, garantire l'accesso a tutti gli operatori e assicurare ai medesimi operatori condizioni di parità, trasparenza e imparzialità”.*

<sup>287</sup> Come acutamente osservato da M. CERUTI, *L'insostenibile leggerezza delle concessioni: alcune questioni interpretative circa la natura giuridica delle concessioni*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 3, 2016, p. 817 e ss, il quale ritiene che il distacco dalle concessioni dagli appalti “non sia solo formale ma anche sostanziale”.

<sup>288</sup> Direttiva 2014/23/UE, cit., considerando n. 11. Ma vedasi altresì l'art. 5, comma 1, lett. b), della citata direttiva europea.

<sup>289</sup> V. direttiva 2014/23/UE, art. 5, c. 1.

di là, ed è qualitativamente differente, da quello sopportato da un normale appaltatore, evidenzia le caratteristiche precipue del contratto di concessione.

La direttiva rivolge la propria disciplina alle sole concessioni di rischio, dovendosi considerare tali solo le concessioni che comportano il trasferimento in capo al *partner* privato della possibilità di non riuscire a recuperare attraverso la gestione gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o la fornitura dei servizi.

Sono pertanto da escludersi dall'ambito di applicazione della direttiva gli accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici. Si pensi, ad esempio, per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorio a carico del conduttore <sup>290</sup>.

Sono altresì escluse le autorizzazioni o le licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. A differenza delle autorizzazioni, le concessioni di rischio stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti: la fornitura e la gestione del servizio deve essere accompagnata dal diritto di poter sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, considerando n. 15.

#### 4. Concessioni di servizi e concessioni di servizio pubblico

Si ritiene opportuno anteporre alla disamina delle peculiarità del contratto di concessione la definizione del rapporto intercorrente tra la concessione di “servizi” e quelle di “servizio pubblico”.

La nozione di servizio pubblico è stata analizzata – seppur con la dovuta sintesi – al capitolo II, anche al fine di valutare la possibilità di collocare il servizio farmaceutico nell’alveo dei pubblici servizi locali.

In tale paragrafo, invece, ci vuole valutare la possibilità di considerare la categoria dei “servizi”, così come disciplinati dalla direttiva, comprensiva anche dei “servizi pubblici”.

E’ noto che già la direttiva 92/50/CEE, relativa agli appalti pubblici di servizi, non contenesse alcun riferimento ai “pubblici servizi”<sup>291</sup>. Anche la direttiva 2004/18/UE, allorchè si fosse trovata a disciplinare per la prima volta la concessione di servizi non esplicitava la riconducibilità dei servizi pubblici nell’ambito di applicazione della normativa europea.

Tali fatti potevano essere interpretati nel senso di considerare lo strumento contrattuale in larga misura inidoneo al soddisfacimento di un servizio pubblico.

Ma a seguito delle modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 alla legge sul procedimento amministrativo, l’art. 1, c. 1-*bis*, nel riconoscere alla pubblica amministrazione di agire secondo le norme di diritto privato, ha definitivamente superare qualsiasi incompatibilità astratta tra l’utilizzo dello strumento contrattuale ed il perseguimento di finalità pubbliche<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> Tratta l’argomento in esame P. VERRI, *Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici*, in <https://boa.unimib.it/>, 2016, p. 111 ss, il quale sottolinea altresì come la Commissione, nel corso dei lavori preparatori, mossa dall’intento di garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione, avesse esplicitamente proposto di includere la “concessione di pubblico servizio” nella sfera di applicazione della direttiva servizi. Tuttavia, nel corso dell’iter di approvazione, il Consiglio aveva eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi a cause delle differenze esistenti tra gli Stati membri riguardo all’istituto.

<sup>292</sup> Su tale norma P. VERRI, *Le concessioni*, cit., p. 117; N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell’attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *L’art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 2005, p. 947

Se così è, nulla impedirebbe di ricondurre i servizi pubblici nell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina dettata in materia di concessioni di servizi <sup>293</sup>.

Nella direttiva 2014/23/UE è possibile rinvenire alcuni indizi che paiono avvalorare tale conclusione.

Innanzitutto, la citata direttiva, considerando n. 6, dopo aver ricordato l'ampia libertà che si riconosce agli Stati membri nell'organizzazione dei propri servizi, ha cura di chiarire *“che i servizi non economici d'interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva”*.

Tale previsione, se da un lato esclude dall'ambito di applicazione i predetti servizi che in ambito nazionale corrispondono a quelli privi di rilevanza economica, dall'altro non dispone con riferimento ai servizi d'interesse economico generale, categoria che in ambito nazionale può essere equiparata a quella dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Se il legislatore europeo avesse voluto escludere anche quest'ultima tipologia di servizi dal proprio ambito di applicazione li avrebbe espressamente menzionati.

Il legislatore europeo, nel contempo, riconduce altresì nell'ambito di applicazione della direttiva anche i servizi sociali – pur prevedendo per loro una disciplina meno rigorosa - certamente da annoverarsi tra i servizi pubblici secondo la concezione domestica <sup>294</sup>.

A ciò si aggiunga che il decreto legislativo n. 50 del 2016, che ha proceduto al recepimento della direttiva 2014/23/UE, nella parte III relativa alle

---

ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. MASTRAGOSTINO ( a cura di ), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

<sup>293</sup> L. BERONAZZI, R. VILLATA, *Servizi d'interesse economico generale*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Milano, 2008, p. 1857, ritiene che *“il rapporto tra concessione di servizi e concessione di pubblico servizio si attegga pertanto a guida di rapporto di genus ad speciem, giacché tutte le concessioni di pubblici servizi sono concessioni di servizi, mentre vi sono concessioni di servizi che non si traducono in concessioni di pubblici servizi, non avendo ad oggetto servizi d'interesse generale rivolti alla collettività”*.

<sup>294</sup> Cfr. direttiva 2014/23/UE, art. 19.

concessioni, riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici libertà di decidere il modo migliore per gestire la prestazione dei servizi al fine di “*garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici*”.

Ma, ancora:

- l’art. 37 per dettare specifiche disposizioni in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze da applicarsi in caso di “*concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica a rete*”;
- le disposizioni di cui all’art. 177 del Codice sono applicabili nei confronti dei “*soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere dalla data di entrata in vigore del presente codice*”.

Tali indizi porterebbero dunque a considerare la concessione di servizi categoria al quale ricondurre anche le concessioni di servizi pubblici.

## **5. Il diritto di gestione e di sfruttamento economico del servizio**

Si è avuto modo di precisare come fra le caratteristiche che distinguono le concessioni dagli appalti sia possibile menzionare il corrispettivo.

Il corrispettivo a favore del concessionario derivante dalla stipulazione del contratto di concessione può consistere nel diritto di gestire il servizio e, dunque, di sfruttarlo economicamente nella speranza di riuscire a recuperare gli investimenti ed i costi sostenuti attraverso gli introiti derivanti da coloro che usufruendo della prestazione pagano una tariffa, ovvero, nell’attribuzione all’operatore, oltre che di detto diritto, di un ulteriore utilità, definito “*prezzo*”, che va a sommarsi (*id est*: aggiungersi) alle utilità discendenti dal riconosciuto diritto di gestione del servizio <sup>295</sup>.

Ne discende che la principale fonte di guadagno del concessionario risulterà il mercato, con riferimento al corrispettivo pagato dall’utenza che beneficia della prestazione, ovvero, il mercato ed la pubblica amministrazione,

---

<sup>295</sup> V. G. SANTI, *Il partenariato*, cit., p. 145, il quale definisce la prima tipologia come “*forma pura*” di concessione; mentre la seconda come “*forma spuria*” di concessione.

nell'ipotesi in cui, in aggiunta al diritto di gestione, quest'ultima corrisponda un prezzo aggiuntivo al concessionario.

Ma affinché il prezzo riconosciuto dall'amministrazione non comporti un mutamento della natura del contratto - da concessione ad appalto - è necessario che questo non elimini in radice la presenza il rischio. In altri termini occorrerà evitare che il “*prezzo*” possa considerarsi equivalente al “*corrispettivo*” versato dall'amministrazione a favore dell'appaltatore.

Si è detto, infatti, che la configurabilità di un contratto di concessione richiede la contemporanea presenza di due peculiarità: la prima attinente il corrispettivo; la seconda riguardante il rischio.

È, pertanto, necessario che la misura del prezzo, definito contrattualmente, ma già evidenziato negli atti di gara, non sia tale da poter garantire al concessionario il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per la fornitura del servizio.

Infatti, qualora l'introito garantito dall'amministrazione aggiudicatrice all'operatore economico fosse pari o superiore all'ammontare degli investimenti ed ai costi sostenuti, o comunque garantisca a quest'ultimo la certezza di recuperarli nel lungo periodo, il contratto non potrà configurarsi come concessione.

La generalità dell'espressione consente poi di identificare il “*prezzo*” in qualsiasi corresponsione di somme di denaro, oppure nel conferimento di beni mobili o immobili o, comunque, qualsiasi altro beneficio economico pattuito contrattualmente.

## **6. Il rischio operativo trasferito al concessionario.**

La direttiva 2014/23/UE considera il “*rischio operativo*” la principale peculiarità che caratterizza i contratti di concessione che vale a distinguerli dai contratti di appalto.

Ai sensi dell'art. 5, c. 1, lett. b) della citata direttiva, l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo.

Innanzitutto, si ritiene opportuno far osservare come la nuova direttiva 2014/23/UE, abbia abbandonato le categorie di rischio proposte dall'Ufficio Statistico Europeo (Eurostat) con delibera dell'11 febbraio 2004 <sup>296</sup>.

Se, infatti, il *Treatment of public-private partnerships* distingueva tre tipologie di rischio, rischio di costruzione, rischio di domanda e rischio di disponibilità, e richiedeva, perché un contratto potesse essere qualificato di PPP, ed essere registrato fuori dal bilancio delle amministrazioni, che almeno due dei tre rischi fossero trasferiti al privato, atteso che il rischio di costruzione – rischio tipico dei contratti di concessione lavori - doveva essere pur sempre presente <sup>297</sup>, la direttiva 2014/23/UE richiede che sia trasferito il “*rischio operativo*”, valevole sia per la concessioni di servizi quanto per la concessione di lavori.

La direttiva fornisce una nozione di “*rischio operativo*”, distinguendolo dal rischio che è insito in ogni contratto aleatorio <sup>298</sup>, e lo descrive come “*un rischio*

---

<sup>296</sup> V. Eurostat, *decision 11 february 2004, Treatment of public-private partnerships*, STAT/04/18. La decisione Eurostat regola il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dagli enti locali nel quadro di partenariati con imprese private e chiarisce l'impatto di tali modelli di cooperazione sul bilancio e sul debito pubblico. Per un approfondimento si rinvia a G. BASSI, *Le operazioni a lungo termine in partenariato pubblico-privato. Effetti sui bilanci pubblici e obblighi di comunicazione dati ed informazioni in base alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004*, in *App. e contr.*, n. 1-2, 2009, p. 61 ss.; F. LEGGIADRO, *Concessione e appalto. Il nocciolo duro della distinzione*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2017, p. 1423 ss.

<sup>297</sup> L'avveramento di tale condizione determinava per l'Eurostat la possibilità di iscrivere “*off balance*” le operazioni di PPP con conseguenti benefici in termini di compatibilità delle operazioni rispetto alla normativa sul patto di stabilità. Le operazioni non qualificabili come PPP, come ad esempio gli appalti, dovevano essere iscritti “*on balance*”. L'art. 3, comma 15-ter del decreto legislativo 21 aprile 2006, n. 163, rinviava espressamente alla decisione Eurostat, facendole attribuire rilevanza giuridica.

<sup>298</sup> Sul punto si rinvia alla lettura di M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'lea normale del contratto*, in *Giustizia Civile*, 1986, p. 223-240.

*di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, ovvero contestualmente*<sup>299</sup>.

Il riferimento al “mercato” chiarisce, che il rischio operativo è un rischio derivante da fattori “esterni” al rapporto contrattuale, dipendenti dalla relazione che si genera tra le prestazioni svolte dal concessionario e gli utenti che usufruiscono di tali prestazioni.

Il rischio operativo – come precisato dal legislatore europeo - è un rischio “*posto al di fuori del controllo delle parti*”, che potrebbe ricorrere anche qualora le parti contrattuali – nella specie il concessionario - abbiano adempiuto in modo diligente alle reciproche obbligazioni<sup>300</sup>.

Proseguendo nella disamina del rischio operativo, la direttiva concessioni precisa che le fluttuazioni di mercato possono derivare “*da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta*”.

Sembrirebbe dunque possibile distinguere tre *species* di rischio operativo: quello derivante dalla sola domanda; quello derivante dalla sola offerta; quello derivante sia dalla domanda che dall'offerta.

Tuttavia, sul punto, si ritiene utile riportare il pensiero di chi evidenzia come il rischio sul lato dell'offerta e il rischio sul lato della domanda non debbano essere considerate come entità a sé stanti.

Il rischio operativo deve considerarsi composto da due elementi complementari, offerta e domanda, che si completano a vicenda<sup>301</sup>.

Al momento della stipulazione del contratto di concessione, infatti, il concessionario si fa carico dell'intero rischio operativo: egli sopporta il rischio

---

<sup>299</sup> Come evidenziato da M.P. CHITI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 16, “*il rischio operativo è compiutamente definito con una disciplina europea che non lascia margini di incertezza all'interprete, ma neanche spazi di autonomia per il legislatore nazionale che l'attuerà*”.

<sup>300</sup> Sul concetto di “rischio interno” e “rischio esterno” v. A. ROMAN MARQUZ, *El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017, p. 445-481.

<sup>301</sup> Tale osservazione si deve a M. CERUTI, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 830.

di offerta per realizzare le condizioni di regola stabilite dal *partner* pubblico per soddisfare la domanda, a sua volta rischiosa, da cui dipende la remunerazione.

Ma la distinzione operata dal legislatore potrebbe ritenersi altresì funzionale ad accentuare la possibilità riconosciuta alle parti del contratto di prevedere contrattualmente una mitigazione del rischio.

A tal proposito, la direttiva 2014/23/UE, ammette che il rischio “*limitato sin dall’inizio*”.

Le parti, dunque, potrebbero aver deciso di porre a carico del concessionario il solo rischio operativo sul lato della domanda, oppure, il solo rischio operativo sul lato dell’offerta, ovvero, ancora, entrambi i rischi.

## **7. La distribuzione proporzionale dei rischi**

È opportuno osservare come se da un lato il trasferimento del rischio operativo sia considerata condizione qualificante la fattispecie concessoria, dall’altro lo stesso non può comportare per il *partner* privato un aggravio “oltre misura”.

Si considera che il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, “*in condizioni operative normali*”, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione<sup>302</sup>.

Dunque, il *partner* privato non potrà farsi carico di qualunque rischio, compreso quello derivante da fatti straordinari o imprevedibili al momento della stipulazione del contratto, ma solo quelli che possono considerarsi “*normali*” andamento del rapporto concessorio.

Sono da considerarsi estranei al normale andamento, ad esempio, i rischi derivanti da pericoli ambientali quali frane, terremoti o vicinanza a fiumi soggetti a piene; oppure a crisi globali, guerre, dovendosi altresì annoverare tra tali rischi quelli connessi ad inefficienze della pubblica amministrazione o da un mutamento d’interesse pubblico della stessa.

---

<sup>302</sup> Così recita l’art. 5, lett. b), direttiva 2014/23/UE

Si tratta, dunque, come sostenuto da parte della dottrina, di un “*doveroso contraltare*” al rischio operativo di cui l’operatore economico si fa carico <sup>303</sup>, onde garantire una certa equità che mantenga nella giusta proporzione i valori assunti dalle parti <sup>304</sup>.

## 8. Il rischio operativo sul lato della domanda

Il rischio sul lato della domanda, che costituisce parte del rischio operativo insito nel contratto di concessione, è definito come quello “*associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto*”.

Detto rischio afferisce alla variabilità della domanda di servizio da parte dell’utenza rispetto alle previsioni del piano economico-finanziario di copertura degli investimenti, le quali, per l’appunto, costituiscono stime, quindi non obbligazioni giuridiche in senso stretto tali da poter legittimare l’esercizio di rimedi negoziali o giudiziali in caso di errore <sup>305</sup>.

Ciò che connota tale *species* di rischio, come si è già avuto modo di precisare, riguarda l’assoluta estraneità della condotta tenuta dal concessionario. Ciò significa che anche nell’ipotesi in cui il *partner* privato ottemperasse correttamente ai propri obblighi contrattuali potrebbe non essere in grado di recuperare dalla gestione gli investimenti ed i costi sostenuti per la fornitura del servizio, poiché non sarà in grado di poter prevedere con assoluta certezza l’andamento della domanda di lavori e servizi.

Seguendo tale approccio, per rischio sul lato della domanda deve intendersi il rischio connesso alle preferenze dell’utenza in un dato momento. Sono fattori esterni che possono influenzare l’andamento della domanda: l’emergere di

---

<sup>303</sup> M. CERUTI, *L’insostenibile leggerezza*, op. ult. cit., 845.

<sup>304</sup> Come sostenuto da P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 48 e ss.

<sup>305</sup> In questi termini, M. CERUTI, *L’insostenibile leggerezza*, op. ult. cit., p. 831. Ma v. anche G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, op. cit., p. 127, che esalta la centralità del piano economico finanziario (PEF), strumento che accompagna ogni contratto di concessione, funzionale ad valutare la convenienza del progetto attraverso una comparazione tra i costi complessivi ed i ricavi attesi dall’operazione (*cash flow*).

nuove tendenze che rendono meno appetibile la fruizione di quel determinato servizio; la particolare congiuntura economica; l'obsolescenza tecnica; e via discorrendo.

Il rischio dal lato della domanda può dunque definirsi come il rischio connesso all'effettivo utilizzo del servizio da parte del mercato. È, inoltre, un rischio che è prettamente gestionale che scaturisce dopo la realizzazione degli eventuali interventi prodromici e propedeutici da parte del concessionario.

Ma l'accezione europea di rischio operativo, ossia di rischio posto al di fuori del controllo delle parti, come rischio che proviene dal mercato, rende difficile immaginare un rischio sul lato della domanda in tutti quei casi in cui la prestazione oggetto del contratto di concessione è svolta direttamente a favore dell'amministrazione che paga al concessionario un canone per la disponibilità dell'opera o per la fruizione del servizio <sup>306</sup>.

Per le concessioni c.d. "fredde", infatti, la domanda di lavori o servizi non proviene dal mercato (*id est*: utenza), bensì dalla stessa amministrazione.

Ben si comprende come in tali circostanze sia complesso affermare la sussistenza di un rischio sul lato della domanda che, come richiesto dal legislatore europeo, deve essere posto "al di fuori del controllo delle parti".

Tale condizione potrebbe riscontrarsi solo nelle ipotesi in cui il canone di disponibilità pagato dall'amministrazione per l'utilizzazione dell'opera o per la fruizione del servizio sia, secondo quanto previsto contrattualmente, dipendente dall'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte degli utenti. In tali circostanze, peraltro, il rischio trasferito potrebbe più correttamente essere qualificato come rischio di domanda anziché di disponibilità <sup>307</sup>.

E' il caso dei c.d. "pedaggi d'ombra" o "*shadow toll*", metodo in base al quale quanto corrisposto dall'amministrazione è quantificato o subordinato in dipendenza dell'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte dell'utenza. In tale ipotesi il canone di disponibilità viene a dipendere dalle oscillazioni della

---

<sup>306</sup> Come affermato da G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 151

<sup>307</sup> G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, op. cit., p. 124

domanda del servizio offerto dal concessionario e, dunque, il rischio trasferito più correttamente deve essere qualificato come rischio di domanda e non di disponibilità <sup>308</sup>. Diversamente, sarà difficile configurare un rischio sul lato della domanda come rischio posto al di fuori del controllo delle parti quando il canone pagato dall'amministrazione sia del tutto svincolato dal mercato.

Il rischio sul lato della domanda può, dunque, considerarsi un rischio tipico della concessione c.d. "calde", quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. "tiepide", categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (modello impianti sportivi e trasporto pubblico locale), potendosi riscontrare nelle concessioni c.d. "fredde" solo alle sopracitate condizioni. Ma, anche qualora dette condizioni non siano rinvenibili, non dovrà automaticamente escludersi la presenza di un contratto di concessione. La direttiva, infatti, considera il rischio sul lato della domanda come uno dei possibili rischi che possono essere trasferito al concessionario, da considerarsi alternativo al rischio sul lato dell'offerta. Occorrerà dunque verificare se per tali ultime *species* sia possibile configurare l'assunzione in capo al concessionario di un "*rischio sul lato dell'offerta*".

## 9. Il rischio operativo sul lato dell'offerta

Meno agevole è la determinazione del rischio sul lato dell'offerta.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio si limitano a definire il rischio sul lato dell'offerta come "*il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolar il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda*".

---

<sup>308</sup> Come sostenuto da G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, op. ult. cit., p. 121-125, il quale propone come esempio la scelta operata dal governo inglese di rendere le strade pubbliche esenti da pedaggio e, dunque, classificabili come opere fredde. In tali casi, il canone di disponibilità pagato dall'amministrazione al concessionario, viene commisurato all'effettivo volume di traffico sviluppato sull'arteria stradale data in concessione, cioè in relazione al numero di passaggi di automobili sulla strada, avvalendosi del metodo del c.d. *shadow toll*.

Tale definizione è stata oggetto di analisi da parte della dottrina che hanno tentato di specificarla da un punto di vista sostanziale avvalendosi delle *species* di rischio proposte dall'Ufficio Statistico Europeo (Eurostat) con delibera dell'11 febbraio 2004<sup>309</sup>.

In particolare, la dottrina ha ritenuto possibile identificare il rischio sul lato dell'offerta con il rischio di disponibilità<sup>310</sup>, tipologia di rischio tipica delle concessioni c.d. "fredde", che fa riferimento alla capacità del *partner* privato di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, con conseguenti ripercussioni sulla quantità (mancato raggiungimento del volume) e sulla qualità (mancato rispetto degli *standard*) delle prestazioni erogate.

Tale rischio può considerarsi effettivamente trasferito solo quando sia prevista la commisurazione dei pagamenti posti a carico dell'amministrazione all'effettiva disponibilità del concessionario, tale per cui un'offerta insufficiente da parte del concessionario rispetto a quella contrattualmente pattuita deve necessariamente comportare una riduzione del *quantum* da corrispondere<sup>311</sup>.

Nel contempo, non vi è chi non veda la possibilità di includere nel rischio sul lato dell'offerta anche il rischio di costruzione, ossia il rischio che la realizzazione dell'opera non avvenga secondo le specifiche concordate.

Il rischio di costruzione, che coinvolge una fase precedente alla gestione ove la domanda proviene direttamente dall'amministrazione, copre eventi quali il ritardo nei tempi di consegna, il non rispetto degli *standard* di progetto, l'aumento

---

<sup>309</sup> V. Eurostat, *decision 11 february 2004, Treatment of public-private partnerships*, STAT/04/18

<sup>310</sup> È favorevole a tale ricostruzione G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, cit., p. 125

<sup>311</sup> G. SANTI, *Il partenariato*, cit., p. 143, esemplificando, afferma che il rischio di disponibilità potrà considerarsi trasferito qualora il contratto preveda un sistema di pagamenti a favore del partner del tipo "*incentives/penalties*", che preveda la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di penali. Dunque, affinché possa considerarsi trasferito il rischio di disponibilità occorre escludere clausole del tipo "*take or pay*" mediante le quali viene assicurato un flusso di cassa al prestatore corrispondente all'intera domanda stimata ma non verificatasi

dei costi, gli inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e il mancato completamento dell'opera <sup>312</sup>.

Si è poi giunti ad affermare la possibilità di considerare il rischio sul lato dell'offerta qualcosa di più ampio rispetto ai rischi definiti da Eurostat.

È stato così sostenuto che al rischio sul lato dell'offerta debba altresì potersi ricondurre il rischio che la prestazione del concessionario non sia sufficiente a far fronte alla domanda degli utenti; dunque, una tipologia di rischio che non era contemplata o identificata dalla decisione Eurostat <sup>313</sup>.

Se il rischio di disponibilità ed il rischio di costruzione erano *species* di rischio tipici delle concessioni “fredde”, o comunque inerenti a fasi in cui il concessionario si relaziona con la sola amministrazione, il più ampio “rischio sul lato dell'offerta” assumerebbe rilevanza tanto per le concessioni “fredde” quanto per quelle “calde/tiepide”.

Pur rilevando che la direttiva europea non prende espressamente in considerazione tali rischi, non ci si può esimersi dall'evidenziare come le predette ricostruzioni sembrano discostarsi dalla seppur non chiara e controversa definizione di “rischio operativo”.

Se si considera il rischio operativo come “quello derivante da fattori al di fuori del controllo delle parti”, difficilmente potrà assumere rilievo nell'ambito del rischio dell'offerta il c.d. rischio di disponibilità che è legato alla sola capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite <sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Cfr. M. CERUTI, *L'insostenibile*, op. cit., p. 835, il quale ritiene che non sia opportuno far coincidere il rischio sul lato dell'offerta con il solo rischio di disponibilità. Al contrario, ritiene che il rischio sul lato dell'offerta debba coprire “l'intera trafila della concessione”.

<sup>313</sup> In tal senso G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, op. cit., p. 125

<sup>314</sup> Cfr. Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 159-160, il quale, proprio in virtù della necessità di interpretare il rischio operativo come rischio posto al di fuori del controllo delle parti, afferma che “difficilmente può aver rilievo, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, il c.d. rischio di disponibilità, tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avinti dalla stessa logica), ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e che, risultano legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità, sarebbe legato alla performance dello stesso concessionario, la cui rilevanza, come accennato, sembrerebbe esclusa dalla direttiva”.

La direttiva, richiedendo che il rischio sia legato a fattori esterni, sembrerebbe dunque escludere la rilevanza di quei rischi che dipendono dalla *performance* dello stesso concessionario.

Al contrario, il rischio sul lato dell'offerta dovrebbe coinvolgere tutti quei rischi che sono estranei al dominio delle parti come, ad esempio, l'andamento dei costi che dipendono da oscillazioni del mercato e quindi, come tali, posti al di fuori del controllo delle parti.

Aderendo a tale se ultimo indirizzo si giungerebbe per concludere, anche in ragione di quanto precedentemente sostenuto con riferimento al rischio sul lato della domanda, che l'accezione europea di rischio operativo renderebbe ammissibili le sole concessioni c.d. "calde/tiepide", potendosi annoverare anche anche le concessioni "fredde" solo al ricorrere di determinate condizioni che rendano l'instaurazione di un collegamento tra il rischio ed il mercato.

Occorrerà, dunque, verificare come il legislatore nazionale abbia recepito le previsioni della direttiva europea, avendo cura di accertare se sul punto siano fornite ulteriori specificazioni tali da poter determinare quali rischi possano essere ricondotti al *genus* rischio operativo, tanto sul lato dell'offerta, quanto su quello della domanda.

## **10. La mitigazione del rischio operativo.**

Il rischio operativo posto a carico del *partner* privato può essere limitato.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'amministrazione, per l'imposizione di obblighi di servizio universale, riconosca al concessionario il pagamento di un prezzo.

La compensazione posta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ed a favore del concessionario può comportare una limitazione del rischio operativo

trasferito al concessionario, senza che ciò possa determinare una variazione della natura del contratto <sup>315</sup>.

La direttiva 2014/23/UE ammette che il rischio operativo sia “*limitato sin dall’inizio*”. Il fatto che il rischio sia limitato sin dall’inizio “*non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione*”.

Essa è l’ipotesi che si verifica con più frequenza specialmente nei settori a tariffa regolamentata.

La limitazione del rischio, tuttavia, non deve comportare un’allocazione dello stesso del tutto *marginale*.

Tale precisazione è doverosa se si considera che la direttiva 2014/23/UE consente di lasciare “*una parte del rischio*” a carico dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore <sup>316</sup>. Tale previsione, dunque, consentirebbe alle parti di dar vita ad una allocazione dei rischi che tenda a massimizzare il risultato finale per entrambe. Ma, anche nell’ipotesi in cui parte del rischio resti a carico dell’amministrazione, il rischio trasferito al *partner* privato dovrà pur sempre essere significativo poiché, diversamente, si affievolirebbe la distinzione tra appalti e concessioni.

Il legislatore europeo non specifica quale parte del rischio potrà essere trasferito all’ente pubblico. Così, per attrarre investitori privati, il bando di gara potrebbe prevedere che anche uno delle due *species* di rischio (domanda e offerta) venga mantenuto in capo all’amministrazione aggiudicatrice.

Il rischio operativo può essere limitato ma non può essere *eliminato*. Qualora la regolazione settoriale, oppure le compensazioni poste a carico dell’amministrazione previsti negozialmente, eliminino del tutto il rischio posto a carico del *partner* privato, prevedendo una garanzia a favore del concessionario

---

<sup>315</sup> L’importante, come affermato da M. CERUTI, *L’insostenibile*, op. ult. cit., p. 834, è che “*l’ente concedente non sollevi l’operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenere in relazione all’esecuzione del contratto*”.

<sup>316</sup> M. CERUTI, *L’insostenibile*, op. ult. cit., p. 835, sul punto, giustamente osserva che “*scaricare indiscriminatamente tutti i rischi sul concessionario vorrebbe dire non solo intraprendere una operazione impossibile da realizzare e destinata al fallimento, ma soprattutto farlo a condizioni costose ed inefficienti sotto ogni profilo*”.

per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non potrà configurarsi come una concessione ai sensi della direttiva. In tale ipotesi, infatti, la pretesa di essere tenuti indenni da ogni sopravvenienza negativa si scontra con il concetto stesso di rischio.

Infine, il rischio operativo trasferito al *partner* privato dovrà essere *reale*, ossia consistere nella reale possibilità che il contraente privato non riesca a recuperare gli investimenti effettuati ed i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi attraverso i ricavi della fase di gestione, per cause derivanti dalle fluttuazioni del mercato e la eventuale perdita stimata che può subire deve essere non puramente nominale o trascurabile. Così, ad esempio, non potranno considerarsi ammissibili clausole del tipo *take or pay* mediante le quali l'amministrazione aggiudicatrice assicura un flusso di cassa al prestatore corrispondente all'intera domanda stimata anche se non verificatasi.

Dunque, la direttiva lascia margini di discrezionalità al legislatore nazionali nella determinazione della misura del rischio, e pone dei limiti essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto o sia talmente esiguo da potersi considerare marginale.

## **11. Il rischio operativo e l'equilibrio economico-finanziario: il necessario bilanciamento.**

La direttiva 2014/23/UE pone grande enfasi sul concetto di "*rischio operativo*". Il rischio operativo, d'altronde, è l'elemento che qualifica la concessione distinguendola dalle altre forme contrattuali.

L'equilibrio economico-finanziario è trattato nel considerando dedicato alla durata della concessione laddove è precisato che la stessa deve considerarsi

*“indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito”*<sup>317</sup>.

Invece, l'espressione ricorre nel testo della direttiva, all'art. 43 rubricato *“modifiche dei contratti di concessioni in corso di validità”*. Precipuamente, tale articolo riconosce alle parti contrattuali la possibilità di modificare i propri accordi, senza ricorrere ad una nuova procedura ad evidenza pubblica, a condizione che *“la modifica non cambi l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale”*.

Da ciò ne discende che ogni contratto di concessione deve garantire l'equilibrio economico del progetto. D'altronde, la realizzazione di un progetto che non si presenti come possibile dal punto di vista economico-finanziario risulterebbe poco attraente per il mercato. Ogni operatore economico che gareggia per l'aggiudicazione di un contratto di concessione deve maturare la convinzione che l'operazione sia fattibile seppur nella consapevolezza di un lucro incerto ed imprevedibile.

L'equilibrio economico-finanziario dell'operazione può essere garantito attraverso la determinazione di una durata del rapporto sufficientemente lunga da consentire al concessionario un ragionevole recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti; oppure, attraverso il pagamento del *“prezzo”* posto a carico dell'amministrazione aggiudicatrice; oppure, ancora, mediante l'apposizione nel contratto di clausole chiare, precise ed inequivocabili, previste preliminarmente dal bando di gara, che possano permettere una revisione del prezzo o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali

---

<sup>317</sup> V. direttiva 2014/23/UE, considerando n. 52. Cfr. altresì l'art. 18 della medesima direttiva la quale precisa che la durata delle concessioni *“è limitata”*. Essa deve essere *“stimata dall'amministrazione aggiudicatrice in funzione dei lavori o dei servizi richiesti dal concessionario”*; ma, soprattutto è affermato che *“la durata massima della concessione non può superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali”*. Da ciò se ne deduce, come evidenziato da G. FIDONE, *Le concessioni di lavori*, op. ult. cit., p. 130, che: la domanda non può essere arbitrariamente sovradimensionata (extra-profitti); se sottodimensionata rispetto al perseguimento del PEF, l'amministrazione può procedere ad una compensazione (v. considerando n. 52 della direttiva), purché tale compensazione non elimini del tutto il rischio operativo

modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate purché non alterino la natura generale della concessione <sup>318</sup>.

La direttiva UE nel richiedere che le clausole di revisione di prezzi o opzioni sia previste preliminarmente dal bando di gara intende chiarire che l'equilibrio economico che viene garantito è quello *iniziale* ossia alle condizioni previste inizialmente dalle parti nel contratto di concessione. Dunque, specialmente per le operazioni di lunga durata, l'equilibrio economico dell'operazione può essere ripristinato purché ciò avvenga alle condizioni che furono inizialmente pattuite; condizioni che non necessariamente consentiranno al *partner* privato il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti, poiché, diversamente, significherebbe eliminare il rischio operativo alterando la natura generale della fattispecie contrattuale.

L'aleatorietà del rischio operativo può dunque essere limitato dalla *lex specialis* di gara e dalla volontà delle parti sin dalle battute iniziali, al fine di agevolare la realizzazione della concessione, avvicinando la concessione ai contratti commutativi, ma non può del tutto scomparire <sup>319</sup>.

La direttiva UE, dunque, non esclude qualsivoglia rimedio manutentivo a tutela dell'equilibrio economico-contrattuale, bensì solo quelli *postumi*, che possano comportare variazioni del rischio allocato a condizioni differenti da quelle inizialmente pattuite <sup>320</sup>, nonché quelli che eliminino del tutto il rischio operativo posto a carico del concessionario.

## **12. La scelta del *partner* privato: la procedura di gara ed il criterio di selezione.**

Il Titolo III della direttiva 2014/23/UE è riservato alle norme sull'aggiudicazione di concessione.

---

<sup>318</sup> V. direttiva 2014/23/UE, art. 43.

<sup>319</sup> In questi termini M. CERUTI, *L'insostenibile*, op. ult. cit., p. 840.

<sup>320</sup> *Ibidem*.

Le amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori godono di un'ampia libertà nel definire e organizzare le procedure di selezione del concessionario purché la scelta avvenga nel rispetto dei principi di parità, non discriminazioni, trasparenza e proporzionalità, per non favorire né avvantaggiare indebitamente taluni operatori economici rispetto ad altri <sup>321</sup>.

La direttiva fissa regole minime a disciplina della procedura di aggiudicazione.

In particolare, si prevede che la volontà delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di ricercare nel mercato il *partner* privato a cui affidare la fornitura e la gestione del servizio debba essere resa nota per mezzo di un bando di concessione, o di un avviso di preinformazione, portando a conoscenza – in entrambi i casi – le caratteristiche della concessione e le condizioni a cui l'aggiudicatario si vincola con la stipulazione del contratto, onde consentire a tutti gli operatori di formulare una offerta consapevole. Si prevedono, altresì, ipotesi di aggiudicazione di concessioni senza pubblicazione del bando, per circostanze del tutto eccezionali come, ad esempio, l'assenza oggettiva di altri operatori in grado di concorrere per l'aggiudicazione del contratto <sup>322</sup>.

La direttiva si premura altresì che sia garantita la trasparenza della procedura, prevedendo espressamente taluni obblighi di comunicazione nei

---

<sup>321</sup> Vedasi la direttiva 2014/23/UE, art. 30 e considerando n. 68.

<sup>322</sup> Sulla possibilità di aggiudicare senza previa pubblicazione di un bando di concessione vedasi l'art. 31, c. 4, direttiva 2014/23/UE, ed il considerando n. 50. Quest'ultimo, in particolare, specifica che *“l'eccezione dovrebbe limitarsi ai casi in cui risulta chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non intensificherebbe la concorrenza, in particolare allorché oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione. L'impossibilità di aggiudicare la concessione a qualsiasi altro operatore economico non dovrebbe essere stata determinata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore stessi in vista della futura procedura di aggiudicazione”*.

confronti dell'aggiudicatario e degli altri partecipanti alla procura <sup>323</sup> nonché garantendo la disponibilità dei documenti di gara <sup>324</sup>.

Ampio spazio è altresì dedicato alla valutazione delle offerte dei candidati ed alle ipotesi di esclusione dalla procedura di gara <sup>325</sup>.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, la direttiva 2014/23/UE lascia liberi le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di affidare il servizio secondo il criterio che ritengono più opportuno.

Tuttavia, dalla lettura dei considerando pare trasparire una preferenza del legislatore europeo per quello che il diritto nazionale definisce “*dell’offerta economicamente più vantaggiosa*”. È richiesto, infatti, che i criteri di aggiudicazione rispettino norme di carattere generale, norme che possono far riferimento “*a fattori di carattere non puramente economico [...] e tali da permettere di individuare un vantaggio economico globale per l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore*” <sup>326</sup>.

Il bando di concessione o l’invito a presentare offerte dovrà specificare il criterio di selezione, che sarà immutabile nel corso della procedura, onde consentire ai candidati o agli offerenti le modalità di aggiudicazione del contratto.

L’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore deve garantire che alla procedura partecipino un numero adeguato di concorrenti. La direttiva, infatti, specifica che la stazione pubblica “*può limitare il numero dei candidati o degli*

---

<sup>323</sup> Vedasi, ad esempio, l’art. 32 che prevede l’obbligo di comunicazione dei risultati della procedura di aggiudicazione; l’art. 40 che obbliga la stazione pubblica a comunicare agli offerenti le decisioni prese riguardo all’aggiudicazione di una concessione, ivi compresi il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della loro domanda di partecipazione e della loro offerta, nonché i motivi per i quali hanno deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione o di riavviare la procedura. Il medesimo articolo, inoltre, obbliga l’amministrazione aggiudicatrice e l’ente aggiudicatore a rispondere alle richieste di chiarimento.

<sup>324</sup> La direttiva 2014/23/UE, art. 34, garantisce, salvo casi eccezionali, “*un accesso gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica, ai documenti di gara a decorrere dalla data di pubblicazione del bando di concessione o, se quest’ultimo non include un invito a presentare offerta, dalla data di invio di un invito a presentare offerte*”.

<sup>325</sup> V. direttiva 2014/23/UE, art. 38.

<sup>326</sup> Cfr. art. 41, direttiva 2014/23/UE.

*offerenti a un livello adeguato*<sup>327</sup>. Ciò significa, pertanto, che le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica non possono essere talmente stringenti da escludere una “*effettiva concorrenza*”. A tal proposito, a tutela della concorrenza, ed al fine di garantire la più ampia partecipazione, si ammette, ove opportuno, che l’operatore economico possa fare affidamento sulle capacità di altri soggetti.

Il legislatore europeo riconosce alle stazioni pubbliche libertà di negoziazione con i candidati e gli offerenti a condizioni che l’oggetto del contratto, i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi di partecipazione non siano modificati nel corso delle negoziazioni<sup>328</sup>.

I criteri di aggiudicazione di una concessione possono far riferimento a criteri sociali e ambientali, purché siano collegati all’oggetto del contratto e non di natura discriminatoria.

### **13. Le norme poste a disciplina dell’esecuzione dei contratti di concessione**

La direttiva 2014/23/UE dedica un intero titolo, il titolo III, alla fase di esecuzione della concessione.

Le disposizioni della direttiva concessioni poste a disciplina dell’esecuzione dei contratti costituiscono una delle novità di maggior rilievo.

Le direttive, infatti, hanno segnato l’abbandono della prospettiva tradizionale del diritto europeo degli appalti, tutto concentrato sul momento pubblicistico della procedura di affidamento, per attribuire rinnovata centralità allo svolgimento negoziale del rapporto<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Cfr. art. 37, paragrafo 3, direttiva 2014/23/UE.

<sup>328</sup> Cfr. art. 37, paragrafo 6, direttiva 2014/23/UE.

<sup>329</sup> Come segnalato da G. GALLONE, *L’annullamento d’ufficio nel nuovo codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), p. 1

In particolare, a tale Titolo è riservata la disciplina del subappalto, delle modifiche di contratto durante il periodo di validità, nonché della risoluzione delle concessioni.

Si procederà ad esaminare ogni singola questione partitamente, per poi nel capitolo che seguirà accertare come il legislatore nazionale abbia recepito la direttiva concessioni.

### **13.1. Il subappalto**

Procedendo per ordine, il legislatore europeo riconosce all'offerente aggiudicatario del contratto la possibilità di ricorrere a subappaltatori per l'esecuzione del contratto <sup>330</sup>.

Su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero per obbligo di legge, gli offerenti devono specificare nella loro offerta le eventuali parti della concessione che intendono subappaltare nonché i subappaltatori proposti.

Ad avvenuta aggiudicazione e al più tardi all'inizio dell'esecuzione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore impongono al concessionario di indicare il nome, il recapito, e i rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tale servizio.

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono verificare o essere obbligati dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusioni dei subappaltatori. In tali casi, l'amministrazione aggiudicatrice e gli enti aggiudicatori impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato la sussistenza di motivi obbligatori di esclusione.

La direttiva, invece, lascia impregiudicata la questione della responsabilità del concessionario principale in caso di subappaltatori lasciando agli Stati membri la più ampia libertà in ordine alla disciplina della questione attraverso disposizioni di diritto interno.

---

<sup>330</sup> Cfr. art. 42, direttiva 2014/23/UE.

### 13.2. Le modifiche del contratto in corso di validità

Quanto alla possibilità di operare modifiche dei contratti di concessione in corso di validità, il legislatore europeo sancisce il principio di tendenziale immodificabilità del contratto di concessione.

La direttiva europea riconosce alle parti contrattuali la possibilità di adattare i propri accordi negoziali solo al ricorrere di ipotesi tassativamente individuate, che sono ritenute tali da giustificare il mancato ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione <sup>331</sup>.

In particolare, a condizione che non siano apportate modifiche sostanziali tali da comportare una variazione del campo di applicazione e del contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, la modifica del contratto in corso di validità sarà possibile:

- quando le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole dovranno prevedere la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate.
- per servizi supplementari da parte del concessionario originario qualora il cambiamento del concessionario originario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e ciò possa comportare per l'amministrazione notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi.
- qualora la modifica sia determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore diligente non ha potuto prevedere, purché ciò non alteri la natura generale della concessione e non comporti un aumento del valore della concessione superiore al 50% rispetto al valore iniziale. Tale ultimo requisito è tuttavia circoscritto a determinati tipologie di servizi speciali.

---

<sup>331</sup> Cfr. art. 43, direttiva 2014/23/UE.

- se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano inizialmente aggiudicato la concessione per determinate cause. Si pensi, ad esempio, al caso in cui al concessionario iniziale succede, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente.
- nell'ipotesi in cui la modifica comporta una variazione del valore della concessione inferiore alla soglia fissata dall'art. 8 della direttiva e inferiore al 10% del valore della concessione iniziale.

L'amministrazione dovrà ricorrere a nuova procedura di aggiudicazione quando le modifiche che intende apportare sono sostanziali. Ad esempio, devono considerarsi tali: le modifiche che introducono o condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione; le modifiche cambiano l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; quando un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'amministrazione aveva inizialmente aggiudicato se non ricorrono specifiche condizioni.

La *ratio* di tale disciplina è da individuarsi nell'esigenza di evitare che in corso di esecuzione si realizzi uno stacco tra l'oggetto della procedura di affidamento e l'oggetto del contratto effettivamente portato ad esecuzione, così da consentire un pericoloso aggiramento delle garanzie discendenti dall'evidenza pubblica <sup>332</sup>.

### **13.3. La risoluzione del contratto di concessione**

---

<sup>332</sup> G. GALLONE, *L'annullamento*, cit., p. 3.

La risoluzione dei contratti di concessione è certamente uno degli aspetti di maggior rilievo attinenti alla fase di esecuzione del contratto.

Il legislatore europeo individua una serie di casi di “*risoluzione*” (così, testualmente), diversi ed ulteriori rispetto a quello tradizionale del “*grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali*”<sup>333</sup>.

In particolare, la direttiva europea si preoccupa di fare salva la possibilità per le amministrazioni di porre termine alla concessione in vigenza della stessa, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione;
- il concessionario si è trovato, al momento dell’aggiudicazione della concessione in una delle situazioni di esclusioni per motivi di condanna con sentenza definitiva;
- la Corte di giustizia dell’Unione constata, in un procedimento ai sensi dell’articolo 258 TFUE, che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati per il fatto che un’amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore appartiene allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati e dalla presente direttiva.

Fatta eccezione per la prima ipotesi, le ultime contemplano vizi della procedura ad evidenza pubblica.

La *ratio* della norma, che vede il valore della stabilità del negozio come recessivo rispetto al ripristino della legalità violata, è da ricercarsi nell’esigenza di assicurare alle stazioni appaltanti la possibilità di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale, senza dover ricorrere all’autorità giudiziaria, ogni qualvolta il mantenimento dello stesso possa risultare intollerabile<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> Cfr. art. 44, direttiva 2014/23/UE

<sup>334</sup> G. GALLONE, *L’annullamento*, op. ult. cit. p. 3

La risoluzione, al ricorrere di tali ipotesi, è regolata dalle norme fissate dal diritto nazionale applicabile. Così come spesso accade, il legislatore europeo non si preoccupa dell'aspetto procedurale quanto piuttosto dell'effetto finale <sup>335</sup>.

Nell'ottica del diritto europeo, dunque, lo scioglimento del contratto può conseguire, indifferentemente, dall'esercizio di un diritto potestativo di matrice privatistica o di una potestà pubblicistica, quale potrebbe essere il potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

#### **14. La necessità di individuare un'autorità alla quale affidare il controllo dell'applicazione delle norme poste a disciplina dei contratti di concessione.**

Al fine di garantire l'attuazione corretta ed efficace delle norme sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, il legislatore europeo richiede agli Stati membri di provvedere ad individuare autorità o strutture alle quali affidare il compito di controllare la corretta applicazione della normativa da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori <sup>336</sup>. Le autorità individuate dagli Stati membri sono tenute ad accertare eventuali violazioni, quali frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi o problemi sistemici, segnalando tali violazioni o problemi ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre autorità o strutture idonee quali il mediatore, i parlamenti nazionali o le relative commissioni.

Alle stesse autorità è altresì richiesto di mettere a disposizione del pubblico mediante idonei strumenti di informazioni i risultati dell'attività di controllo, nonché una relazione, da redigersi almeno ogni tre anni, contenente se del caso una panoramica delle cause più frequenti di scorretta applicazione delle norme per l'aggiudicazione di contratti di concessione.

---

<sup>335</sup> G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016, p. 117 e ss., il quale precisa che nonostante il legislatore europeo si sia concesso, come accaduto in materia di contratti pubblici, delle sortite in capo procedurale, i rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione resta imperniato sul principio della c.d. autonomia procedurale.

<sup>336</sup> Cfr. art. 45, direttiva 2014/23/UE

La necessità di individuare un'autorità chiamata a vigilare sulla corretta applicazione della normativa sui contratti pubblici fu consacrata a livello di diritto europeo derivato dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le quali avevano imposto agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle direttive attraverso la predisposizione di sistemi di controllo e meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, potendo demandare tali compiti ad agenzie indipendenti<sup>337</sup>. La medesima esigenza fu avvertita molti anni prima dalla Commissione europea nel *Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea* del 27 novembre 1994, la quale riteneva non più procrastinabile l'istituzione nei singoli paesi membri di autorità indipendenti di regolazione e vigilanza a tutela dei mercati dei contratti pubblici; ed, ancor prima, nel "*Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*", conosciuto anche come "*Rapporto Giannini*", nel quale si segnalava la necessità di dar vita ad un'autorità nazionale alla quale affidare compiti di vigilanza e controllo onde migliorare l'efficienza dell'azione pubblica nel settore dei contratti pubblici<sup>338</sup>.

La direttiva 2014/23/UE, infine, richiede agli Stati membri che provvedano affinché siano disponibili gratuitamente orientamenti e informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione relativo all'aggiudicazione di contratti di concessione – quali possono essere le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione - al fine di assistere le amministrazioni, gli enti aggiudicatori e gli operatori economici nella corretta applicazione della normativa dell'Unione.

---

<sup>337</sup> cfr. art. 72, direttiva 2004/17/CE; art. 81, direttiva 2004/18/CE.

<sup>338</sup> Come sottolineato da G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 34.

**CAPITOLO**  
**IV**  
**LA CONCESSIONE DI SERVIZI**  
**NELLA DISCIPLINA NAZIONALE**

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Il contratto di concessione di servizi nel codice dei contratti pubblici: la disciplina applicabile – 3. Il contratto di concessione di servizi: profili definitivi – 4. La rilevanza del consenso nel quadro dell'istituto concessorio: la natura delle concessioni – 5. L'assunzione del rischio operativo legato alla gestione dei servizi – 6. Le fonti di redditività del concessionario ed il dubbio sull'ammissibilità delle concessioni c.d. fredde 7. L'equilibrio economico finanziario nelle concessioni – 8. La durata del contratto di concessione – 9. Il principio di libera amministrazione da coordinarsi con il rinvio operato alla parte II dall'art. 164, c. 2, del Codice – 10. Le previsioni di parte III del Codice sull'aggiudicazione dei contratti di concessione – 11. I contratti misti di concessione – 12. La disciplina del subappalto – 13. Le modifiche dei contratti di concessione in corso di esecuzione – 14. Lo scioglimento del contratto di concessione – 15. L'obbligo di esternalizzazione mediante procedura ad evidenza pubblica – 16. Le norme in materia di concessione autostradali e il relativo regime transitorio.

**1. Premessa**

Si procederà pertanto ad analizzare le previsioni che il Codice pone a disciplina dei contratti di concessione, evidenziando come il più delle volte il legislatore nazionale, forse stretto dalla imminente scadenza del termine, si sia limitato a riprodurre pedissequamente alcune previsioni della direttiva anche laddove di fatto godesse di una maggiore libertà di scelta.

Questa trasposizione meccanica dei nuovi istituti, non accompagnata da un tentativo di armonizzazione e di coordinamento con la trama normativa ereditata dal previgente codice, ha determinato la produzione di un testo non sempre brillante in quanto a chiarezza ed efficacia che impone all'interprete uno sforzo interpretativo e di sistematizzazione <sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> G. GALLONE, *L'annullamento*, op. ult. cit., p. 1, evidenza come il legislatore, assalito dal timone di esporsi a procedure di infrazione per omesso recepimento, senza ridisciplinare in toto la materia, abbia di fatto riprodotto nel nuovo codice alcuni passi del testo della direttiva.

## **2. Il contratto di concessione di servizi nel codice dei contratti pubblici: la disciplina applicabile.**

Diversamente dall'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che escludeva le concessioni di servizi dal proprio ambito di applicazione pur sottoponendole al rispetto di una sintetica disciplina di principio residuale, il nuovo codice dei contratti pubblici, in attuazione della direttiva 2014/23/UE, ed a recepimento dei principi e dei criteri direttivi sanciti dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11 <sup>340</sup>, regola specificatamente le concessioni di servizi .

Il codice dei contratti pubblici sottopone i contratti di concessione al rispetto delle disposizioni di cui alla Parte III.

Le suddette disposizioni definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori e servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II.

Contrariamente alle scelte operate in ambito europeo, ove è stata proposta una normativa in materia di contratti di concessione del tutto svincolata rispetto alla disciplina degli appalti pubblici <sup>341</sup>, in virtù del rinvio operato dall'art. 164, c. 2, del Codice, la disciplina dei contratti di concessione è in parte comune a quella prevista per i contratti d'appalto.

Ai sensi del citato articolo, infatti, alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni previste per i contratti di appalto contenute nella parte I e nella parte II, del Codice, relativamente ai principi generale, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di

---

<sup>340</sup> V. legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante “*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, affronta, nello specifico, la materia dei contratti di concessione nei punti dalla lett. hhh) alla lett. mmm)

<sup>341</sup> G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit. p. 167-168.

pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

L'ampio rinvio operato dall'art. 164, c. 2, del Codice rende sostanzialmente applicabile alle concessioni di servizi e lavori l'intera disciplina dettata in materia di appalto seppur nel rispetto della clausola di salvaguardia.

Le disposizioni poste a disciplina delle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione non si applicano, per espressa previsione legislativa, ai servizi non economici d'interesse generale, nonché ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici <sup>342</sup>.

Quanto alla prima esclusione, il diritto nazionale non fornisce alcuna definizione all'espressione "servizi non economici d'interesse generale".

All'individuazione di tale tipologia di servizi si procederà verificando se il servizio in questione presenti o meno le caratteristiche di un servizio pubblico di rilevanza economica.

Il riferimento ai servizi non economici d'interesse generale contenuta nel decreto legislativo n. 50 del 2016 palesa in realtà un difetto di coordinamento: tanto il codice dei contratti pubblici quanto il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica furono redatti in armonia con le previsioni di quello che doveva essere lo schema di testo unico sui servizi d'interesse economico generale in ambito locale, che impiegava tale espressione pur senza definirla.

La seconda esclusione, invece, è coerente alle previsioni della direttiva 2014/23/UE, laddove veniva precisato che dovevano considerarsi escluse dall'ambito di applicazione della direttiva le autorizzazioni o le licenze, con cui

---

<sup>342</sup> V. decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 164, cc. 1 e 3.

lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi <sup>343</sup>.

### **3. Il contratto di concessione di servizi: profili definitivi.**

Il legislatore non apporta alcuna sostanziale modifica alla definizione di “concessione di servizi” proposta dalla direttiva 2014/23/UE, recependola testualmente all'art. 3, c. 1, lett. vv).

Ai sensi del citato articolo, per “concessione di servizi” deve intendersi “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*”.

L'art. 3, c. 1, del Codice, alla lettera uu) fornisce poi una analoga definizione al contratto di concessione di lavori <sup>344</sup>.

La norma individua gli elementi che contraddistinguono il contratto di concessione rispetto al contratto d'appalto:

- il trasferimento del “rischio operativo” in capo al concessionario;
- la controprestazione posta a carico dell'amministrazione che deve consistere nel diritto di gestire il servizio, con la possibilità di prevedere anche il riconoscimento di un prezzo.

---

<sup>343</sup> V. direttiva 2014/23/UE, considerando n. 14.

<sup>344</sup> L'art. 3, c. 1, lett. uu), “concessione di lavori, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere”.

Si procederà ad analizzare partitamente le suddette peculiarità, mettendo in luce possibili discostamenti operati dal legislatore nazionale rispetto alla disciplina europea.

#### **4. La rilevanza del consenso nel quadro dell'istituto concessorio: la natura delle concessioni.**

La natura giuridica della concessione costituisce una questione altrettanto controversa.

La ricostruzione tradizionale propendeva per ricondurre la concessione nel novero dei provvedimenti amministrativi onde attribuire all'amministrazione un costante governo dell'interesse pubblico anche quando la gestione di un certo servizio fosse stata attribuita ad un terzo soggetto <sup>345</sup>.

Il consenso del privato, pur se indefettibile, era confinato a mera condizione d'efficacia, non essendogli riconosciuto il potere di negoziare il rapporto, bensì solo quello di accettare contenuti determinati unilateralmente dalla pubblica amministrazione attraverso il provvedimento di concessione <sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> B. GILBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1/2011, p. 187, alla cui più ampia disamina si rinvia, nel ricostruire il dibattito sulla natura della concessione, afferma che tradizionalmente vi era la convinzione che “*allorquando la cura di un certo servizio sia attribuita ad una pubblica amministrazione, questa ne detiene il costante governo, sicchè le concessioni di pubblici servizi hanno intrinseca dimensione pubblicistica e all'amministrazione spetta sempre il potere di disporre per motivate ragioni di pubblico interesse*”.

<sup>346</sup> Favorevole a tale ricostruzione A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 75, in cui è affermato che la costituzione del rapporto concessorio può avvenire “*solo per effetto di un atto il cui carattere non può che essere ugualmente pubblico; il che esclude di per sé che esso possa avere natura di contratto di diritto privato. [...] Conseguentemente, la concessione medesima, oltre che atto di diritto pubblico, appare essere atto unilaterale*”. Ciò tuttavia, “*non implica affatto che il suo effetto tipico si produca coattivamente a carico del concessionario*”; F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 251, riferendosi a tale ricostruzione afferma che “*la soluzione offerta configura l'atto di concessione tutto e soltanto nel provvedimento amministrativo, posto in vista di interessi pubblici da un soggetto che opera come autorità*”. Trattano l'argomento F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004; O. RANELETTI, *Concetto e natura delle autorizzazione e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1984, IV, p. 7; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; A. MORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss

Successivamente si registrarono scostamenti rispetto a siffatta ricostruzione.

A non convincere era la marginale rilevanza che stata attribuita al consenso del privato nel processo di instaurazione del rapporto concessionario.

Non si comprendeva come fosse possibile riconnettere al solo provvedimento amministrativo, e dunque ad un atto unilaterale, l'attitudine di fonte del rapporto quando nel concreto lo stesso si dimostrava incapace di produrre effetti senza una conforme manifestazione di volontà da parte del privato<sup>347</sup>.

Tali criticità furono superate attraverso la proposizione di una teoria che faceva perno sulla presenza di due momenti: uno pubblicistico ed uno privatistico<sup>348</sup>.

Questa tesi sosteneva che fosse possibile ricondurre il rapporto a due distinti atti-fonte: da un lato, il provvedimento, al quale competeva la costituzione del rapporto, dall'altro, il contratto, a cui era demandata la regolazione degli aspetti patrimoniali del rapporto<sup>349</sup>.

La presenza del contratto, tuttavia, non impediva all'amministrazione di incidere sulla concessione per ragioni di pubblico interesse.

Ad avviso la dottrina, occorre pur sempre riconoscere all'amministrazione pubblica una costante disponibilità del rapporto

---

<sup>347</sup> B. GILBERTI, *La concessione*, cit., p. 195, a riguardo, precisa che si trattava di provvedimenti “*sforniti non solo di imperatività, ma anche di reale autoritatività, overosia di attitudine a rilevare quale centro autonomo ed esclusivo di definizione ed imputazione dell'effetto giuridico di genesi e regolamentazione del rapporto concessorio*”.

<sup>348</sup> V. B. GILBERTI, *La concessione*, op. cit., p. 191, il quale evidenzia come tale sistematica si fondi sull'idea di M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, in A. MIRABELLI CENTURIONE (a cura di), Milano, 2000, p. 501, di riconoscere anche agli enti pubblici piena autonomia privata: “*non esiste alcun motivo per cui l'ente pubblico che agisca usando il diritto privato debba essere posto in condizioni di minorazione rispetto ad altri privati*”. Cfr. anche G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 127, secondo cui “*agli enti pubblici, in quanto persone giuridiche non può non essere riconosciuta [...] una piena capacità giuridica di diritto privato, oltre che una altrettanto piena autonomia privata*”.

<sup>349</sup> La tesi dualistica cui si accenna fu elaborata dalla giurisprudenza a far data dai primi decenni degli anni Novanta. A livello dottrinale cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 369; E. SILVETRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 37.

concessorio per garantire uno svolgimento dello stesso conforme alle esigenze d'interesse pubblico <sup>350</sup>.

Ne conseguiva che il venir meno del provvedimento di concessione per autotutela comportava la conseguente inefficacia del contratto.

Ma anche tale ricostruzione non fu immune da critiche da parte di chi evidenziò come la genesi del rapporto fosse da ricondursi unicamente alla volontà comune delle parti. In particolare, fu rilevato come il provvedimento fosse del tutto incapace di instaurare un rapporto giuridico tra amministrazione e destinatario, dovendosi demandare tale definizione ad un successivo contratto, quest'ultimo da ritenersi costitutivo del rapporto <sup>351</sup>.

Le tesi dualistiche furono superate in seguito al diffondersi dell'indirizzo che suggeriva di estendere al settore della concessione la figura degli accordi tra privati e amministrazioni, declinati come sostitutivi o codeterminativi del contenuto discrezionale del provvedimento, che consentivano di meglio affermare la rilevanza del confronto e della negoziazione tra concessionario e concedente <sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 401.

<sup>351</sup> A sostegno di tale tesi G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 71 ss., il quale afferma che “*Il rapporto, come rapporto specifico e determinato, non sorge se non nel momento nel quale la decisione discrezionale dell'amministrazione si integra nella disciplina convenzionale, come parte di essa, e che d'altra parte lungo tutta la sua esistenza esso deve avere a proprio fondamento – senza il quale cessa di sussistere – quella stessa decisione discrezionale, integrata nella disciplina convenzionale*”. A sostegno di tale conclusione, l'A. osservava che “*o al provvedimento si collega un autonomo e preciso contenuto, consistente nella creazione di un rapporto giuridico definito tra amministrazione e destinatario, ed allora il contratto appare inutile [...] oppure esso non ha altro contenuto che l'individuazione di un soggetto, con il quale è possibile un successivo contratto, avente ad oggetto il bene pubblico: ma allora il provvedimento [...] non può dirsi affatto, per contro, costitutivo di un rapporto*”.

<sup>352</sup> F. FRACCHIA, *Concessioni*, cit., p. 254; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, cit., p. 1167, evidenzia come anche la natura di tali accordi, nella specie quelli sostitutivi, fosse controversa. Alla tesi che ne sosteneva il carattere pubblicistico, si contrapponeva quella che ne affermava la natura privata. Diversi erano gli argomenti addotti a sostegno di questa seconda impostazione. In particolare, fu evidenziato che l'art. 11 esprimendosi in termini di “*accordo*” faceva uso di una terminologia tipicamente privatistica, estranea alla tradizione pubblicistica; il recesso, di cui la p.a. poteva avvalersi, era altresì uno strumento privatistico; in virtù del rinvio operato dal legislatore, la disciplina degli accordi era subordinata all'applicazione dei principi civilistici. Riconoscere agli accordi natura privata, comportava come conseguenza l'impossibilità per la p.a. di avvalersi dei rimedi di autotutela esecutiva.

L'annessione della concessione al terreno del contratto, pur costituendo una operazione anche culturalmente molto significativa, sembrerebbe tuttavia inevitabile, anche a seguito dell'affermazione del principio sancito dall'art. 1-bis della legge sul procedimento amministrativo <sup>353</sup>.

La natura contrattuale della concessione sarebbe in via mediata confermata anche da alcune previsioni del Codice, le quali, tra l'altro, per la disciplina di alcuni aspetti relativi alla stipula ed alla fase di esercizio del contratto, rinviano alle norme del codice civile <sup>354</sup>.

Nella specie:

- l'art. 30, c. 8, del Codice, precisa che, fatto salvo quanto diversamente previsto dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *“alla stipula del contratto e alla fase di esercizio si applicano le disposizioni del codice civile”*;
- l'art. 176, del Codice, ammette l'applicazione di rimedi privatistici tra cui la risoluzione per inadempimento del concessionario disciplinata dall'art. 1453 del codice civile. Ma altrettanto ammissibile deve considerarsi la risoluzione per impossibilità e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta rispettivamente disciplinate dagli artt. 1463 e 1467 del codice civile.

Anche le più recenti pronunce giurisprudenziali sull'argomento affermano che deve considerarsi *“ormai stabile nella legislazione europea [...] e nazionale [...] la ricostruzione di tale istituti come contratto a titolo oneroso”* <sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Sul punto, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in: F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, pp. 29 ss.

<sup>354</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto Pubblico e diritto privato nei contratti pubblici*, Convegno di studi *La disciplina dei contratti pubblici nel contesto economico*, Bologna, 10 novembre 2017, sottolinea come vi sia stato un rafforzamento del diritto comune nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici

<sup>355</sup> Tra le più recenti pronunce giurisprudenziali sulla tematica relativa alla natura della concessione si segnala il TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, sentenza 25 ottobre 2017, n. 1600, punto 8.1, ove è affermato che *“E' ormai stabile nella legislazione europea (art. 1, comma 3, Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004; art. 5, comma 1, n. 1), lett. b) Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014) e nazionale (art. 3, comma 12, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163; art. 3, comma 1, lett. vv), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) la ricostruzione di tale istituto come un contratto a titolo oneroso”*.

L'esercizio del potere di autotutela, dunque, dovrebbe in tal modo essere confinato alla sola fase ad evidenza pubblica, quella anteriore alla stipula del contratto, mediante la quale l'amministrazione procedere ad individuare (*id est*: scegliere) il contraente.

Non vi è dubbio, infatti, che gli atti di gara, compresa l'aggiudicazione, soggiacciono all'influenza del potere di autotutela decisoria, nei limiti previsti dalle norme generali di cui all'art. 21-*nonies* e 21-*quinquies* della legge sul procedimento amministrativo.

Diversa è l'ipotesi in cui il contratto sia già stato stipulato: in tal caso, la portata del potere pubblico dovrebbe scontrarsi con la presenza di un vincolo di natura privatistica <sup>356</sup>.

Il contratto, dunque, dovrebbe considerarsi lo spartiacque tra l'esercizio dei poteri di autotutela e il ricorso a rimedi privatistici.

Tuttavia, occorre evidenziare come l'art. 30 sopracitato, se da un lato, per la disciplina della stipula e della fase di esercizio del contratto di concessione rinvia alle disposizioni del codice civile, dall'altro, a detto rinvio deve comunque essere attribuita rilevanza residuale in quanto opererebbe "*per quanto non previsto dal presente codice [dei contratti pubblici] e dagli atti attuativi*".

Il codice, d'altronde, non disciplina unicamente le procedure di scelta del contraente ma, innovandosi rispetto al passato, dedica altresì attenzione alla fase di esecuzione dei contratti.

Si vuole dunque proseguire nell'indagine onde verificare nell'ambito del Codice la presenza di disposizioni che possano attribuire all'amministrazione la possibilità di ricorrere a strumenti di autotutela anche dopo la stipulazione del contratto.

Ci si riferisce alle previsioni di cui all'art. 176, del Codice, a recepimento del già esaminato art. 44 della direttiva 2014/23/UE.

---

<sup>356</sup> Come osservato da A. ARCASENSA, *L'esercizio del potere di autotutela dopo la stipulazione del contratto*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2016, p. 3.

Detto articolo, collocato nella parte relativa all'esecuzione dei contratti di concessione, rubricato “*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento*”, nel suo *incipit*, facendo “*salvo l'esercizio del potere di autotutela*”, ammette che il contratto possa “*cessare*” (così, testualmente) in particolare, quando:

- a) il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'articolo 80;
- b) la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- c) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 175, comma 8.

In tali ipotesi, il legislatore, ai sensi del comma 2 del citato articolo, precisa che “*non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241*”.

Il richiamo operato dall'art. 176, c. 2, all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/90 confermerebbe come anche dopo la stipulazione del contratto sia riconosciuto all'amministrazione la possibilità di esercitare poteri di autotutela nella forma dell'annullamento d'ufficio.

Già in passato il legislatore aveva riconosciuto la possibilità di annullare l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto <sup>357</sup>.

Il valore della stabilità del negozio deve dunque considerarsi recessivo rispetto al ripristino della legalità.

---

<sup>357</sup> Tale possibilità era di fatto contemplata dall'art. 1, c. 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, poi abrogato dall'art. 6, c. 2, legge 7 agosto 2015, n. 124, il quale recitava: “*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*”. Anche la giurisprudenza si era mostrata compatta nel sostenere l'ammissibilità dell'annullamento d'ufficio. Vedasi, *ex multis*, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 12 gennaio 2011, n. 20; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 10 settembre 2010, n. 32215.

Nel contempo, l'art. 176, c. 4, del Codice, ammette altresì che l'amministrazione "*revochi la concessione per motivi d'interesse pubblico*"<sup>358</sup>.

Anche in tale ipotesi, deve ritenersi che nell'intento del legislatore il termine "*revoca*" sia stato utilizzato per riferirsi al potere di cui all'art. 21-*quiquies*, legge n. 241/90. A favore di tale tesi: il riferimento ai "*motivi d'interesse pubblico*"; l'incipit "*salvo l'esercizio del potere di autotutela*"; la stessa rubrica dell'art. 176 ove si parla di "*revoca d'ufficio*".

In tal caso, tuttavia, alla revoca non conseguirà un mero "*indennizzo*" poiché, per espressa volontà del legislatore del Codice, essa resta sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore di una adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte.

La revoca dell'aggiudicazione, che sarà svincolata dalla presenza di vizi di legittimità, potrà essere disposta dall'amministrazione per ragioni di opportunità anche dopo la stipulazione del contratto.

Se ne deduce, pertanto, che fermo il ricorso alle regole civilistiche per la disciplina generale del rapporto contrattuale tra amministrazione e privati, la categoria dei contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico) si distingue da quella dei contratti di diritto privato per il mantenimento di una posizione di supremazia dell'amministrazione.

In altri termini, può affermarsi che l'amministrazione, nella fase privatistica, si pone con la controparte in una posizione di *tendenziale* parità, con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni speciali apprestate in favore dell'amministrazione, derogatorie del diritto comune.

La posizione dell'amministrazione, con la stipulazione del contratto, è definita dall'insieme delle norme civilistiche e da quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di queste ultime in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo

---

<sup>358</sup> Sulla revoca d'ufficio dopo la stipulazione del contratto cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 20 giugno 2014, n. 14, la quale, avev

restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono.

L'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici dovrà comunque esser sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione su tale presupposto di regole specifiche e distinte.

### **5. L'assunzione del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.**

Il rischio operativo rientra tra gli elementi che identificano il contratto di concessione e che lo distinguono da altre fattispecie contrattuali, in *primis* rispetto al contratto d'appalto ad oggetto pubblico.

La concessione di servizi, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. vv), del Codice, deve comportare “[l]’ *assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*”.

Tale necessità è ribadita dall'art. 165, c. 1, periodo II, il quale, con tono imperativo, precisa che “*tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz)*”.

La definizione di rischio operativo, positivizzata dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è pressoché speculare a quella proposta dalla direttiva 2014/23/UE.

L' art. 3, c. 1, lett. zz), del Codice, definisce il rischio operativo come quello “*legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi*”.

Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi ed ai ricavi oggetto della concessione possano pregiudicargli la possibilità di recuperare gli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione servizi.

Sono da escludersi i rischi riconducibili ad eventi non prevedibili, che non si potevano ipotizzare nonostante una ragionevole e diligente preparazione,

tenuto conto dei mezzi a disposizione, della natura e delle caratteristiche dell'oggetto del contratto e delle buone prassi nel settore in questione.

La parte di rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Tale previsione, dunque, conferma, alla pari di quanto affermato in ambito europeo, la possibilità per le parti di limitare il rischio operativo trasferito al concessionario, purché siano soddisfatte due condizioni: le ripartizioni del rischio operate dalle parti in sede contrattuale non devono comportare una eliminazione del rischio in capo al concessionario; il rischio operativo deve essere reale, in quanto reale deve essere la possibilità che il concessionario non sia in grado di recuperare gli investimenti e i costi sostenuti per l'opera o il servizio.

È evidente, dunque, come il legislatore nazionale nel definire il rischio operativo abbia tratto ispirazione dalla normativa europea così come in precedenza analizzata a cui si rinvia per ogni ulteriore osservazione.

Tra l'altro, così come in ambito europeo, il legislatore nazionale ha precisato come il rischio operativo possa derivare tanto da un rischio "*sul lato della domanda*" quanto da un rischio "*sul lato dell'offerta*" ovvero da ambedue le ipotesi contestualmente.

Non ci si vuole tuttavia esimersi dal sottolineare qualche difficoltà nella ricostruzione di ciò che il legislatore considera rischio operativo.

Innanzitutto preme sottolineare come lo stesso abbia fatto riferimento al rischio "sul lato della domanda" ed al rischio "sul lato dell'offerta" senza fornire alcuna definizione a tali tipologie di rischio; categorie che, invece, sono trattate dalla direttiva europea e che si sono esaminate nel capitolo che precede.

Nel contempo, si ritiene opportuno evidenziare come il legislatore abbia definito il rischio operativo come quello assunto non specificatamente dal concessionario bensì come quello assunto da un generico "*operatore economico nei casi di cui all'articolo 180*".

L'art. 180, che si riferisce ai partenariati pubblico-privati in genere, richiede l'assunzione in capo all'operatore economico non di un "rischio operativo" ma di un generico rischio (*"con assunzione di rischio secondo le modalità individuate dal contratto"*<sup>359</sup>) che poi identifica nelle categorie di rischio di cui alla decisione Eurostat (*"il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi..."*<sup>360</sup>).

Occorre pertanto comprendere se il rinvio all'art. 180 sia da interpretarsi nel senso di permettere di identificare il rischio operativo con i rischi di cui alla decisione Eurostat, oppure se questi ultimi devono considerarsi aggiuntivi rispetto al rischio operativo, ovvero, ancora, se sia necessario attribuire al citato rinvio altro significato pur nella difficoltà di comprendere a quali "casi" il legislatore si riferisse nel citare l'art. 180.

Ma la compatibilità tra il rischio operativo di concezione europea e le tradizionali categorie di rischio definite dalla decisione Eurostat è già stata esaminata in precedenza ove si è dimostrato come la necessità di considerare il rischio operativo come un rischio esterno legato al rapporto che si instaura tra il concessionario e gli utenti che usufruiscono del servizio mal si consiglia con alcune tipologie di rischio strettamente legate alla *performance* del operatore economico.

## **6. Le fonti di redditività del concessionario ed il dubbio sull'ammissibilità delle concessioni c.d. fredde**

A differenza dei contratti d'appalto, ove l'appaltatore è remunerato direttamente dall'amministrazione, il contratto di concessione riconosce al concessionario, quale controprestazione per la realizzazione dell'opera o la

---

<sup>359</sup> Cfr. art. 3, c. 1, lett. eee), decreto legislativo n. 50 del 2016.

<sup>360</sup> Cfr. art. 180, c. 3, decreto legislativo n. 50 del 2016

fornitura di un servizio, “unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo”<sup>361</sup>.

In linea a quanto fu già previsto dal previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed in modo conforme alle previsioni di cui alla direttiva europea 2014/23/UE, il codice dei contratti pubblici conferma le possibili fonti di redditività del concessionario.

Il diritto di gestione attribuisce al concessionario la possibilità di sfruttare economicamente l’oggetto del contratto di concessione ricevendo un corrispettivo da coloro che utilizzano l’opera o usufruiscono del servizio.

Astrattamente la domanda potrebbe provenire dal mercato (concessioni “calde”) ovvero dalla pubblica amministrazione (concessioni “fredde”).

D’altronde, il legislatore nazionale, con riferimento alle operazioni di PPP che rappresentano il *genus* a cui ricondurre la *species* concessioni, nello specificare che i ricavi di gestione dell’operatore economico possono provenire “dal canone riconosciuto dall’ente concedente” o “dall’introito diretto della gestione del servizio ad una utenza esterna”, ammette entrambe le possibilità.

Tuttavia, con riferimento ai contratti di concessione, l’art. 165, c. 1, del Codice, specifica espressamente che “la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi dal mercato”.

Tale inciso favorisce lo sviluppo di due considerazioni.

In primo luogo, tale previsione, nel sostenere che “la maggior parte” dei ricavi – e non “tutta la parte” - deve provenire dal mercato, fa salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell’operazione attraverso altre forme di finanziamento, tra cui anche il “prezzo” corrisposto dall’amministrazione a garanzia dell’equilibrio economico finanziario dell’operazione.

In secondo luogo, il legislatore, richiedendo che i ricavi del concessionario provengano per la maggior parte dalla “vendita dei servizi al mercato”, pare riconoscere cittadinanza alle sole concessioni “calde”, quelle capaci di generare

---

<sup>361</sup> Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, art. 3, c. 1, lett. vvv).

un profitto dai ricavi provenienti dall'utenza che utilizza l'opera o usufruisce del servizio, con conseguente esclusione delle concessioni "fredde", in cui la prestazione del concessionario è svolta a favore dell'amministrazione che paga un canone per l'utilizzazione dell'opera o per la fruizione del servizio.

Di tal ch  le operazioni "fredde" sarebbero destinate a trovare realizzazione solo con i contratti di PPP, purch  diversi dai contratti di concessione.

Del resto l'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde ed ai servizi dello stesso tipo, ove il privato trae la propria remunerazione dai pagamenti effettuati dall'amministrazione come avviene, ad esempio, nei casi di carceri o ospedali, ha destato una serie perplessit  dato che l'ambito naturale dell'istituto   certamente costituito dalle c.d. opere calde (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al pi , da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilit  finanziaria (modello impianti sportivi e, per servizi, trasporto pubblico locale).

Ci  nonostante,   stato affermato che, in base alla direttiva, non vi sarebbero elementi per affermare che il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde, dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio – non infrequente – della sovrastima dei flussi di traffico da parte delle concessionari autostradali, viene in rilievo prevalentemente il rischio sull'offerta, e quindi anzitutto quello sul versante dei costi <sup>362</sup>.

## **7. L'equilibrio economico finanziario nelle concessioni**

Il codice dei contratti pubblici disciplina un'ulteriore aspetto qualificante dei contratti di concessione, strettamente connesso al rischio operativo, vale a dire l'equilibrio economico-finanziario.

---

<sup>362</sup> V. Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 160.

Le previsioni dettate dal legislatore sull'equilibrio economico finanziario dell'operazione che costituisce oggetto del contratto di concessione sono analoghe a quelle dettate sull'argomento riferitamente ai contratti di partenariato pubblico privato.

La definizione di equilibrio economico finanziario è, ancora una volta, rimessa all'art. 3, c. 1, lett. fff) del Codice, che in precedenza si è esaminato nel corso della trattazione relativa alle operazioni di PPP <sup>363</sup>.

Il legislatore, all'art. 165, c. 2, precisa che l'equilibrio economico finanziario deve essere considerato il presupposto per la corretta allocazione dei rischi in capo al concessionario ed individua il prezzo, eventualmente corrisposto dall'amministrazione, come uno dei più elementi strumentali al raggiungimento del predetto equilibrio.

È così stabilito che “*ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario*”, in sede di gara, l'amministrazione può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili.

Il contributo può essere riconosciuto anche mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione.

Quanto alle limitazioni poste dalle previsioni legislative al riconoscimento del prezzo, l'art. 165, c. 2, periodo IV, sancisce ancora una volta l'impossibilità per il prezzo di superare il quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, compreso di eventuali oneri finanziari <sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> Il citato articolo richiede, per poterne affermare la sua sussistenza di equilibrio economico finanziario, la contemporanea presenza di due condizioni, quali: la convenienza economica, intesa come capacità dell'operazione di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; e la sostenibilità finanziaria, intesa come capacità dell'operazione di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento

<sup>364</sup> Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante “*disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, ha innalzato il limite previsto dall'art. 165, c. 2, del Codice, e, in luogo del 30% di cui alla previgente versione, ha previsto che il prezzo non potrà superare il 49% del costo dell'investimento complessivo, compreso di eventuali oneri finanziari. La modifica che ha incrementato la predetta percentuale ha destato forti perplessità:

La finalità è dunque quella di evitare che tali compensazioni possano eliminare o rendere del tutto marginale il rischio operativo trasferito all'operatore economico, senza il quale il contratto non potrà essere qualificato come di concessione.

La disciplina dettata in materia di concessione ripropone anche i meccanismi di rideterminazioni delle condizioni di riequilibrio per fatti non riconducibili al concessionario già previsti dal legislatore per le operazioni di PPP.

In tal senso, l'art. 165, c. 6, del Codice, precisa che il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che possono incidere sull'equilibrio del piano economico finanziario possono comportare la sua revisione, da attuarsi mediante rideterminazione delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

La rideterminazione dell'equilibrio resta sempre subordinata alla permanenza dei rischi operativi trasferiti in capo all'operatore economico.

La disciplina di cui all'art. 165, c. 6, deve poi coordinarsi con quanto previsto dall'art. 175, c. 7, lett. b), del Codice, il quale, a sua volta, ammette esclusivamente le modifiche che non alterino l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario *“in modo non previsto dalla concessione iniziale”*.

Dunque, così come fu già affermato nel corso dell'analisi della direttiva 2014/23/UE, il legislatore nazionale riconosce alle parti la possibilità di rideterminare le condizioni di convenienza economica e di fattibilità finanziaria – attraverso, ad esempio, un aumento del prezzo, oppure una revisione delle tariffe – purché ciò avvenga alle condizioni che furono inizialmente pattuite; avendo pur sempre cura di evitare che dette rideterminazioni non siano tali da

---

la Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782, p. 118-119, ha ritenuto che una simile modifica *“comporterà inevitabilmente un tendenziale aumento dei costi delle concessioni per le pubbliche stazioni appaltanti”*, in controtendenza con la volontà di procedere *“ad una riduzione della compartecipazione pubblica e quindi degli oneri a carico delle pubbliche casse”*.

eliminare il rischio operativo alterando la natura generale della fattispecie contrattuale.

L'aleatorietà del rischio operativo può dunque essere limitata dalla *lex specialis* di gara e dalla volontà delle parti sin dalle battute iniziali, al fine di agevolare la realizzazione della concessione, avvicinando la concessione ai contratti commutativi, ma non può del tutto scomparire <sup>365</sup>.

È confermata la possibilità di recesso in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario.

In caso di recesso, al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'art. 176, c. 4, lett. a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato del contratto di copertura dei rischi di fluttuazione del tasso d'interesse.

## **8. La durata del contratto di concessione.**

Strettamente connesso all'equilibrio economico finanziario è la durata del contratto di concessione.

L'art. 168 del Codice, dando seguito all'art. 18 della direttiva 2014/23/UE, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e restrizioni della concorrenza, sancisce il principio secondo cui i contratti di concessione di servizi o lavori devono avere durata limitata.

La durata della concessione deve essere determinata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore avendo riguardo al valore dei servizi o dei lavori nonché tenuto conto della complessità organizzativa dell'oggetto della concessione <sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> In questi termini M. CERUTI, *L'insostenibile*, op. ult. cit., p. 840.

<sup>366</sup> Ai sensi dell'art. 167, del Codice, Il valore della concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Il valore stimato è calcolato secondo un metodo oggettivo al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione

La durata della concessione non potrà essere superiore al periodo di tempo strettamente necessario al recupero degli investimenti – sia iniziali che in corso di concessione - sostenuti dal concessionario ed necessari per conseguimento degli obiettivi contrattuali <sup>367</sup>.

Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, per rendere più chiaro e fedele il recepimento dell'art. 18 della direttiva, ha limitato l'applicabilità dell'art 182, c. 2, del Codice, alle sole concessioni ultra quinquennali.

Dunque, per tali tipologie di concessioni, la durata massima dell'operazione è ancorata alla “*ragionevole prevedibilità*” di recupero degli investimenti e di ritorno capitale investito da parte del concessionario tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti per rispondere alle esigenze riguardanti la qualità o il prezzo per gli utenti.

---

della concessione, e comunque non può essere determinato con l'intenzione di escludere la concessione dall'ambito di applicazione del Codice. Nel calcolo del valore stimato della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tengono conto, se del caso, in particolare dei seguenti elementi: a) il valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti; gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore; c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento; d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione; e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione; f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi; ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai candidati o agli offerenti”.

<sup>367</sup> Sul concetto di “investimento G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit. p, 172, evidenzia la problematicità di definire il concetto soprattutto per quelle concessioni in cui non si prevedano investimenti in termini di costruzioni (es: concessioni di servizi) o in cui gli stessi risultano del tutto marginale. La direttiva 2014/23/UE, considerando n. 52, ritiene si debba includere tra gli investimenti, in particolare, le spese per infrastrutture, i diritti d'autore, i brevetti, il materiale, la logistica, gli affitti, la formazione del personale e spese iniziali.

La limitazione operata dalla novella introdotta dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, escluderebbe dall'ambito di applicazione dell'art. 182, c. 2, del Codice, le concessioni di durata inferiore ai cinque anni.

Ciò porterebbe ad affermare che per tali ultime concessioni la durata potrebbe essere anche più breve rispetto a quella necessaria per il recupero degli investimenti ed il ritorno del capitale investito.

Ma anche qualora ciò fosse possibile occorrerà pur sempre che sia garantita la convenienza economica e la fattibilità finanziaria dell'operazione eventualmente attraverso il riconoscimento di un "prezzo" a carico dell'amministrazione, il quale, come si è detto, non potrà comunque essere superiore al limite percentuale previsto dall'art. 165, c. 2, del Codice <sup>368</sup> e non potrà eliminare *in toto* il rischio operativo assunto dal concessionario.

La durata ed il prezzo possono dunque considerarsi i principali elementi attraverso i quali raggiungere l'equilibrio economico finanziario.

Ne risulta, pertanto, che tanto maggiore sarà la durata tanto minore sarà il prezzo che l'amministrazione potrà corrispondere per garantire la convenienza e la sostenibilità economico finanziaria, e viceversa.

La durata massima della concessione dovrà poi essere indicata nei documenti di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Infine, sotto un differente profilo, ma sempre al fine di tutelare l'accesso al mercato, il legislatore ha previsto, all'art. 175, che le modifiche alle concessioni eventualmente operate dalle parti contrattuali "*non possono prevedere la proroga della durata della concessione*".

## **9. Il principio di libera amministrazione da coordinarsi con il rinvio operato alla parte II dall'art. 164, c. 2, del Codice.**

---

<sup>368</sup> Tale possibilità era contemplata anche dalla direttiva 2013/23/UE, al considerando n. 52, il quale afferma che "*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero sempre poter aggiudicare una concessione per un periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo*".

L'art. 166, periodo I, del Codice, rubricato “*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*”, coerentemente a con quanto affermato dall'art. 30 della direttiva 2014/23/UE, riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori ampia libertà di organizzare la procedura per la scelta del concessionario.

Detta libertà resta condizionata al rispetto delle disposizioni di cui alla parte III del Codice, le quali introducono talune garanzie procedurali e richiedono l'inserimento di contenuti minimali nel bando di concessione.

Prima di procedere all'analisi di tali peculiarità, si ritiene opportuno indagare su quale sia il rapporto intercorrente tra l'art. 166 che, come si è detto, riconosce alle pubbliche autorità ampia discrezionalità nell'organizzazione delle procedure di scelta del contraente, e l'art. 164, c. 2, del Codice, il quale, invece, in senso antitetico, parrebbe limitare tale libertà, richiedendo l'applicabilità alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori o servizi – seppur “*in quanto compatibili*” – delle disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

La libertà delle amministrazioni parrebbe dunque limitata dalle norme di parte I e di parte II.

Occorre pertanto domandarsi se una simile conclusione possa considerarsi compatibile con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche sancito dall'art. 166 del Codice, oppure se sia più corretto valutare la possibilità di interpretare la clausola di salvaguardia “*in quanto compatibili*” nel senso di ritenere applicabile alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici i

principi di carattere generale di cui le norme richiamate per rinvio sono espressione <sup>369</sup>.

Sembra deporre a favore di tale tesi l'art. 173, c. 1, del Codice, il quale afferma che *“le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30”*, articolo quest'ultimo che sancisce i principi da applicarsi per l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti di appalti e di concessione <sup>370</sup>.

Qualora si propendesse per tale indirizzo, si potrebbe altresì sostenere l'abbandono del principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti di concessione.

I più recenti indirizzi giurisprudenziali ritengono di non poter condividere la predetta ricostruzione, ritenendo al contrario che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione sia necessario applicare in modo puntuale - seppur previa valutazione della relativa compatibilità - le disposizioni di parte I e di parte II a cui rinvia l'art. 164, c. 2, del Codice, dovendosi considerare le stesse come *“un corpo normativo da trasportare dal settore degli appalti pubblici a quello delle concessioni?”* <sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> Come suggerito da G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit. p. 175, il quale afferma: *“Peraltro, nell'impianto normativo nazionale, detta “libertà” – riconosciuta dalla normativa comunitaria (art. 30, comma 1, direttiva 2014/23/UE) – potrebbe essere non indifferentemente condizionata dall'obbligo di applicazione, nei limiti di compatibilità, della disciplina in materia di appalti pubblici (art. 164, comma 2, d.lgs. n. 50/2016); ciò sempre che detta “compatibilità” non debba invece, in forza di quanto sopra previsto, limitarsi ai principi di cui le norme richiamate per rinvio sono espressione (o alle norme richiamate che sono espressione dei principi di cui all'art. 30)”*.

<sup>370</sup> Si ritiene opportuno riportare in particolar modo l'art. 30, c. 1, ove si legge: *“L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”*.

<sup>371</sup> Cfr. Tar Puglia - Lecce, sez. II, sentenza 27 ottobre 2017, n. 11670, il quale ritiene di non potersi accogliere la tesi difensiva della ricorrente che sosteneva che il richiamo alle norme in materia di appalti pubblici contenuto nei limiti della compatibilità sottraesse gli affidamenti dei contratti di concessione *“alla puntuale disciplina di ogni*

Dunque, seguendo tale indirizzo, la compatibilità delle disposizioni di parte I e di parte II dovrà essere valutata in riferimento alle norme di parte III, con le quali il legislatore disciplina in modo specifico taluni aspetti riferiti alle sole procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, norme che dovranno prevalere rispetto alle previsioni previste in materia di appalto qualora trattino in modo asimmetrico un medesimo aspetto <sup>372</sup>.

L'art. 166, periodo II, conclude nel riconoscere alle pubbliche autorità libertà di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, modalità che devono essere tali da garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Tale previsione, dunque, conferma l'esclusione dall'ambito d'interesse del Codice di qualsiasi questione attinente la scelta del modello a cui ricorrere per l'esecuzione dei lavori o la fornitura dei servizi.

Spetta all'amministrazione pubblica decidere se autoprodurre o esternalizzare e solo qualora si procedesse per tale seconda opzione troverà applicazione le regole dettate dal codice dei contratti pubblici a disciplina delle procedure di aggiudicazione.

## **10. Le previsioni di parte III del Codice sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.**

Le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione sono sottoposte al rispetto, oltre delle norme di parte I e II del Codice, anche alle norme di parte III poste a disciplina dei soli contratti di concessione.

---

*norma del codice dei contratti pubblici ed assoggettati invece ai principi di carattere generale (ed alle norme espressione degli stessi) di trasparenza, proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e ragionevolezza.”*

<sup>372</sup> E' questo l'indirizzo che traspare anche dalla lettura del parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato 1 aprile 2016, n. 855, pp. 166-167laddove, in commento all'art. 173, suggeriva al Governo di introdurre una clausola che derogasse espressamente la disciplina generale di parte II, onde meglio coordinare tale disposizione con il rinvio generale operato dall'art. 164, c. 4.

Tali norme introducono garanzie procedurali e richiedono l'inserimento nel bando di concessione di alcuni contenuti minimali.

È così previsto che nel bando di concessione, o nell'avviso di preinformazione, a cui può far seguito un invito a presentare offerta, ai sensi delle disposizioni di cui alla parte III <sup>373</sup>, la stazione appaltante:

- fornisca una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione (art. 171, c. 3, lett. a);
- fornisca l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenerne, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni (art. 171, c. 3, lett. b);
- fornisca una descrizione dei criteri di aggiudicazione <sup>374</sup> e, se del caso, i requisiti minimi ossia le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che ogni offerta deve soddisfare o possedere (art. 171, c. 3, lett. c);
- renda noti a tutti i partecipanti le modalità della procedura, i termini per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, e un termine indicativo per il suo completamento (Art. 171, c. 5);

---

<sup>373</sup> Cfr. il decreto legislatore 18 aprile 2016, n. 50, artt. da 165 a 173.

<sup>374</sup> Quanto ai criteri di aggiudicazione, l'art. 173, del Codice, sancisce che fermo restando l'applicazione dei principi di cui all'art. 30, "*e comunque in deroga all'articolo 95*", la stazione appaltante elenchi i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza. La possibilità per la stazione appaltante di elencare i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza è prevista altresì dall'art. 95 del Codice, pur essendo facoltà subordinata alla impossibilità oggettiva di procedere ad una loro ponderazione anche attraverso l'attribuzione di pesi e punteggi. Stante l'espressa previsione di deroga, deve ritenersi che, con riferimento alle concessioni, sia riconosciuta la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere all'elencazione dei criteri in ordine decrescente indipendentemente dall'impossibilità di ponderazione. La deroga operata dall'art. 173, del Codice, dunque, sarebbe limitata solamente a tale aspetto.

- fornisca la specificazione dei requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione (art. 170, c. 1) <sup>375</sup>;
- preveda obbligatoriamente che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalle società di progetto di cui all'art. 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione (art. 165, c. 5)<sup>376</sup>;
- preveda che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziari di manifestazione d'interesse a finanziare l'operazione,

---

<sup>375</sup> Tali requisiti possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti, a condizione che siano collegati all'oggetto del contratto e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. I requisiti tecnici e funzionali possono includere, sulla base delle richieste formulate dalle stazioni appaltanti, livelli di qualità, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima, progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso. A meno che non siano giustificati dall'oggetto del contratto, i requisiti tecnici e funzionali non fanno riferimento a una fabbricazione o provenienza determinata o a un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un determinato operatore economico, né a marchi, brevetti, tipi o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale riferimento è autorizzato, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto del contratto non sia possibile; un siffatto riferimento è accompagnato all'espressione "o equivalente". Le amministrazioni, comunque, non possono escludere un'offerta sulla base della giustificazione secondo cui i lavori e i servizi offerti non sono conformi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti nei documenti di gara, se l'offerente prova, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte con la propria offerta soddisfano in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali.

<sup>376</sup> Ai sensi del citato articolo, resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine rilasciate da operatori di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385. Nel caso di risoluzione, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando potrà altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale.

anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico finanziario (art. 165, c. 4);

- Preveda il diritto di subentro degli enti finanziatori in caso di risoluzione del rapporto concessionario per cause imputabili al concessionario (art. 176, c. 10);
- per le concessioni da affidarsi con procedura ristretta, possa prevedere che l'amministrazione possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione degli interessati (art. 165, c. 3) <sup>377</sup>.

Alla stazione appaltante è altresì riconosciuto la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti (art. 171, c. 7). La negoziazione non potrà comunque coinvolgere l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi, i quali devono considerarsi elementi immutabili del bando di concessione <sup>378</sup>.

Altra facoltà riconosciuta alla stazione appaltante è sancita all'art. 173, c. 3, il quale ammette, una volta ricevuta un'offerta che propone soluzioni innovative con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbero potute essere previste utilizzando l'ordinaria diligenza, la possibilità di modificare, in

---

<sup>377</sup> Ai sensi del citato articolo, non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'art. 18, legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'art. 33 della legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

<sup>378</sup> In tal caso, potrà trovare applicazione, in virtù dell'ampio rinvio operato alla parte II dall'art. 164, c. 2, del Codice, le previsioni di cui all'art. 62 a disciplina della procedura competitiva con negoziazione, purché ne sia previamente valutata la sua compatibilità.

via eccezionale, l'ordine dei criteri di aggiudicazione previsti dal bando per tenere conto di tale soluzione innovativa <sup>379</sup>.

Infine, in conformità alle previsioni europee, è riconosciuto alla stazione appaltante la possibilità di limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero i candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza.

## **11. I contratti misti di concessione**

Il legislatore, recependo gli artt. 20, 21 e 22 della direttiva 2014/23/UE, prevede una regolamentazione specifica da applicarsi nei confronti dei contratti misti di concessione, quelli aventi ad oggetto prestazioni di natura eterogenea, e come tali astrattamente suscettibili di determinare l'applicabilità di disposizioni procedurali differenti.

A tal proposito, l'art. 169 del Codice individua quali disposizioni occorrerà applicare nel caso di aggiudicazione di contratti misti di concessione, secondo metodologie analoghe a quelle previste nei contratti misti di appalto <sup>380</sup>.

Il contratto misto potrà avere ad oggetto sia lavori che servizi ovvero più servizi. Tale ultima ipotesi ricorre allorché il contratto abbia ad oggetto in parte servizi sociali ed in parte altri servizi specifici elencati nell'allegato IX.

Nel primo caso la disciplina applicabile è individuata in base al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto. Nel secondo caso, invece, l'oggetto principale dovrà essere determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi.

---

<sup>379</sup> In tal caso, è previsto che la stazione appaltante informi tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emette un nuovo invito a presentare offerte nel termine minimo di ventidue giorni. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione, nel rispetto del termine minimo di trenta giorni, la modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni.

<sup>380</sup> L'analogia è rilevata da F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, p. 385.

Dunque, “*l’oggetto principale*”, ossia la “prevalenza”, funzionale e/o economica di una prestazione rispetto ad un’altra, funge da criterio dirimente ai fini dell’individuazione del regime applicabile.

Il legislatore, all’art. 169 citato, introduce una disciplina differente a seconda che le “*parti*” di un determinato contratto siano oggettivamente separabili, ovvero siano oggettivamente non separabili, prevenendo, nel primo caso, l’applicazione dei commi 5, 6 e 9, mentre nel secondo caso l’applicazione dei commi 8 e 10.

Nonostante l’espressione “*parti*” del contratto non sia delle più chiare, deve ritenersi che l’impiego di tale locuzioni sia stata utilizzata dal legislatore per riferirsi alle diverse prestazioni che possono comporre il contratto misto di concessione.

La scelta di un’amministrazione aggiudicatrice di addivenire ad un contratto misto di concessione deve, all’evidenza, sorgere dalla necessaria connessione funzionale delle prestazioni giustapposte, e dall’utilità derivante allo stesso ente dalla congiunta acquisizione delle prestazioni medesime, segnatamente ad un unico interlocutore contrattuale <sup>381</sup>.

Il legislatore dedica altresì una parte a disciplina delle concessioni destinata all’esercizio di più attività.

## **12. La disciplina del subappalto.**

L’art. 174 del Codice, dando seguito all’art. 42 della direttiva 2014/23/UE, detta alcune norme specifiche in materia di subappalto nel settore delle concessioni.

Il subappalto è quel contratto mediante il quale il concessionario, così come individuato all’esito di una procedura ad evidenza pubblica, affida ad altro operatore terzo parte delle prestazioni che costituiscono oggetto del contratto di concessione.

---

<sup>381</sup> Come ben evidenziato da G. CASELLI, *Nuova disciplina dei contratti misti: una bussola per operatori*, in *Italiappalti.it*, 2016.

Il subappalto rientra tra le “*modalità di esecuzione*”. Le modalità di esecuzione dei contratti di concessione sarebbero disciplinate, in virtù del rinvio operato dall’art. 164, c. 2, del Codice, e fatta salva la clausola di salvaguardia “*per quanto compatibili*”, dalle disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del presente codice, nell’ambito del quale vi rientra l’art. 105 che reca la disciplina generale del subappalto.

Ciò nonostante, il legislatore all’art. 174 citato, precisa che “*alle concessioni in materia di subappalto si applica il presente articolo*”, limitando l’applicabilità dell’art. 105 “*alle [sole] disposizioni previste dai commi 10, 11 e 17*”. Non dovrà, pertanto, darsi applicazione agli altri commi che compongono il citato articolo, i quali dovranno considerarsi “incompatibili” con il regime concessionario.

Il subappaltatore è un soggetto terzo rispetto al concessionario. Ai sensi dell’art. 174, c. 2, non si considerano come “terzi” le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al c. 2 dell’art. 184.

La disciplina in materia di subappalto delle concessioni può essere scomposta in due momenti temporali. L’art. 174, infatti, è in parte dedicato alla disciplina degli adempimenti posti a carico dell’offerente, non ancora concessionario, affinché possa avvalersi dell’opera di subappaltatori in caso di aggiudicazione del contratto di concessione, ed, in altra parte, posta a disciplina degli aspetti inerenti la fase successiva alla stipulazione del contratto e più propriamente quelli attinenti l’esecuzione del subappalto.

Quanto al primo aspetto, l’art. 174, per le concessioni di lavori e servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, prevede l’obbligo in capo all’operatore che partecipata alla procedura di aggiudicazione di indicare già “*in sede di offerta*” una terna di nominativi di subappaltatori qualora ricorra una dei seguenti casi: a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione; b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una

terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni.

L'offerente ha altresì l'obbligo di dimostrare l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati in sede di offerta, di motivi di esclusioni di cui all'art. 80 del Codice, ed eventualmente provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica condotta dall'amministrazione abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione.

In caso di aggiudicazione, il concessionario potrà avvalersi esclusivamente dei subappaltatori indicati in sede di offerta. Questo, nel caso di concessioni di lavori e di servizi da fornire presso l'impianto sotto la supervisione della stazione appaltante, al più tardi entro l'inizio dell'esecuzione della concessione, è tenuto ad indicare alla stazione appaltante i dati anagrafici, i recapiti ed i rappresentanti legali dei subappaltatori coinvolti nei lavori o nei servizi in quanto noti al momento della richiesta. Il concessionario è, in ogni caso, tenuto a comunicare alla stazione appaltante ogni modifica di tali informazioni intercorsa durante la concessione, nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori successivamente coinvolti nei lavori o nei servizi. Tale disposizione non si applica ai fornitori.

Nel corso dell'esecuzione delle prestazioni, il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante ed è solidalmente responsabile con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente <sup>382</sup>.

Non senza senso non difforme da quanto previsto dal regime del contratto di appalto, è fatto divieto di subappalto "a cascata". Il legislatore, a tal

---

<sup>382</sup> Ai sensi dell'art. 174, c. 7, del Codice, qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori, sempre, in caso di microimprese e piccole imprese, e, per le altre, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore. Il pagamento diretto è comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore. In caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione sociale.

proposito, precisa che “*l’esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*”.

Viene poi giustamente osservato come, difformemente dalla disciplina dell’appalto, ed in conformità ai contenuti della direttiva 2014/23/UE <sup>383</sup>:

- non sono previsti limiti legali né qualitativi né quantitativi alla possibilità di eseguire le prestazioni oggetto di contratto tramite subappalto analoghi a quelli previsti per i contratti d’appalto dall’art. 105 del Codice <sup>384</sup>;
- non è espressamente previsto un regime autorizzatorio per la stipulazione dei contratti di subappalto.

### **13. Le modifiche dei contratti di concessione in corso di esecuzione**

L’art. 175 del Codice, in attuazione dell’art. 43 della direttiva 2014/23/UE, affronta la delicata tematica delle modificazioni dei contratti di concessione nel corso del loro periodo di efficacia, individuando le condizioni al ricorrere delle quali le amministrazione aggiudicatrice o gli enti aggiudicatore possono apportare modificazioni ai termini contrattuali, al fine di meglio adattare le disposizioni tecnico-finanziarie alle mutate circostanze del tempo, senza che ciò debba comportare lo scioglimento del contratto e l’avvio di una nuova procedura di aggiudicazione.

Il legislatore, dunque, assicura una certa flessibilità al rapporto contrattuale, giustificata dalla complessità delle operazioni normalmente di lunga durata, pur circoscrivendo l’utilizzo di tale strumento al rispetto di determinate condizioni, al fine di evitare che simili variazioni possano pregiudicare la concreta tutela

---

<sup>383</sup> G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit., si domanda se detti ulteriori vincoli debbano comunque discendere dal rinvio operato dall’art. 164, c. 2, del Codice alla disciplina del subappalto o se debbano comunque reputarsi incompatibili con il regime delle concessioni.

<sup>384</sup> Si interroga sulla possibile illegittimità dei limiti di cui all’art. 105 M. DI CARLO, *L’illegittimità del limite quantitativo al subappalto di contratto pubblico fra promozione della concorrenza e prevenzione della criminalità*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2017, a commento della sentenza di Corte di Giustizia, causa C-406/14, *Wroclaw*.

della concorrenza, che si estende anche al di là della fase di mera aggiudicazione del contratto <sup>385</sup>.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 175, c. 1, lett. a), le concessioni possono essere modificate, a prescindere dal loro valore monetario, qualora detta possibilità di variazione sia stata espressamente contemplata nei documenti di gara, attraverso l'utilizzo di clausole chiare, precise e inequivocabili, che abbiano fissato la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possano essere impiegate <sup>386</sup>.

Tali clausole, che dovranno risultare già nei documenti di gara, divenendo così fattori caratterizzanti della procedura di affidamento e, in quanto tali, oggetto di confronto concorrenziale <sup>387</sup>, non potranno comunque legittimare modifiche che alterino la natura generale della concessione <sup>388</sup>, ovvero prevedere la proroga della durata del contratto.

Quest'ultimo divieto, relativo alla proroga della durata del contratto di concessione, non era previsto dall'art. 43 della direttiva 2014/23/UE, ed è stato espressamente introdotto dalla legge delega con specifico riguardo alle sole

---

<sup>385</sup> La delicatezza della tematica è evidenziata da L. MICONI, *Le modifiche del contratto e le variazioni in corso d'opera nel d.lgs. 40/2016 tra vecchie e nuove criticità*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2017, il quale evidenzia come tale strumento possa essere “*impiegato in modo sistematico per azzerare ex post il ribasso di aggiudicazione*”; R. JUNIOR FLACCO, *La rinegoziazione in fase di esecuzione delle clausole contrattuali nei contratti ad evidenza pubblica: tra funzione proconcorrenziale della disciplina e natura paritetica del rapporto. Il caso della transazione extragiudiziale delle controversie*, in *Italiappalti.it*, 2016, p. 6, ulteriormente, evidenzia il rischio di utilizzo di tale strumento per “*eludere l'obbligo di aggiudicazione con evidenza pubblica*”.

<sup>386</sup> Sul punto, cfr. la direttiva 2014/23/UE, considerando n. 78: “*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione, ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire in quale misura possono esse previste modifiche alla concessione iniziale*”.

<sup>387</sup> G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 180 e ss.

<sup>388</sup> A titolo esemplificativo, la direttiva 2014/23/UE, considerando n. 76, ritiene che tale ipotesi possa verificarsi in caso di “*sostituzione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare con qualcosa di diverso, oppure attraverso un cambiamento sostanziale del tipo di concessione*”.

concessioni autostradali, anche se, invero, facendo riferimento, in quest'ultimo caso, “*alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione*”<sup>389</sup>.

Si tratta, dunque, di una disciplina di maggior rigore in funzione proconcorrenziale rispetto a quella prevista dalla direttiva europea concessioni<sup>390</sup>.

Infine, prima di procedere all'analisi di un'ulteriore ipotesi di modifica, occorre precisare che seppur l'art. 175, c. 1, lett. a), ammetta le modifiche “*a prescindere dal loro valore monetario*”, in virtù della precisazione operata dal comma 2 del citato articolo, l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non poter eccedere complessivamente il cinquanta per cento del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione.

La seconda ipotesi di modifica contemplata dall'art. 175, c. 1, lett. b) del Codice è prevista per i “*lavori o i servizi supplementari*” non previsti dalla concessione iniziale.

I lavori o i servizi supplementari, strettamente connessi all'oggetto principale della concessione, che si rendono necessari nel corso dell'esecuzione del contratto, possono essere affidati al concessionario originario, senza che ciò possa comportare all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, ove ricorrano contestualmente le seguenti condizioni:

- qualora venga dimostrato che un cambiamento del concessionario risulti un'ipotesi impraticabile per motivi economici e tecnici (quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale);

---

<sup>389</sup> Legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, c. 1, lett. III).

<sup>390</sup> G. SANTI, *Il partenariato*, op. ult. cit., p. 182, evidenzia come tale previsione parrebbe peraltro porsi in termini di dubbia compatibilità con quanto stabilito dall'art. 157, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 che prevede, anche nei contratti di concessione, “*forme di opzione*” e di “*altre forme, comunque denominate, di protrazione nel tempo degli effetti*” del contratto.

- qualora l'avvio di una nuova procedura di scelta del contraente per l'affidamento dei lavori o servizi supplementari possa comportare per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi.

Al ricorrere di tali condizioni, e fermo restando il limite all'aumento di valore previsto dall'art. 175, c. 2, del Codice, sono ammesse modificazioni del contratto di concessione iniziale sotto il profilo oggettivo.

La terza ipotesi di modifica è prevista dall'art. 175, c. 1, alla lett. c). Si tratta, ancora una volta, di una modifica del profilo oggettivo del contratto di concessione. In particolare è previsto che qualora determinate circostanze, non prevedibili dall'amministrazione utilizzando l'ordinaria diligenza, abbiano fatto sorgere la necessità di modificare il regolamento negoziale, ciò sarà possibile a condizione che la modifica non alteri la natura generale della concessione.

Potranno considerarsi “*imprevedibili*” le circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile <sup>391</sup>.

Anche per tale ipotesi vige il limite quantitativo del valore complessivo delle modificazioni non superiore al cinquanta per cento del valore della concessione <sup>392</sup>.

Le stazioni appaltanti che hanno proceduto ad una modifica della concessione ricorrendo le situazioni di cui al comma 1, lett. b) e c), sono tenute a pubblicare, conformemente a quanto disposto dall'art. 72, un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, contenente le informazioni di cui allegato XXV.

---

<sup>391</sup> V. direttiva 2014/23/UE, considerando n. 76.

<sup>392</sup> Detto limite, di cui all'art. 175, c. 2, trova applicazione per le ipotesi sinora descritte fatto eccezioni per quelle concessioni avente ad oggetto attività di cui all'allegato II del codice.

La quarta ipotesi è prevista dall'art. 175, c. 1, lett. d), il quale ammette modifiche del rapporto negoziale sotto il profilo soggettivo.

Nello specifico, è previsto che un nuovo concessionario possa sostituire quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione, senza doversi dar avvio ad una nuova procedura di aggiudicazione, purché ricorra una delle seguenti ipotesi:

- tale possibilità fosse stata contemplata nella documentazione di gara in clausole “*chiare, precisa e inequivocabili*” di cui alla già esaminata lettera a), stesso articolo;
- qualora il nuovo operatore economico succeda al concessionario iniziale, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza. È comunque richiesto che il nuovo operatore soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente e che tale modifica non comporti una variazione sostanziale del contratto onde scongiurare operazioni finalizzate ad eludere l'applicazione del codice, e comunque fatto salvo l'autorizzazione del concedente ove richiesta sulla base della regolazione di settore.
- qualora la stazione appaltante si assume gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Come quinta ipotesi, l'art. 175, c. 1, lett. e) ammette quelle modifiche che, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali. Vengono considerate come “*sostanziali*”, e dunque tali da richiedere l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, le modifiche che alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. Per espressa previsione legislativa, devono considerarsi essenziali:

- le modifiche che introducono condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati o di offerenti diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

- le modifiche che alterano l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- le modifiche che estendono notevolmente l'ambito di applicazione della concessione
- qualora il nuovo concessionario sostituisca quelli cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione nei casi diversi da quelli previsti al comma 1, lett. d) dell'articolo in esame.

Come ipotesi conclusiva, a prescindere da ogni altro presupposto, ai sensi dell'art. 175, c. 4, sono ammesse le modifiche che, senza verificare se siano rispettate le condizioni di cui al comma 7, lett. da a) a d), comportano una variazione del contratto che sia al contempo al di sotto dei valori di cui alla soglia comunitaria, e comunque inferiore al dieci per cento del valore della concessione iniziale.

#### **14. Lo scioglimento del contratto di concessione**

La disciplina dettata dal legislatore in materia di cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento del contratto è in parte già stata trattata nel corso della indagine relativa alla natura giuridica della concessione.

Fatto salvo quanto già detto in precedenza, l'art. 176 del Codice individua le condizioni, già previste dall'art. 44 della direttiva 2014/23/UE, che giustificano da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori l'esercizio dell'autotutela c.d. pubblicistica nella forma dell'annullamento d'ufficio.

A seguito delle modifiche operative dall'art. 104 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, all'art. 176 del Codice, l'esercizio del potere di autotutela è divenuto facoltativo, e non più obbligatorio, in coerenza con l'assetto nazionale dell'autotutela provvedimentoale, sempre discrezionale, risultando necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza

di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, fatto eccezione – come si vedrà - per il limite temporale <sup>393</sup>.

Le condizioni che giustificano l'esercizio dei poteri di autotutela nella forma dell'annullamento d'ufficio sono individuate dal legislatore, il quale, riproducendo pedissequamente le ipotesi di cui all'art. 44 della direttiva 2014/23/UE, afferma che *“la concessione può cessare, in particolare, quando”*:

- a) il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80;
- b) la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- c) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 175, comma 8.

Ci si potrebbe domandare se l'elencazione delle condizioni proposta dal legislatore debba essere interpretata come tassativa ovvero esemplificativa. Il dubbio sorge in virtù dell'espressione utilizzato tanto dal legislatore nazionale, quanto dal legislatore europeo, *“la concessione cessa, in particolare”* che pare essere utilizzata come forma di esortazione all'esercizio di un potere di autotutela discrezionale, senza precludere all'amministrazione la possibilità di esercitare poteri di autotutela al ricorrere di vizi di legittimità differenti da quelli espressamente elencati. D'altronde, anche l'analoga disposizione prevista dalla direttiva 2014/24/UE in materia di risoluzione dei contratti di appalto prescrive al legislatore nazionale di riconoscere alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di risolvere il contratto *“almeno”* nelle ipotesi dallo stesso tassativamente elencate <sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> L'art. 104 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha disposto modifiche all'art. 176 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, affermando che *“1. All'articolo 176 del decreto legislativo 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modifiche: all'alinea, le parole “La concessione cessa” sono sostituite dalle seguenti: “Fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, concessione può cessare, in particolare,”.*

<sup>394</sup> Cfr. art. 73, direttiva 2014/23/UE.

Tuttavia, mentre l'autotutela esercitata al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 176, c. 1, del Codice, è sottratta dal rispetto del limite temporale di cui all'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'autotutela esercitata per altre ragioni d'interesse pubblico sarà, invece, sottoposta al rispetto dell'intera disciplina generale, tra cui il termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi.

Si tratterebbe di un annullamento officioso disposto dopo la stipulazione del contratto, ragione per cui il legislatore regola altresì le sorti del rapporto, con particolare riferimento agli aspetti patrimoniali. In particolare, solo qualora l'annullamento sia stato disposto a seguito di un "*vizio non imputabile al concessionario*", ai sensi dell'art. 176, c. 3, citato, dovrà essere riconosciuto al concessionario:

- il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso d'interesse; ù
- un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

Dette somme sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'art. 185, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

Il pagamento delle sopracitate somme spettano al concessionario anche in caso di risoluzione del contratto di concessione per inadempimento imputabile

all'amministrazione aggiudicatrice oppure in caso di revoca per motivi di pubblico interesse.

La revoca del contratto deve ritenersi sia sottoposta – nonostante non sussista uno specifico rinvio - al rispetto della disciplina generale prevista dall'art. 21-*quinques* legge 7 agosto 1990, n. 241, con la sola differenza che, per espressa disposizione codicistica di cui all'art. 176, c. 6, del Codice, l'efficacia della stessa sarà sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione o dell'ente aggiudicatore delle somme di cui al comma 3 dell'articolo in esame.

In tutti i casi in cui il rapporto concessorio cessi per causa non imputabile al concessionario, a quest'ultimo il legislatore riconosce il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle sopracitate somme per il tramite del nuovo subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unicamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi.

La risoluzione della concessione per inadempimento del concessionario è, invece, disciplinata dall'articolo 1453 in virtù dell'espreso rinvio operato dall'art. 176, c. 7, del Codice. Resta, tuttavia, da chiarire se, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno spettante all'amministrazione, al concessionario spetti quantomeno il rimborso delle spese sostenute, nei limiti dell'arricchimento dell'amministrazione. La mancata precisazione potrebbe essere foriera di contenzioso tra le parti del rapporto.

In caso di risoluzione per inadempimento del concessionario, oppure, più genericamente, in caso di risoluzione della concessione per cause imputabili al concessionario, la stazione appaltante comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto affinché sia loro consentita, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, la possibilità di indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata

affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.

Prima delle modifiche apportate dal Codice dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, il subentro, ai sensi dell'art. 176, c. 10, era, salvo le ipotesi di modificazione soggettiva ammesse dall'art. 175, c. 5, lett. d), “*limitato al tempo necessario per l'espletamento di una nuova procedura di gara*”. Ciò era coerente alle previsioni di cui alla direttiva 2014/23/UE ove era evidenziata la necessità di subordinare l'aggiudicazione ad una nuova procedura di affidamento anche nell'ipotesi in cui il contratto fosse stato risolto in dipendenza di inadempimento del concessionario <sup>395</sup>.

La citata previsione è stata tuttavia abrogata dall'art. 104 del decreto correttivo. Pertanto, nonostante permangono taluni dubbi circa la compatibilità di tale disposizioni alla direttiva europea, allo stato attuale la disciplina nazionale ammette che, previo consenso della stazione appaltante, l'operatore subentrante al concessionario originario, così come indicato dagli enti finanziatori, possa proseguire nell'esecuzione della concessione.

Infine, in virtù del rinvio operato dall'art. 30 del Codice alle norme del codice civile, tra le ipotesi che possono determinare la cessazione del rapporto concessionario occorrerà altresì menzionare la risoluzione per impossibilità e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta rispettivamente disciplinate dagli artt. 1463 e 1467 del codice civile.

## **15. L'obbligo di esternalizzazione mediante procedura ad evidenza pubblica.**

L'art. 177 del Codice costituisce coerente, ma parziale, recepimento del punto iii) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 <sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Come evidenziato dal *G. Santi, Il partenariato*, op. ult. cit., p. 187, commentando il considerando n. 77 della direttiva 2014/23/UE.

<sup>396</sup> Ai sensi dell'art. 1, c. 1, decreto legislativo 28 gennaio 2016, n. 11, il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici, nel rispetto dei seguenti criteri: [...] “*iii) obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già*

Il citato articolo, comma 1, ha espressamente previsto l'obbligo per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici (già esistenti o di nuova aggiudicazione) di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica.

Il suddetto obbligo sono incombenti unicamente nei confronti dei concessionari le cui rispettive concessioni, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non siano state affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea. Sono, dunque, escluse dall'obbligo di esternalizzazione di cui all'art. 177 del Codice le concessioni già in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto o con procedura di gara ad evidenza pubblica.

Tra i soggetti obbligati vi rientrano certamente anche i concessionari autostradali.

Per le concessioni che ricadono nell'ambito del citato articolo, è previsto un periodo transitorio di adeguamento di ventiquattro mesi: *“le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice”*.

---

*esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, nonché modalità di verifica del rispetto di tali previsioni affidate anche all'ANAC, introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità e prevedendo, per le concessioni già in essere, un periodo transitorio di adeguamento non superiore a ventiquattro mesi ed escludendo dal predetto obbligo unicamente le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto e le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento di contratti di appalto vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge”*.

Quest'ultima previsione transitoria e, in particolare, l'espressione “*entro ventiquattro mesi*” è stata oggetto di differenti interpretazioni <sup>397</sup>.

Per un primo indirizzo, il termine di ventiquattro mesi sarebbe dovuto essere interpretato come un termine iniziale, nel senso che l'obbligo sarebbe dovuto diventare operativo solo dopo ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice <sup>398</sup>. Altro indirizzo, invece, da ritenersi maggioritario, ritiene che la formulazione letterale della norma conduca univocamente alla conclusione secondo cui l'obbligo di evidenza pubblica sia immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi debba considerarsi un termine finale, “entro” (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara <sup>399</sup>.

Il legislatore riconosce che la restante parte della concessione, non superiore al 20% possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

L'art. 177, c. 3, affronta il delicato tema delle verifiche del rispetto delle quote di cui al comma 1. Ai sensi del citato comma, la verifica del rispetto del limite è devoluta ai “*soggetti preposti*” – non meglio specificati - ed all'ANAC, periodicamente con cadenza annuale, secondo le modalità indicate da quest'ultima in apposite linee guida. A tal proposito, è previsto che qualora all'esito delle verifiche siano riscontrati ripetuti squilibri rispetto al limite indicato dal legislatore il concedente applichi una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

---

<sup>397</sup> Tratta l'argomento G. CASAMASSIMA, *Il fatto tempo nell'applicazione dell'art. 177 del nuovo codice appalti*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2017.

<sup>398</sup> TAR Veneto – Venezia, Sez. II, n. 279/2017.

<sup>399</sup> Consiglio di stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3703.

## **16. Le norme in materia di concessione autostradali e il relativo regime transitorio.**

La parte III del Codice si conclude con l'art. 178 che reca un particolare regime transitorio per le concessioni autostradali scadute o di prossima scadenza.

Invero, in attuazione dei punti della legge delega n. 11/2016 di cui alle lett. III) e mmm), l'articolo in esame non introduce solo un regime transitorio per l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o prossime alla scadenza alla data di entrata in vigore del codice, bensì anche un regime ordinario di avvio tempestivo delle procedure ad evidenza pubblica per le nuove concessioni autostradali.

A tal proposito, l'art. 178, del Codice contempla talune previsioni poste a disciplina delle concessioni autostradali scadute; altre a disciplina di quelle di prossima scadenza, dovendosi ulteriormente distinguere tra quelle la cui scadenza avvenga nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del codice e quelle la cui scadenza sia inferiore a ventiquattro mesi alla data di entrata in vigore del codice; altre, ancora, applicabili a tutte le concessioni autostradali a prescindere dalla data di scadenza.

Quanto alla prima tipologia di concessioni autostradali, ossia quelle già scadute dalla data di entrata in vigore del Codice, il legislatore sancisce la regola dell'affidamento secondo le regole di evidenza pubblica previste dalla parte III del Codice, fermo restando la possibilità per l'amministrazione di affidamento *in house* <sup>400</sup>. In tale circostanza, ai sensi del comma 1, del citato articolo, il concedente che non vi abbia ancora provveduto procede alla “*predisposizione*” del bando di gara per l'affidamento della concessione nel termine perentorio di sei

---

<sup>400</sup> Ai sensi dell'art. 178, c. 1, ove l'amministrazione proceda all'affidamento *in house*, le procedure di affidamento devono concludersi entro trentasei mesi dall'entrata in vigore del codice.

mesi dalla predetta data <sup>401</sup>. Nelle more della procedura di scelta, i reciproci obblighi sono regolati sulla base delle originarie condizioni contrattuali.

Un termine perentorio non è invece previsto per le concessioni la cui scadenza sia prevista nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del codice, neppure per quelle la cui scadenza sia inferiore ai ventiquattro mesi dalla suddetta data. Per le prime di queste, il legislatore richiede semplicemente al concedente di avviare (*“il concedente avvia”*) la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni della Parte III del Codice, facendo sempre salva la possibilità di procedere ad affidamento *in house*. Per le seconde, invece, quelle la cui scadenza sia inferiore ai ventiquattro mesi, si richiede che la procedura sia *“indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori”*. Invero, quest'ultima necessità potrebbe essere estesa anche alle concessioni di scadenza superiore ai ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del Codice.

Al di fuori di queste eccezionali ipotesi, tutte accomunate dal fatto di prevedere una scadenza ravvicinata rispetto alla data di entrata in vigore del Codice, il regime ordinario previsto dall'art. 178, c. 4, del Codice, richiede al concedente di avviare la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale, in conformità alle disposizioni della Parte III del presente codice, entro il termine – non qualificato come perentorio - di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento *in house*; precisando, ulteriormente, al successivo comma 5, che nell'ipotesi in cui la procedura di gara non si sia conclusa entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario

---

<sup>401</sup> Con riferimento alla previsione di cui all'art. 178, c. 1, del Codice, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782, per incrementare l'efficacia della norma, aveva suggerito al Governo di sostituire la parola *“predisposizione”* con la parola *“pubblicazione”* richiedendo, dunque, che il bando non fosse solo predisposto ma anche pubblicato entro il termine perentorio. Tale suggerimento non è stato recepito dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56. Pertanto, deve ritenersi che il termine perentorio sia fissato unicamente per la predisposizione, potendo la pubblicazione essere effettuata anche oltre il suddetto termine.

uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione – con esclusione della straordinaria amministrazione – fino al trasferimento della gestione.

Il concedente, entro il suddetto termine di ventiquattro mesi, oltre ad avviare la procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo concessionario, è altresì tenuto ad effettuare in contraddittorio con il concessionario uscente, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordinare, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente <sup>402</sup>.

L'art. 178 regola altresì l'ipotesi in cui il concessionario uscente non abbia ancora ammortizzata alla scadenza della concessione alcune opere già eseguite. In tal caso, si riconosce a quest'ultimo il diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori.

Per tutte le concessioni autostradali, vale il divieto di affidamento facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183, del Codice, riguardo alla finanza di progetto.

In conclusione, preme far notare l'assenza di conseguenze e sanzioni in caso di inosservanza del termine, con l'effetto che l'obbligo di predisposizione o di avvio della procedura rischia di essere svuotato nel contenuto.

---

<sup>402</sup> La Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782, evidenzia la necessità che la verifica dello stato tecnico della infrastruttura preceda la predisposizione e la pubblicazione del nuovo bando onde consentire ai concorrenti alla nuova gara di avere accesso a tutte le informazioni rilevanti sullo stato tecnico dell'infrastruttura. Aver previsto termini disallineati avrebbe avuto l'effetto pratico che degli elementi emersi dalla verifica sullo stato tecnico non si sarebbe potuto dar conto nella predisposizione del nuovo bando determinandosi così una asimmetria informativa tra concessionario uscente che partecipa alla nuova gara ed altri concorrenti.

## CAPITOLO

### VI

#### LA VIGILANZA SULLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA E SULL'ECONOMICITÀ DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. Le autorità competenti: il quadro generale – 3. L'autorità nazionale anticorruzione – 4. La funzione di vigilanza dell'Autorità – 4.1. Gli ambiti sottoposti a vigilanza – 4.2. La vigilanza collaborativa

#### 1. Premessa

Come si è già avuto modo di evidenziare, il legislatore europeo ha richiesto agli Stati membri di provvedere ad individuare “una o più autorità o strutture” a cui demandare il controllo della corretta ed efficace applicazione della norme dettate in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione <sup>403</sup>.

Un'analoga richiesta era già stata avanzata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le quali esortavano gli Stati membri a demandare compiti di monitoraggio e controllo della corretta applicazione delle legislazione ad “un'agenzia indipendente” appositamente designata o istituita <sup>404</sup>.

La medesima esigenza fu avvertita molti anni prima dalla Commissione europea nel *Libro verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea* del 27 novembre 1996, la quale, nel proporre di valutare la possibilità di operare un “monitoraggio sugli appalti pubblici” in quanto “strumento atto a prevenire i problemi ovvero a scoprire eventuali inadempimenti”, riteneva non più procrastinabile l'istituzione nei singoli paesi membri di autorità indipendenti di regolazione e vigilanza a tutela dei mercati dei contratti pubblici <sup>405</sup>.

Ed, ancor prima, nel “Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato”, conosciuto anche come “Rapporto Giannini”, si segnalava la necessità di

---

<sup>403</sup> Cfr. art. 45, direttiva 2014/23/UE

<sup>404</sup> cfr. art. 72, direttiva 2004/17/CE; art. 81, direttiva 2004/18/CE.

<sup>405</sup> *Libro verde Gli appalti pubblici nell'unione europea, spunti di riflessione per il futuro*, Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 novembre 1996, p. 22.

dar vita ad un'autorità nazionale a promozione dell'efficienza dell'azione pubblica nel settore dei contratti pubblici <sup>406</sup>.

Come noto, a fronte di tali necessità, già nell'anno 1994, l'art. 4 della “*nuova legge quadro in materia di lavori pubblici*” istitutiva l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici a cui era demandato il compito di vigilare sull'osservanza dei principi e delle norme dettate in materia<sup>407</sup>.

Con l'avvento del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici fu ridenominata in Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture <sup>408</sup>.

Ad opera del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, l'AVCP è stata soppressa e le relative funzioni sono state trasferite all'Autorità nazionale anticorruzione.

Prima di analizzare le ampie funzioni attribuite all'ANAC nel settore dei contratti pubblici, preme precisare come tale settore possa coinvolgere una pluralità di autorità indipendenti poste a tutela di diversi interessi.

Si vedrà, infatti, come l'ANAC sia solo una delle più autorità indipendenti che sono state istituite a garanzia del corretto funzionamento del mercato.

## **2. Le Autorità competenti: il quadro generale**

L'ANAC vigilanza sulla regolarità delle procedure ad evidenza pubblica promosse dalle stazioni appaltanti per l'affidamento di contratti pubblici, ivi compresi i contratti di concessione di servizi, estendendo la propria competenza anche alla fase negoziale onde accertare l'economicità dell'esecuzione dei contratti ed appurare che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario.

Preliminarmente all'analisi di tale Autorità e delle proprie ampie funzioni, preme evidenziare come il settore dei contratti pubblici risulti potenzialmente

---

<sup>406</sup> Come sottolineato da G. PIPERATA, *L'attività di garanzia*, cit., p. 34.

<sup>407</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 4

<sup>408</sup> V. decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, art. 6.

in grado di coinvolgere una molteplicità di interessi la cui tutela si suole ricondurre ad una pluralità di Autorità indipendenti.

Tra le Autorità che possono intervenire in tale settore è possibile menzionare:

- l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con legge 10 ottobre 1990, n. 287, per ciò che attiene i profili di tutela e promozione della concorrenza;
- l'Autorità di regolazione dei trasporti, istituita con decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, competente per la regolazione nel settore dei trasporti, l'accesso alle relative infrastrutture ed ai servizi accessori, la definizione dei livelli di qualità dei servizi di trasporto e dei contenuti minimi dei diritti che gli utenti possono rivendicare nei confronti dei gestori;
- l'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico, istituita con legge 14 novembre 1995, n. 481, con il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione del servizio dell'energia elettrica, del gas e del sistema idrico con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo
- l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con legge 31 luglio 1997, n. 249, a cui competono funzioni di regolazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo, dell'editoria e, più recentemente, delle poste.

La convivenza di più autorità che convergono la propria azione in dato settore e che risultano parimenti legittimate ad intervenire può dar luogo a interferenze fra le rispettive attribuzioni facendo sorgere la necessità di procedere ad una più chiara delimitazione dei rispettivi ambiti di competenza.

Si pensi al potere dell'Autorità di regolazione dei trasporti di definire gli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi di trasporto e delle convenzioni da inserire nei capitolati che risulta analogo a quello attribuito

all'ANAC a cui compete la predisposizione dei bandi tipo che dovranno essere adottati dalle stazioni appaltanti <sup>409</sup>.

Lo stesso dicasi per le funzioni svolte dall' ANAC e dall'AEEGSI che risultano tra loro integrabili, perseguendo interessi convergenti in relazione all'attuazione e alla corretta applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione.

Nel contempo anche l'AGCM, nella sua funzione di vigilanza sul corretto andamento dei mercati, ha sempre prestato la massima attenzione all'esigenza di evitare la presenza di fenomeni anticoncorrenziali nel settore degli appalti e delle concessioni.

Senza dimenticare che, a seguito delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, l'ANAC è stata investita di un potere non dissimile a quello attribuito ad altre Autorità indipendenti.

Il potere di impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi

---

<sup>409</sup> Ai sensi dell'art. 37, c. 2, lett. f) e g), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'ART è competente “f) a definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici;; con riferimento al trasporto ferroviario regionale, l'Autorità verifica che nei relativi bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali e specificamente che la disponibilità del materiale rotabile già al momento della gara non costituisca un requisito per la partecipazione ovvero un fattore di discriminazione tra le imprese partecipanti.. In questi casi, all'impresa aggiudicataria è concesso un tempo massimo di diciotto mesi,, decorrenti dall'aggiudicazione definitiva,, per l'acquisizione del materiale rotabile indispensabile per lo svolgimento del servizio; g)con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività a cadenza quinquennale per ciascuna concessione;; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione;; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni;; a definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto”. Nel contempo, ai sensi dell'art. 213, c. 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, “l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”.

stazione appaltante, qualora essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, attribuito all'ANAC ai sensi dell'art. 211, c. 1-*bis*, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è analogo a quello riconosciuto all'AGCM dall'art. 23-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché simile a quello assegnato all'ART dall'art. 37, c. 2, lett. n) della legge 22 dicembre 2011, n. 214 <sup>410</sup>.

Tutto ciò a dimostrazione del fatto che in un unico ampio settore, quale è quello dei contratti pubblici, in grado di coinvolgere una pluralità di aspetti e di interessi, possono convergere le funzioni di diverse autorità indipendenti dotate di competenze non sempre limitate oggettivamente a singoli comparti, in quanto poste a tutela di specifici interessi di portata generale.

Sorge così l'esigenza di individuare meccanismi che possano prevenire possibili conflitti di competenza e che risultino idonei a garantire il coordinamento delle azioni dei diversi operatori a contemporanea salvaguardia degli interessi di cui le Autorità amministrative si fanno portatrici di tutela.

In passato il problema si era posto con riguardo:

- al settore dei servizi finanziari, in relazione al quale era venuta in rilievo la necessità di definire gli ambiti di competenza rispettivamente propri dell'AGCM e della CONSOB;
- al settore del credito, con conseguente necessità di delimitare le competenze dell'AGCM e della Banca d'Italia;

---

<sup>410</sup> L'art. 211, c. 1-bis, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, afferma che "L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". L'art. 21-bis, c. 1, legge 10 ottobre, n. 287, recita: "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato". Ed infine per ciò che concerne il potere di impugnazione dell'ART, vedasi l'art. 36, c. 2, lett. n) del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27 il quale afferma "con riferimento alla disciplina di cui alla lettera m), l'Autorità può ricorrere al tribunale amministrativo regionale del Lazio".

- infine, al settore delle comunicazioni elettriche, in merito alla delimitazione delle competenze spettanti all'AGCM e all'AGCOM.

Nel settore dei contratti pubblici, già l'AVCP aveva concluso protocolli d'intesa con diverse Istituzioni onde garantire un coordinamento degli interventi ogniqualvolta fossero emerse questioni di interesse comune a più autorità indipendenti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al protocollo di intesa concluso tra l'AVCP e la CIVIT, le quali, ritenendo che *“forme di collaborazione nello svolgimento delle attività e delle funzioni assegnate dalla normativa vigente possono garantire un migliore perseguimento delle funzioni medesime a vantaggio della trasparenza dell'azione amministrativa, nonché del rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, accessibilità totale, correttezza, libera concorrenza e parità di trattamento”*, avevano convenuto di provvedere alla definizione di meccanismi di coordinamento e di confronto che si sostanziano nello scambio sistematico di informazioni e nell'adozione di eventuali atti congiunti <sup>411</sup>.

Tale pratica è stata proseguita dall'ANAC, la quale, avvertendo la descritta esigenza, ha provveduto alla stipulazione di diversi protocolli di intesa.

L'Autorità ha stipulato protocolli di intesa con l'Autorità di regolazione dei trasporti <sup>412</sup>, nonché con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato <sup>413</sup>, ed, infine, con l'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico <sup>414</sup>.

Quanto al primo protocollo, l'ANAC ha definito con l'ART modalità di collaborazione nella predisposizione dei bandi di gara e delle relative convenzioni nel settore dei trasporti.

Le Autorità citate cooperano attraverso lo scambio reciproco di documenti, dati e informazioni utili allo svolgimento delle rispettive funzioni, nonché procedendo alla costituzione di tavoli tecnici e gruppi di lavoro, al fine di

---

<sup>411</sup> Cfr. il protocollo di intesa concluso, in data 6 novembre 2012, tra l'AVCP e la CIVIT.

<sup>412</sup> Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e ART in data 20 novembre 2014

<sup>413</sup> Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e AGCM in data 11 dicembre 2014

<sup>414</sup> Protocollo di intesa sottoscritto tra ANAC e AEEGESI in data 21 novembre 2014.

pervenire ad interpretazioni condivise in ordine ai settori di rispettiva competenza.

Quanto al secondo protocollo, sono previste forme di cooperazione che si sostanziano in reciproche segnalazione: da un lato, è previsto che l'AGCM segnali all'ANAC presunti fenomeni di alterazione delle regole e delle procedure di gara che emergono nel corso di procedimenti istruttori avviati dall'AGCM riguardanti ipotesi di collusione tra imprese per la partecipazione ad appalti pubblici o nel corso della propria attività istituzionale; dall'altro, è previsto che l'ANAC segnali ad AGCM, compatibilmente con eventuali indagini dell'Autorità giudiziaria, di presunti fenomeni collusivi di cui emerga notizia nel corso dello svolgimento della propria attività o in seguito a specifiche segnalazioni di imprese o stazioni appaltanti.

Infine, l'ultimo dei citati protocolli, stipulato per garantire la corretta attuazione e applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione nei settori regolati dall'AEEGSI, permette alle Autorità di collaborare mediante il generale coordinamento degli interventi istituzionali, nonché attraverso lo scambio reciproco di segnalazioni, avvisi e pareri.

I protocolli di intesa, dunque, evidenziano la necessità di dialogo e confronto onde garantire l'armonizzazione degli interventi frutto di scelte condivise

Nel paragrafo successivo si procederà ad esaminare l'Autorità nazionale anticorruzione, alla quale, come si è detto, competono ampie funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici.

### **3. L'autorità nazionale anticorruzione.**

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, ha riversato in capo all'ex Commissione indipendente per la valutazione, l'indipendenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni (CIVIT), ridenominata Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi anche "Autorità", o "ANAC"), un ampio

ventaglio di funzioni, molte delle quali ereditate dalla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP). Nel settore dei contratti pubblici, infatti, l'Autorità vigila, controlla, regola, punisce ed esprime pareri su questioni controverse, al riparo da influenze del potere politico, al fine di prevenire e contrastare l'illegalità e la corruzione.

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in recepimento delle direttive europee 2014/23-24-25/UE, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi sanciti dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, così come integrato e corretto dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha ampliato le capacità di intervento dell'Autorità riconoscendole poteri d'intervento più ampi rispetto a quelli attribuiti all'*ex* AVCP <sup>415</sup>. Il presente contributo si propone di esaminare la vigilanza dell'ANAC sui contratti pubblici, nonché gli atti per mezzo dei quali tale funzione si estrinseca. Inoltre, sarà approfondito il rapporto intercorrente tra l'attività di vigilanza e le altre funzioni dell'Autorità tra cui quella di regolazione nonché quella consultiva.

#### **4. La funzione di vigilanza dell'Autorità.**

L'ANAC eredita le funzioni di vigilanza e di controllo in origine attribuite all'*ex* Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, art. 19 <sup>416</sup>, infatti, oltre a decretare la decadenza degli organi di vertice, ha disposto la soppressione dell'AVCP ed il trasferimento delle relative funzioni all'ANAC<sup>417</sup>. A seguito del riordino operato

---

<sup>415</sup> Sul ruolo e sulle funzioni dell'Autorità, v., da ult., anche per richiami, R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016; G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, pp. 29-59; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016, p. 500 ss., e gli AA. che saranno menzionati *infra* su specifici profili.

<sup>416</sup> Il decreto legge è stato convertito in legge 11 agosto 2014, n. 144.

<sup>417</sup> R. CANTONE, C. BOVA, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2016, pp. 116-176; ma si veda anche R. CORRADINO, I. LINCESSO,

da tale decreto, dunque, l'Autorità risulta investita della vigilanza e del controllo sui contratti pubblici, ivi compresi anche le concessioni.

Ma, prima di procedere alla disamina degli ambiti sottoposti a vigilanza e controllo, ci si soffermerà sul significato giuridico delle predette espressioni, valutando, dunque, se trattasi o meno di termini suscettibili di autonomia concettuale. Tradizionalmente, l'espressione "vigilanza" era utilizzata per identificare il controllo di legittimità, mentre il termine "tutela" era associato al controllo di merito <sup>418</sup>. Così, "vigilanza" e "tutela" risultavano ambedue *species* di controllo <sup>419</sup>. Tale tesi risulta ancora oggi largamente condivisa <sup>420</sup>.

Sembra tuttavia che, nel settore dei contratti pubblici, la lotta alla corruzione – e la constatata inadeguatezza dei soli strumenti repressivo penali a contrastare il dilagare del fenomeno corruttivo <sup>421</sup> - abbiano modificato la concreta

---

*La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni ad ANAC*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 15 ss.

<sup>418</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 326, afferma che "è curioso constatare che da noi gli unici tipi di controllo che hanno un nome proprio sono la vigilanza (controllo di legittimità sugli atti e controllo giuridico sull'attività di servizio), e la tutela (controllo di opportunità sugli atti)"; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1989, p. 6, afferma che "il controllo di legittimità prende comunemente il nome di vigilanza"; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Tomo I, Napoli, 1989, p. 591, definitiva il "controllo di legittimità o di vigilanza" quell'attività volta a sindacare l'atto alla stregua delle norme di diritto.

<sup>419</sup> U. FORTI, *Vigilanza e tutela amministrativa*, in *Enciclopedia Italiana*, 1937, p. 6, afferma che "vigilanza e tutela corrispondono a due categorie, costituenti una possibile bipartizione dei controlli, rispettivamente rivolti alla legittimità o all'opportunità dell'atto contratto", controlli che "l'autorità centrale e sovrana esercitava sugli enti pubblici minori"; L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984, p. 38, evidenziava, inoltre, che mentre la "vigilanza" era posta a presidio dell'interesse generale (*rectius*: rispetto dell'ordinamento statale), la "tutela", invece, rappresentava strumento di garanzia del corretto perseguimento degli interessi pubblici particolari.

<sup>420</sup> R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, op. cit., Roma, 2015, p. 1362, osserva che i controlli di legittimità, volti a verificare la conformità dell'atto al diritto oggettivo, sono "posti in essere nell'esercizio di poteri di vigilanza", mentre i controlli di merito, finalizzati a scongiurare l'adozione di un provvedimento inopportuno nel merito, sono "posti in essere nell'esercizio di poteri di tutela".

<sup>421</sup> Il decreto legge 24 giugno 2014 fu tra i primi atti legislativi ad attribuire all'ANAC innovativi strumenti di prevenzione della corruzione da affiancarsi ai tradizionali strumenti repressivi di matrice penalistica. Si pensi, ad esempio, ai poteri di alta sorveglianza che furono attribuiti al Presidente dell'ANAC nell'ambito dell'evento EXPO Milano 2015 (art. 30), sulla falsariga dei quali si è sviluppato il modello della vigilanza collaborativa; oppure, ancora, alle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della

accezione di taluni istituti che, pur conservando lo stesso *nomen*, potrebbero aver assunto un contenuto ampiamente diverso da quello tradizionale.

Con specifico riguardo all'ANAC, numerosi elementi sembrano configurare il potere di vigilanza dell'Autorità – che ha talune specifiche ramificazioni<sup>422</sup> – come figura non riducibile a mero controllo di legittimità, atteso che l'Autorità può intervenire attivamente nelle relazioni organizzative e intersoggettive, anche attraverso l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie<sup>423</sup>. Sembra infatti da accogliere, in questo settore della normazione positiva, un'accezione ampia del concetto di vigilanza, che includa la fase del controllo di legittimità, senza in esso esaurirsi: il giudizio di legittimità – senza per questo sminuirne l'importanza – altro non sarebbe che un momento logico ed operativo dell'*iter* procedimentale diretto alla cura in concreto dell'interesse pubblico.

Il controllo, così, occuperebbe l'intera fase istruttoria del procedimento di vigilanza<sup>424</sup>, permettendo all'Autorità di acquisire fatti, valutazioni ed interessi che, una volta ponderati, diverranno parte essenziale del giudizio e presupposto

---

prevenzione della corruzione (art. 32). Per una disamina degli strumenti posti a prevenzione della corruzione v. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità*, cit., pp. 97-120; R. CANTONE, B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale*, cit. pp. 69-90.

<sup>422</sup> Si pensi, in part., alla vigilanza collaborativa dell'Autorità sulle stazioni appaltanti, di cui meglio *infra* paragrafo 2.2.

<sup>423</sup> V. già E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2011, pp. 90-91, propone una impostazione evolutiva del concetto di vigilanza affermando che “*il suo contenuto non si esaurisce nel mero controllo, in quanto si estrinseca anche nell'adozione di una serie di atti, quali l'approvazione dei bilanci e delle delibere particolarmente importanti dell'ente vigilato, nella nomina di commissionerari straordinari, nello scioglimento degli organi dell'ente, nell'esercizio di poteri volti ad ottenere informazioni, nella prefissione di indirizzi. Ciò indica che tra vigilanza e potere di controllo vi è differenza, perché la vigilanza si esplica anche mediante attività di amministrazione attiva*”; C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, p. 17, considera la vigilanza una funzione a “*natura composita*” in considerazione del fatto che “*nell'orbita concettuale della vigilanza gravitano sia poteri di controllo sia poteri di amministrazione attiva, di varia natura ed efficacia*”

<sup>424</sup> In questi termini C. CELONE, *La funzione*, op. cit., p. 23.

della misura adottata <sup>425</sup>.

Questa tesi trova conferma nei seguenti dati normativi.

La legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, lett. t), precisa che la vigilanza è esercitata dall'Autorità attraverso “*poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*”. Ad ulteriore conferma, il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici* (di seguito anche “il Regolamento di vigilanza” o “il Regolamento”) <sup>426</sup> attribuisce al Responsabile del procedimento, “*nell'ambito del procedimento di vigilanza*”, la possibilità di compiere una serie di attività, da considerarsi espressione di poteri di controllo, funzionali ad accertare la sussistenza delle condizioni necessarie all'emanazione di atti di amministrazione attiva. Così, l'Autorità, nell'ambito del procedimento di vigilanza, potrà formulare per iscritto richieste di informazioni e di esibizione di documenti (art. 15); convocare in audizione i soggetti ai quali è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento (art. 16); chiedere lo svolgimento di ispezioni avvalendosi, eventualmente, della collaborazione di altri organi dello Stato, nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza (art. 17) <sup>427</sup>.

A supporto di tali poteri di controllo, il legislatore riconosce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, entro il limite minimo di euro 500 ed il limite massimo di euro 50.000, nei confronti dei soggetti che, senza giustificato motivo, rifiutano od omettono di fornire informazioni o di

---

<sup>425</sup> M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1273, ritiene che “*il controllo costituisce una parte del giudizio decisionale che formerà il provvedimento*”.

<sup>426</sup> L'Autorità nazionale anticorruzione, in data 15 febbraio 2017, tenuto conto del parere 14 settembre 2016, n. 1920, espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, ha adottato il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, ascrivibile alla categoria dei regolamenti *ex art. 17, lett. c)*, legge 23 agosto 1988, n. 400, cui è demandata “*l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge*”. Il potere regolamentare spetta all'Autorità quale corollario delle attribuzioni (*rectius*: funzioni) riconosciute dal legislatore, strettamente connesso all'indipendenza che la connota, a prescindere da una espressa previsione di tale potere.

<sup>427</sup> Sul ruolo della Guardia di Finanza v. S. MANFREDA, P. SORBELLO, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della guardia di Finanza: profili sanzionatori dell'ostacolo* “mediato all'esercizio delle funzioni di vigilanza”, in *Riv. Guardia di Finanza* n. 1/2017, p. 149 e ss.

esibire documenti ovvero che forniscono informazioni o documenti non veritieri. A sua volta, l'attività di vigilanza è strumentale all'esercizio di altri poteri-doveri di cui all'art. 213, comma 3, lett. c), d) e), e all'art. 213, comma 6, del Codice. In particolare, l'ANAC ha il potere-dovere di segnalare al Parlamento ed al Governo fenomeni di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore particolarmente gravi. Nel contempo, l'Autorità ha il potere-dovere di predisporre ed inviare al Governo ed al Parlamento una relazione annuale sull'attività svolta, evidenziando le criticità riscontrate nell'esercizio delle proprie ampie funzioni. L'Autorità ha, altresì, il dovere di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Doveri di informazione sussistono anche rispetto alle autorità giurisdizionali competenti. Infatti, l'Autorità, ove accerti l'esistenza di irregolarità a rilevanza penale, è tenuta a trasmettere i propri rilievi alle Procure della Repubblica; ovvero, alla Procura generale della Corte dei Conti, ove siano accertate irregolarità tali da recare pregiudizio per il pubblico erario.

#### **4.1 Gli ambiti sottoposti a vigilanza**

L'art. 213, comma 3, del Codice, sottopone a vigilanza e controllo cinque diversi ambiti<sup>428</sup>. L'Autorità, nello specifico, vigila “*sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e fornitura, nei settori ordinari e nei settori speciali, e sui contratti secretati o che esigono particolare misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice*” (lett. a); vigila “*affinchè sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici ed accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario*” (lett. b); vigila “*sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori*” (lett. f); vigila “*sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie ed opera un*

---

<sup>428</sup> M. L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, pp. 47-67; F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2015, p. 454 ss.

*controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile” (lett. g); ed, infine, “per gli affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell’attività di gestione dell’intera procedura di gara” (lett. h).*

Gli ambiti sottoposti a vigilanza e controllo coincidono, in gran parte, con quelli che furono sottoposti all’attenzione dell’ex Autorità di vigilanza dei contratti pubblici <sup>429</sup>.

Precisamente, l’ANAC continua ad espletare funzioni di vigilanza in due distinti settori: il settore delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici; ed il settore delle qualificazioni SOA.

Tuttavia, non bisogna commettere l’errore di ritenere i compiti dell’Autorità del tutto speculari a quelli che furono attribuiti all’ex AVCP.

Il legislatore, infatti, ha ampliato le competenze dell’Autorità, assegnando alla medesima (anche) la vigilanza sui contratti secretati (art. 162, Codice), o dei contratti che richiedono particolari misure di sicurezza (art 1, comma 2, lettera f-*bis*, legge 6 novembre 2012, n. 190).

Tuttavia, l’istituto più innovativo è senz’altro quello della vigilanza collaborativa, già prevista a livello regolamentare<sup>430</sup>, ed ora contemplata all’art. 213, comma 3, lett. h) del Codice dei contratti pubblici.

## **4.2. La vigilanza collaborativa**

---

<sup>429</sup> Confrontando le attuali previsioni con quelle del previgente Codice appalti, risulta che: l’art. 6, comma 7, lett. b), è riprodotto, nel nuovo Codice, all’art. 213, comma 3, lett. a) ed in parte alla lett. g); l’art. 6, comma 7, lett. c) e d), è riprodotto all’art. 213, comma 3, lett. b); l’art. 6, comma 7, lett. m) è riprodotto all’art. 213, comma 3, lett. f).

<sup>430</sup> Cfr. Part. 4 del *Regolamento in materia di attività di vigilanza ed accertamenti ispettivi*. Tale regolamento è stato, tuttavia, sostituito dal “*Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*”, il quale, all’art. 27, recita: “*sino all’entrata in vigore del Regolamento di vigilanza collaborativa, si applicano le disposizioni di cui all’art. 4 del Regolamento in materia di vigilanza e accertamenti ispettivi*”.

La vigilanza collaborativa <sup>431</sup>, che si attua mediante la stipula di protocolli di intesa, attribuisce alle stazioni appaltanti la possibilità di beneficiare del supporto dell'Autorità nella predisposizione degli atti di gara e nell'attività di gestione dell'intera procedura di esecuzione.

Trattasi, tuttavia, di uno strumento a carattere eccezionale, attivabile solo qualora la rilevanza socio-economica dell'affidamento sia tale da giustificare la messa in campo del patrimonio conoscitivo dell'Autorità. Esso, inoltre, operando prevalentemente in funzione preventiva, consente all'Autorità di valutare la legittimità degli atti di gara prima della loro formale adozione, riducendo, in tal modo, l'intervento *ex post* dell'Autorità, con conseguenti benefici in termini di prevenzione e contrasto delle illegalità, nonché di deflazione del contenzioso amministrativo.

Le bozze di atto predisposte dalla stazione appaltante, dunque, saranno sottoposte all'Autorità, la quale esprimerà le proprie osservazioni ogniqualvolta riscontri difformità rispetto alla disciplina di settore.

Vengono così a mitigarsi i rischi connessi sia alla *culpa in affidando* sia alla *culpa in vigilando* delle stazioni appaltanti, senza che ciò possa comportare una deresponsabilizzazione delle medesime.

L'Autorità, d'altronde, non si sostituirà *tout court* alle stazioni appaltanti nell'elaborazione degli atti di gara e nell'attività di gestione della procedura, limitandosi, invece, a formulare osservazioni che potranno essere disattese dalle stesse.

Queste ultime, infatti, qualora ritengano di non aderire alle osservazioni, dovranno inoltrare le proprie motivate controdeduzioni, ricevute le quali l'Autorità esprimerà osservazioni conclusive, lasciando alle stazioni appaltanti la facoltà di decidere se adeguarsi o, nell'esercizio della propria discrezionalità

---

<sup>431</sup> L'istituto è contemplato all'art. 213, comma 3, lett. h), d.lgs. n. 50 del 2016. Sulla vigilanza collaborativa sia consentito il rinvio, per un primo commento, a R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 23/2016.

amministrativa, non adeguarsi assumendo gli atti di propria competenza <sup>432</sup>.

Il mancato adeguamento della stazione appaltante alle osservazioni dell'Autorità, tuttavia, oltre a costituire motivo di risoluzione del protocollo di vigilanza, può determinare l'attivazione di tutti i poteri di vigilanza, tra cui il nuovo potere di impugnazione di cui all'art. 211, comma 1-*bis*, del Codice.

La vigilanza collaborativa, rispetto ai tradizionali controlli di legittimità, permette all'Autorità di esprimere alle stazioni appaltanti osservazioni sulla corretta applicazione della normativa di settore, nonché di formulare suggerimenti in vista dell'inserimento di clausole o condizioni utili a prevenire tentativi di infiltrazione criminale. Inoltre, quale ulteriore tratto distintivo, l'osservanza dei rilievi formulati dall'Autorità non costituisce né condizione per il perfezionamento dell'atto (si pensi, ad esempio, alla figura dell'autorizzazione), né condizione per l'esecuzione di un atto già perfetto ma ancora non efficace (si pensi, ad esempio, all'approvazione).

La vigilanza collaborativa può dunque essere ricondotta nel novero degli strumenti attivi dell'Autorità, per mezzo dei quali la stessa garantisce la più ampia legalità nell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e la prevenzione della corruzione.

---

<sup>432</sup> Cfr. il nuovo Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici, approvato dall'ANAC il 28 giugno 2017.

**CAPITOLO**  
**VII**  
**IL SERVIZIO FARMACEUTICO**  
**E L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE**  
**DELLA FARMACIA COMUNALE**

**SOMMARIO:** **1.** Premessa – **2.** Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura - **3.** Le forme di gestione del servizio farmaceutico comunale – **4.** L’impraticabilità di modelli di gestione diversi da quelli previsti dalla legislazione speciale – **5.** La non tassatività dei modelli di gestione del servizio farmaceutico – **6.** Le clausole di salvaguardia poste a favore dell’art. 9, l. n. 475 del 1968 previste dalla disciplina dei servizi pubblici locali in genere – **7.** Il riepilogo delle forme di gestione delle farmacie comunali – **8.** La concessione a terzi delle farmacie comunali presenti nei grandi centri di aggregazione: il divieto di “cessione della gestione” sancito dall’art. 11, legge 24 marzo 2012, n. 27 – **9.** I vantaggi e gli svantaggi della scelta dissociativa – **10.** I possibili sviluppi applicativi derivanti dall’affidamento a terzi della gestione della farmacia comunale – **11.** Analisi della concentrazione delle farmacie sul territorio italiano – **12.** Dati statistici relativi alla forma giuridica delle farmacie comunali: il numero degli affidamenti in concessione a privati

**1. Premessa**

Nei capitoli che hanno preceduto sono state analizzate le categorie domestiche di servizio pubblico e si è detto come il servizio farmaceutico risulti di difficile inquadramento secondo le categorie tradizionali che si sono analizzate.

Se, ad un primo approccio, la gestione di una farmacia presenta caratteri che ne mettono in luce la valenza di attività economica, in qualche modo affine ad una qualsiasi attività commerciale di rivendita al pubblico, la peculiarità della merce venduta e distribuita, la disciplina dell’assistenza farmaceutica e il legame tra erogazione dei farmaci e la garanzia del diritto alla salute, sembrerebbero avvicinare l’esercizio ad un pubblico servizio.

È stato dimostrato come possa considerarsi pacifica la riconducibilità del servizio farmaceutico nel novero dei servizi pubblici.

Si intende dunque proseguire nella disamina e valutare se il servizio farmaceutico possa essere considerato un servizio pubblico locale.

L’art. 9 della legge n. 475 del 1968, d’altronde, riconosce al Comune la

possibilità di acquisire la titolarità della metà delle farmacie di nuova istituzione o di quelle che si sono rese vacanti mediante esercizio del diritto di prelazione.

Una volta fornita risposta a tale interrogativo si procederà nell'analizzare le forme di gestione a cui il Comune può ricorrere per la conduzione delle farmacie comunali valutando altresì la possibilità per lo stesso di organizzare il servizio con modelli ulteriori e diverse da quelli contemplati dalla legge speciale.

## **2. Il servizio farmaceutico e la sua controversa natura**

La qualificazione del servizio farmaceutico come servizio pubblico può considerarsi pacifica <sup>433</sup>; pur non mancando chi ritiene opportuno che ne sia altresì evidenziata la vocazione di servizio sociale <sup>434</sup>.

Infatti, le farmacie di cui sono titolari gli enti pubblici – ma lo stesso vale per le farmacie di cui sono titolari i privati – forniscono un'assistenza farmaceutica che può consistere anche in prestazioni individualizzate e non standardizzabili, finalizzate alla promozione del benessere fisico e psichico della persona, che si prestano ad essere ricondotte alla nozione di servizio sociale, a tutela di diritto fondamentali, qual è il diritto alla salute <sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> Anche in dottrina vi è sul punto unanime visione. Tra i tanti, cfr. F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali*, cit., p. 5; S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli giuridici e problemi giuridici*, Trento, 2006, p. 25.

<sup>434</sup> Sulla nozione di servizio sociale G. CAIA, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, *Diritto amministrativo*, 1998, p. 813 ss.

<sup>435</sup> D. DE GRAZIA, E MENICETTI, *La gestione delle farmacie comunitari dopo la riforma del Titolo V Cost.*, in *Ragiusan*, 2004, p. 469 ss., propongono di attribuire al servizio farmaceutico una duplice vocazione, considerandolo tanto un *servizio pubblico* quanto un *servizio sociale*. Sul punto, la Corte Costituzionale sentenza 10 marzo 2006, n. 87 afferma che “*la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista*”.

Occorre, a questo punto, interrogarsi sulla possibilità di annoverare detto servizio tra i servizi pubblici locali, per poi determinare a quale *species* di SPL esso appartenga.

Infatti, la disciplina dei servizi pubblici locali e dei relativi modelli di gestione ha rappresentato – e continua a rappresentare - un punto di riferimento per il servizio farmaceutico.

L'art. 9, della legge 2 aprile 1968, n. 475, che reca le norme concernenti il servizio farmaceutico - ancora oggi in vigore - nell'individuare i modelli di gestione delle farmacie comunali, opera un rinvio all'abrogata legge 8 giugno 1990, n. 142.

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali fu abrogata dalla legge 18 agosto 2000, n. 267, ed il rinvio operato dall'art. 9, della legge 2 aprile 1968, n. 475, si considerò disposto a favore degli artt. 113 e 113-*bis*, del TUEL<sup>436</sup>, i quali, se in un primo momento avevano distinto le forme di gestione sulla base del criterio economico-imprenditoriale, successivamente, in virtù delle modifiche operate dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001, procedettero a distinguere i modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali a seconda della rilevanza industriale dell'attività svolta.

Il rinvio operato dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475, alla disciplina dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali aveva spinto parte della dottrina ad affermare la possibile riconducibilità del servizio farmaceutico nel novero dei servizi pubblici locali<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 275 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, salvo non fosse stato diversamente previsto dal decreto e fuori dai casi di abrogazione per incompatibilità, *“quando leggi, regolamenti, decreti, od altre norme o provvedimenti, fanno riferimento a disposizioni espressamente abrogati dagli articoli contenuti nel presente capo, il riferimento si intende alle corrispondenti disposizioni del presente testo unico, come riportate da ciascun articolo”*.

<sup>437</sup> A. CROSETTI, *Il servizio sanitario*, cit., p. 238, riconduce *“le farmacie comunali alla categoria dei servizi pubblici locali”*. Anche M. DUGATO, *I servizi*, op. cit., p. 2625, afferma che *“nel caso delle farmacie pubbliche, invece, la natura di servizio pubblico locale in senso proprio dell'attività è parsa al legislatore prevalente rispetto alle ragioni che giustificano, nel caso delle farmacie private, la personalizzazione dell'attività”*.

In particolare, anche sulla base delle considerazioni che sono state sviluppate nei paragrafi precedenti, il servizio farmaceutico era stato considerato un servizio pubblico locale privo di rilevanza industriale <sup>438</sup>, non avvalendosi per la sua erogazione di processi tipicamente industriali, e come tale da sottoporre alla disciplina di cui all'art. 113-*bis*.

Con le modifiche apportate dalla legge n. 326 del 2003, a seguito dell'estromissione dal testo legislativo di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000 della distinzione tra servizi di rilevanza industriali e servizi privi di rilevanza industriale, e la conseguente reintroduzione del criterio basato sulla rilevanza economica del servizio, si ritenette possibile applicare al servizio farmaceutico la disciplina di cui all'art. 113 del TUEL posto a disciplina dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica data l'indubbia capacità del servizio farmaceutico di perseguire obiettivi di efficienza ed economicità nonché di sviluppo delle prestazioni secondo caratteri e criteri di imprenditorialità <sup>439</sup>.

Se, in virtù del rinvio operato dal citato articolo 9 alla legge 8 giugno 1990, n. 142, si è giunti ad affermare l'applicabilità al servizio farmaceutico delle norme poste a disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica <sup>440</sup>, occorre tuttavia comprendere se tale applicabilità sia sufficiente per considerare il servizio farmaceutico alla stregua di un servizio pubblico locale .

---

<sup>438</sup> Si esprimono in tal senso L. IANNOTTA, *L'assistenza farmaceutica come servizio pubblico*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 65; G. PIPERATA, *Farmacie*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, III, Milano, 2006, pp. 2447 ss.; DUGATO, *I servizi*, op. ult. cit., p. 2627.

<sup>439</sup> F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali*, cit., p. 11, dà evidenza della capacità economica del servizio farmaceutico. Esclude, dunque, che il servizio farmaceutico si possa risolvere esclusivamente in "prestazioni a carattere meramente sociale". La Corte Costituzionale sentenza 10 marzo 2006, n. 87, parla di "indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista" pur sottolineandone la rilevanza sociale.

<sup>440</sup> Come confermato da F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina*, op. cit., p. 13, il quale afferma che "la assoggettabilità alla disciplina prevista per i servizi pubblici locali riguarda sicuramente il profilo della gestione del servizio"; M. DUGATO, *I servizi*, op. cit., p. 2626: "l'assimilazione del servizio pubblico relativo all'esercizio delle farmacie municipali a tutti gli altri servizi dell'ente locale ha fatto sì che all'evoluzione della disciplina generale sui servizi corrispondesse una identica evoluzione in tema di gestione delle farmacie comunali".

Si ritiene oltremodo necessario, onde fornire una risposta al suddetto interrogativo, riproporre – seppur brevemente - alcune considerazioni, già sviluppate nei paragrafi precedenti, attinenti alla qualificazione dei servizi pubblici locali.

Si è detto, infatti, che affinché un'attività possa essere qualificata come servizio pubblico locale è necessario:

- che sia coinvolto un ente locale, quali sono i comuni, le provincie, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate, le unioni di comuni;
- che l'ente locale abbia assunto la titolarità del servizio. La titolarità del servizio può derivare dalla legge ovvero, qualora si tratti di servizio che può essere facoltativamente assunto, da un atto amministrativo.
- che il servizio rientri tra i compiti istituzionali dell'ente in quanto necessario per la realizzazione dei fini sociali e per la promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento.

Occorre dunque verificare se tali elementi possano essere rinvenuti nella disciplina dettata dal legislatore nazionale in materia di servizio farmaceutico, muovendo la disamina dalla legge che ha proceduto ad istituire il Servizio sanitario nazionale.

Con l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale ad opera della legge 23 dicembre 1978, n. 833, la tutela del diritto costituzionale della salute è divenuta finalità propria delle unità sanitarie locali <sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> Il servizio sanitario è stato istituito con lo specifico intento di dare attuazione all'art. 32 della Costituzione. A tal proposito, l'art. 1, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, precisa che “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio*”. Sulla legge in esame come legge di attuazione costituzionale F.A. ROVERSI MONACO E C. BOTTARI, *Commento all'art. 1*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla l. 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979, p. 2; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano 2003, pp. 682, qualifica il Servizio

Alle strutture sanitarie locali è demandato il compito di provvedere all'assistenza farmaceutica “*attraverso le farmacie di cui sono titolari gli enti pubblici locali e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate*”<sup>442</sup>.

Le farmacie, dunque, sia quelle assegnate ai privati sia quelle a titolarità pubblica, sono uno strumento di cui il servizio sanitario nazionale si avvale per l'esercizio di un pubblico servizio quale è il servizio di distribuzione dei farmaci, con o senza oneri a carico del bilancio pubblico.

Per la legge sull'istituzione del servizio sanitario, le unità sanitarie locali erano da considerarsi strutture operative dei Comuni, singoli o associati, o delle Comunità montate, chiamate ad assolvere ai compiti del SSN, attraverso la gestione unitaria della tutela della salute sull'intero territorio nazionale.

In tale contesto, le Regioni risultavano titolari di compiti di regolazione del servizio, a livello legislativo, programmatico e finanziario, senza alcun ruolo operativo<sup>443</sup>.

Ciò era coerente con la configurazione più generale della Regione, in quegli anni prevalente, come ente di governo e non di gestione<sup>444</sup>.

Se il quadro fosse rimasto immutato, vi sarebbe stata una effettiva ragione di valutare la possibilità ricondurre al Comune - ente locale - la *titolarità del servizio farmaceutico*, con conseguente riconduzione dello stesso nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Ma con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, di riordino della disciplina in materia sanitaria, il legislatore ha compiuto una scelta organizzativa

---

sanitario nazionale non come soggetto giuridico “*ma come modello organizzativo policentrico di esercizio coordinato di compiti pertinenti contemporaneamente a tutti i livelli istituzionali*”.

<sup>442</sup> Legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 28. In dottrina, A. MARTINO, *Commento all'art. 28 della legge n. 833 del 1978*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale*, Milano, 1979, p. 297 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *I servizi pubblici in concessione ed il servizio farmaceutico*, in *Sanità pubblica*, 1995, pp. 425.

<sup>443</sup> Sulla natura delle unità sanitarie locali N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 640 ove è precisato che la legge n. 833/1978 sottrasse alle regioni la responsabilità complessiva della materia sanitaria privandole altresì del potere di incidere sull'attività delle Usl che “*erano espressione di autonomia comunale*”.

<sup>444</sup> Su questo aspetto, G. FALCOM, *La sanità*, in *Seicentosedici dieci anni dopo*, Roma, 1988, p. 214

radicalmente opposta, configurando le unità sanitarie locali come enti regionali e non più strutture operative dei comuni <sup>445</sup>.

Le farmacie, dunque, erogano l'assistenza farmaceutica “*per conto delle unità sanitarie locali*” dispensando, su presentazione della ricetta del medico, specialità medicinali, preparati galenici, prodotti dietetici, presidi medico –chirurgici e altri prodotti sanitari erogabili dal servizio sanitario nazionale nei limiti previsti dai livelli di assistenza <sup>446</sup>.

In tale contesto, ai sensi della legge 2 aprile 1968, n. 475, le funzioni di programmazione, di coordinamento e di vigilanza in materia di assistenza farmaceutica, che rappresentano elementi caratterizzanti della titolarità del servizio <sup>447</sup>, che si sostanziano nella determinazione del numero delle farmacie, nel rilascio dell'autorizzazione all'esercizio del servizio, nella determinazione e nella revisione della pianta organica, sono di spettanza regionale e, dunque, appartengono ad un livello istituzionale - quello regionale per il tramite delle unità sanitarie locali - che è ben diverso da quello dell'ente locale <sup>448</sup>.

Dunque, quando il Comune, ai sensi dell'art. 9, della legge 475/68, esercita la prelazione delle sedi che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica, acquista la *titolarità della farmacia e del*

---

<sup>445</sup> N. AICARDI, *La sanità*, op. cit., p. 643; S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, op. cit., p. 26, definisce le unità sanitarie locali “*enti subregionali*”. Nel dato normativo, v. art. 3, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, il quale precisa che “*le Regioni, attraverso le unità sanitarie locali, assicurano i livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, avvalendosi anche delle azioni di cui all'art. 4*”.

<sup>446</sup> L'art. 8, c. 2, lett a), decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, precisa che l'assistenza farmaceutica è erogata “*per conto*” delle unità sanitarie locali. Anche a livello giurisprudenziale, *ex multis* la recente sentenza di Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 474, ove è precisato che “*la gestione delle farmacie comunali da parte degli enti locali è collocata come modalità gestoria “in nome e per conto” del S.s.n.*”

<sup>447</sup> G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento*, op. ult. cit. p. 139; R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 493 ss.

<sup>448</sup> Come ben evidenziato da S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, op. ult. cit. p. 27, il quale precisa che da un punto di vista organizzativa, iniziativa di concorrere all'attuazione del servizio sanitario nazionale assumendo la gestione di una farmacia “*non è lasciata all'ente locale perché occorre invece apposito provvedimento regionale conformativo dell'attività (l'autorizzazione- concessione) e legittimante allo svolgimento del servizio farmaceutico comunale nelle forme stabilite dall'ordinamento*”.

*relativo esercizio*, mentre *la titolarità del servizio* rimane in capo alla Regione per il tramite delle strutture sanitarie locali <sup>449</sup>.

La riconducibilità alla Regione della *titolarità del servizio* porta ad escludere la possibilità di considerare il servizio farmaceutico un servizio pubblico locale.

L'assoggettabilità alla disciplina prevista per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, sarà pertanto limitata al solo profilo *della gestione del servizio* <sup>450</sup>.

### **3. Le forme di gestione della farmacia comunale**

L'art. 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475 stabilisce che le farmacie comunali *“possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme* <sup>451</sup>:

- a) in economia;*
- b) a mezzo di azienda speciale;*
- c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;*
- d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti?”.*

È di tutta evidenza come la legge speciale a disciplina del servizio

---

<sup>449</sup> A favore della titolarità regionale del servizio farmaceutico D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il servizio farmaceutico e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, p. 803; S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, op. ult. cit, p. 28; F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina*, op. ult. cit., p. 16., il quale parla di “*scissione fra titolarità e gestione del servizio*”.

<sup>450</sup> Quanto alla rilevanza economica del servizio, S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, op. ult. cit, p. 28, afferma che il servizio farmaceutico possa essere considerato “*un servizio pubblico regionale di rilevanza economica*”. Ciò non toglie che la rilevanza o meno economica del servizio debba essere analizzata caso per caso essendo in astratto possibile “*gestire una farmacia senza produzione di profitto*”. Ma, “*solo se si verifica questa condizione si sarebbe in presenza della gestione di un servizio pubblico privo di rilevanza economica*”.

<sup>451</sup> Per un commento dei modelli di gestione G. ACQUARONE, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 307 sss; L. IANNOTTA, *Osservazioni in tema di servizio farmaceutico comunale*, in *Rass. Amm. Sanità*, 2000, pp. 152; B.R. NICOLOSO, *Evoluzione normativa nella disciplina delle farmacie comunali*, in *Sanità pubblica*, 1989, pp. 439 ss.

farmaceutico non dia menzione del modello di gestione della concessione a terzi.

Occorre, pertanto, interrogarsi sulla possibilità di ammettere tale modello nel novero di quelli adottabili dal Comune per la conduzione delle farmacie pubbliche; ma per fornire una risposta a tale quesito occorre altresì comprendere quale sia la portata da attribuire al rinvio operato dal citato art. 9 alla legge 8 giugno 1990, n. 142.

La questione è alquanto dibattuta potendosi registrare diversi orientamenti frutto dell'evoluzione del quadro normativo e del diverso modo di concepire il citato rinvio.

Da premettere, come già si è già avuto modo di precisare, che a seguito dell'abrogazione della richiamata legge 8 giugno 1990, n. 142, il rinvio deve considerarsi disposto a favore delle norme poste a disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica <sup>452</sup>.

Trattasi, dunque, di un rinvio dinamico che si adatta all'evoluzione della disciplina generale.

Dopo la legge 8 giugno 1990, n. 142, la disciplina dei servizi pubblici è stata trattata dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, il quale il prevedeva alcuna esimente applicativa per il settore farmaceutico <sup>453</sup>.

Successivamente la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica fu trattata dall'art. 23-*bis*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, il quale faceva espressamente salve «*le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali*».

---

<sup>452</sup> Sulla rilevanza economica del servizio farmaceutico il TAR Veneto, sez. I, sentenza 20 marzo 2014, n. 358 afferma, al punto 7.1, che “*è indubbio che la farmacia, a gestione sia pubblica che privata, implica un’attività nella quale coesistono elementi imprenditoriali e commerciali e tratti di servizio pubblico sottoposti al controllo dell’autorità*”.

<sup>453</sup> Al contrario, l'art. 275 del decreto legislativo n. 267/2000 disponeva che “*quando leggi, regolamenti, decreti, od altre norme o provvedimenti, fanno riferimento a disposizioni espressamente abrogate dagli articoli contenuti nel presente capo, il riferimento si intende alle corrispondenti disposizioni del presente testo unico, come riportate da ciascun articolo*”.

Dopo l'abrogazione in via referendaria dell'art. 23–*bis* sopra citato, la disciplina della stessa materia fu riservata all'art. 4, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche in legge 14 settembre 2011, n. 148, il quale, al comma 34, escludeva dal proprio raggio di operatività «*le farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475*».

Sforzandosi di ricostruire il complesso quadro giuridico che fa da sfondo all'analisi in esame, a seguito della sentenza di Corte Costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, si perviene infine al dettato dell'art. 34, c. 20, il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, il quale, ha - come del resto già sottolineato - rinviato per i servizi pubblici locali di rilevanza economica ai moduli gestori di livello europeo.

#### **4. L'impraticabilità di modelli di gestione diversi da quelli previsti dalla legislazione speciale.**

Se si considera tassativa l'elencazione dei modelli di gestione di cui all'art. 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475 si giungerebbe inevitabilmente ad escludere la possibilità per il Comune di concedere a terzi la gestione della farmacia comunale di cui sia divenuto titolare in esercizio del diritto di prelazione.

L'art. 9, c. 1, della legge 475 del 1968, infatti, indica espressamente le modalità di gestione del servizio farmaceutico comunale ed a nessuna di queste è riconducibile al modello della concessione a terzi, pur previo espletamento di una gara pubblica.

Chi propende per tale indirizzo rileva altresì come il modello concessionario tradirebbe la *ratio* che governa la citata disciplina legislativa, *ratio* che richiederebbe il mantenimento in capo al Comune della titolarità della farmacia e della relativa gestione, stante la natura pubblicistica della finalità di servizio pubblico essenziale insista nel servizio farmaceutico <sup>454</sup>.

---

<sup>454</sup> In ambito giurisprudenziale, tale indirizzo è condiviso dal TAR Piemonte, Torino, sezione II, sentenza 14 giugno 103, n. 767, il quale afferma che «*la gestione di queste farmacie è dunque rimessa inderogabilmente al Comune che ha esercitato la prelazione, senza possibilità di cederla a terzi*». È, dunque, questa «*l'attuale tendenza della legislazione*

Assumerebbe, pertanto, rilievo decisivo la circostanza che, nello speciale settore del diritto farmaceutico, non esista nessuna norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità della farmacia dalla titolarità della gestione, risultando unicamente regolato il mantenimento della gestione in capo all'ente locale, pur nella varietà delle forme e nei modi indicati dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968.

Tale scelta, inoltre, risulterebbe in armonia con le previsioni di legge speciale che ammetterebbero l'esternalizzazione del servizio farmaceutico unicamente a seguito di concessione/autorizzazione disposta a favore di farmacisti per l'esercizio di farmacie *private* – non pubbliche - convenzionate con il SSN <sup>455</sup>.

La tassatività dell'elencazione delle forme di gestione del servizio farmaceutico da parte dei Comuni porterebbe ad escludere anche il ricorso all'istituzione, modello organizzativo di cui non è da data menzione <sup>456</sup>.

## **5. La non tassatività dei modelli di gestione del servizio farmaceutico**

Di altro avviso è, invece, chi ritiene che il rinvio operato dall'art. 9 della l. n. 475 del 1968 alla l. n. 142 del 1990 sia da interpretarsi nel senso di ammettere

---

*farmaceutica nel senso di mantenere ferme le modalità di gestione delle farmacie comunali quali indicate dall'art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968 o, quanto meno, nel senso di escludere che quell'elencazione (pur ormai risalente) essere essere interpretata in modo aperto includendovi la possibilità della concessione di servizi ex art. 30 d.lgs. n. 163 del 2006". Tale indirizzo sarebbe altresì confermato dal sopravvenuto quadro normativo nazionale, quale innovato nel 2012, dall'art. 11, comma 10, del decreto legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, il quale "è espressione "del principio generale di mantenimento della gestione in capo all'ente locale titolare della farmacia, con conseguente implicita riconferma dell'impraticabilità di diversi modelli".*

<sup>455</sup> S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Trento, 2006, p. 41, afferma che l'esclusione della concessione a terzi deve ritenersi una "scelta coerente con la circostanza che l'esternalizzazione del servizio farmaceutico avviene, in base alla normativa di settore, tramite l'autorizzazione all'esercizio della farmacia da parte di privati. [...] In breve, la normativa di settore vuole che le farmacie siano gestite dai comuni secondo le formule organizzative previste dalla normativa generale sui servizi pubblici, con le sole precisazioni derivanti dalla specificità del settore stesso per quanto riguarda l'istituto esternalizzazione nonché circa la possibile composizione della compagine societaria".

<sup>456</sup> S. COLOMBARI, *Nuova disciplina*, cit., 41.

il ricorso a modelli di gestione ulteriori rispetto a quelli previsti nella disciplina speciale <sup>457</sup>.

In proposito, si deve osservare come lo stesso legislatore nel tempo abbia previsto forme di gestione del servizio farmaceutico comunale ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 9 della legge 475 del 1968.

Con l'art. 12, comma 1, della legge n. 498 del 23 dicembre 1992 era stata, infatti, introdotta la possibilità di costituire apposite società per azioni, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche per la gestione delle farmacie comunali, in deroga a quanto previsto dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968.

Con l'emanazione del T.U. degli enti locali, di cui al d.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, si è poi ritenuto che la possibilità di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria (anche per la gestione delle farmacie comunali) fosse stata comunque conservata dalla disposizione generale dettata dall'art. 116 del T.U.

Anche con l'art. 100 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 (recante attuazione della direttiva 2001/83/CE relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE) è stata prevista una modalità di gestione delle farmacie comunali diversa da quelle disciplinate dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968.

Il comma 1-*bis* dell'art. 100, inserito dall'art. 2, comma 16, del decreto legislativo 29 dicembre 2007, n. 274, ha infatti stabilito che le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali (anche) attraverso la gestione di farmacie comunali.

Al comma 4-*bis* dello stesso articolo sono stati fatti poi salvi gli effetti degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali, nonché dell'acquisizione da parte di

---

<sup>457</sup> L. ACQUARONE, *Le forme*, cit., p. 318, è favorevole ad ammettere l'estensione dei modelli generali per la gestione dei servizi pubblici anche al servizio farmaceutico comunale.

tali società di partecipazioni in società affidatarie della gestione di farmacie comunali, effettuate prima della data di entrata in vigore del decreto.

Tenuto conto di tali disposizioni e della generale estensione (ed utilizzazione) del modello delle società partecipate nel settore della gestione dei servizi pubblici locali si può ritenere che le modalità di gestione delle farmacie comunali, indicate dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, non siano tassative <sup>458</sup>.

Non si dubita, in particolare, che la gestione di una farmacia comunale possa essere esercitata da un Comune mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (*in house*), benché tale modalità non sia stata prevista dal legislatore del 1968 (e del 1991), in coerenza con l'evolversi degli strumenti che l'ordinamento ha assegnato agli enti pubblici per svolgere le funzioni loro assegnate; e non si dubita che la gestione possa essere esercitata, come si è accennato, anche da società miste pubblico/private, con il superamento del limite dettato dall'art. 9 della l. n. 475 del 1968, secondo cui la gestione poteva essere affidata a società solo se costituite tra il comune e i farmacisti.

Un Comune può pertanto non solo decidere di non svolgere la funzione di "farmacista" (non esercitando nei termini la prelazione ad esso riservata o trasferendo la titolarità della farmacia comunale), ma può oggi svolgere tale funzione anche con modalità di gestione diverse (e non dirette) rispetto a quelle che erano state previste dall'art. 9 della legge 475 del 1968; modalità diverse che si caratterizzano per la scissione fra la titolarità della farmacia e la sua gestione.

Sulla base di tutte le suesposte considerazioni si deve ritenere che un Comune, nel caso in cui non intenda utilizzare per la gestione di una farmacia comunale i sistemi di gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, possa utilizzare modalità diverse di gestione anche non dirette; purché

---

<sup>458</sup> In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 13 novembre 2014, n. 5587. Ma vedasi anche il TAR Veneto, sentenza 20 marzo 2014, n. 358, il quale afferma che *“deve escludersi il carattere tassativo dell’elencazione operata dal citato art. 9 della l. n. 475 del 1968”*; nonché il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 9 luglio 2013, n. 3647, il quale ritiene che *“la normativa di cui all’art. 9 della legge n. 475/68, nei limiti in cui è rimasta in vigore, può comunque applicarsi solo nei limiti in cui è compatibile con la disciplina generale prevista in materia dal TUEL e nelle forme previste da esso, ... e comunque nel rispetto dei principi comunitari?”*.

l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all' esercente a tutela dell'interesse pubblico.

In tale contesto, pur non potendosi estendere alle farmacie comunali tutte le regole dettate per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, non può oramai più ritenersi escluso l'affidamento in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso procedure di evidenza pubblica.

Del resto l'affidamento in concessione a terzi attraverso gare ad evidenza pubblica costituisce la modalità ordinaria per la scelta di un soggetto diverso dalla stessa amministrazione che intenda svolgere un servizio pubblico.

Nella pratica tale modalità risulta peraltro già concretamente utilizzata da numerosi Comuni.

Anche, invero, utilizzando il modello della concessione a terzi, il servizio pubblico farmaceutico può essere svolto, come si è accennato, in modo che siano garantiti gli obiettivi di rilevanza sociale che ne giustificano l'istituzione <sup>459</sup>.

Tali obiettivi possono essere perseguiti con apposite clausole nel contratto di servizio sottoscritto con il concessionario, attraverso concrete modalità di controllo della gestione e con la previsione di sanzioni nel caso di inadempimento degli obblighi imposti al concessionario e con una dettagliata carta dei servizi in cui siano indicati i livelli qualitativi e quantitativi del servizio da erogare; tutto ciò al fine di garantire che la farmacia comunale possa comunque continuare ad assicurare al comune non solo un utile economico (attraverso la percezione del canone concessorio e di una percentuale sugli incassi) ma anche quegli standard qualitativi e quantitativi volti a garantire l'efficace svolgimento della funzione sociale propria del servizio farmaceutico comunale.

Il possibile affidamento in concessione a terzi del servizio farmaceutico

---

<sup>459</sup> Il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 13 novembre 2014, n. 5587, peraltro, evidenzia come le esigenze di carattere sociale che nel tempo hanno determinato l'istituzione di numerose farmacie comunali sono state oggi (in gran parte) in concreto superate in numerosi comuni, che ritengono ancora utile l'istituzione (o la sopravvivenza) di farmacie comunali solo per ragioni meramente economiche.

risulta peraltro coerente con la normativa di cui al codice dei contratti pubblici, in recepimento della direttiva 2014/23/UE, secondo cui quando un soggetto pubblico non provvedere in proprio (o con propri soggetti strumentali) alla gestione di un servizio pubblico, può affidarlo a terzi rispettando l'obbligo di evidenza pubblica <sup>460</sup>.

In conclusione, dunque, è possibile affermare che l'assenza di una norma positiva che autorizza la dissociazione tra titolarità della farmacia e titolarità della gestione non possa di fatto considerarsi un ostacolo all'adozione del modello concessorio.

## **6. Le clausole di salvaguardia poste a favore dell'art. 9, l. n. 475 del 1968 previste dalla disciplina dei servizi pubblici locali in genere.**

Si è visto come il legislatore nazionale abbia più volte disciplinato i modelli di gestione dei servizi pubblici locali in genere facendo salve le disposizioni della legge 2 aprile 1967, n. 475.

Previsioni di tale tenore sono rintracciabili all' art. 23-*bis*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, il quale faceva espressamente salve «*le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali*». Dopo l'abrogazione in via referendaria dell'art. 23-*bis* sopra citato, anche l'art. 4, comma 34, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche in legge 14 settembre 2011, n. 148, escludeva dal proprio raggio di operatività «*le farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475*». Infine, persino l'art. 34, c. 25, il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, prevede che i commi da 20 a 22,

---

<sup>460</sup> Anche il Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 9 luglio 2013, n. 3647, aveva affermato che le disposizioni contenute nell'art. 9 della legge n. 475 del 1968, che prevedevano l'esercizio diretto di un servizio pubblico per i suoi rilevanti fini sociali, non potevano essere richiamate per impedire l'applicazione dei principi, anche comunitari, dettati per i servizi pubblici di rilevanza economica quando l'attività assuma un prevalente rilievo economico. Ma vedasi altresì la già citata sentenza di Consiglio di Stato 13 novembre 2014, n. 5587, ove è affermato che «*peraltro il carattere sanitario di un servizio pacificamente non esclude che esso possa essere oggetto di un confronto concorrenziale tra più operatori economici in possesso dei necessari requisiti*».

che per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica fanno rinvio ai principi ed ai canoni europei, “*non si applicano [...] alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475*”.

Tali previsioni, che nel tempo potevano essere invocate a sostegno della tassatività dei modelli di gestione del servizio farmaceutico, oggi devono essere lette alla luce del più recente approdo interpretativo.

Deve ritenersi, pertanto, che le clausole di salvaguardia siano state utilizzate dal legislatore per garantire la sopravvivenza delle forme di gestione diretta prevista per le farmacie comunali che, altrimenti, sarebbero state travolte dagli alluvionali interventi normativi in materia di modelli di gestione dei SPL a rilevanza economica <sup>461</sup>.

Dunque, se da un lato, in virtù delle citate clausole di salvezza, non si può negare che al Comune sia precluso la possibilità di accedere alle forme di gestione delle farmacie comunali di cui all'art. 9 della legge speciale, dall'altro dette clausole sono lungi dall'esprimere un indice di incompatibilità tra le due normative, che non si pongono in un rapporto di contrapposizione ma di integrazione e completamento <sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> Si esprime in tal senso il TAR Sicilia, Catania, sez. IV, sentenza 28 giugno 2011, n. 2598, il quale, con riferimento all'art. 23-bis, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, ha affermato che la clausola di salvezza dell'art. 9 permette ai comuni di “*accedere alle forme di gestione delle farmacie comunali di cui all'art. 9 citato*” ma “*non si può per questo affermare che la disciplina di cui alla l. 475 sia l'unica applicabile al settore farmaceutico, senza possibilità di ricorso al mercato mediante procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione delle farmacie comunali, atteso che la gara costituisce la modalità ordinaria che i comuni devono utilizzare per l'affidamento dei servizi pubblici locali. In conclusione, facendo salva la normativa di settore, l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 ha voluto garantire la sopravvivenza di forme di gestione diretta delle farmacie comunali che, altrimenti, sarebbero state travolte dall'entrata in vigore del citato art. 23-bis, il quale stabilisce la regola dell'affidamento dei servizi tramite gara pubblica, in ossequio ai principi di diritto comunitario*”.

<sup>462</sup> Tale rapporto di complementarietà è sostenuto dal TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza 20 dicembre 2012, n. 5286, il quale sostiene che “*in buona sostanza deve escludersi a priori l'incompatibilità delle modalità di affidamento contemplate dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, con le previsioni della l. 2 aprile 1968, n. 457, atteso che la “salvezza” delle disposizioni contenute in tale legge, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, lungi dall'esprimere un indice di incompatibilità fra le due normative in esame, sta a significare unicamente che tali disposizioni, in quanto contenute in una legge speciale, si aggiungono a quelle sopravvenute e con queste ultime non si trovano in rapporto di contrapposizione ma di integrazione e completamento*”.

Tale ragionamento resta valido anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 25, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, ancora in vigore, il quale, pur escludendo la diretta applicabilità dei commi da 20 a 22 alle farmacie, non per questo sancisce un divieto generale di operatività dei consolidati principi del diritto europeo, dovendo essere vagliata la compatibilità delle singole scelte con gli obiettivi d'interesse pubblico perseguiti dall'ordinamento <sup>463</sup>.

E, alle medesime conclusioni, si sarebbe giunti qualora fosse stato abrogato l'art. 34, comma 25, a seguito della emanazione di quello che doveva essere il Testo unico sui servizi d'interesse generale in ambito locale, il quale, all'art. 3, comma 2, del citato progetto, dopo aver precisato le disposizioni del testo in materia di modalità di affidamento dei servizi “*integrano e prevalgono sulle normative di settore*”, confermava che “*rimangono disciplinati dalle rispettive normative [...] il servizio farmaceutico, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475*”.

## **7. Il riepilogo delle forme di gestione delle farmacie comunali**

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la farmacia comunale potrà essere gestita attraverso il ricorso ai seguenti modelli:

- 1) *moduli gestori dotati di personalità giuridica pubblica*
  - a) in economia
    - a.1) in gestione per conto previa convenzione;
  - b) con azienda speciale monocomunale;
  - c) con azienda speciale consortile;
- 2) *moduli gestori dotati di personalità giuridica privata*
  - d) con la forma dell'*in house providing*;
  - e) con società mista:
    - e.1) con i farmacisti in forza;
    - e.2) con i farmacisti terzi;
    - e.3) con operatori economici ad oggetto sociale compatibile;
    - e.4) con una plurima presenza delle figure sub. e.1), e.2), e.3);

---

<sup>463</sup> Come sostenuto dal TAR Veneto, Venezia, sez. I, sentenza 20 marzo 2014, n. 358, punto 7.9.

- 3) *moduli gestori dotati di personalità giuridica pubblica o privata*  
f) in concessione.

Una volta assodata la possibilità per il Comune di ricorrere alla concessione per la conduzione delle farmacie di cui ha acquisito la titolarità nell'esercizio del diritto di prelazione riconosciutogli dalla legge speciale sulla metà delle sedi di nuova istituzioni o di quelle che si sono rese vacanti, occorre procedere ad analizzare i più recenti interventi legislativi a potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica.

Ci si riferisce, in particolare, al decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, rubricato "*misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni ed infrastrutture*", il cui art. 11 ha previsto diverse disposizioni al fine di garantire una più capillare presenza sul territorio di sedi farmaceutiche e, nel contempo, favorire l'accesso alla titolarità delle stesse da parte di un più ampio numero di aspiranti.

#### **8. La concessione a terzi delle farmacie comunali presenti nei grandi centri di aggregazione: il divieto di "cessione della gestione" sancito dall'art. 11, legge 24 marzo 2012, n. 27.**

L'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, convertito con modifiche in l. n. 27 del 2012 (liberalizzazioni), al dichiarato fine di garantire una più capillare presenza sul territorio di sedi farmaceutiche nonché favorire l'accesso alla titolarità delle stesse da parte di un più ampio numero di aspiranti, ha apportato una serie di modifiche alle previsioni di cui alla legge n. 475 del 1968 <sup>464</sup>.

---

<sup>464</sup> Detto art. 11 (*Potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, accesso alla titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci (( e altre disposizioni in materia sanitaria)*), c. 1, lett. «a», l. 27/2012 recita: «1. Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti:

"Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti.

La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso";

b) dopo l'articolo 1 è inserito il seguente:

In particolare, il citato articolo ha previsto un incremento del numero delle farmacie: è stabilito che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti laddove la previgente disposizione prevedeva un rapporto di una farmacia ogni 5000 abitanti nei Comuni con popolazione a 12.500 abitanti e una farmacia ogni 4000 abitanti negli altri Comuni.

La titolarità delle nuove sedi farmaceutiche determinate alla luce del suddetto criterio è riservata ai privati a seguito di assegnazione mediante concorso straordinario per soli titoli.

Ai sensi dell'art. 11, c. 3, della legge n. 27 del 2012, ed in deroga a quanto previsto dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, sulle nuove sedi farmaceutiche è precluso al Comune l'esercizio del diritto di prelazione.

In aggiunta alle sedi farmaceutiche istituite in base al nuovo criterio di determinazione del numero delle autorizzazioni, ed entro il limite del 5 per cento delle sedi complessive, comprese quelle nuove, alle Regioni, sentita l'azienda sanitaria locale competente per territorio, è riconosciuta la possibilità di istituire una farmacia nei grandi centri di aggregazione umana ed in particolare:

- a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri;
- b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia, a una distanza inferiore a 1.500 metri

---

*"Art. 1-bis. - 1. In aggiunta alle sedi farmaceutiche spettanti in base al criterio di cui all'articolo 1 ed entro il limite del 5 per cento delle sedi, comprese le nuove, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'azienda sanitaria locale competente per territorio, possono istituire una farmacia:*

*a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri;*

*b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 1.500 metri».*

Le farmacie istituite nei citati centri, al contrario di quelle istituite in base ai nuovi criteri di calcolo, sono offerte in prelazione ai Comuni in cui le stesse hanno sede.

In tal senso, l'art. 11, c. 10, legge n. 27 del 2012 dispone che *“Fino al 2022, tutte le farmacie istituite ai sensi del comma 1, lettera b), sono offerte in prelazione ai Comuni in cui le stesse hanno sede. I comuni non possono cedere la titolarità o la gestione delle farmacie per le quali hanno esercitato il diritto di prelazione ai sensi del presente comma. In caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante”*.

Il legislatore, dunque, riserva le farmacie istituite nei grandi centri di aggregazione ai Comuni prevenendo nel contempo il divieto per gli stessi di *“cedere la titolarità o la gestione delle farmacie”*.

Ci si vuole pertanto soffermare su quest'ultimo inciso onde valutare se possa avere risvolti sul fronte dell'ammissibilità della concessione a terzi come modello di organizzazione del servizio farmaceutico comunale.

La cessione (*rectius*: vendita)<sup>465</sup> della titolarità è (al di là che ciò non può avvenire per dette farmacie prima del 2022) è materia attratta alle previsioni dell'art. 12, c. 1, l. 475/1968, ove si legge che: *“E' consentito il trasferimento della titolarità della farmacia, decorsi 3 anni dalla conseguita titolarità”*.

*Ab origine* detta norma interessava solamente le farmacie private. Successivamente l'art. 15–*quinquies*, c. 2, d.l. n. 415/1989 (*Norme urgenti in materia di finanza locale e di rapporti finanziari tra lo Stato e le regioni, nonché disposizioni varie*), convertito con modifiche in l. 38/1990 ha esteso le facoltà previste dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475, anche alle amministrazioni comunali nelle ipotesi di cui all'articolo 9 della legge medesima (si ricorda che tale art. 9 riguarda i moduli gestori delle farmacie comunali).

Infine l'art. 12 l. 362/1991, al c. 1 ha altresì previsto che *“Il comma 2 dell'articolo 15–quinquies del decreto-legge 28 dicembre 1989, n. 415, convertito, con*

---

<sup>465</sup> Così in T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, 7 volumi, UTET, 1999, Torino, 1° volume, pag. 1024

*modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 38, si applica anche alle farmacie gestite dal comune o da azienda municipalizzata ( di cui al d.P.R 902/1986) o speciale di cui all'articolo 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142, con modalita' da stabilirsi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, anche a tutela del personale dipendente.*

L' assenza del d. P. C. M. previsto dal citato c. 1, art. 12, l. 362/1991, quale norma secondaria, non impedisce il trasferimento della titolarità dell' esercizio della farmacia comunale in esame <sup>466</sup>.

L'art. 11, c. 10, legge n. 27 del 2012, nel sancire il divieto di cessione della titolarità delle farmacie istituite nei centri di aggregazione umana limita temporalmente l'applicabilità dell'art. 12, c. 1, della legge n. 475 del 1968.

Così, il Comune divenuto titolare della farmacia ubicata in tali centri potrà cedere la titolarità della stessa solo dopo l'anno 2022.

Si dimostra più complessa l'interpretazione del secondo divieto, quello relativo alla "cessione della gestione".

Come noto, la gestione delle farmacie è aspetto disciplinato dal già esaminato art. 9 della legge n. 475 del 1968.

Dunque, la novella del 2012 sarebbe destinata ad incidere sull'efficacia di tale ultimo articolo seppur riferitamente alle categorie di farmacie neo istituite nei grandi centri di aggregazione.

L'art. 11, comma 10, secondo periodo, l. 27/2012, nell'affermare che è fatto divieto di "cedere [la titolarità] o la gestione", ricorre ad una espressione che appare imprecisa generando problemi di natura ermeneutica.

Occorre considerare che:

- ogni modulo gestorio (concessione compresa) comporta sempre un affidamento del servizio farmaceutico pubblico locale *pro tempore* e mai una "cessione" a titolo definitivo (se diversamente fosse tale affidamento risulterebbe *contra legem*);
- il disgiuntivo «o» di cui all'art. 11, comma 10, legge n. 27 del 2012 è ambiguo poiché la titolarità è cosa ben diversa dalla gestione: mentre il primo profilo

---

<sup>466</sup> Cfr. *ex multis*, TAR Emilia Romagna, Parma, sentenza n. 252 dell' 8/9/1994.

è disciplinato dall'art. 12 della legge speciale, il secondo è contemplato dall'art. 9 della medesima legge.

A dirimere il dubbio interpretativo è intervenuta la giurisprudenza amministrativa la quale ha affermato che il divieto di “cessione della gestione” deve essere inteso come necessità di coincidenza del binomio titolarità-gestione in capo all'ente locale autore della prelazione <sup>467</sup>.

La gestione delle nuove farmacie istituite nei centri che in precedenza si sono elencati è dunque rimessa inderogabilmente al Comune che ha esercitato la prelazione, senza possibilità di cederle a terzi.

La preclusione della scelta dissociativa resta tuttavia limitata soltanto a tali fattispecie peculiari e tassative ben potendo l'ente locale affidare a terzi la conduzione delle farmacie diverse da quelle di cui all'art. 11, c. 3, legge n. 27 del 2012 <sup>468</sup>.

## **9. I vantaggi e gli svantaggi della scelta dissociativa**

La platea dei vantaggi/svantaggi nell'ottica del Comune concedente possono essere (senza pretesa di esaustività trattandosi di fattispecie da valutarsi caso per caso) così riassunti:

### *Vantaggi*

---

<sup>467</sup> *Ex multis* Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 13 novembre 2013, n. 951, il quale afferma che la novella non può essere interpretato come principio generale al punto da vietare il modello della concessione per qualsiasi farmacia comunale anche diversa da quelle menzionate dall'art. 11, c. 3, legge n. 27 del 2012.

<sup>468</sup> Cfr. A. SANTUARI, *Le forme di gestione delle farmacie comunali, in particolare sul divieto di concessione a terzi*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), il quale, osserva sul punto « *Ci si deve chiedere – come correttamente fanno i giudici amministrativi nella sentenza de qua (TAR Piemonte di cui trattasi, ndr) – se tale orientamento giurisprudenziale possa essere ritenuto oggi in linea con il sopravvenuto quadro normativo nazionale, quale innovato nel 2012 dall'art. 11, comma 10, del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012. Come più volte commentato su questo sito, la novella in parola ha, in sostanza, confermato l'impossibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali. E tale conferma viene fatta discendere dalla disposizione normativa che stabilisce che tutte le farmacie di nuova istituzione previste nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili, nelle stazioni marittime, nelle aree di servizio autostradali nonché nei centri commerciali, fino al 2022, siano offerte in prelazione ai comuni in cui le stesse hanno sede. I comuni non possono cedere la titolarità o la gestione delle farmacie per le quali hanno esercitato il diritto di prelazione: in caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante.*

1. il Comune ha la possibilità di recuperare le spese di gara (aumentate dell' Iva se dovuta)
2. il Comune riceve un canone di concessione in conto esercizio fisso e/o variabile, incrementato da una iniziale *una tantum* (tutto attratto all' Iva);
3. il Comune dispone di una cauzione di gestione del 10% di detti canoni (se del caso attualizzati) per la durata della concessione e se del caso riferita ad un lustro con obbligo del garante al rinnovo;
4. il Comune non sostiene gli investimenti di primo impianto (personale, rimanenze di merci, cespiti e affitti);
5. il Comune non si accolla il rischio d' impresa (soprattutto riferito all' iniziale periodo di *start-up*);
6. alla scadenza il Comune dispone di un esercizio commerciale già avviato;
7. alla scadenza il Comune può rivedere il modulo gestorio senza nessun vincolo;
8. l' impianto (voce *sub* 4) ed il relativo personale sarà trasferito (al valore di libro per le merci ed i cespiti) al diverso gestore;
9. il Comune mantiene – per tutta la durata della concessione – le potestà in materia di indirizzi, programmazione, vigilanza e controllo (come da contratto di servizio);
10. la scelta con gara del concessionario (con allegato il progetto industriale, il piano degli investimenti ed il piano industriale ... oggetto di miglioramento da parte dei concorrenti) ne assicura la professionalità dell'aggiudicatario a tutto vantaggio della qualità del servizio e della tutela della salute.

#### *Svantaggi*

1. il responsabile unico del procedimento (RUP) deve attivarsi per le (concrete) verifiche del rispetto del caleidoscopio d' impegni assunti dal concessionario con la gara, per tutta la durata della concessione;

2. il consiglio comunale deve adeguare nel tempo i propri indirizzi al mutare delle esigenze della collettività di riferimento in materia di qualità percepita del servizio farmaceutico pubblico al dettaglio e di tutela della salute;
3. in relazione al punto precedente è opportuno (*rectius* : il bando di gara dovrà prevedere) che il codice etico inizialmente applicato dal concessionario venga modificato;
4. *ibidem* con il punto precedente per l' adeguamento della carta dei servizi;
5. il coinvolgimento con le associazioni dei consumatori (tramite accordo stipulato con il concessionario) deve essere mantenuto (seppur oneroso) per tutta la durata della concessione (cfr. l' art. 2, c. 461, l. 244/2007);
6. il coinvolgimento con i principali *stakeholders* deve essere mantenuto per tutta la durata della concessione (tra portatori d' interessi diretti ed indiretti/interni ed esterni al concessionario);
7. il *report* (almeno semestrale) a cura del concessionario dovrà essere oggetto (nell' ordine): di determine del RUP, di giunta e di consiglio comunale (quale puntuale e concreta attività di vigilanza e controllo).

#### **10. I possibili sviluppi applicativi derivanti dall'affidamento a terzi della gestione della farmacia comunale**

È ragionevole supporre che la gestione delle future farmacie assunte dai Comuni prenderanno in seria considerazione la forma della concessione.

Nella attuale fase storica dove si riscontra una sempre maggiore difficoltà di cessione della titolarità delle farmacie pubbliche e del connesso impianto, ovvero di disporre di un socio privato non stabile per la gestione delle farmacie tramite società mista, è facile (se non inevitabile) supporre che in alternativa i Comuni valuteranno il ricorso al modulo concessorio.

Così come è ragionevole supporre che eventuali gestioni in perdita di farmacie comunali (soprattutto gestite in economia) saranno esternalizzate in concessione a terzi (cfr. la l. 190/2014, patto di stabilità 2015, art. 1, cc. da 611 a 614 e 616 ed il relativo *favor*).

In presenza delle restrizioni di bilancio a cui i Comuni devono fare fronte, tale forma di organizzazione del servizio risponde alla necessità di assicurare i trasferimenti di canoni concessori dai privati al settore pubblico, senza accollarsi alcun costo per l'impianto sopra citato.

Inoltre il Comune potrà beneficiare del patrimonio conoscitivo e dell'onere dei finanziamenti per l'iniziale impianto dell'esercizio farmaceutico a carico del settore privato.

Resteranno poi da conciliare le attese di remunerazione del capitale da parte del concessionario con le legittime attese di tutela della salute da parte del cittadino, quale aspetto costituzionalmente garantito.

E' questo un *vulnus* da evitarsi già in sede di atti di gara, all'interno del progetto industriale, dei punteggi previsti nel disciplinare di gara, del contratto di servizio, della carta dei servizi, del piano industriale e delle condizioni a disciplina dei rapporti alla scadenza della concessione.

In tal senso l'art. 42 [*Attribuzioni dei consigli*], c. 2, lett. «e», d.lgs n. 267 del 2000 (TUEL), rimette all'ente locale titolare dell'esercizio del servizio l'attività di indirizzo, programmazione, vigilanza e controllo da trasferirsi, nel concreto, nei sopracitati atti.

La ricerca dell'equilibrio tra il diverso ruolo dei quattro protagonisti sopra citati ( Regione/ASL, ente locale concedente, concessionario privato non stabile, cittadino) dovrà prevedere un canone a favore dell'ente locale tale da non soffocare le sopracitate attese di remunerazione del capitale investito dal concessionario, le cui conseguenze si tradurrebbero inevitabilmente in una limitazione del diritto alla salute dei cittadini rappresentati in via esponenziale dall'ente locale citato (ciò a valere sia per l'affidamento a società mista sia tramite concessione).

Si potranno pertanto prevedere strumenti quali: un "paniere" di prodotti a prezzi calmierati da modificarsi solo previa autorizzazione dell'ente concedente, una presenza di rimanenze finali di prodotti tali da garantire una pronta evasione delle richieste al banco, servizi in farmacia ad alto valore aggiunto per il cittadino

(vedasi per esempio i servizi polifunzionali di infermiere e di fisioterapista come da d.lgs. 153/2009 e successivo DMS 11/12/2012), orari di apertura (oggi liberalizzati) predefiniti, interazione via *internet* tra la farmacia e la cittadinanza sulle promozioni dei prodotti, sulle campagne sanitarie, indagini di *customer satisfaction*, ecc, con *reports* almeno semestrali dal concessionario al concedente ... sino a dar luogo alla decadenza del contratto per inadempimento.

La tutela della salute, quale diritto fondamentale, sarà altresì garantita dalla presenza a banco di farmacisti iscritti al relativo albo professionale ed in parallelo dal controllo esercitato dall'ente locale come da contratto di servizio e carta dei servizi allegati agli atti di gara.

Infatti mentre al concessionario spetterà la progettazione, la realizzazione, l'esecuzione e il finanziamento del servizio, l'attività del concedente si concentrerà nella definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti e di controllo del rispetto di questi obiettivi da parte del responsabile unico del procedimento (RUP) nominato dall'ente locale preposto a tale attività di vigilanza e controllo, con coinvolgimento degli organi istituzionali competenti del concedente in presenza di eventuali asimmetrie informative tra le previsioni a tutela della salute del cittadino e i dati consuntivati sul punto durante la vita della concessione.

## 11. Analisi della concentrazione delle farmacie sul territorio italiano

La tabella di seguito riportata illustra l'attuale presenza delle farmacie pubbliche e private sul territorio nazionale.

Rapporto farmacie/abitanti in Italia (marzo 2017)

REGIONE	NUMERO FARMACIE			ABITANTI	ABITANTI PER FARMACIA
	COMPLESSIVE	PRIVATE*	PUBBLICHE**		
VALLE D'AOSTA	52	<u>45</u>	7	127.329	2.449
PIEMONTE	1.647	<u>1.538</u>	109	4.404.246	2.674

LIGURIA	605	<b><u>584</u></b>	21	1.571.053	2.597
LOMBARDIA	2.877	<b><u>2.412</u></b>	465	10.008.349	3.479
VENETO	1.359	<b><u>1.244</u></b>	115	4.915.123	3.617
BOLZANO	124	<b><u>118</u></b>	6	520.891	4.201
TRENTO	169	<b><u>144</u></b>	25	538.223	3.185
FRIULI- V.GIULIA	391	<b><u>366</u></b>	25	1.221.218	3.123
EMILIA- ROMAGNA	1.310	<b><u>1.091</u></b>	219	4.448.146	3.396
MARCHE	507	<b><u>432</u></b>	75	1.553.752	3.045
TOSCANA	1.191	<b><u>963</u></b>	228	3.744.398	3.144
LAZIO	1.519	<b><u>1.354</u></b>	165	5.888.472	3.877
UMBRIA	272	<b><u>221</u></b>	51	891.181	3.276
ABRUZZO	506	<b><u>473</u></b>	33	1.326.513	2.622
MOLISE	168	<b><u>166</u></b>	2	312.027	1.857
CAMPANIA	1.626	<b><u>1.560</u></b>	66	5.850.850	3.598
PUGLIA	1.212	<b><u>1.093</u></b>	19	4.077.166	3.364
BASILICATA	207	<b><u>203</u></b>	4	573.694	2.771
CALABRIA	763	<b><u>761</u></b>	2	1.970.521	2.583
SICILIA	1.462	<b><u>1.448</u></b>	14	5.074.261	3.471
SARDEGNA	582	<b><u>577</u></b>	5	1.658.138	2.849
<b>Totale nazionale</b>	<b>18.549</b>	<b>16.893</b>	<b>1.656</b>	<b>60.665.551</b>	<b>3.271</b>

(fonte [www.federfarma.it](http://www.federfarma.it))

Sulla base dei dati sopra riportati si evince come il numero delle farmacie comunali sia esiguo rispetto al numero delle farmacie private.

Gli enti locali detengono la titolarità di n. 1656 sedi farmaceutiche rispetto alle 16.893 farmacie private.

Il numero degli abitanti per farmacia è particolarmente basso nelle Regioni con una particolare conformazione geomorfologica e con una presenza diffusa di piccole comunità montane e rurali che hanno fatto ricorso in misura rilevante alla possibilità di apertura di farmacie in piccoli Comuni, in deroga al criterio demografico, nel caso particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedano.

Per quanto riguarda la città di Bolzano, il fatto che il numero degli abitanti serviti da una farmacia sia più alto che altrove è dovuto alla particolare conformazione montuosa del territorio con centri abitati piccoli e sparsi e alla circostanza che i servizi essenziali sono concentrati nei centri più grandi.

Aldilà delle medie occorre tenere presente che in molti centri, piccoli, piccolissimi Comuni o frazioni sono aperti armadi farmaceutici gestiti, di norma, dalla farmacia più vicina.

In tal modo viene assicurato il servizio farmaceutico anche in centri in cui una farmacia non potrebbe sopravvivere.

Le farmacie complessive sono n. 18.549 anche se queste sono destinate ad aumentare a seguito delle nuove aperture previste dalla legge n. 27 del 2012; si tratta comunque del rapporto più vicino al dato medio europeo.

## **12. Dati statistici relativi alla forma giuridica delle farmacie comunali: il numero degli affidamenti in concessione a privati**

Circoscrivendo l'ambito di indagine alle sole farmacie comunali, si intende verificare quanti Comuni abbiano adottato la forma della concessione a terzi per la gestione delle proprie farmacie.

Sulla base dei dati elaborati da Assofarm <sup>469</sup> risulta che delle n. 1656 farmacie comunali solo n. 49 siano state affidate in concessione a privato.

E più specificatamente:

<b>Regione</b>	<b>In concessione a privato</b>
Lombardia	15
Veneto	10
Emilia Romagna	5
Campania	4
Lazio	3
Piemonte	2
Sicilia	2
Umbria	2
Liguria	1
Abruzzo	1
Basilicata	1
Calabria	1
Toscana	1
Trentino Alto Adige	0
Sardegna	0
Puglia	0
Marche	0
Molise	0
Friuli Venezia Giulia	0
Valle d'Aosta	0

---

<sup>469</sup> I dati relativi alla ripartizione delle forme di gestione delle farmacie è reperibile al seguente link:  
<http://www.assofarm.it/files/Aggiornamento2016ElaboratoRipartizioneGestioneFarmacie.pdf>

La forma di gestione che ricorre con maggiore frequenza è la società per azioni. Risulta, infatti, che ben n. 636 farmacie comunali siano gestite mediante tale forma di organizzazione.

Il numero limitato delle farmacie gestite con la forma della concessione a privato è probabilmente spiegabile in ragione del fatto che trattasi di una forma di gestione recente.

Si è visto, infatti, che sull'ammissibilità dell'affidamento della farmacia comunale in concessione a terzi si sono susseguiti orientamenti divergenti che hanno certamente disincentivato l'utilizzo di tale formula organizzativa.

È interessante notare come le Regioni con il maggior numero di concessioni a terzi sono le stesse in cui sono stati avviati i principali dibattiti giurisprudenziali sulla questione:

- il TAR Veneto, Venezia, sez. I, sentenza 20 marzo 2014, n. 358 si pronunciò sull'ammissibilità della concessione a terzi della farmacia comunale;
- il TAR Lombardia, Brescia, sentenza 13 novembre 2013, n. 951, si pronunciò anch'esso a favore di tale modello organizzativo.

Ciò nonostante, si ritiene che il numero delle farmacie affidate in concessione a terzi sia destinato ad aumentare in ragione delle considerazioni precedentemente descritte seppur in misura proporzionale al contingentamento del servizio farmaceutico.

## Conclusioni.

I servizi d'interesse economico generale secondo la concezione europea si dimostrano un contenitore concettuale dagli spazi sempre più definiti.

La libertà riconosciuta agli Stati di definire quali servizi considerare servizi d'interesse economico generale non appare illimitata bensì circoscritta entro determinati confini: da un lato, l'esercizio del potere di controllo attribuito alla Commissione europea in caso di errore manifesto; dall'altro, l'opera di armonizzazione condotta dal legislatore dell'Unione con particolare riguardo ai settori la cui dimensione e struttura di rete è tale da conferire agli stessi una rilevanza europea; senza dimenticare l'attività interpretativa della Corte di giustizia che potrà certamente contribuire ad una sovranazionalizzazione della nozione dei SIEG.

L'organizzazione dei servizi d'interesse economico generale resta una prerogativa degli Stati membri. Eppure, anch'essa potrà rilevare in ambito europeo nella misura in cui alle imprese incaricate della missione SIEG siano riconosciuti diritti speciali oppure esclusivi non strettamente necessari all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico e tali da poter recare pregiudizio altre imprese concorrenti in un dato mercato.

Le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona hanno permesso di sottrarre i SIEG dall'esclusiva ottica della concorrenza: non più quale sola mera eccezione all'applicazione delle regole del mercato bensì anche valore comune dell'Unione da promuovere in favore di una sempre maggiore coesione sociale e territoriale.

L'applicabilità delle norme dettate in ambito europeo in materia di SIEG restano subordinate all'individuazione delle equivalenti categorie di servizio pubblico previste in ambito nazionale.

A tal proposito, si è osservato come le espressioni impiegate in ambito europeo siano sempre più frequenti negli atti legislativi nazionali.

Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recepisce nel proprio lessico l'espressione "servizio d'interesse generale", la cui definizione, seppur

circoscritta ai soli fini dell'applicazione delle disposizioni poste a disciplina delle società a partecipazione pubblica, si dimostra coerente con il quadro europeo.

La definizione di servizio d'interesse generale fornita dal legislatore nazionale si presenta tra l'altro pressoché speculare a quella di servizio pubblico che fu elaborata dalla dottrina in precedenza esaminata.

Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica fornisce altresì una definizione all'espressione "servizi d'interesse economico generale", considerandoli come servizi che possono essere erogati o che sono suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un dato mercato, da ricondursi nella più ampia categoria dei servizi di interesse generale.

Analoghe espressioni erano rinvenibili anche in quello che doveva essere il Testo unico sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale, il quale si proponeva di fornire specifiche definizioni che si dimostravano coerenti con quelle rinvenibili nel decreto legislativo n. 175 del 2016 seppur circoscritte all'ambito locale sia per ciò che concerneva il profilo soggettivo sia per quanto riguardava i bisogni da soddisfare.

Il citato Testo unico avrebbe introdotto una disciplina organica in materia di servizi pubblici locali, abrogando le molteplici disposizioni che sono attualmente rintracciabili in diversi atti legislativi frutto degli alluvionali interventi che si sono susseguiti nel corso del tempo.

L'attuale quadro normativo risulta pertanto orfano di un atto legislativo che avrebbe certamente fatto chiarezza e dato ordine ad una disciplina che è stata oggetto di molteplici vicissitudini.

Allo stato attuale, l'art. 113, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, eroso da molteplici interventi legislativi, riserva specifiche previsioni a disciplina dei "servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Nel contempo, il sopravvissuto art. 34, cc. da 20 a 25, legge 17 dicembre 2012, n. 221, che doveva essere abrogato dallo schema di Testo unico sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale, richiede che le scelte operate dall'ente per ciò che concerne la forma di affidamento prescelta per la gestione

del servizio pubblico locale di rilevanza economica siano coerenti con i requisiti previsti dalla disciplina europea.

Le forme di gestione dei servizi pubblici previste dal diritto europeo sono state nel frattempo recepite in ambito nazionale dal già citato decreto legislativo n. 175 del 2016 nonché dal decreto legislativo n. 50 del 2016.

In recepimento della direttiva 2014/23/UE, il legislatore nazionale ha introdotto un *corpus* di norme a disciplina del contratto di concessione di servizi, a regolazione non solo della fase pubblicitica inerente la procedura di affidamento bensì anche di quella negoziale, laddove il previgente quadro normativo antecedente all'introduzione del codice dei contratti pubblici sottoponeva le citate concessioni al rispetto di una sintetica disciplina di principio a carattere residuale.

Contrariamente alle scelte operate in ambito europeo, dove è stata proposta una normativa del tutto svincolata rispetto a quella degli appalti pubblici, in ambito nazionale la disciplina delle concessioni risulta essere in gran parte comune a quella prevista per i contratti d'appalto a fronte dell'ampio rinvio operato dall'art. 164, c. 2, alle disposizioni di parte I e II del Codice.

Il legislatore è ricorso più volte alla tecnica del rinvio che, se da un lato ha reso agevole la stesura del quadro normativo, dall'altro comporta l'evidente difficoltà di determinare quali disposizioni siano nel concreto applicabili specialmente nelle ipotesi in cui l'applicabilità della norma sia subordinata al previo accertamento della compatibilità della stessa.

La preliminare disamina delle previsioni di diritto derivato europeo ha permesso di evidenziare come il più delle volte il legislatore, forse stretto dalla imminente scadenza del termine per il recepimento della direttiva europea, si sia limitato a riprodurre pedissequamente alcune disposizioni anche laddove di fatto godesse di una maggiore libertà di scelta.

Questa trasposizione meccanica di nuovi istituti, non accompagnata da una adeguata armonizzazione e da un migliore coordinamento con la trama normativa ereditata dal previgente codice, ha determinato la produzione di un testo non

sempre chiaro e dai tratti ambigui che impone all'interprete un'ulteriore sforzo interpretativo.

Si è mostrato, inoltre, come il legislatore nazionale abbia scelto, in continuità con la disciplina previgente, di considerare espressamente i contratti di partenariato pubblico privato, nonostante a livello europeo detta categoria, oltre ad essere sempre meno invocata, trovi riscontro in soli atti programmatici a carattere non vincolante prodotti dalle Istituzioni europee ed in particolare dalla Commissione.

Se pur vero che per espressa disposizione legislativa i contratti di concessione di servizi sono annoverati nell'ambito dei contratti di PPP, a seguito della disamina delle norme poste a disciplina di entrambe le fattispecie, è stato possibile constatare come nella sostanza esse rappresentino specie contrattuali distinte che pur presentando elementi in comune conservano proprie peculiarità che contribuiscono alla loro distinzione.

Inoltre, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, si ha come l'impressione che la disciplina prevista per i partenariati pubblico privati non rappresenti il sostrato su cui poggia la normativa prevista per i contratti di concessione.

Se così fosse il legislatore nella parte dedicata alle concessioni di servizi si sarebbe limitato a disciplinare i profili specifici a tale tipologia contrattuale rinviando per quanto non diversamente disposto alla disciplina prevista per i contratti di partenariato in genere.

Al contrario, il legislatore nazionale sancisce l'applicabilità ai PPP delle disposizioni di parte III relativa ai contratti di concessione.

È, pertanto, la disciplina della *species* che integra la disciplina prevista per il contratto di genere e non il contrario.

Il legislatore nella definizione della normativa dei PPP si è pertanto ispirato a quella prevista per le concessioni di origine europea.

In tale contesto, il servizio farmaceutico è stato collocato nell'alveo dei servizi pubblici.

È stato sottolineato come qualsiasi farmacia – a prescindere dalla titolarità (pubblica o privata) della proprietà – resti sottoposta alle stringenti regole poste dalla normativa di settore che sono preordinate al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista.

L'attribuzione alla Regione, per il tramite delle strutture sanitarie locali, delle funzioni di programmazione, di coordinamento e di vigilanza in materia di assistenza farmaceutica, che rappresentano elementi caratterizzanti la titolarità del servizio, che si sostanziano in particolare nel rilascio delle autorizzazioni ad aprire nuove farmacie o di acquisire la titolarità di quelle che si sono rese vacanti, esclude la possibilità di considerare il servizio farmaceutico alla stregua di un servizio pubblico locale.

Si è dimostrato, infatti, come il Comune, nell'esercizio del diritto di prelazione di cui all'art. 9 della legge n. 475 del 1968, acquisti unicamente la *titolarità della farmacia* e del relativo esercizio, quando la *titolarità del servizio farmaceutico* resta in capo alla Regione a cui competono le funzioni precedentemente elencate.

In virtù del rinvio operato dal citato articolo 9 all'abrogata legge n. 142 del 1990, deve ritenersi che l'assoggettabilità al servizio farmaceutico alla disciplina prevista per i servizi pubblici locali di rilevanza economica in genere sia limitata al solo profilo della gestione del servizio.

Le forme di gestione previste in generale per i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono considerarsi integrative a quelle previste dalla disciplina di settore.

Un Comune per la conduzione della propria farmacia potrà pertanto avvalersi di forme di gestione diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, anche qualora la formula prescelta comporti una dissociazione della titolarità della farmacia rispetto alla titolarità della gestione, aspetti che potranno anche non essere riconducibili in capo al solo ente locale

autore della prelazione purché l'esercizio della farmacia comunale avvenga pur sempre nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico.

In tale contesto non può più ritenersi escluso l'affidamento della farmacia comunale in concessione a terzi attraverso procedure ad evidenza pubblica.

D'altronde, anche mediante il modello della concessione a terzi e, dunque, anche qualora l'esercizio non sia riconducibile all'ente locale potranno ugualmente essere garantiti gli obiettivi di rilevanza sociale che ne giustificano l'istituzione.

Tali obiettivi possono essere perseguiti con apposite clausole nel contratto di servizio sottoscritto con il concessionario, attraverso concrete modalità di controllo della gestione e con la previsione di sanzioni nel caso di inadempimento degli obblighi imposti al concessionario e con una dettagliata carta dei servizi in cui siano indicati i livelli qualitativi e quantitativi del servizio da erogare; tutto ciò al fine di garantire che la farmacia comunale possa comunque continuare ad assicurare al Comune non solo un utile economico (attraverso la percezione del canone concessorio e di una percentuale sugli incassi) ma anche quegli standard qualitativi e quantitativi volti a garantire l'efficace svolgimento della funzione sociale propria del servizio farmaceutico comunale.

È, dunque, possibile affermare che l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità della farmacia e titolarità della gestione non possa di fatto considerarsi un ostacolo all'adozione del modello concessorio.

L'unica eccezione all'ammissibilità dell'affidamento a privati della gestione della farmacia comunale è prevista rispetto alle nuove farmacie istituite nei grandi centri di aggregazione umana ai sensi dell'art. 11, c. 3, legge n. 27 del 2012.

La preclusione della scelta dissociativa rispetto a tali fattispecie peculiari e tassative è sancita espressamente dal legislatore il quale fa divieto ai Comuni di *“cedere la titolarità o la gestione”* delle citate neo farmacie fino all'anno 2012.

Infine, deve ritenersi che la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 34, c. 25, legge n. 221 del 2012, sia stata posta dal legislatore per garantire la sopravvivenza

delle forme di gestione diretta previste per le farmacie comunali che, altrimenti, sarebbero state travolte da alcuni dei più interventi normativi che si sono susseguiti materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tuttavia, se da un lato, in virtù della citata clausola, non si può negare che al Comune sia precluso la possibilità di accedere alle forme di gestione delle farmacie comunali di cui all'art. 9 della legge speciale, dall'altro la stessa è lontana dall'esprimere un indice di incompatibilità tra le due normative, che si considerano poste non in un rapporto di contrapposizione ma di integrazione e completamento.

## Bibliografia

- A MORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938;
- A. ARCASENSA, *L'esercizio del potere di autotutela dopo la stipulazione del contratto*, in *www.italiappalti.it*, 2016;
- A. ARENA, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica*, Napoli, 2011;
- A. ARENA, *Spiegazione relativa all'art. 36 – Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017;
- A. CROSETTI, *Il servizio sanitario. Profili organizzativi*, R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto, Salute e sanità*, Milano, 2010
- A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1930
- A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012
- A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Ce*, Torino, 1996,
- A. LUCARELLI, *Commento all'art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001
- A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi d'interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21/2016
- A. MARTINO, *Commento all'art. 28 della legge n. 833 del 1978*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale*, Milano, 1979,
- A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007
- A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2007
- A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2000,

- A. ROMAN MARQUZ, *El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario*, in *Rivista spagnola de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017
- A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995
- A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, Milano, 1994
- A. SANTUARI, *Le forme di gestione delle farmacie comunali, in particolare sul divieto di concessione a terzi*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).
- A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Tomo I, Napoli, 1989
- B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1/2011
- B.R. NICOLOSO, *Evoluzione normativa nella disciplina delle farmacie comunali*, in *Sanità pubblica*, 1989
- BAUBY, M.M. SIMILIE, *Public services in the European Union e in the 27 members states*, Bruxelles, 2010
- C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012,
- C. GRASSETTI, *La nozione d'interesse della Comunità*, in *Rivista di diritto industriale*, 1963
- C. PLUCHINO, *Le funzioni deflattive del contenzioso e il lifting dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016
- D. DE GRAZIA, E MENICHETTI, *La gestione delle farmacie comunitali dopo la riforma del Titolo V Cost.*, in *Ragiusan*, 2004
- D. DE GRAZIA, E. MENICHETTI, *Il servizio farmaceutico e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003
- D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.

- D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in: F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007
- D. GALLO, *I servizi d'interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 260
- D. MARESCA, *L'accesso ai servizi d'interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, DUE, 2005
- D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000
- D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2010;
- D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 1999
- da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, terza ed. Milano, 1993,
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999.
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2011
- E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2016
- E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003;
- E. SILVETRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961
- F. M. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2004
- F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992
- F. BLUM, A. LOGUE, *State Monopolies under EC Law*, in *Competition And regulation in Network Industries*, 2000
- F. BONINI, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2000
- F. BUONOMENNA, *I servizi pubblici internazionali nell'epoca della globalizzazione e nel trattato di Lisbona*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008
- F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Roma, 2014,

- F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016
- F. DI LASCIO, B. NERI, *I poteri di vigilanza dell’Autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2015
- F. DONATI, *La regolazione dei servizi d’interesse generale, I servizi d’interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2010
- F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, in *Enciclopedia del diritto*, 2007;
- F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016
- F. LEGGIADRO, *Concessione e appalto. Il nocciolo duro della distinzione*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2017,
- F. LIQUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato ed impresa pubblica*, Torino, 2004
- F. MASTRAGOSTINO, *I servizi pubblici in concessione ed il servizio farmaceutico*, in *Sanità pubblica*, 1995
- F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli giuridici e problemi giuridici*, Trento, 2006,
- F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008
- F. MERUSI, *Sul finanziamento dei consorzi per l’esercizio di servizi pubblici municipalizzati*, in *Studi Furno*, Milano, 1973
- F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi d’interesse economico fra legislazione nazionale e giurisprudenza europea*, in *federalismi.it*, n. 6/2017
- F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell’impresa*, in *Dir. publ.*, 2000
- F. TRIMARCHI BANFI, *L’art. 1, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 2005
- F.A. ROVERSI MONACO E C. BOTTARI, *Commento all’art. 1*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla l. 23 dicembre 1978*, n. 833, Milano, 1979

- G. ACQUARONE, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998
- G. B. CERESETO, *La legislazione sanitaria in Italia: commento alla legge 22 dicembre 1888, n. 5849 e alle leggi complementari ed affini*, Torino, 1901
- G. BASSI, *Le operazioni a lungo termine in partenariato pubblico-privato. Effetti sui bilanci pubblici e obblighi di comunicazione dati ed informazioni in base alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004*, in *App. e contr.*, n. 1-2, 2009
- G. BINAGLIA, *Appalti e concessioni alla luce del d.lgs. 50/2016 e potere di autotutela della P.A.*, in *Salvis Juribus*, 2017
- G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi d'interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008
- G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 ed art. 4, comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2004
- G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Servizi pubblici ed appalti*, 2005;
- G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004
- G. CAIA, *I servizi sociali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1998
- G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 1998
- G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1998,
- G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Istituto della Enciclopedia italiana - Treccani*, vo. XX, Roma, 1990
- G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, *Libro dell'anno del diritto 2017*, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, Roma, p. 229
- G. CAIA, *Società partecipate*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Istituto della Enciclopedia Italiana - Treccani, Roma, 2017

- G. CASAMASSIMA, *Il fatto tempo nell'applicazione dell'art. 177 del nuovo codice appalti*, in *www.italiappalti.it*, 2017
- G. CASELLI, *Nuova disciplina dei contratti misti: una bussola per operatori*, in *Italiappalti.it*, 2016
- G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Torino, 2011
- G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999
- G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003
- G. FALCON, *La sanità*, in *Seicentosedici dieci anni dopo*, Roma, 1988
- G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984
- G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. Dir. pubbl. com.*, n. 1, 2015
- G. GAGGIANO, *La disciplina dei servizi d'interesse economico generale*, Torino, 2008
- G. GALLONE, *Annulamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016
- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986
- G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm*, 1999
- G. JÈZE, *Le principes généraux du droit administratif*, Parigi, 1930
- G. PALLIGGIANO, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, atti del convegno *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Palazzo di giustizia, 26 giugno 2009
- G. PERICU, M. CAFARO, *Impresa pubblica*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, 1997,
- G. PIPERATA, *Farmacie*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, III, Milano, 2006
- G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2007

- G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017
- G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017
- G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005
- G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017
- G. TELESE, *Servizio d'interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999;
- G. TESAURO, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2012,
- G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996
- G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002,
- G. VELTRI, *L'in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016
- G.C. SALERNO, *Servizi d'interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010
- G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002
- G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. FERONI CERRINA (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011
- GALLONE, *L'annullamento d'ufficio nel nuovo codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it),
- I. A. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, 2016
- I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986

- J. L. BUENDIA SIERRA, *Article 106 -Exclusive Right and other anti-competitive State measures*, in FAULL, J. & NIKPAY, A. (eds.) *The EC Law of competition*, 3rd edition, Oxford University Press, 2014
- J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1997
- L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico*, Padova, 1984
- L. DUGUIT, *Le libertes publiques*, Parigi, 1925
- L. GRARD, *Place et signification de la Charte des droits fondamentaux de l'Unione europeenne*, 2008,
- L. IANNOTTA, *L'assistenza farmaceutica come servizio pubblico*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003
- L. IANNOTTA, *Osservazioni in tema di servizio farmaceutico comunale*, in *Rass. Amm. Sanità*, 2000
- L. MICONI, *Le modifiche del contratto e le variazioni in corso d'opera nel d.lgs. 40/2016 tra vecchie e nuove criticità*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2017
- L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e fornitura nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, n. 2-3/2015
- M. A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *federalismi.it*, n. 25/2013
- M. CABIDDU, *Pubblicità come attributo dei servizi e non del soggetto gestore. I servizi essenziali ex art. 43 costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999
- M. CALCAGNILE, *Verso una nuova disciplina dei Servizi pubblici locali?*, in *www.giustam.it*, 2003
- M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994;
- M. CAMMELLI, *I servizi nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992,
- M. CERUTI, *L'insostenibile leggerezza delle concessioni: alcune questioni interpretative circa la natura giuridica delle concessioni*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, n. 3, 2016
- M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, convegno su "Le Autorità amministrative indipendenti", in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003

- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013,
- M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.* n. 1, 1998
- M. D'ALBERTI, *Diritto Pubblico e diritto privato nei contratti pubblici*, Convegno di studi *La disciplina dei contratti pubblici nel contesto economico*, Bologna, 10 novembre 2017
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981
- M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000
- M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2011
- M. DI CARLO, *L'illegittimità del limite quantitativo al subappalto di contratto pubblico fra promozione della concorrenza e prevenzione della criminalità*, in *www.italiappalti.it*, 2017
- M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003,
- M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto nel diritto amministrativo*, Padova, 1936
- M. L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, 2016
- M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'lea normale del contratto*, in *Giustizia Civile*, 1986
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XII ed, 1999
- M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *federalismi.it*, n. 4/2016
- M. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011
- M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2013,
- M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972.
- M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2016
- M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001

- M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016*, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it), 2016
- M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. E app.*, 2014
- M. RICCI, *Il Partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it),
- M. ROSS, *Art. 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *Eu. Law Rev.* 2000
- M. ROSSELLI, *La nuova legge sull'esercizio delle farmacie*, Torino, 1913
- M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988
- M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2005,
- M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009
- M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009
- M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it), 2017
- M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994
- M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974
- M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, in A. MIRABELLI CENTURIONE (a cura di), Milano, 2000
- MANFREDA, P. SORBELLO, *Autorità amministrative indipendenti e ruolo della guardia di Finanza: profili sanzionatori dell'ostacolo "mediato all'esercizio delle funzioni di vigilanza"*, in *Riv. Guardia di Finanza* n. 1/2017,
- N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, I, Milano 2003

- N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005
- N. RANGONE, *Servizi universali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*,
- O. FORLENZA, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida diritto*, Sole 24 ore, n. 29/2016
- O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi d'interesse economico generale*, Milano, 2002
- O. RANELETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1984
- P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967
- P. VERRI, *Le concessioni alla luce del diritto europeo sui contratti pubblici*, in <https://boa.unimib.it/>, 2016
- P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1989
- R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 23/2016
- R. CANTONE, B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, 2016,
- R. CANTONE, B. COCCAGNA, *La prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici: i commissariamenti per la costituzione di presidi di legalità nelle imprese*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione*, 2017,
- R. CANTONE, C. BOVA, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2016,
- R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015
- R. CORRADINO, I. LINCESSO, *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni ad ANAC*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, 2016,

- R. DI PACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, 2006
- R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di) *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016
- R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione, 2015
- R. JUNIOR FLACCO, *La rinegoziazione in fase di esecuzione delle clausole contrattuali nei contratti ad evidenza pubblica: tra funzione proconcorrenziale della disciplina e natura paritetica del rapporto. Il caso della transazione extragiudiziale delle controversie*, in *Italiappalti.it*, 2016
- R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003
- R.V. ELST, G. SALMON, *La nozione d'interesse della Comunità ai sensi dell'articolo 90 del Trattato di Roma*, in *Rivista di diritto industriale*, 1963
- S. ARROWSMITH, *Public private partnership and the European Procurement Rules: Eu Policies in Conflict*, in *CMLR*, 2000
- S. CASSESE, *La nuova costituzione italiana*, Roma, 2007
- S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999
- S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?*, in D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Trento, 2006
- S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008
- S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, n.16/2016
- S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004
- U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 369
- U. FORTI, *Vigilanza e tutela amministrativa*, in *Enciclopedia Italiana*, 1937
- V. CERULLI IRELLI, *L'impresa pubblica nella costituzione economica italiana*, in *www.astrid-online.it*,
- V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002

- V. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012
- W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, 2000
- WOLTER, JEAN-MARC, *Arrêts "Coditel" et "Commission c. Italie": Quelques précisions sur les règles applicables, en droit communautaire, aux concessions administratives de services et de travaux*, in *Journal des tribunaux / droit européen*, 2009