

## Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa\*

di Giuseppe Di Gaspare \*\*  
(18 settembre 2018)

**SOMMARIO:** 1. Le origini dell'istituto: la concessione di costruzione e gestione. 2. Dalla concessione di costruzione e gestione a quella su beni pubblici. 3. Dalla concessione su beni pubblici alla concessione di pubblico servizio, evanescenza della figura e sua sostanziale riconducibilità all'appalto. 4. L'impresa concessionaria in mano pubblica e la sua privatizzazione. 5. Concessione di pubblico servizio e negoziazione del rapporto. - 6. Concessione e servizi pubblici locali: l'esclusiva della gestione indiretta e l'occultamento dell'appalto. 7. Concessione di pubblico servizio e fuga dalla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. 8. L'inconfigurabilità di una autonoma nozione di concessione di pubblico servizio nel diritto comunitario. 9. Inevitabile differenza tra le forme di assunzione diretta e la concessione in ordine alle modalità di scelta dell'impresa incaricata di una missione di interesse economico c/o titolare di diritti esclusivi.

1. Il ricorso alla concessione di pubblico servizio trova la sua iniziale motivazione nella esigenza, da parte dello stato nonché delle collettività locali, di apprestare servizi di pubblica utilità in carenza di adeguate risorse finanziarie per realizzare gli impianti e le infrastrutture necessari al loro svolgimento.

Si fa dunque appello al capitale privato remunerandolo con il diritto di sfruttare economicamente le opere realizzate per un periodo di tempo determinato, al termine del quale le infrastrutture passano di norma in proprietà all'ente locale concedente.

Con formula attuale possiamo dire che la concessione di pubblico servizio nasce come concessione di costruzione e di gestione di opera pubblica: se non c'è la prima (costruzione) non c'è neppure la seconda (gestione).

Cronologicamente la concessione precede la municipalizzazione e la gestione diretta dei servizi pubblici da parte degli enti locali.

Si può anzi dire che la legge di municipalizzazione (legge 29 marzo 1903, n. 103) ha rappresentato una reazione agli abusi cui l'istituto aveva dato luogo.

Un breve richiamo alla legge 103 del 1903 consente di cogliere facilmente la funzione originaria della concessione e le sue caratteristiche essenziali.

Al centro della normativa richiamata, è il «riscatto», la cui entità è commisurata alla durata della concessione.

La soluzione all'epoca adottata cerca di bilanciare l'interesse pubblico alla immediata assunzione del servizio con quello del contenimento dei costi che il riscatto comporta; per questo motivo la facoltà di riscatto è condizionata al decorso di un certo lasso di tempo, e all'accertamento della «consistenza dell'impianto che intendesi rilevare e l'ammontare presumibile dell'indennità da corrisondersi ai concessionari». È previsto poi un limite temporale minimo e massimo per l'esercizio del diritto di riscatto: «I comuni hanno sempre il diritto di riscatto quando siano passati *venti anni* dall'effettivo cominciamento dell'esercizio; ma in ogni caso non possono esercitarlo prima che ne siano passati dieci».

Oltre tali limiti l'esercizio del riscatto è esercitabile solo *ogni quinquennio* «e così in seguito di cinque anni in cinque anni» (art. 25)<sup>1</sup>.

---

\* Il testo riproduce l'articolo dallo stesso titolo già pubblicato in POLITICA DEL DIRITTO / a. XXIX, n. 3, settembre 1998, con omesse alcune parti di analisi di diritto positivo non più attuali.

Si può incidentalmente constatare come facciano la loro apparizione, nelle richiamate disposizioni sul riscatto, quei termini temporali minimi (ventennali) e scadenzati (quinquennali) ancor oggi ritualmente riproposti in tutti i contratti di concessione a prescindere da qualsiasi collegamento con la necessità della remunerazione dell'investimento effettuato per la realizzazione dell'impianto.

Il rapido richiamo della normativa sulla municipalizzazione attesta dunque l'originaria identità del «contratto di concessione di pubblico servizio» con il contratto di costruzione e di gestione.

Il dato normativo è del resto autorevolmente riscontrabile nella classica bipartizione del Ranelletti che distingue le concessioni «su beni pubblici» da quelle «di costruzione e gestione di pubblico servizio».

Non c'è quindi concessione di pubblico servizio se non c'è realizzazione delle infrastrutture o degli impianti necessari al suo esercizio<sup>2</sup>.

Consegue necessariamente che la durata del rapporto concessorio deve essere tale da garantire il rientro dall'investimento e il correlativo «profitto del concessionario».

L'affidamento in gestione del servizio pubblico a privati senza la realizzazione delle opere necessarie alla sua gestione non costituisce secondo la normativa e la dottrina di inizio secolo concessione di pubblico servizio. Siamo in presenza invece di rapporti contrattuali che, con la terminologia dell'epoca, possiamo chiamare di «locazione d'opera».

La distinzione è estremamente chiara ancora negli anni '30: anche il contratto di concessione ha «molti punti di contatto con la locazione d'opera ma *se ne distingue per l'impiego di capitali per la realizzazione delle infrastrutture necessarie all'esercizio dell'attività*».

Non è fuor di luogo ricordare come i privilegi contrattuali attribuiti al concessionario discendono da questa necessità di coprire il rischio dell'investimento.

Si sottolinea al riguardo come tali privilegi non costituiscano ingiustificati favoritismi, in quanto «la facoltà dell'esclusività è accordata, *non per favorire la persona del concessionario*, ma allo scopo di rendere possibile la costruzione degli impianti, che un concessionario non *arrischierebbe se dovesse temere una concorrenza, o per evitare che la duplicità degli impianti finisca con il risolversi per un danno per il consumatore*».

Di fronte a questi privilegi – è sempre De Valles che parla – si pongono le obbligazioni del concessionario, «principale è quella di adempiere il servizio nei modi stabiliti dall'atto di concessione.

In tale obbligazione è compreso *il dovere di costruire gli impianti* in modo da poter mettere il servizio a disposizione del pubblico; quello di esercitarlo offrendo la prestazione al pubblico secondo le tariffe stabilite»<sup>3</sup>.

Tale cristallina distinzione è presente anche nella coeva limitrofa esperienza francese.

Anche per la dottrina e la giurisprudenza d'oltralpe, la concessione del pubblico servizio implica sempre la realizzazione dell'opera e su questa base si distingue il contratto di concessione dagli altri tipi di relazioni contrattuali con la pubblica amministrazione, in particolare dall'*affermage* con il quale la pubblica amministrazione affida ad un soggetto terzo e per periodi limitati (di media *tre anni*) lo svolgimento di un servizio pubblico,

---

1 Sull'azione di *lobbying*, già all'epoca, per aumentare la durata delle concessioni nel caso di riscatto, cfr. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative, aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 181: «è significativo che i termini cui condizionare il riscatto furono sempre più favorevoli ai concessionari nell'arco dell'*iter* progressivo di formazione della legge del 1903», il quale osserva, altresì, come dagli atti parlamentari già risultava che «in nessuno dei paesi più civili ed economicamente più progrediti si raggiungevano gli altissimi livelli di durata dei contratti di concessione italiani».

2 Il che vale all'epoca anche per le concessioni statali, ad esempio costruzione e gestione delle ferrovie.

3 A. De Valles, *Concessioni di pubblici servizi*, N.D.I., vol. III, pp. 578 ss.

attribuendo il diritto al suo sfruttamento economico a condizioni predeterminate; secondo la nostra terminologia piuttosto un contratto di appalto di servizi. Nella sua originaria formulazione – e così tuttora per la dottrina e la giurisprudenza francese – la concessione del servizio pubblico è qualificabile come un contratto con il quale il concessionario contraente sostiene i costi per la realizzazione delle infrastrutture necessarie all'attuazione del servizio pubblico, assicurandone lo svolgimento a fronte di una garanzia sulla durata della concessione che consente di remunerare l'investimento tramite lo sfruttamento economico della gestione del servizio anche con la riscossione di corrispettivi di natura tariffaria a carico degli utenti senza con questo eliminare, almeno *in toto*, il rischio imprenditoriale secondo l'efficace formula transalpina «aux frais et risques du concessionnaire»<sup>4</sup>.

Questa concezione è nella sostanza rimasta invariata in Francia, per cui non si è assistito a quella deriva del contratto di concessione che, nominalisticamente rimasto invariato, ha finito per assumere tutt'altro oggetto conservando però lo stesso *nomen iuris*<sup>5</sup>.

In questa italica trasformazione il concessionario ha finito per mantenere gli antichi privilegi senza più correlazione con il rischio dell'investimento, per cui è accaduto ciò che il De Valles paventava, che essi siano di fatto sovente accordati «per favorire la persona del concessionario».

*In conclusione, la ricostruzione storica e la comparazione istituzionale con l'ordinamento a noi più vicino attestano che la concessione di pubblico servizio è all'origine una concessione di costruzione e gestione e che la ragione economica della sua durata si spiega esclusivamente con la necessità della remunerazione del capitale investito.*

**2.** Volendo indicare con una certa approssimazione il percorso dalla interna trasformazione della concessione di costruzione e gestione alla attuale configurazione di concessione di sola gestione, possiamo cogliere il punto di passaggio nella continuazione del rapporto per la mancata assunzione della gestione da parte dei Comuni alla scadenza dell'originario contratto con affidamento del servizio in capo al precedente concessionario. La formula di transizione generalmente adottata è stata quella del «rinnovo» del contratto, accompagnata in genere da una perdita di rilievo, se non addirittura dalla scomparsa, della fase realizzativa delle opere.

La fase di transizione è segnata, nella legislazione prebellica, dall'estendersi del ricorso al «canone» di concessione posto a carico del gestore quale corrispettivo per l'uso delle infrastrutture ormai divenute di proprietà degli enti locali: una fase intermedia di trasformazione della originaria concessione di costruzione e gestione in concessione su beni pubblici in cui il concessionario, a fronte della corresponsione del canone, conserva il diritto allo sfruttamento economico dell'impianto con corrispettivo per lo svolgimento del servizio a carico dell'utenza.

La preferenza accordata alla continuità del rapporto è stata variamente spiegata con la instaurazione di un collaudato rapporto fiduciario, con la tutela dell'affidamento del concessionario rispetto a terzi innominati, con la garanzia della stabilità del servizio e altro<sup>6</sup>. Quello che qui invece interessa rilevare è come, rispetto alla formula originaria, si assiste progressivamente ad un ribaltamento per cui il servizio pubblico non è più la

---

4 F. Llorens, *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne*, in *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992, p. 23. Ma anche la dottrina tedesca segue una impostazione contrattualistica esplicitamente ripresa da noi da U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900, p. 369.

5 Cfr. AA.VV., *La concession de service public face au droit communautaire*, cit., e, in particolare il citato saggio di F. Llorens.

conseguenza delle infrastrutture realizzata con la concessione, ma quest'ultima appare la conseguenza dell'esistenza delle opere destinate a pubblico servizio<sup>7</sup>.

Si apre la strada così a quel successivo slittamento concettuale in cui la concessione diviene un modo di svolgimento del servizio pubblico: una sua forma.

**3.** La storia più recente dell'istituto è costituita dunque dalla perdita di rilievo del collegamento con il bene pubblico e con il canone e dall'apparire di una autonoma configurazione di concessione di pubblico servizio come contratto di durata eccezionalmente lunga, con il quale la pubblica amministrazione affida la gestione di un pubblico servizio ad un imprenditore privato, con corrispettivo normalmente a carico degli utenti del servizio, assicurandone l'esclusività<sup>8</sup>.

Nella nuova formulazione la concessione appare come un contratto per la gestione di un servizio pubblico caratterizzato essenzialmente dalla eccezionalmente lunga durata del rapporto. Questa peculiarità della durata appare comunque un profilo insufficiente per distinguere la concessione dall'appalto di pubblico servizio, stante che anche in quest'ultimo è possibile riscontrare quella particolare formula sinallagmatica per cui il corrispettivo è posto a carico degli utenti. In questo contesto anche l'altra caratteristica dell'esclusività, non più correlata alla remunerazione dell'investimento, perde la propria ragion d'essere, per cui, in definitiva, la causa economica della concessione di pubblico servizio non si differenzia giuridicamente da quella dell'appalto.

In questo ordine di idee, già alla fine degli anni '50 era stata affermata la riconducibilità della concessione all'appalto<sup>9</sup>. Una autorevole ricostruzione dottrina, più di recente, facendo il punto sull'evoluzione intercorsa, ha ritenuto possibile individuare il discrimine tra concessione di pubblico servizio ed appalto in un criterio di ordine meramente quantitativo: nella maggiore complessità della prima, nel fatto cioè che con la concessione si opera una «gestione complessiva» del servizio che implica l'esercizio di poteri sostitutivi, la possibilità di appaltare opere per la costruzione del servizio, di istituire uffici organizzativi<sup>10</sup>. Si tratta comunque di un incerto confine in quanto «nella pratica si danno casi in cui il confine tra le due figure non è chiaramente decifrabile assumendo talvolta l'appaltatore talune funzioni che travalicano la mera esecuzione materiale, soprattutto nel settore dei servizi»<sup>11</sup>.

Le difficoltà che incontra la dottrina italiana, quando affronta direttamente il tema, a riconoscere uno specifico *ubi consistam* del rapporto concessorio che lo distingue dall'appalto, avuto riguardo alla struttura del contratto, troveranno una effettiva conferma teorica e di diritto positivo nel punto di approdo cui perviene la disciplina comunitaria della

6 Si insiste ancora particolarmente sull'*intuitus personae*, in questo senso, Cons. St., sez. VI, n. 400/92, e non solo nella dottrina italiana. Senza soffermarsi adeguatamente sull'anomalia costituita dalla necessità di un ricorso a rapporti «fiduciari» tra amministrazione e singoli cittadini nello Stato democratico di diritto, c'è inoltre da richiamare al riguardo l'osservazione dell'allora presidente del Conseil d'Etat Marceau Long, che faceva già constatare come non avesse senso parlare di rapporti *intuitus personae* di fronte a concessionari costituiti in forma di società anonime, come riferito da F. Llorens, *op.cit.*, p. 57.

7 Ancora nel significato originario, cfr. V.E. Orlando, citato da G. Caia, *I modelli organizzativi dei servizi pubblici locali*, in *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, (a cura di G. Sanviti), Bologna, 1995, p. 65, il quale afferma: «come l'amministrazione crea i pubblici servizi, così da un punto di vista logico l'idea del pubblico servizio non precede ma segue quella della pubblica amministrazione».

8 La ricostruzione della concessione in termini contrattualistici che qui si opera ha di mira più la sostanza che la forma del rapporto che, in particolare nel nostro ordinamento, verrà ancora a lungo vista in una prospettiva unilaterale giuspubblicistica. Solo negli anni '90 si afferma anche da noi una concezione contrattualistica di diritto comune per influsso del diritto comunitario. A riguardo cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 160 ss.

9 E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in «Enc. Dir.», VIII, 1961, p. 370.

concorrenza in materia di appalti pubblici<sup>12</sup>.

In questa prospettiva anche la formulazione allora maggiormente in voga della concessione «chiavi in mano», che tanta prova di sé ha dato nel corso degli anni '80, in particolare nel settore delle opere pubbliche, si pone drasticamente in contrasto con gli indirizzi consolidatisi a livello comunitario e sarà ricondotta alla disciplina comunitaria degli appalti con ricorso, nello specifico, alle figure dell'appalto di committenza.

4. Questa progressiva perdita di specificità della concessione come istituto giuridicamente distinto dall'appalto, che la dottrina riscontra ogni volta che si metta sulla strada di una verifica teorica dell'istituto, è però fortemente resistita dalla prassi legislativa e anche giurisprudenziale<sup>13</sup>.

Una strada, perseguita soprattutto dal legislatore per sostenere la specificità della concessione di pubblico servizio, è stata quella di ricondurla sotto l'ombrello protettivo delle riserve ex art. 43, equiparando la concessione di pubblico servizio alle forme di gestione diretta dei pubblici servizi, ivi numerate, e cioè alla gestione delle attività riservate da parte dello Stato, degli enti pubblici e delle comunità di lavoratori e di utenti.

Questa ambigua assimilazione è stata favorita storicamente da due ordini di fattori:

- dalla presenza egemone, almeno a livello nazionale, delle imprese in mano pubblica quali concessionarie delle principali reti infrastrutturali;
- dalla riconduzione dei diritti esclusivi al *genus* della riserva economica di attività (nazionalizzazione, statizzazione, municipalizzazione, collettivizzazione).

Finivano per apparire così di fatto sfumate le differenze soggettive tra s.p.a. in mano pubblica, enti pubblici economici e aziende statali e locali. Sotto il profilo oggettivo, non si poneva attenzione alla differenza tra attività originariamente riservabili ai sensi dell'art. 43 della Costituzione e i diritti di esclusiva attinenti a attività di gestione di servizi non necessariamente riservate e condizionati, comunque, alla durata del contratto di concessione e, tanto per ripetersi, alla necessità di assicurare la copertura dell'investimento inizialmente sopportato dal concessionario – come, ad esempio, per l'impianto della rete di telefonia – e destinati quindi a cessare con l'intervenuto ammortamento ed il passaggio dalle infrastrutture in capo allo Stato o all'ente pubblico

10 È dall'opera di M. D'Alberti, *Concessioni amministrative, aspetti della contrattualistica della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, che può ricondursi la prevalenza di una concezione contrattualistica della concessione, secondo schemi teorici non difformi dal diritto privato, destinata a una successiva e sempre più estesa affermazione nel diritto comunitario. In questa prospettiva, riconducendosi gli elementi autoritativi ad elementi non essenziali al contratto e fondantisi semmai in previsioni normative che trascendono lo stesso atto di concessione, la distinzione tra concessione e appalto è inevitabilmente destinata a sfumarsi nel rilievo di ordine fattuale riscontrabile nella prassi amministrativa di una differenza di tipo quantitativo tra i due istituti (*op. cit.*, p. 370).

11 M. D'Alberti, *op. ult. cit.*

12 Cfr. F. Scoca, *Le concessioni come strumento di organizzazione dei servizi pubblici*, in *Studi in memoria di G. Roehrsen*, Padova, 1991, p. 564; il quale, portando a compimento l'impostazione di M.S. Giannini, pone la distinzione più che sull'oggetto del rapporto sulla posizione del concessionario nei riguardi della p.a., accentuandosi per questa via però la differenziazione basata su elementi che si pongono al di fuori dell'attività e pertengono essenzialmente alla p.a. stessa. Nega la possibilità di ricondurre ad un unico *genus* la casistica variamente rubricata come concessione G. Romano Tassone, *La concessione a terzi di servizi pubblici locali*, in «Reg. e gov. loc.», 1991, n. 1/2.

13 Un ulteriore allargamento dello spettro teorico, anche se dal punto di vista del diritto amministrativo, è costituito dalla tendenziale riconduzione dell'istituto ai contratti di diritto pubblico. In tal senso cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, pp. 205 ss. sulla competenza giurisdizionale le considerazioni in generale di G. Azzariti, *Ancora in tema di giurisdizione e concessione di opere pubbliche*, in «Dir. proc. amm.», 1992, pp. 868.

territoriale competente.

Anche questo passaggio è avvenuto gradualmente. Nei primi tempi di vigenza della Costituzione si è ritenuto che la possibilità che un ente pubblico economico (l'ENI) svolgesse attività riservate – anche tramite concessione a s.p.a. di diritto comune anche se «collegate e controllate» – dovesse necessariamente avere un fondamento di legge (art. 3, l. 136/53). È peraltro il caso di ricordare che nella specie «atti formali di concessione non sono mai stati rilasciati» per cui, a seguito della trasformazione dell'ente pubblico economico ENI in s.p.a., si dubita che possano ormai essere disposte concessioni traslative in capo a queste società<sup>14</sup>.

Dalla equiparazione della s.p.a. in mano pubblica alle fattispecie di gestione diretta, contemplate dall'art. 43 Cost., con un ulteriore mutamento di prospettiva si è pervenuti alla valorizzazione della «forma imprenditoriale», come modello costituzionale di gestione del servizio pubblico, di modo che «tutti i servizi essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa». Da qui l'ulteriore passaggio, contenuto nell'accentuazione delle caratteristiche imprenditoriali del servizio, che verrebbe ad essere assicurato dalla sussistenza di un rapporto concessorio (Corte cost. n. 303/1988)<sup>15</sup>.

Anche se va ricordato che questa linea di tendenza lavora in superficie e la Corte non ha toccato *fonditus* i due profili che in generale risultano di maggiore interesse nel nuovo orientamento alla logica del mercato e della concorrenza, affermatasi alla fine degli anni '80 alla luce dei principi introdotti dal diritto comunitario:

la modalità della scelta del concessionario e il limite ai principi generali in materia di concorrenza conseguenti al perseguimento della missione di pubblico servizio.

Se la concessione di pubblico servizio è servita a salvaguardare o costruire *ex novo* dei mercati recintati a favore, in genere, di imprese a partecipazione statale, in tempi più recenti, l'avvio del processo di trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. e l'orientamento verso la liberalizzazione, indotto dalla politica comunitaria di apertura dei mercati, hanno minato alle fondamenta la sottostante ambigua riconduzione della concessione alla riserva e posto nuovamente l'interrogativo della sua legittimazione nel nostro ordinamento.

Problema che si è cercato di occultare ricorrendo alla consacrazione formale della concessione *ex lege*. Confondendo tra liberalizzazione e privatizzazione si è visto nello sviluppo della concessione il ricorso ad una modalità di gestione particolarmente in sintonia con lo «spirito del tempo», contrario all'imputazione all'amministrazione di attività organizzate in forme imprenditoriali, favorevole invece alla loro attribuzione all'impresa privata.

La salvaguardia di questo sistema di mercati recintati ad uso e consumo di imprese monopolistiche ha avuto il suo apice in occasione della privatizzazione delle imprese a partecipazione pubblica concessionarie, con la trasformazione degli enti pubblici economici in s.p.a. di diritto comune. In questa ottica, pertanto, nella prospettiva della privatizzazione sostanziale, l'affidamento in concessione delle attività riservate e il consolidamento delle precedenti concessioni sono apparsi gli strumenti più idonei per assicurare il permanere della situazione di monopolio in capo ad imprese ormai in mano a, o destinate comunque a trasformarsi in, privati imprenditori.

La semplice trasformazione in s.p.a. degli enti pubblici economici non appare di per sé idonea ad abrogare integralmente la disciplina pubblicistica che regolava l'attività degli enti [...] Invece le attuali società continuano ad essere affidatarie di rilevanti interessi pubblici, la cui tutela [...] non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della

---

14 Cfr. MICA, Relazione della commissione di studio per l'esame delle problematiche connesse all'applicazione all'ENI s.p.a. dell'art. 14 del d.l. n. 333/92 convertito in l. 359/92 p. 37.

15 Sul punto in senso conforme G. Caia, *op. cit.*, p. 8.

veste formale del soggetto giuridico<sup>16</sup>.

Ma andando oltre la privatizzazione «formale» c'è da chiedersi, in caso di privatizzazione sostanziale, quale sia il fondamento di tale trattamento discriminatorio a favore di un privato e a danno degli altri, una volta che le imprese che usufruiscono del mercato riservato siano a tutti gli effetti imprese di diritto comune definitivamente al di fuori del campo di applicazione, per quanto ampio lo si voglia intendere, dell'art. 43 della Costituzione<sup>17</sup>.

Non si può peraltro al riguardo sottacere come le cessioni in corso o già realizzate di quote anche minoritarie di imprese concessionarie in mano pubblica, tramite appello al pubblico risparmio, rischino di complicare ulteriormente la vicenda, spingendo la tutela dell'affidamento del mercato finanziario verso il consolidamento di fatto della posizione monopolistica.

Sta di fatto che la privatizzazione, facendo venir meno l'ambiguità della generale proprietà pubblica delle imprese concessionarie, ha rimesso in forse la compatibilità della stessa concessione, anche se assentita *ex lege*, quale metodo di affidamento del servizio a imprese di diritto comune al di fuori di regole e procedure concorrenziali.

Il fenomeno a livello nazionale, data la rilevanza e l'attinenza al corretto funzionamento del mercato interno, è oggetto di monitoraggio da parte della Comunità, oltre che dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale peraltro ha avuto già modo di richiamare da tempo l'attenzione del legislatore e del governo sugli effetti distorsivi dell'art. 14 comma 3 della legge 359/ 92 (d.l. n. 333/92), con la quale si è disposto la proroga *ex lege* delle concessioni in atto per gli enti trasformati in s.p.a. «con durata massima prevista dalle norme vigenti e comunque non inferiore a 20 anni, con decorrenza dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Con il che di fatto si è disposto un rinnovo *ex lege* dei rapporti concessori in atto, a prescindere dalla loro effettiva scadenza, per una durata comunque non inferiore ai vent'anni e con conseguente divieto, nel periodo considerato, di disporre – sembrerebbe – anche la revoca della concessione, stante la inderogabilità della norma di legge da parte della subordinata fonte dell'atto amministrativo. Tale normativa, peraltro, deve essere fatta oggetto di esame anche in questa sede per quello che attiene i limiti di questo particolare *favor* legislativo, quantomeno per i profili della incidenza della norma sulle concessioni di servizio pubblico locale, non assentite dallo Stato e non fondantisi su una riserva dello stesso.

Con tale norma si è voluto assicurare una transizione alle imprese in mano dello Stato (sia enti pubblici economici che s.p.a. controllate da questi), assicurando per un periodo di tempo, sicuramente ragguardevole (i soliti venti anni), la stabilità nell'esercizio di diritti esclusivi o speciali comunque derivanti da legge o da atto amministrativo attraverso una loro trasformazione in concessione, disponendosi al contempo la proroga delle concessioni già in vigore per un analogo periodo. Il carattere derogatorio ed eccezionale di tale norma rispetto ai principi costituzionalmente sanciti di tutela dell'iniziativa economica, nonché il possibile travalicamento dei limiti posti dall'art. 43 sia in senso oggettivo, in quanto spesso esorbitanti l'ambito di materie ivi indicate, sia in senso soggettivo per l'apposizione della riserva di attività a favore di imprese di diritto comune, come dovranno essere quelle risultanti dalla privatizzazione, impongono una interpretazione rigorosa della portata delle norme in esame, fermi restando i profili di incostituzionalità comunque deducibili. Inoltre le disposizioni in esame, in quanto confermatrice ed estensiva di diritti esclusivi, cadono sotto l'immediata applicazione dell'art. 90 del trattato CEE nonché di altre disposizioni come l'art. 37 sui monopoli, l'art. 52, sulla libertà di stabilimento, e l'art.

---

16 Vedi C.d.S. Sez. VI, v. 498, 1995.

17 Su queste vicende riassuntivamente cfr. G. Di Gaspare, *Privatizzazione dell'impresa pubblica, ad vocem*, in «Enc. Giur.»

92 sugli aiuti di Stato. Fermo quindi il limite di legge, l'interpretazione restrittiva porta a circoscrivere il carattere derogatorio delle norme nei limiti di una stretta interpretazione letterale e logico sistematica del testo. Sotto il primo aspetto è allora da rimarcare che gli enti e le società da essi controllate, beneficiarie di tali disposizioni di favore, siano da riconoscere, esclusivamente negli enti di cui all'art. 15 della legge 359/ 92 , ossia INA, IRI, ENI, ENEL e «società da essi controllate» direttamente, attenendosi allo stretto significato letterale dell'espressione con esclusione delle società solo indirettamente controllate e cioè delle società controllate non «da essi» ma, mediatamente tramite *altri soggetti* come appunto le controllate stesse e così via. Per queste ultime società, pur se in termini di diritto societario, potrebbe parlarsi genericamente di controllo (cfr. art. 2359 c.c. dal punto di vista, però, del divieto di acquisto di azioni). Non si ravvisa, nella specie, quella diretta relazione con funzioni e compiti specificamente attribuiti agli enti pubblici economici e alle società di immediata emanazione degli stessi in ragione del loro stretto rapporto con lo Stato e le sue funzioni di intervento nell'economia e, quindi, configurantesi come rapporti di diritto speciale suscettibili di essere pregiudicati dalla modifica della natura pubblica *rectius* statale di tali enti. Di conseguenza, in concreto, non è possibile ritenere che la trasformazione del titolo del rapporto in concessione o la proroga delle concessioni in atto possano estendersi a tutte le società di diritto comune, comunque rientranti nel precedente sistema delle p.p.s.s., in particolare quando tali rapporti fossero stati posti in essere da autorità amministrative diverse dallo Stato. Lo scopo della norma è, infatti, quello di consolidare lo *status quo ante* impedendo che a seguito della trasformazione possano essere messi in forse rapporti di diritto speciale (nascenti da legge o atto amministrativo) direttamente in capo a enti pubblici economici, non suscettibili dunque di successione a titolo universale e di evitare, altresì, che il cambiamento dell'assetto proprietario degli enti trasformati in s.p.a possa costituire motivo per la modifica di rapporti in corso tra le società direttamente controllate e le amministrazioni pubbliche: ad esempio revoca della concessione alla società controllata per la modifica dell'assetto proprietario, in quanto alla proprietà pubblica dell'ente trasformato in s.p.a si è sostituita, a seguito di cessione, una diversa proprietà. Per le società indirettamente controllate tali profili di tutela non si pongono, perché la configurazione giuridica non viene toccata dalla trasformazione degli enti pubblici economici in s.p.a., mentre è giuridicamente irrilevante, nei rapporti con i terzi, anche per altre amministrazioni pubbliche, la modifica proprietaria che potrebbe intervenire nelle società controllanti. Se si volesse, pertanto, sulla base di una erronea interpretazione estensiva dell'art. 14 in questione, ritenere anche per queste ultime l'effetto di consolidamento dei rapporti di concessione e di esclusività posti in essere sulla base di disposizioni normative generali che consideravano tali società alla stregua di imprese di diritto comune, come nel caso di rilascio di concessioni da parte degli enti locali ex art. 22 della legge 142/90, si andrebbe oltre la suddetta *ratio* normativa, con il risultato di determinare un ulteriore – *in quanto precedentemente inesistente* – restringimento del mercato: risultato discriminatorio evidentemente aberrante, in contrasto con qualsiasi elementare criterio di uguaglianza giuridica e censurabile sotto vari profili di illegittimità costituzionale (artt. 3, 41, 42, 43 Cost.) e comunitaria (artt. 7, 37, 85, 86, 90, 92, 222 T.CEE). Ma si tratta di una conclusione interpretativa neppure necessariamente obbligata ed in contrasto sia con una interpretazione letterale che logico sistematica della norma<sup>18</sup>.

**5.** Questa propensione a salvaguardare le posizioni dei concessionari riducendo ogni potenziale competizione si cumula ad una ulteriore tendenza, in atto da tempo, volta ad

---

<sup>18</sup> Cfr., ad esempio, nota MICA a Consorzio dei Comuni per l'acquedotto del Monferrato del 20 maggio 1997, prot. 1.122.1680-02.

indebolire il versante pubblicistico del rapporto concessorio<sup>19</sup>.

L'indebolimento è consistito nel far rientrare, all'interno della definizione del sinallagma contrattuale, l'esercizio di quei poteri autoritativi di natura extra contrattuale da imputarsi, secondo la nostra tradizione, all'atto unilaterale di concessione o impliciti nel decreto di approvazione del contratto, comunque posti a presidio del pubblico interesse e come tali traduentisi in atti il cui contenuto ed esercizio non sono negoziabili come la revoca, la decadenza o il riscatto. Questa tendenza consegue all'estensione dell'ambito oggettivo della convenzione accessiva all'atto di concessione e della riduzione del contenuto del decreto di concessione ad una sorta di approvazione di quanto stabilito in sede di convenzione. Questa estensione dell'ambito oggettivo si sviluppa nella prassi delle convenzioni accessive alle concessioni di servizio pubblico a partire dal limitrofo territorio delle concessioni di opere pubbliche. La dottrina ha registrato questa tendenza parlando al riguardo di «programmazione consensuale», tra titolari e gestori, con riferimento alle modificazioni che intervengono negli strumenti tradizionali (concessione, convenzioni, accordi, costituzione di società). La tendenza, da ultimo, ha avuto un coronamento legislativo con la indicazione dell'oggetto della convenzione stabilito all'art. 2 comma 35 della legge 481/95 («Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità»). Dal comma in esame risulta che «l'esercizio del servizio in concessione è disciplinato da convenzioni e da *eventuali contratti di programma* stipulati tra l'amministrazione concedente e il soggetto esercente il servizio». Per cui il *quid proprium* dell'atto di concessione è da rinvenirsi ormai nella indicazione della durata del rapporto, compresa *ex lege* tra quella massima di quarant'anni (art. 2, cit., comma 34) e la minima comunque fissata in non meno di venti anni (cfr. art. 14, legge 359/92).

Rientrano peraltro nell'ambito della stipula convenzionale oltre la individuazione delle «procedure di controllo e le sanzioni [...]» la definizione delle «modalità di [...] rinnovo». Con il che è da presumere debba necessariamente essere inclusa nella convenzione, essendo prevista per legge, una clausola in tal senso rimessa alla mera ed esclusiva volontà delle parti contraenti, le quali, alla scadenza, potrebbero allora di comune accordo evitare nuovamente l'esperimento di una procedura concorsuale. Un ulteriore profilo del rafforzamento della posizione del concessionario è costituito dalla contrattualizzazione della tariffa del servizio, la cui effettiva modulazione finisce spesso per essere affidata ai contratti di programma stipulati tra l'ente pubblico titolare e il gestore del servizio, quando non venga ad essere addirittura rinegoziata nella convenzione accessiva alla concessione in sede di proroga della stessa, almeno a stare alle notizie di questi giorni, di fonte giornalistica, sulla incorporazione di un meccanismo automatico di adeguamento della tariffa basato sul *price-cap* nella convenzione per il rinnovo (trentennale e sembrerebbe disposto in via amministrativa) della concessione, già prorogata in precedenza per legge, alle Autostrade s.p.a. Si tratta anche qui di una indebita estensione di strumenti di contrattazione negoziata dal settore pubblico a quello privato. Mentre nel primo caso producono una migliore visibilità delle relazioni finanziarie e definiscono palesemente gli obiettivi cui sono destinati i finanziamenti, nel secondo finiscono per falsare il contenuto di tali rapporti che, in ragione del conflitto seppur fisiologico esistente tra ente pubblico e privato imprenditore, dovrebbero essere predeterminati *ex ante* piuttosto che definiti *in itinere* all'interno del rapporto. In ogni modo, questo spiazzamento della determinazione tariffaria o delle componenti di costo della tariffa finisce per rendere relativamente indeterminata e scarsamente trasparente la previa determinazione della prestazione e del corrispettivo atteso, falsando l'eventuale competizione per il rilascio della concessione. In

---

19 Che in realtà può essere ricondotta ad una linea di tendenza più ampia sulla quale cfr. G. Sanviti, *Modelli di servizi pubblici locali*, in *I modelli dei servizi pubblici locali*, cit. p. 16 ss.

questo senso il ricorso al contratto di programma, successivo alla concessione, costituisce di fatto uno strumento per la definizione *in itinere* degli obblighi e dei diritti del concessionario attinenti alla gestione della attività e si pone, nel definire la correlazione tra struttura e meccanismi tariffari da un lato e gli obiettivi e le iniziative gestionali dall'altro, in contrasto con la necessaria trasparenza della procedura concorrenziale in quanto la loro conoscenza interviene in un momento successivo al rilascio della concessione (cfr. art. 12, comma 5, legge 498/1992, per l'adeguamento delle tariffe attraverso contratti di programma)<sup>20</sup>.

La contrattualizzazione dei prezzi amministrati crea inoltre una asimmetria informativa destinata a perdurare e ad accrescersi nel tempo, data la durata minima ventennale delle concessioni, facendo del concessionario l'effettivo ed esclusivo *dominus* delle informazioni economiche della nicchia o del settore occupato. Lo squilibrio è ulteriormente accentuato, nella sostanza irrecuperabile, nei casi in cui il gestore detenga, in concessione o meno, anche il controllo monopolistico di altre attività connesse: come nel caso di cumulo della concessione della rete di trasmissione e distribuzione o di controllo di attività di produzione e di attività di importazione; tanto per esemplificare: il monopolio da parte del gruppo ENI nel trasporto ed importazione del gas naturale cui si aggiunge la struttura oligopolistica della distribuzione in mano alla controllata Italgas.

**6.** Questa «nobilitazione» della concessione, come strumento ordinario ed esclusivo per la gestione dei servizi pubblici locali in alternativa alla gestione diretta del servizio pubblico «a carattere industriale e commerciale», ha trovato la sua sanzione legislativa con la legge 142 del '90, ove come è noto, accanto alle forme di gestione diretta da parte dell'ente locale, è stata introdotta, come formula alternativa di pari rango, la «concessione». È ben vero che l'art. 22, 3° comma lett. b), subordina la scelta della concessione a terzi alla sussistenza di «ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale», ma la eccezionalità della disposizione è stata di fatto ricondotta alla generalità dell'obbligo di motivazione della delibera istitutiva del servizio, venendosi per questa via ad equiparare tale scelta a quelle per l'assunzione diretta del servizio<sup>21</sup>. Nell'assumere questa posizione equiordinata nei riguardi della gestione diretta la concessione si assicura al contempo «la esclusività dell'alternativa». Non c'è margine di scelta per l'ente locale: o la gestione diretta, nelle diverse forme consentite o la gestione indiretta, sotto forma esclusivamente di concessione. In questo modo la concessione, è bene sottolinearlo, «si sbarazza definitivamente della concorrenza dell'appalto». Quest'ultimo scompare dall'orizzonte delle possibili modalità di affidamento della gestione a terzi dei servizi pubblici locali, anche se non senza perplessità e prese di distanza in sede di commenti alla disposizione, se non altro per la limitazione immotivata della autonomia privata degli enti locali<sup>22</sup>. Ed infatti, ancora nella legislazione degli anni '70 e della metà degli anni '80, «la concessione» fa

---

20 In questo senso l'esperienza dimostra che l'istituto tende ad essere impiegato soprattutto per rendere trasparenti i rapporti tra ente pubblico e impresa in mano pubblica che gestisce il servizio: cfr. V. Ceriani-B. Spadoni, *Servizi pubblici, privatizzazione e contratto di programma*, in *Le politiche di privatizzazione in Italia* (a cura di Di Majo), Bologna, 1989, p. 29.

21 Cfr. V. Parisio, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: riflessioni su alcuni aspetti significativi dell'art. 22 della legge 142/90*, in *I rapporti associativi tra amministrazioni ed imprese* (a cura di G. Berti), p.110, la quale parla di una sorta di «codificazione di una realtà di vantaggio per le concessionarie». Su questa linea anche la più recente normativa sembra voler tener ferma questa implicita codificazione, cfr., ad esempio, l'art. 20 della legge 36/94, in cui la concessione appare come sola formula alternativa alla gestione diretta.

22 S. Gotti, *Le concessioni di servizi pubblici locali nel sistema generale delle concessioni amministrative, con particolare riferimento alla legge 142/90*, in *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 233.

rima con «l'appalto» del servizio pubblico locale (cfr., ad esempio, art. 3 d.p.r. 902/86 e art. 5 bis del d. l. 10 novembre 1978 convertito in legge n. 3/79 "Disposizioni in materia di finanza locale"). Val la pena di sottolineare come la derubricazione legislativa dell'appalto di pubblico servizio si ponga in controtendenza alla normativa comunitaria, ove si afferma, invece, l'assoluta egemonia del contratto di appalto tramite la sua tipizzazione uniforme su scala comunitaria, con conseguente necessaria riconduzione allo stesso delle figure atipiche dei singoli diritti nazionali.

È il caso di soffermarsi sul mutamento di prospettiva adottato dalla legislazione nazionale dei primi anni '90, di cui l'art. 22, lett. b) della legge 142/90 sulle autonomie locali costituisce solo una manifestazione, perché l'approccio anticoncorrenziale in essa contenuto è passato per lo più inosservato, mascherato dietro la contrapposizione ideologica pubblico/privato e la falsa equiparazione tra privatizzazione e liberalizzazione<sup>23</sup>. In realtà quello che si è determinato è stato, al di fuori dell'area dell'assunzione diretta, un effettivo restringimento dell'applicazione delle regole di mercato nell'affidamento del servizio alle imprese private, perché con la esclusione dell'appalto si è obbligato l'ente locale, non in grado o comunque non intenzionato a gestire il servizio direttamente, a legarsi contrattualmente con una singola impresa, secondo uno schema negoziale che determina un restringimento della concorrenza e pone l'impresa concessionaria in una posizione di monopolio di fatto a livello locale. Monopolio che tende a stabilizzarsi nel tempo, come si è accennato, per il totale solitario controllo della informazione sulla nicchia di mercato e all'instaurarsi di fatto di rapporti privilegiati difficilmente modificabili al termine di una gestione protrattasi per venti o trent'anni e spesso già rinnovata, dando luogo al circuito vizioso della cattura del concedente da parte del concessionario. Si spiega così anche l'elusione della competizione e la generale applicabilità, per la scelta del concessionario, della procedura derogatoria prevista dall'art. 267 del r. d. sulla finanza locale n. 1175 del 14 settembre 1931. Al cui confronto l'appalto appare uno strumento più garantista nelle procedure di aggiudicazione per le imprese partecipanti, le quali comunque conservano, nella diversa e breve prospettiva di durata della gestione appaltata, ulteriori opportunità di competizione. Esso è comunque meno impegnativo per l'ente locale e assicura una migliore protezione dell'interesse pubblico, in quanto consente all'ente locale un fisiologico esercizio dello *jus poenitendi* alla scadenza naturale del contratto senza revoche ed eventuali riconoscimenti di dispendiosi indennizzi.

7. Questa indebita riconduzione della concessione alle forme pubbliche di gestione diretta si sviluppa in misura direttamente proporzionale al progressivo estendersi della vigenza dei principi comunitari in materia di concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

In un contesto unitario di fuga dalla concorrenza, la vicenda della «concessione del pubblico servizio» costituisce una storia minore, ma non meno significativa di quella parallela e collegata della fuga della «concessione di opera pubblica» dall'area di vigenza della disciplina comunitaria degli appalti di lavori pubblici.

Si riscontra, anche in questo caso, lo stesso fenomeno di legislazione «recalcitrante» che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avuto già modo di denunciare in materia di concessione di lavori pubblici (cfr. «Attività e segnalazioni», n. 1/94).

Il succo della vicenda è noto: è consistito, e tuttora si cerca di far consistere, nella

---

<sup>23</sup> Lucidamente sul punto, R. Cavallo Perin, *Concessione di pubblici servizi e pluralità di produttori*, in *I servizi pubblici locali* (a cura di G. Caia), Rimini, 1995, p. 136: «l'affermarsi nel nostro ordinamento delle regole di concorrenza tra produttori è da più parti identificato con l'utilizzazione delle concessioni a terzi come mezzo di gestione dei servizi pubblici, dimenticando tuttavia che la p.a. instaura quasi sempre rapporti con un solo concessionario per un periodo di tempo sufficiente a negare qualsiasi concorrenza tra produttori».

surrogazione di fatto della concessione nell'appalto, senza applicazione della disciplina normativa relativa a quest'ultimo. La concessione di pubblico servizio, dunque, come mero *nomen iuris*, un guscio vuoto che serve a mettere al riparo però il concedente e soprattutto il concessionario dal vento della concorrenza che spira in materia di appalti pubblici<sup>24</sup>.

Appare sufficientemente chiaro, a questo punto, nella prospettiva più ampia dell'applicazione dei principi di concorrenza, lo sviluppo anomalo dell'istituto della concessione come una forma di reazione all'estendersi di quei principi di trasparenza e non discriminazione che la normativa comunitaria ha introdotto nella disciplina degli appalti a garanzia delle *par condicio* delle imprese private e pubbliche.

Si può dunque al riguardo auspicare che, se la legge 109/94 sembra aver posto la parola fine alla eccezionalità della concessione di opera e gestione rispetto all'appalto (art. 19, 2° comma), sia anche giunta l'ora di porre la parola fine alla concessione di pubblico servizio come istituto giuridico distinto dall'appalto di servizi, chiarendone una volta per tutte la intrinseca inconsistenza giuridica. Questa evoluzione appare peraltro in linea con la vigente normativa comunitaria.

**8.** Ed in effetti, il diritto comunitario ha ormai portato a termine il processo di riconduzione all'appalto delle diverse forme di rapporti a titolo oneroso, su base contrattuale o unilaterale, tra pubblica amministrazione e imprese aventi ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica, la fornitura di un bene e la prestazione di un servizio, di modo che tutti questi rapporti vengano *ratione materiae* ricondotti all'una o all'altra categoria e assoggettati alle procedure di aggiudicazione e alle modalità contrattuali previste nelle specifiche direttive. Tali ultime direttive, per le quali sono scaduti i termini di ricezione, sono state tutte recepite nel nostro ordinamento, da ultimo con d.lgvo 157/95 (servizi) e d.lgvo 158/95 (settori esclusi).

#### omissis

In particolare gli appalti di servizi, anche perché la definitiva inclusione della categoria nell'orbita di applicazione del diritto comunitario è più recente, definiscono il proprio oggetto in modo residuale rispetto alle nozioni di «opera pubblica» e «fornitura». Dall'approccio residuale e dalla complementarità tra direttive comunitarie consegue, nello specifico, che la concessione di costruzione e di gestione debba essere inquadrata, tendenzialmente, con una presunzione di prevalenza anche quando l'esecuzione di opere sia parziale tra gli appalti di opere e assoggettata alla specifica disciplina di evidenza pubblica. Dal punto di vista della struttura del contratto, la concessione di costruzione e gestione è configurabile come un appalto di opera la cui remunerazione è in parte o *in toto* rimessa allo sfruttamento economico dell'opera realizzata. Nello schema del sinallagma secondo l'art. 1 lett. d, della direttiva 37/93/CEE, «la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Se, invece, l'affidamento della gestione del pubblico servizio non comporta la previa realizzazione di un'opera – o questa sia di entità così ridotta da poter essere inclusa nelle modalità accessive all'affidamento – la prestazione deve essere ricompresa tra gli appalti dei servizi. Risolutiva al riguardo la direttiva 38/93/CEE: «considerando che gli appalti

---

<sup>24</sup> Al riguardo il tentativo più tenacemente perseguito dal legislatore è stato quello di trasformare il concessionario in socio di maggioranza, sottraendo per questa via l'affidamento alle procedure concorsuali o limitandone il campo di incidenza. Sulla sostanziale inapplicabilità della formula attuativa dell'art. 12 della legge 498/92, cfr. G. Di Gaspare, *Costituzione di società miste in materia di servizi pubblici: osservazioni al D.P.R. n.533/96*, in «Azienditalia», n. 4, 1997.

pubblici di servizi [...] possono includere lavori [...] che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico dei lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto dell'appalto».

Analogo criterio di prevalenza viene utilizzato nel caso di compresenza nell'appalto di fornitura di beni e di prestazione di servizi. L'appalto sarà aggiudicato secondo le procedure della direttiva «forniture» o «servizi» a seconda del rispettivo valore economico dei beni.

Anche la disciplina degli appalti nei settori esclusi (direttiva 38/ 93/CEE) deve essere ricondotta esclusivamente alla suddetta tripartizione, pur sussistendo la possibilità di procedure derogatorie di aggiudicazione rispetto alla normativa stabilita in via generale nei settori dei lavori pubblici, delle forniture e dei servizi. Non è neppure ipotizzabile, a livello comunitario, una diversa nozione che introduca «la concessione di pubblico servizio» come un *tertium genus* tra la concessione di opera e di gestione e l'appalto di servizi. Come è noto sono stati definitivamente abbandonati i tentativi di arrivare alla formulazione di una direttiva per «la concessione di pubblico servizio».

La citata direttiva «servizi» (50/92/CEE) ha infatti lasciato cadere ogni riferimento ad una diversa disciplina della concessione di pubblico servizio, inizialmente contenuta nella proposta di direttiva (G.U.C.E., n. C.23 del 31.1.990).

La ragione di tale abbandono è da ricercarsi proprio nell'assenza di un autonomo spazio di formulazione teorica della nozione e della sua evanescenza rispetto alle due precitate figure. Come indicato, il criterio di «prevalenza economica» funge da spartiacque, nel senso di ricondurre in concreto la ipotetica «concessione» alla disciplina degli appalti di opere oppure a quella di servizi<sup>25</sup>. È stato perciò ritenuto sostanzialmente fuorviante il tentativo di distinguere il contratto di concessione dal contratto di appalto sulla base di una pretesa diversità sinallagmatica in ragione del fatto che il corrispettivo fosse posto a carico degli utenti piuttosto che alla parte pubblica contrattante. In realtà, la considerazione che tale struttura sinallagmatica ben può riscontrarsi anche nell'appalto, ha condotto a includere nella suddetta direttiva sia le ipotesi in cui il corrispettivo sia a carico degli utenti, sia quelle in cui la controprestazione pecuniaria sia a carico dell'ente pubblico appaltante, sia le ipotesi miste.

Di conseguenza il carattere onnicomprensivo della direttiva servizi porta a ritenere che la stessa valga come normativa di principio anche al di là della soglia di applicazione nel diritto interno e che ad essa debbano effettivamente conformarsi le procedure e i contenuti delle cosiddette concessioni di pubblico servizio, anche a livello locale.

Oltre che dal punto di vista della struttura del contratto, anche dal punto di vista funzionale non si riscontra possibilità alcuna di riconoscere autonomo rilievo alla concessione di pubblico servizio rispetto all'appalto. Anche da questo punto di vista, infatti, nel collegamento con il pubblico servizio, non si individua alcun motivo per cui, una volta che l'amministrazione decida di rivolgersi al mercato affidando la gestione del servizio ad imprese ivi operanti, sia necessario derogare alla normativa generale che regola i rapporti tra amministrazione ed imprese.

Eventuali profili di inerenza del pubblico interesse allo svolgimento dell'attività possono trovare adeguata tutela sia in sede di formulazione del bando di gara, sia nelle modalità di svolgimento della stessa, sia nella stipula di specifiche e predeterminate clausole contrattuali, senza dover per questo derogare ai principi di diritto comunitario vigente in

---

<sup>25</sup> La tendenza a ricondurre qualsiasi forma di affidamento in gestione indiretta alla logica procedurale della gara è ormai affermata in tutti i principali paesi della UE a prescindere dalle differenti tradizioni giuridiche: cfr., ad esempio, la *loi* n. 122/93 relativa «a la prévention de la corruption e a la transparence de la vie économique et de procédures publiques» e il *Compulsory competitive tendering act* inglese dello stesso anno.

materia di appalti di servizi e senza restringere il campo di applicazione dei principi vigenti in materia di libera prestazione dei servizi.

#### omissis

Dal punto di vista del diritto comunitario infatti, in base al principio della prevalenza della configurazione sostanziale della attività sulla qualificazione formale dell'istituto, la concessione è, come si è detto, un contratto di appalto. Espressamente del resto in questo senso l'art. 1 lett. d) della direttiva 37/93/CEE, per chiudere una lunga e non innocente storia di equivoci e fraintendimenti, definisce, con il rinvio alla lett. a) della stessa direttiva, *la concessione di lavori pubblici come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto dei lavori pubblici».*

Ribadita la indubbia natura contrattuale della concessione e la sua sostanziale identità con l'appalto, val la pena riprodurre per esteso la formulazione contenuta nelle citate direttive (50/92/CEE; 38/93/CEE) in quanto essa ha tutt'altra finalità che quella di salvaguardare la concessione – o figure affini – dall'applicazione della generale normativa sugli appalti, avendo lo scopo di escludere solo le prestazioni di servizi pubblici poste su «altra base», diversa cioè dal contratto di appalto, ossia quelle imputazioni soggettive di servizi che abbiano il loro diretto fondamento nella legge o in atti normativi unilaterali e non derivino da contratti.

#### omissis

**9.** Conviene intrattenersi sul punto perché in effetti esiste la possibilità di una qualche confusione tra l'assunzione diretta del servizio da parte dello Stato o di altri pubblici poteri tramite entità imprenditoriali dagli stessi controllate (in forma anche privatistica); il che comporta il riconoscimento inevitabile della deroga della normativa appena richiamata, e la diversa non pienamente coincidente fattispecie del riconoscimento a imprese incaricate di attività di interesse economico generale della titolarità di diritti speciali ed esclusivi per lo svolgimento delle attività loro affidate sulla base di uno specifico e successivo atto di affidamento. Mentre le prime entità imprenditoriali di gestione diretta sono individuate immediatamente dalla norma, le seconde possono essere anche scelte secondo le procedure degli appalti pubblici di servizi.

Consegue quindi che, ove non ricorrano gli estremi dell'assunzione diretta, anche in caso di attività riservata, nel rispetto del generale principio di uguaglianza e di non discriminazione, la scelta dell'impresa incaricata della missione di pubblico servizio debba essere sempre effettuata tramite una procedura concorsuale. Al riguardo nulla rileva che l'attività, una volta che sia stata riconosciuta affidabile in gestione diretta anche a soggetti terzi all'amministrazione, implichi l'esercizio di qualche pubblica funzione, stante la configurabilità da tempo, nel nostro come in altri ordinamenti europei, dell'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Ai fini che qui interessano, comunque, basti riflettere sul fatto che il riconoscimento dei diritti esclusivi rappresenta inevitabilmente un *posterius* rispetto all'affidamento del servizio, per cui la mera astratta previsione della loro esistenza non può costituire di per sé titolo per derogare alle procedure stabilite a monte per la scelta concorrenziale dell'impresa, giustificando la deroga sulla base di una ricerca di un improbabile e improponibile, nello stato di diritto, rapporto di tipo fiduciario tra alcuni privati cittadini e pubbliche istituzioni in ragione dell'esercizio di pubbliche funzioni e/o di diritti esclusivi. In questo senso vanno disattese le conclusioni, da ultimo prospettate, anche con riferimento ad interpretazioni giurisprudenziali, peraltro riferite a contesti ed angolazioni differenti, con le quali si cerca di accreditare le specificità delle concessioni sulla scorta di una «specialità del fine» che compete (e deriva dal) riconoscimento di diritti speciali: in questo senso si è parlato di «estensione della concessione come segno

tendenzialmente generale delle forme di gestione dei servizi pubblici». Questa differenza tra gestione diretta e gestione indiretta è, peraltro, chiaramente individuabile nel diritto comunitario che, come accennato, tiene distinte le ipotesi del fondamento diretto (quelle cioè poste su «altra base») rispetto ai contratti di appalto.

Ed inoltre essa discende dalla stessa autonoma considerazione della categoria dei «diritti esclusivi i quali, a differenza dell'assunzione diretta che deriva immediatamente ed esclusivamente dalle disposizioni normative, sono conferibili alle imprese anche per atto amministrativo di autorizzazione, in quanto necessariamente graduabili sulle effettive esigenze del servizio, per quanto strettamente connesso agli specifici compiti loro affidati». In base alla direttiva 531/90, che ne fornisce la definizione, sono pertanto qualificabili come diritti esclusivi quei «diritti che risultano da una *autorizzazione* conferita da un'autorità competente dello Stato membro interessato, *mediante qualsiasi disposizione* legislativa regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività» (rientrante nei settori esclusi). In altri termini, secondo il diritto comunitario, il fatto che un'impresa possa essere autorizzata all'esercizio di diritti esclusivi non impedisce, in via generale, che la scelta della stessa sia assoggettata alla normativa in materia di appalti dei servizi qualora tale scelta non derivi immediatamente dall'assunzione diretta del servizio da parte dei pubblici poteri attraverso entità imprenditoriali che, per la loro immediata costituzione su base normativa, si configurano di fatto come emanazioni degli stessi pubblici poteri. Tale logica distinzione ha un immediato riscontro a livello europeo, nello studio realizzato dalla Direzione generale degli studi del Parlamento europeo su «imprese pubbliche e servizi pubblici economici nell'unione europea» («Serie economie», W-21, 5-96) e si distingue tra *procédures unilatérales de délégation de service public*, realizzate per atto normativo e riguardanti le imprese pubbliche, e le *procédures contractuelles de délégation:... tel est le cas nécessairement lorsque l'opérateur est une entreprise privée*.

A scanso di incomprensioni, vale la pena di ribadire che la differenza di trattamento tra imprese in mano pubblica e imprese di diritto comune non deriva da un diverso apprezzamento della proprietà pubblica rispetto a quella privata, il che sarebbe ingiustificatamente discriminatorio, ma è diretta conseguenza del necessario collegamento, almeno nella maggior parte degli ordinamenti comunitari, tra gestione diretta e impresa in mano pubblica per cui, in definitiva, la gestione diretta tramite una impresa privata sarebbe giuridicamente una *contradictio in obiecto*.

A riprova basti considerare il fatto che, al di fuori delle ipotesi di assunzione diretta, le imprese pubbliche o private che siano devono competere sul mercato necessariamente sullo stesso piano senza alcun trattamento né di favore né discriminatorio; pertanto, anche le imprese pubbliche in gestione diretta, al di fuori dell'ambito di esercizio dell'attività loro affidata, competono sul mercato dei servizi come qualsiasi impresa di diritto comune, nel rispetto delle regole di concorrenza senza favoritismi né discriminazioni<sup>26</sup>.

Questa diversità di configurazione giuridica nulla toglie, a scanso di fraintendimenti, al fatto che la stessa apposizione della riserva, da cui può discendere la soluzione della gestione diretta e la conseguente e connessa esclusione dal regime degli appalti, rimanga assoggettata alla verifica di compatibilità con il diritto comunitario, oltre che nazionale, della concorrenza. In questo senso, la Corte di giustizia della Comunità ha da tempo affermato la competenza delle istituzioni comunitarie a pronunciarsi sulla legittimità della «esistenza» di monopoli legali e non solo sulle modalità del loro «esercizio».

È comunque incontrovertibile, in conclusione, che la scelta della gestione diretta dei pubblici servizi fuoriesca *de iure* e *de facto* dall'ambito di applicazione della normativa

---

26 Cfr. da ultimo, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali, attività di segnalazione, n. 10/97, p. 74.

sugli appalti pubblici di servizi e che a tale fattispecie non è riconducibile la concessione. Conseguentemente, alle imprese concessionarie, i diritti esclusivi sono conferiti direttamente solo a seguito della procedura di aggiudicazione, anche se già predeterminati per legge o regolamento. In questo caso, la previsione di tale astratto riconoscimento nell'atto normativo generale non può essere motivo di deroga della procedura di appalto di servizi. In altri termini, il c.d. concessionario non è altro che una impresa aggiudicataria dell'appalto pubblico di un servizio cui, per lo svolgimento delle attività conferite, risulti necessario, nella misura in cui è strettamente indispensabile allo svolgimento dei compiti affidati, riconoscere la titolarità di diritti esclusivi.

Solo ove si addivenga alla decisione di gestire direttamente il servizio è possibile sottrarsi alla procedura di aggiudicazione, perché logicamente incompatibile con la scelta per la gestione diretta. Altrimenti, quando ci si rivolge al mercato, cioè «ai terzi», la pubblica amministrazione si tramuta *ipso iure* in «amministrazione aggiudicatrice» ed è sottoposta al rispetto delle regole e procedure sugli appalti anche nella scelta delle imprese di gestione delle attività rientranti nei settori esclusi, cioè in quei settori che maggiormente interessano i servizi pubblici nazionali e locali.

Consegue logicamente e giuridicamente da quanto detto che anche sotto il profilo funzionale, con riferimento all'attività riservata e al servizio pubblico, non si riscontrano ragioni giuridicamente rilevanti per distinguere la concessione di pubblico servizio da un normale appalto pubblico di servizi e che pertanto la pubblica amministrazione è tenuta, nella scelta del contraente privato, a rispettare la *par condicio* tra le imprese concorrenti in termini di non discriminazione, trasparenza e di proporzionalità nel sinallagma contrattuale tra la prestazione richiesta e i diritti accordati dall'amministrazione in termini di corrispettivo. Diritti che, comportando limitazioni della concorrenza, dovranno essere circoscritti nei limiti strettamente necessari allo svolgimento della «specifica missione loro affidata», ai sensi e per gli effetti dell'art. 90, 1° e 2° comma del trattato CEE e dell'art. 8 della legge 287/90. In questo ordine di idee, la Corte di giustizia della CEE ha avuto modo di ribadire più volte (cfr. decisione 19.3.1991, causa 202/88) che «nonostante che l'art. 90, 1° comma, del trattato presupponga l'esistenza di imprese titolari di determinati diritti speciali ed esclusivi, non ne deriva necessariamente che tali diritti siano compatibili con il trattato. Ciò dipende dalle diverse regole alle quali l'articolo 90, 1° comma, fa rinvio e che vanno valutate caso per caso».

Del resto, sotto quest'ultimo profilo delle indebite limitazioni alla concorrenza, il diritto comunitario, come il diritto interno, non effettua distinzione alcuna tra le imprese incaricate di pubblico servizio o titolari di diritti esclusivi a seconda della loro natura pubblica e privata, per cui, a prescindere dalle eventuali diverse modalità di gestione diretta o indiretta, tutte le imprese che agiscono rientrano nel campo di applicazione dell'art. 90 del trattato, e usufruendo di un regime di riserva potranno derogare alla applicazione della normativa sulla concorrenza, sulla base della normativa testé richiamata, solo: «per quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici obblighi loro affidati».

Tale principio è affermato con portata generale (CGCE. n. 260/1989) dalla Corte di giustizia, per cui gli stessi monopoli legali devono essere organizzati in modo tale da ridurre al minimo la lesione alle disposizioni del trattato in materia di libera prestazione dei servizi e di concorrenza.

Le direttive comunitarie ed in particolare la giurisprudenza della Corte di giustizia, in applicazione degli artt. 85 e ss. del Trattato, hanno codificato nel tempo una sorta di decalogo al quale devono essere subordinati il riconoscimento e l'esercizio dei diritti esclusivi, in corso di progressivo recepimento nel diritto nazionale. Esso comporta un divieto di estensione dell'oggetto dell'attività riservata oltre i limiti strettamente necessari allo svolgimento del servizio e quindi il divieto di ogni forma di attrazione di attività strumentali e collegate nell'ambito della riserva e il conseguente obbligo di rivolgersi al

mercato; forme di garanzia e di tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori attraverso obblighi di pubblicità e informativa e il riconoscimento di diritti di accesso; la previsione di indennità risarcitorie per i danni arrecati dai disservizi<sup>27</sup>.

Non sembra peraltro, in questa sede, il caso di insistere ulteriormente sul punto della sottoposizione alle stesse regole delle imprese pubbliche o private incaricate di pubblici servizi nell'esercizio dei diritti esclusivi, una volta assodato la loro piena equiparazione, essendo necessario nell'economia del discorso intrapreso esplicitare, invece, tutte le conseguenze che derivano dalla riconduzione della concessione alla tipologia dei contratti di appalto e, nella specie, per quello che qui interessa, della concessione di pubblico servizio alla figura dell'appalto pubblico di servizi.

Gli studi più recenti hanno già posto in luce come «per il principio di prevalenza e di diretta applicazione del diritto comunitario, tutte le concessioni di pubblico servizio che sono individuate come appalti di pubblici servizi dalla direttiva 50/92/CEE e dalla direttiva 38/83/CEE per i settori esclusi, debbano considerarsi a tutti gli effetti appalti, cioè contratti, ancorché ad evidenza pubblica». facendone discendere l'obbligo di conformarsi alle procedure di aggiudicazione e alle regole ivi indicate<sup>28</sup>.

Ma oltre l'applicazione delle regole procedurali degli appalti alle concessioni, che per l'equiparazione suddetta possono essere considerate già applicabili in quanto espressamente richiamate dalla legislazione vigente per gli enti locali (cfr. art. 56, della legge 142/90) e ormai in fase di accoglimento anche nelle ipotesi di riforma della normativa sui servizi pubblici locali, interessa qui in particolare porre in rilievo come la riconduzione della concessione all'appalto non sia senza conseguenze sulla stessa struttura del contratto di concessione, sul suo sinallagma contrattuale che deve essere tale da bilanciare il rispetto del principio della minima deroga possibile alle regole di concorrenza con le esigenze di tutela dell'interesse pubblico concretamente perseguito nella conformazione del servizio.

Il rispetto dei principi concerne, oltre le procedure di aggiudicazione, la stessa struttura del contratto di concessione che non può essere intrinsecamente anticoncorrenziale, nel senso cioè che le deroghe ammissibili non devono eccedere i limiti della missione assegnata. Deve in effetti sussistere una logica coerenza, interna alla struttura del contratto, tra il riconoscimento di diritti esclusivi e «quanto strettamente connesso agli specifici compiti affidati» per utilizzare la formulazione del 2° comma dell'art. 8. Spetta alla Autorità garante della concorrenza e del mercato la verifica concreta del «quanto» e questa verifica, dalla particolare angolazione fattuale da cui deve essere condotta avendo di mira gli «effetti» del comportamento dell'impresa e, in concreto, le eventuali lesioni a potenziali concorrenti e ai consumatori, non può essere inibita dal mero rilievo della sussistenza di un atto amministrativo unilaterale di concessione, sottratto in quanto tale alla cognizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. A parte la considerazione già formulata sulla qualificazione contrattuale della concessione e sulla sua riconducibilità all'appalto pubblico secondo il diritto comunitario, per cui la diversa qualificazione formale nazionale non può essere ostacolo all'applicazione del diritto comunitario e alla recezione dei principi in esso contenuti, ai sensi dell'art. 1 della legge 287/90, va considerato che non si tratta di intervenire tanto sull'atto di concessione, quanto sui contenuti del rapporto, e che questi possono essere valutati alla stregua dei parametri di proporzionalità e di congruità rispetto al fine, senza necessariamente rimuovere l'atto stesso. Diversamente arguendo, volendosi rinvenire, nella specie, una forma di «disapplicazione» del provvedimento amministrativo, con conseguente inibizione

---

27 Si aggiunga in quest'ottica la divisibilità dell'attività tra una pluralità di imprenditori, ove possibile, al fine di introdurre elementi di valutazione concorrenziale; sul punto cfr. R. Cavallo Perin, *op. cit.*, p. 142.

28 E. Picozza, *Gli appalti pubblici di servizi*, Rimini, 1994, p. 68.

per l'Autorità del potere di intervento, si verrebbe ad affermare un limite all'esercizio dei poteri dell'Autorità, ogni qual volta si configura l'interposizione nell'attività economica di un provvedimento amministrativo. Si opererebbe per questa via una sorta di riministerializzazione della funzione di controllo a seguito della sua ricollocazione teorica e pratica nella funzione esecutiva<sup>29</sup>.

In questo ordine di idee, val la pena di richiamare l'attenzione sul particolare profilo della durata del rapporto concessorio che, come si è visto nell'evoluzione dell'istituto, si tende a mantenere di lungo periodo anche in assenza di un effettivo collegamento con la remunerazione del capitale investito dal concessionario del mercato.

Da una ricerca realizzata da un gruppo di ricerca dell'Università di Roma (M. De Benedetto, C. Gallucci, G. Lombardo) emerge come il ricorso alla concessione sia correlato generalmente ad una situazione di debolezza strutturale dell'ente locale, confermandosi anche per questa via il dato statistico del maggiore ricorso alla concessione nelle aree economicamente e socialmente meno sviluppate del paese.

#### omissis

Dalla citata ricerca sul campo si evince come la debolezza strutturale, l'assenza o il mancato esercizio di poteri di controllo e di informazione dell'ente locale comportino il rischio della cattura del concedente da parte del concessionario vanificando in concreto l'astratta posizione di supremazia del primo e confermando la tendenza alla contrattualizzazione dei contenuti autoritativi e tariffari del rapporto, senza che l'ente locale abbia una esatta cognizione dei conti economici della gestione del servizio. Al riguardo, val la pena di richiamare le parole dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulla necessità per la democrazia di evitare le concentrazioni di potere privato *«non solo per le distorsioni che possono indurre nei meccanismi economici, ma anche per l'influenza soverchiante che possono esercitare sulle istituzioni»*, e questo, sia consentito aggiungere, nei riguardi delle istituzioni nazionali e locali, soprattutto nei casi in cui la debolezza strutturale delle stesse si accompagni all'affidamento in concessione di attività, come ad esempio quella di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani, in cui più diffuso è il ricorso alla concessione, oggetto di particolari attenzioni da parte della criminalità economica organizzata.

\*\* Professore ordinario di Diritto dell'economia e Direttore del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Università Luiss Guido Carli

---

<sup>29</sup> Sulla necessità che alle Autorità indipendenti venga riconosciuto conformemente al modello anglosassone un potere qualificabile in termini di *iurisdiction*, cfr. G. Di Gaspare, *Nuove forme di regolazione e di controllo e trasparenza nei contratti pubblici*, in «Riv. Corte dei conti», n. 2, 1992: sul significato di *iurisdiction*, in particolare cfr., sempre di Di Gaspare, la voce *Autogoverno*, in «Enc. Giur.», vol. IV, 1988.