

**DIRITTO COMUNITARIO
E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI**

Fascicolo n. 2/2010

Estratto

Editoriale Scientifica

**IL TRASFERIMENTO DEL RISCHIO DI GESTIONE
DEL SERVIZIO IN CAPO AL CONCESSIONARIO COSTITUISCE
L'ELEMENTO CARATTERIZZANTE DEL CONTRATTO
DI CONCESSIONE DI SERVIZI E LO DIFFERENZIA
RISPETTO AL CONTRATTO DI APPALTO DI SERVIZI**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 settembre 2009 in causa n. C-206/08*

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, con l'intervento di: Stadtwirtschaft Gotha GmbH, Wasserverband Lautitz Betriebsführungs GmbH (WAL)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/17/Ce, art. 1, n. 3, lett. b. - Servizio pubblico di distribuzione di acqua potabile e di trattamento delle acque reflue - Qualificazione del contratto - Trasferimento del rischio di gestione del servizio e del meccanismo di remunerazione dell'investimento in capo al concessionario - Elemento caratterizzante il contratto di concessione di servizi.

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/17/Ce, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in

* In argomento v. *infra*, p. 279, il commento di TIZIANA BIANCHI e LORENZA PONZONE.

conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

(Omissis) **In diritto**

Causa principale e questioni pregiudiziali

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

37. In via preliminare occorre precisare che, stando agli elementi in atti, il WAZV Gotha rientra nella definizione di amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 2, n. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 2004/17, poiché tale amministrazione aggiudicatrice rappresenta una delle categorie di enti aggiudicatori ai quali si applica la direttiva, in forza del suo art. 2, n. 2, lett. *a.*

38. La causa principale, inoltre, rientra nell'ambito applicativo della direttiva n. 2004/17 ai sensi del suo art. 4, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi, nella fattispecie il WAZV Gotha, esercita un'attività nel settore dell'alimentazione di reti con acqua potabile e dello smaltimento delle acque reflue.

39. La direttiva n. 2004/17 si applica *ratione temporis* alla causa principale, dal momento che la procedura d'appalto oggetto della causa principale è stata avviata nel mese di settembre 2007, mentre il termine fissato all'art. 71 della direttiva per il suo recepimento era venuto a scadere il 31 gennaio 2006.

40. Si deve rammentare che una definizione della concessione di servizi è stata introdotta, nel diritto comunitario, dall'art. 1, n. 2, lett. *a.*, della direttiva n. 2004/17. Essa non figurava nelle precedenti direttive in materia, in particolare nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/38/Cee, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*Guce* n. L 199, p. 84).

41. All'art. 18 della direttiva n. 2004/17, il legislatore comunitario ha specificato che quest'ultima non si applica alle concessioni di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano, tra l'altro, attività nel settore dell'acqua.

42. Si deve inoltre rammentare che, per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/Ce, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (*Guce* n. L 134, p. 114), include, al suo art. 1, nn. 2, lett. *a.* e 4, definizioni dell'«appalto di servizi» e della «concessione di servizi» sostanzialmente analoghe a quelle corrispondenti che figurano all'art. 1, nn. 2, lett. *a.*, e 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17.

43. Tale analogia comporta che si formulino le medesime considerazioni per interpretare le nozioni di appalto di servizi e di concessione di servizi nei rispettivi ambiti di applicazione delle due suddette direttive.

44. Ne consegue che, se l'operazione oggetto della causa principale è qualificata come «appalto di servizi» ai sensi della direttiva n. 2004/17, un siffatto appalto deve, in linea di principio, essere aggiudicato nel rispetto delle procedure previste agli artt. 31 e 32 di quest'ultima. Per contro, se l'operazione in argomento è qualificata come concessione di servizi, la suddetta direttiva non trova applicazione, in forza del suo art. 18. In tal caso, il rilascio della concessione resterebbe soggetto ai principi fondamentali del Trattato CE, in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato, in particolare (v., in tal senso, sentenze 7 dicembre 2000 in causa n. C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, *Raccolta*, I, p. 10745, punti 60-62; 21 luglio 2005 in causa n. C-231/03, *Coname*, *Raccolta*, I, p. 7287, punti 16-19; 13 ottobre 2005 in causa n. C-458/03, *Parking Brixen*, *Raccolta*, I, p. 8585, punti 46-49, e 13 novembre 2008 in causa n. C-324/07, *Coditel Brabant*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 25).

45. È in tale contesto che il giudice del rinvio chiede che siano specificati i criteri che consentono di stabilire una distinzione tra un appalto di servizi ed una concessione di servizi.

Sulla prima e seconda questione

46. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo di diritto privato da terzi, sia di per sé sufficiente a qualificare quel contratto come concessione di servizi ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva n. 2004/17. In caso di risposta negativa a tale questione, il giudice nazionale chiede se un contratto di questo tipo debba essere qualificato come concessione di servizi quando il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

47. Propensi a una risposta affermativa alla prima questione, il WAZV Gotha, la Stadtwirtschaft e la WAL, nonché i Governi tedesco e ceco, sostengono che il fatto che la controparte contrattuale sia remunerata attraverso un corrispettivo riscosso presso gli utenti del servizio di cui trattasi è sufficiente a caratterizzare una concessione di servizi.

48. Di contro, l'Eurawasser e la Commissione ritengono che sia altresì necessario che la controparte contrattuale si assuma il rischio economico della gestione del servizio di cui è causa.

49. Si deve rilevare, a tale proposito, che l'art. 1, n. 2, lett. a., della direttiva n. 2004/17 prevede che gli «appalti di forniture, di lavori e di servizi» siano contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all'art. 2, n. 2, della medesima direttiva e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi.

50. In base all'art. 1, n. 3, lett. b., della medesima direttiva, la «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi,

ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste o unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

51. Dal raffronto delle due definizioni sopra menzionate risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in tal senso, citata sentenza *Parking Brixen*, punto 39), mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

52. Le questioni sottoposte presuppongono espressamente la circostanza che il contratto in questione preveda che la controparte contrattuale sia remunerata non già direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi.

53. Alla luce del criterio enunciato al punto 51 della presente sentenza, il fatto che il prestatore di servizi sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, nella fattispecie gli utenti del servizio in oggetto, è una delle forme che può assumere l'esercizio del diritto, riconosciuto al prestatore, di gestire il servizio.

54. Detto criterio emergeva già dalla giurisprudenza della Corte anteriore all'entrata in vigore della direttiva n. 2004/17. Secondo tale giurisprudenza, 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 (v. citata sentenza *Telaustria e Telefonadress*, punto 58, e ordinanza 30 maggio 2002 in causa n. C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, *Raccolta*, I, p. 4685, punti 27-28, nonché sentenze 18 luglio 2007 in causa n. C-382/05, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, I, p. 6657, punto 34, e 13 novembre 2008 in causa n. C-437/07, *Commissione c. Italia*, punto 29).

55. È irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico.

56. La Corte ha riconosciuto l'esistenza di una concessione di servizi, in particolare, in casi nei quali la remunerazione del prestatore proveniva da pagamenti effettuati dagli utenti di un parcheggio pubblico, di un servizio di trasporto pubblico e di una rete di teledistribuzione (v. sentenze *Parking Brixen*, *cit.*, punto 40; 6 aprile 2006 in causa n. C-410/04, *ANAV*, *Raccolta*, I, p. 3303, punto 16, e *Coditel Brabant*, *cit.*, punto 24).

57. Ne risulta che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, risponde alla necessità di un corrispettivo prevista all'art. 1, n. 3, lett. b., della direttiva n. 2004/17.

58. Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di «diritto di gestire» come «corrispettivo della prestazione» di cui alla suddetta disposizione.

59. Dalla giurisprudenza della Corte risulta che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in tal senso, citate sentenze *Parking Brixen*, punto 40; 18 luglio 2007, *Commissione c. Italia*, punto 34, e 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*,

punto 29).

60. Gli interessati che hanno presentato osservazioni hanno espresso su tale aspetto, in via principale o in via subordinata, posizioni divergenti.

61. Il WAZV Gotha ritiene che il fatto che la controparte contrattuale si assuma il rischio legato alla gestione sia sufficiente, nel contesto concreto della causa principale, a caratterizzare una concessione di servizi.

62. Per la Stadtwirtschaft, la WAL ed il Governo ceco, la controparte contrattuale non dovrebbe necessariamente assumersi il rischio a carico completo. Sarebbe sufficiente che se lo assumesse a carico pressoché completo.

63. Il Governo tedesco osserva che sussiste una concessione di servizi allorché la controparte contrattuale si assume un rischio legato alla gestione che non sia del tutto irrilevante.

64. L'Eurawasser ritiene che, nell'operazione oggetto della causa principale, non sussista alcun rischio significativo che possa essere trasferito alla controparte contrattuale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, detta operazione dovrebbe essere qualificata come appalto e non già come concessione.

65. La Commissione osserva che deve sussistere un rischio di gestione rilevante, il quale, tuttavia, non deve necessariamente corrispondere al rischio economico che di norma si corre in un mercato libero. Un appalto di servizi il cui rischio economico sia ridotto al minimo ad opera delle amministrazioni pubbliche non può essere qualificato come concessione di servizi.

66. A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio.

67. Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatario all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio richiede il rispetto delle formalità previste dalla direttiva n. 2004/17, al fine della tutela della trasparenza e della concorrenza.

68. In caso di totale assenza di trasferimento al prestatario del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione in parola rappresenta un appalto di servizi (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 2005 in causa n. C-234/03, *Contse e a.*, *Raccolta*, I, p. 9315, punto 22, e 18 luglio 2007, *Commissione c. Italia, cit.*, punti 35-37, nonché, per analogia, in un'ipotesi di concessione di lavori, sentenza 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia, cit.*, punti 30 e 32-35). Come si è rilevato al punto 51 *supra*, in quest'ultimo caso il corrispettivo non consisterebbe nel diritto di gestire il servizio.

69. Le questioni sottoposte muovono dal presupposto che la fornitura del servizio oggetto della causa principale comporti rischi economici molto limitati, anche nel caso in cui detto servizio sia fornito dall'amministrazione aggiudicatrice, e ciò sulla base dell'applicazione della normativa propria del settore di attività in esame.

70. Orbene, stando a talune tesi sottoposte alla Corte, in simili circostanze, affinché l'operazione *de qua* costituisca una concessione, occorrerebbe che il rischio trasferito dal concedente al concessionario fosse un rischio rilevante.

71. In assoluto, queste tesi devono essere respinte.

72. È noto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità, come la distribuzione dell'acqua e lo smaltimento delle acque reflue, sono disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono.

73. Da un lato, la configurazione giuspubblicistica alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria del servizio facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza.

74. Dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità di assicurare la fornitura dei servizi attraverso una concessione, agendo in buona fede, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, anche a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto.

75. Inoltre, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente creasse condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile.

76. Dato che, in questi casi, l'amministrazione aggiudicatrice non ha alcuna influenza sulla configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, non le è possibile introdurre né, pertanto, trasferire fattori di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

77. In ogni caso, anche se il rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

78. Spetta al giudice nazionale valutare se si è verificato un trasferimento del rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

79. A tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

80. Occorre pertanto risolvere la prima e la seconda questione nel senso che, nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo.

Sulla terza questione

81. Alla luce della soluzione data alla prima e alla seconda questione, non occorre risolvere la terza questione.

(Omissis)

LA CORTE DI GIUSTIZIA TORNA SULLA DISTINZIONE TRA CONCESSIONE DI SERVIZI E APPALTO DI SERVIZI*

Sommario: 1. *La sentenza in causa n. C-206/08 ed il rischio nella gestione* - 2. *L'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale.*

1. La sentenza in causa n. C-206/08 ed il rischio nella gestione

Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17/Ce (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali), dal momento che il rischio di gestione, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale privata.

È quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia europea, sez. III, nella sentenza del 10 settembre 2009 in causa C-206/08, nella quale vengono analizzati gli elementi peculiari della concessione di servizi, al fine di distinguerla dall'appalto di servizi.

La Corte di giustizia conferma quindi l'impostazione ormai "classica" adottata dal diritto comunitario per sciogliere il nodo importante della qualificazione di un contratto in termini di contratto di appalto o di contratto di concessione di servizi¹. Si tratta, com'è noto, di una distinzione rilevante non solo a livello dogmatico, ma dagli importanti risvolti pratici per i profili norma-

* Le opinioni espresse dalle Autrici non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza. Il par. 1 è stato curato in particolare da *TIZIANA BIANCHI*, il par. 2 da *LORENZA PONZONE*. Si ringrazia *MARIA LUISA SANTORO* per il prezioso contributo di studio e ricerca.

¹ Cfr. sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-382/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6657.

tivi applicabili in quanto le puntuali disposizioni delle direttive n. 2004/17 e n. 2004/18 sono finalizzate a disciplinare solo il settore degli appalti di servizi e non anche quello delle concessioni dei servizi che rimangono soggette ai principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare, ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, nonché agli obblighi di trasparenza ad essi correlati².

La Corte di giustizia ribadisce e consolida l'orientamento che considera quale elemento decisivo per la distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizi, quello dell'assunzione del rischio di gestione e del meccanismo di remunerazione dell'investimento.

Si tratta di una verifica che va fatta caso per caso; la competenza, poi, di valutare se nell'ipotesi specifica si sia realizzato o meno un trasferimento del rischio di gestione gravante sull'Amministrazione aggiudicatrice in capo al concessionario, in misura completa o almeno significativa, spetta al giudice nazionale.

Nel caso concreto, il WAZV Gotha, associazione tedesca costituita da comuni, con competenze in materia di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue, affida, nel 1974, alla Stadtwirtschaft Gotha GmbH (azienda municipale della città di Gotha) tutte le prestazioni tecniche, commerciali ed amministrative nel settore della distribuzione idrica. Nel corso del 2008 tale affidamento scade e il WAZV Gotha stabilisce di ammettere come proprio membro la Stadtwirtschaft, in modo da poter continuare l'affidamento della gestione del servizio. Sulla base delle vigenti disposizioni normative in materia di appalti, le autorità di vigilanza tedesche negano l'autorizzazione all'ammissione. Il WAZV Gotha decide, così, di inquadrare l'affidamento del servizio quale «concessione di servizi» avviando una procedura di gara informale, come previsto per la concessione di servizi dalla normativa tedesca, pubblicando, comunque, un bando sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*. La disciplina di esecuzione del contratto indicata nel bando prevede che:

a. il concessionario, vincitore della gara, deve fornire i servizi indicati agli utenti residenti nell'ambito territoriale del WAZV Gotha, sulla base di contratti di diritto privato, con percezione di un corrispettivo da parte degli utenti;

b. le tariffe, dal 1° gennaio 2010, devono essere conformi alle disposizioni della legge sulle imposte comunali del *Land* della Turingia;

c. gli impianti di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue sono presi in locazione dal concessionario, con oneri di manutenzione a proprio carico rimanendo di proprietà della WAZV Gotha;

² Cfr. F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 277 ss.

d. il WAZV Gotha si impegna corrispondere al concessionario le sovvenzioni pubbliche, ricevute per legge.

Un'impresa partecipante alla medesima gara, l'Eurawasser, presentando ricorso dinanzi alla Commissione per gli appalti pubblici, contesta la procedura di gara sostenendo che il WAZV Gotha avrebbe dovuto indire una gara ordinaria per l'aggiudicazione dell'appalto di servizi. L'organo accoglie il ricorso individuando la fattispecie come appalto di servizi che, come tale, avrebbe dovuto esperirsi con l'indizione di gara ordinaria.

Il WAZV Gotha, a questo punto, appella la decisione dinanzi al competente tribunale, il quale sospende il procedimento e sottopone alla Corte di giustizia europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a. se un contratto di fornitura di servizi di distribuzione di acqua e di trattamento di acque reflue debba considerarsi una «concessione di servizi», o un «appalto di servizi», contratto a titolo oneroso, ai sensi della normativa comunitaria in materia, per il solo fatto che la controparte contrattuale non venga direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato, che quest'ultima l'autorizza a riscuotere presso terzi;

b. in caso di risposta negativa alla questione pregiudiziale sub *a.*, se i contratti, come quello in esame, costituiscano una «concessione di servizi» quando il rischio di gestione legato al servizio viene assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo, pur se tale rischio sia ridotto, in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio (l'allacciamento e l'uso sono obbligatori, i prezzi richiesti devono osservare il principio di copertura dei costi);

c. in caso di risposta negativa anche alla questione pregiudiziale sub *b.*, se l'art. 1, n. 3, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/17 debba essere interpretato nel senso che il rischio di impresa, legato alla fornitura della prestazione, in special modo il rischio commerciale, debba essere quasi equivalente, dal punto di vista qualitativo, al normale rischio presente in un mercato libero aperto a più fornitori concorrenti.

Il giudice comunitario risolve le questioni pregiudiziali ritenendo sufficiente a qualificare come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. *b.* della direttiva n. 2004/17, nell'ambito di un contratto avente ad oggetto il servizio di distribuzione dell'acqua potabile e lo smaltimento delle acque reflue, la circostanza per cui la controparte contrattuale (soggetto concessionario) non sia remunerata direttamente dall'Amministrazione aggiudicatrice ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi.

In particolare, affinché possa ricorrere la fattispecie della concessione è necessario che sul concedente venga traslato il rischio di gestione del servizio in modo completo o pressoché completo. Nell'ipotesi in cui si versi nel settore di servizi pubblici disciplinati da norme giuspubblicistiche che perseguono

l'obiettivo di limitare i rischi economici a cui sarebbero esposti gli operatori, il predetto parametro risulta soddisfatto qualora l'Amministrazione aggiudicatrice abbia provveduto a trasferire sulla controparte contrattuale l'alea residuale dell'operazione finanziaria che continuava ad esserle posta a carico.

Nella causa in questione proprio la circostanza per cui la normativa nazionale aveva sostanzialmente "sterilizzato" i rischi economici delle operazioni di gestione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue, riducendoli in misura sensibile, aveva insinuato il dubbio che si fosse in presenza di un contratto di appalto (in cui l'elemento rischio finanziario è escluso) e non di un contratto di concessione.

In proposito, la Corte coglie lo spunto per puntualizzare che le Amministrazioni aggiudicatrici non possano essere "espropriate" della facoltà di scelta della modalità di affidamento del servizio pubblico che ritengano più rispondente al soddisfacimento degli interessi generali che sono chiamate a perseguire per il solo fatto che il rischio legato alla gestione, nel caso di specie, si presenti in maniera ridotta. Le Amministrazioni, infatti, non esercitano alcuna influenza diretta sull'assetto normativo che regola l'ipotesi particolare di organizzazione di un servizio pubblico, essendo le stesse tenute all'osservanza del quadro giuridico vigente, né possono introdurre e/o trasferire ad operatori economici fattori di rischio la cui presenza è esclusa da una simile configurazione normativa del mercato.

Pertanto, pur in presenza di un rischio di gestione molto ridotto, a cui, peraltro, sarebbe esposta la stessa Amministrazione se decidesse di erogare direttamente il servizio, deve ammettersi, a favore di quest'ultima, la possibilità di avvalersi dello strumento concessorio, il quale verrà correttamente utilizzato ogni qualvolta l'Amministrazione trasferisca in capo al concessionario il rischio che essa corre, a prescindere dall'entità iniziale dello stesso.

Ad avviso della Corte, non si può non prendere atto che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti le *utilities* sono disciplinati da normative che hanno anche la finalità di limitare i rischi economici di gestione. Infatti, la configurazione giuspubblicistica, alla quale è soggetta la gestione economica e finanziaria di tali servizi, facilita il controllo di tale gestione e riduce i fattori che possono pregiudicare la trasparenza e falsare la concorrenza. Peraltro, le amministrazioni devono garantire la fornitura dei servizi anche attraverso una concessione, qualora ritengano che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio medesimo, a prescindere dal fatto che il rischio legato alla gestione sia molto ridotto. Naturalmente, sarebbe irragionevole pretendere che un'amministrazione concedente individui condizioni di concorrenza e di rischio economico più elevate rispetto a quelle esistenti nel singolo settore in oggetto per effetto della disciplina ad esso applicabile. In tali fattispecie, l'amministrazione non ha alcuna influenza sulla configurazione applicabile all'organizzazione del servizio e nemmeno può introdurre, né trasferire, fatto-

ri di rischio che siano esclusi da una simile configurazione.

La sentenza, quindi, pur confermando l'impostazione classica del diritto comunitario, fornisce alcuni ulteriori elementi: la pubblica amministrazione, ai fini della predetta configurazione, non può far altro che trasferire il rischio di gestione che grava su di essa, al concessionario. Non può aumentarlo e non può diminuirlo, pur se il rischio risulta già "attenuato" dalla peculiare disciplina giuspubblicistica di settore, che impone, ad esempio, l'allacciamento o la fruizione obbligatoria, o che i prezzi siano sottoposti al principio della copertura dei costi³.

In ogni caso, per far sì che si possa parlare di concessione di servizi, è necessario ed anche sufficiente che l'amministrazione medesima trasferisca il rischio di gestione, che essa corre, a carico completo o, almeno, significativo al concessionario.

La Commissione europea già nel 2000⁴ aveva precisato che ai fini della distinzione tra appalto e concessione è determinante l'attribuzione al concessionario del rischio di gestione dell'attività, a prescindere dal fatto che l'oggetto del contratto sia un servizio pubblico.

In particolare, individua una concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, l'elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione⁵.

Inoltre, la concessione di servizi solitamente riguarda attività che, per natura, oggetto e norme che la disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali. Nella stessa Comunicazione, la Commissione indica una definizione di «concessione di servizio pubblico» che si configura come «concessione di servizi» che si caratterizza: *a.* per la natura delle attività; *b.* per la sua riserva (sfera di responsabilità) allo Stato; *c.* per essere attributiva di «diritti speciali ed esclusivi».

La Commissione, chiariti i tratti distintivi delle concessioni, indica il regime ad esse applicabile, precisando che soltanto le concessioni di lavori, il cui importo sia uguale o superiore alla soglia fissata dalla relativa direttiva, sono oggetto di un regime specifico. Le altre concessioni – come ogni altro atto dello Stato che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche – «ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36) e da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato CE o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte»,

³ Cfr. M. ALESIO, *I caratteri distintivi della concessione di servizi in sede comunitaria*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 14 ottobre 2009.

⁴ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Guce* n. C 121 del 29 aprile 2000.

⁵ Cfr. R. CORI, *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it, 2007.

ovvero dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

2. L'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale

Se quella sopra descritta è la posizione della Corte di giustizia e della Commissione europea, appare chiara la differenza, in merito agli omologhi istituti della concessione e dell'appalto di servizi, sussistente tra tale impostazione e quella tradizionale del diritto interno italiano. Secondo quest'ultimo, infatti, a contraddistinguere la fattispecie della concessione di servizi non sarebbe tanto il meccanismo di remunerazione dell'investimento e il connesso rischio di gestione quanto altri aspetti quali la natura pubblica o meno del servizio da svolgere e l'intenzione dell'Amministrazione di delegare lo svolgimento del servizio pubblico ad un soggetto privato⁶.

Tale orientamento è confermato dalla giurisprudenza⁷, la quale afferma che sussiste un contratto di appalto in presenza di prestazioni rese in favore dell'Amministrazione (in base ad uno schema di rapporto bilaterale), mentre la concessione di servizi comporta l'instaurazione di un rapporto trilaterale tra Amministrazione, concessionario ed utenti. Viene, poi, posto l'accento sul fatto che nella concessione le prestazioni rese dal concessionario sarebbero rivolte a vantaggio della collettività mentre nell'appalto esse sarebbero rivolte a vantaggio dell'Amministrazione.

Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava (almeno in parte) sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal soggetto economico privato.

Non è semplice coordinare gli istituti di matrice comunitaria con quelli propri della nostra tradizione, soprattutto in considerazione del fatto che gli stessi paiono rispondere ad esigenze diverse. Se, infatti, la Commissione appare preoccupata soprattutto di scongiurare il rischio che la concessione di servizi possa confondersi con l'altra figura tipica dell'appalto e prestarsi ad intenti elusivi della fattispecie disciplinata dalle direttive in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, l'ordinamento nazionale, cerca di conciliare l'obiettivo perseguito dalla Commissione con una visione più amministrativistica dell'istituto in parola dove, pur sorvolando sui tradizionali elementi della sostituzione dell'Amministrazione e della traslazione dei pote-

⁶ Si veda a riguardo la posizione del Governo italiano in causa n. C-382/05, *Commissione CE c. Italia*, in *Urbanistica ed Appalti*, n. 5/2008.

⁷ Cfr. sentenze Consiglio di Stato, sez. V, n. 2294 del 30 aprile 2002 e sez. VI, n. 3333 del 5 giugno 2006.

ri, è presente l'esigenza di salvaguardia dell'interesse della collettività ad una corretta gestione del servizio pubblico⁸.

Quindi, per effetto del recepimento del diritto comunitario nell'ordinamento italiano, vi è stata certamente una radicale modifica dell'istituto della concessione, ormai caratterizzata da una struttura contrattuale.

Per quanto concerne il problema della differenziazione fra la concessione di servizi e l'appalto di servizi, si deve rammentare, anzitutto, la circolare n. 3944 del 1° marzo 2002, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha fornito alcuni elementi interpretativi. La circolare specifica che, mentre negli appalti di servizi, l'appaltatore presta il servizio in favore della pubblica amministrazione, la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di servizi il concessionario sostituisce la pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

La giurisprudenza nazionale ha affrontato, da tempo, il problema della distinzione tra concessione ed appalto di servizi, utilizzando il criterio del destinatario del servizio⁹. Accanto a tale criterio, la giurisprudenza ha indicato anche il c.d. «criterio gestionale», secondo cui si è in presenza, di una concessione di servizi quando l'operatore economico si assume i rischi di gestione del servizio, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di un canone¹⁰.

Inoltre, si è fatto riferimento anche al criterio del costo del servizio, ed ai soggetti utenti¹¹, sui quali il medesimo ricade, affermando che «nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti e, invece, nel corri-

⁸ Cfr. Sul punto F. LEGGIADRO, *I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urbanistica ed Appalti*, n. 8/2006, p. 873.

⁹ TAR Liguria, sez. II, n. 484 del 22 aprile 2004: «Diverso dalla concessione di pubblico servizio, è il caso dell'appalto di servizi, dove si è in presenza dell'aggiudicazione di un servizio, ovverosia della prestazione che deve essere resa da un imprenditore nei confronti dell'amministrazione pubblica, ai fini del funzionamento interno della propria macchina operativa, e non solo allo scopo diretto di fornire utilità ai cittadini».

¹⁰ TAR Trentino-Alto Adige, sezione autonoma per la provincia di Bolzano, n. 129 dell'8 aprile 2008: «In sostanza, poiché la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento delle responsabilità di gestione, si viene a configurare una concessione di servizi allorché l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente. La modalità di remunerazione dell'operatore, pertanto, costituisce uno degli elementi che permettono di stabilire l'assunzione del rischio di gestione». Si vedano anche sentenze Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2634 del 15 maggio 2002 e sez. IV, n. 253 del 17 gennaio 2002.

¹¹ In base al «criterio della remunerazione» (e a quello connesso del «rischio di gestione»), devono, di norma, ritenersi sottoposti alla disciplina prevista per gli appalti di servizi e non a quella delle concessioni, ad esempio, la gestione del verde pubblico (parchi e giardini comunali), la gestione e la manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica; il servizio di scuolabus; il servizio di ristorazione per gli alunni degli asili nido comunali e delle scuole elementari; la manutenzione delle strade e degli edifici pubblici; la pulizia degli edifici pubblici; il c.d. «servizio calore» (cfr. sentenza TAR Sicilia, sez. II, n. 461, 12 marzo 2007; Consiglio di Stato, sez. V, n. 4080 del 25 agosto 2008; Consiglio di Stato, sez. V, n. 348 del 31 gennaio 2006 e TAR Campania, sez. I, n. 5111 del 29 novembre 2001).

spondente appalto, l'obbligazione di compensare l'attività svolta dal privato grava sull'amministrazione»¹².

Le direttive comunitarie n. 2004/17 e n. 2004/18, pur escludendo dal proprio ambito di applicazione l'istituto della concessione di servizi, ne hanno introdotto per la prima volta una definizione normativa nel diritto comunitario. Entrambe definiscono la concessione di servizi come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Tale definizione di concessione di servizi è stata ripresa nel Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12), il quale detta anche – all'art. 30 (Concessioni di servizi) – la disciplina dell'istituto per i settori ordinari e all'art. 216 (Concessioni di lavori e servizi) – che contiene un rinvio all'art. 30 – la disciplina per i settori speciali.

L'art. 30 del Codice esclude le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione del Codice stesso, salvo quanto previsto dal medesimo articolo, dettando così una disciplina speciale.

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

Per quanto riguarda la scelta del concessionario, essa deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza; adeguata pubblicità; non discriminazione; parità di trattamento; mutuo riconoscimento; proporzionalità; previa gara informale alla quale sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Inoltre, sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

Per dare sostanza ai principi delineati nell'art. 30 del Codice, si può fare riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»¹³, anche se non trattate in tale atto.

¹² Cfr. TAR Trentino-Alto Adige, sezione autonoma per la provincia di Bolzano, n. 129 dell'8 aprile 2008, *cit. supra*, nota 10.

¹³ Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», in *Guce* n. C 179

Afferma la Commissione che i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità, comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme, a parere della Commissione, si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva n. 2004/18/Ce e all'allegato XVII B della direttiva n. 2004/17/Ce quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive.

Per stabilire in concreto quale sia la disciplina applicabile all'affidamento delle concessioni di servizi, occorre quindi interpretare i principi comunitari richiamati nell'art. 30 del Codice¹⁴.

Il principio di parità di trattamento comporta che la scelta del concessionario avvenga tramite una procedura competitiva, per quanto l'amministrazione è libera di scegliere il tipo di procedura.

Inoltre è necessario assicurare una adeguata pubblicità agli atti di indizione della procedura in modo da consentire ai potenziali interessati di partecipare. I requisiti di partecipazione, i criteri di aggiudicazione e le modalità vanno fissati preventivamente e non possono essere modificati.

Il principio di trasparenza comporta la necessità, come già richiamato, di garantire una pubblicità adeguata.

Il principio di proporzionalità impone che ogni provvedimento non sia eccessivo rispetto al fine da perseguire; di conseguenza, ad esempio, i requisiti devono essere proporzionati rispetto all'oggetto dell'affidamento.

Il principio di mutuo riconoscimento implica che l'amministrazione aggiudicatrice debba accettare le specifiche tecniche, i certificati prescritti in un altro Stato membro, nella misura in cui siano equivalenti a quelli richiesti.

Conclusivamente, la differenza fondamentale tra appalto di servizi e concessione di servizi consta nel fatto che nel primo tipo di contratto il rischio dell'appaltatore consiste nel non aver valutato correttamente il costo della prestazione del servizio, mentre nella concessione di servizi il rischio del concessionario consiste nel non aver valutato correttamente il costo della prestazione del servizio ed il corrispettivo della tariffa a carico dell'utenza, nonché il numero degli utenti (rischio di domanda); nella concessione di lavori pubblici al rischio presente nella concessione di servizi si aggiunge quello ti-

del 1° agosto 2006.

¹⁴ Sul punto, si veda, ad esempio la determinazione n. 1 del 2006 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che riguarda l'affidamento dei servizi di ingegneria di importo inferiore a centomila euro con una procedura analoga a quella prevista per le concessioni di servizi (www.avcp.it).

pico dell'appalto di lavori, e cioè il rischio di costruzione. Nella concessione di lavori pubblici, infatti, vi è un investimento che normalmente nella concessione di servizi non è presente poiché essa comporta generalmente la gestione di un'opera già realizzata.

Tiziana Bianchi e Lorenza Ponzone*****

** Dirigente l'Ufficio Relazioni Internazionali e Comunitarie / Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

*** Dirigente l'Ufficio Regolazione / Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.