Le pronunce della Corte di Giustizia sulla distinzione fra appalti e concessioni

di Marco Ceruti

> La nuova direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione, all'art. 5, considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non gli sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori/servizi oggetto della concessione. Di conseguenza, la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Introduzione

Come apertamente riconosciuto dal considerando 18 della direttiva europea n. 23 del 2014, "*Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di "contratto di concessione" e di "appalto pubblico" hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea*"[1].

L'art. 5, par. 1, lett. *a)* e *b)*, della direttiva 2014/23/UE definisce:

- concessione di lavori" un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano ad uno o più operatori economici l'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
- e "concessione di servizi" un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano ad uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Ergo si tratta di un quadro normativo unitario[2], applicabile a concessioni sia di lavori sia di servizi, ma la novit pi interessante risulta senza ombra di dubbio essere rappresentata dall'spressa inclusione e connotazione del diritto di gestione quale rischio operativo[3]. Ai sensi

(1) Infatti, la moltiplicazione delle sentenze della Corte di Giustizia sulle concessioni (26 dal 2000), dove, chiarendo alcuni aspetti legati all'aggiudicazione delle concessioni, la Corte ha cercato di affrontare il vuoto giuridico in questo settore, dimostra che la situazione attuale è lungi dall'essere soddisfacente e che i problemi non possono essere adeguatamente affrontati soltanto caso per caso (cfr. European Commission - MEMO/14/19 del 15.01.2014).

(2) Contrariamente *a quanto accaduto in passato, ossia alla definizione per differentiam delle concessioni rispetto agli appalti, la nuova direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GUUE L 94 del 28 marzo 2014) ha per la prima volta introdotto l'autonoma definizione delle concessioni cancellando ogni riferimento agli appalti.*

(3) È questa un'assoluta new entry per quanto riguarda il diritto unionale vincolante, dal momento che l'unico prece-

dell'art. 5, infatti, l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi.
La direttiva 2014/23/UE considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori e/o servizi oggetto della concessione.

dente che si era fattivamente occupato di rischio era stata la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del 2000 (2000/C 121/02), notoriamente atto di soft law, la quale non soltanto riteneva che il criterio del diritto di gestione, implicante il trasferimento della responsabilità riguardante gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera o del servizio, permettesse di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere le concessioni dall'appalto pubblico, ma concludeva anche che il concessionario assumesse i rischi inerenti all'operazione economica, essendogli trasferita l'alea relativa alla gestione.
Constatata l'esistenza di fattispecie sempre più numerose di appalti pubblici frutto di complesse operazioni giuridiche, secondo la Commissione si era in presenza di appalti pubblici quando il costo dell'opera o del servizio gravava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunerava attraverso i proventi riscossi dagli utenti. Per converso, rientravano nella nozione di concessione le ipotesi in cui il diritto di gestire l'opera o il servizio fosse accompagnato da un prezzo, purché quest'ultimo non eliminasse il rischio inerente alla gestione, con la precisazione che, sebbene in genere l'origine del compenso prelevato direttamente dall'utente fosse un elemento significativo, quello determinante era la presenza del rischio di gestione legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti. "È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire "rischio economico", propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario pu trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacit di gestire al meglio i rischi in questione. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento "rischio" viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione (cfr. pt. 2.1.2 Delimitazione delle nozioni di "appalto pubblico di lavori" e di "concessione di lavori", COM 2000/C 121/02 cit.).

Di conseguenza, la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.
Esaminiamo allora le pronunce della Corte di Giustizia che si sono occupate del tema per ricavare elementi utili a risolvere i dubbi interpretativi e comprendere maggiormente la distinzione fra appalti e concessioni[4].
Non bisogna invero dimenticare che la definizione di concessione è materia riservata al diritto unionale[5] e,

(4) Come opportunamente evidenziato da S. Levstik, "Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva", in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano, 2013, la disciplina delle concessioni si conforma agli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia secondo cui l'elemento che caratterizza la concessione (distinguendola dall'appalto) consiste nella presenza del "rischio operativo sostanziale" (cfr. cons. 7 e art. 2 par. 2 prop. dir. conc. COM(2011) 897 def., Bruxelles, 20.12.2011). Tuttavia, nella proposta di direttiva si leggeva all'art. 2, par. 2, che "Tale rischio economico può assumere una delle due forme seguenti: *a)* il rischio relativo all'uso dei lavori o alla domanda di prestazione del servizio; oppure *b)* il rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti".
Dette specificazioni sul rischio concessorio sono state infatti eliminate in sede di approvazione della direttiva 2014/23/UE poiché ritenute non pienamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ad un osservatore attento non sarà invero sfuggito che tali tipi di rischio, depennati dalla direttiva, corrispondono a quelli che si trovano elencati nella decisione di Eurostat dell'11 febbraio 2004 – "*Treatment of public-private partnerships*", ovverosia al rischio di domanda e a quello di disponibilità (con ovvia esclusione di quello di costruzione in quanto di norma non presente nelle concessioni di servizi). Dunque, sarebbe stato inopportuno limitare le tipologie di rischi a quelli appena menzionati non solo perché non sono il portato della Corte del Lussemburgo, ma anche perché costituiscono solamente generalizzazioni di una parte dei rischi che possono emergere nella gestione di una concessione.

(5) La Corte di Giustizia ha affermato a più riprese che la questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come concessione o come appalto pubblico deve essere valutata esclusivamente alla luce del diritto dell'Unione, non rilevando la qualificazione operata all'interno degli ordinamenti nazionali (cfr. Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*, ptt. 30-31; Corte Giust. UE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, pt. 38; Corte Giust. UE, Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09,

per via del principio di *primauté*, opera pertanto un effetto di integrazione diretta nell'ordinamento nazionale con conseguente obbligo di conformazione da parte degli operatori nell'attività quotidiana.
In particolare, essendo l'Italia una nazione parecchio affezionata alla tradizione e ormai inesorabilmente incardinata sulla burocrazia amministrativa (c.d. "*red tape*"), le difficoltà d'adattamento al nuovo corso delle concessioni sono piuttosto accentuate e ancor più sentite in confronto al resto del Continente (ne sono l'emblema più lampante le argomentazioni propugnate dai nostri rappresentanti innanzi alla Corte di Giustizia nelle cause che si esamineranno a breve).

Le pronunce della Corte di Giustizia: premessa

Come già anticipato *supra*, sin dalla Comunicazione interpretativa della Commissione UE sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 (2000/C 121/02), il *proprium* che contraddistingue le concessioni quale *genus*[6] è stato individuato nel trasferimento del rischio economico di gestione al concessionario[7].

(Segue nt. 7)

l'appalto-concorso controverso costituisse una concessione con la quale l'amministrazione trasferiva ad un terzo attività di competenza dei pubblici poteri, vale a dire parte dei poteri organizzativi, ispettivi e di certificazione relativi al gioco del lotto, il cui esercizio, in forza della normativa italiana, spettava esclusivamente allo Stato.
Come dimostrato dall'Avv. Gen. Gulman (ptt. 1-25 delle conclusioni presentate il 14 luglio 1993), l'introduzione del sistema d'automazione controverso – che, secondo il bando di appalto-concorso, comprendeva i locali, la fornitura, l'impianto, la manutenzione, il funzionamento, la trasmissione dei dati e quant'altro occorresse per il completo esercizio del gioco del lotto – non implicava alcun trasferimento di poteri al concessionario per quel che riguardava le diverse operazioni inerenti al gioco del lotto.
La pronuncia *de qua*, pur non arrivando a decretare che un rapporto di concessione non comportasse necessariamente un trasferimento di pubblici poteri, sanciva che l'elemento determinante per una concessione di servizio pubblico consisteva nell'accertare se si trasferisse al concessionario il diritto di sfruttare il sistema d'automazione nella gestione del gioco del lotto e di ottenere in tal modo la remunerazione.
Nel secondo caso (*BFI Holding*), riguardante l'aggiudicazione di contratti di servizi relativi alla raccolta di rifiuti, la Corte si è limitata a smentire che quelli conclusi potessero essere considerati contratti di concessione di servizio pubblico in quanto il corrispettivo versato al concessionario consisteva unicamente in un *pretium* e non nel diritto di svolgere il servizio (ptt. 24-25).
Le conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola, presentate il 19 febbraio 1998, approfondiscono la questione ai ptt. 25 ss.: "la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per *communis opinio* ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico

Stadler, pt. 23; Corte Giust. UE, Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*, pt. 40).
Detta premessa si rivela particolarmente opportuna in relazione al contesto giuridico italiano, dove l'attività ermeneutica degli interpreti è fortemente influenzata dalla tradizione domestica.

(6) Resta infatti ferma la premessa metodologica, già fatta propria dalla Comunicazione interpretativa 2000/C 121/02, in forza della quale il criterio distintivo delle concessioni vale a prescindere dalle singole *species* (lavori e servizi).

(7) Ad onor del vero, siffatto criterio distintivo, cristallizzato *in nuce* nella definizione di concessione, era già apparso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (*i.e.* Causa C-272/91, *Lottomatica*, 26 aprile 1994; Causa C-360/96, *BFI Holding*, 10 novembre 1998), ma si ritiene opportuno fissare il punto di partenza della trattazione in concomitanza con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni 2000/C 121/02 e l'apertura del nuovo millennio, se non altro per la maggior rilevanza acquisita dal tema.
Nel primo caso (*Lottomatica*), relativo al sistema di automazione del gioco del lotto in Italia, la Corte ha dovuto stabilire, per un verso, se si trattasse di una concessione del potere di esercitare il gioco del lotto, per l'altro, se avvenisse un trasferimento della competenza ad esercitare pubblici poteri (cfr. ptt. 21-33).
Il governo italiano, sul presupposto della deroga alla concorrenza per le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri negli Stati membri, sosteneva infatti che

In detto atto di *soft law* era tuttavia presente un inciso sulla modalità di remunerazione che lasciava presagire una certa consapevolezza da parte della Commissione in ordine alla estrema volatilità del concetto di diritto di gestione, e rischio annesso, ragion per cui occorreva individuare degli elementi sintomatici che aiutassero a meglio distinguere la concessione dagli appalti[8].

Sicuramente meritevole l'intento, meno gli effetti concreti.

La modalità di remunerazione del concessionario è stata a lungo intesa in maniera molto restrittiva e unicamente come sinonimo di origine del compenso dall'utenza terza – non in senso sostanziale, ma in senso meramente formale – rispetto alla p.a. concedente.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, seppur oramai pacificamente incentrata sul rischio di gestione, è risultata anch'essa afflitta dal pregiudizio appena indicato.

Occorre quindi ripercorrere l'evoluzione del pensiero della Corte per evidenziare come sia stato non sempre lineare ed univoco, dando adito a dubbi interpretativi in relazione ad un concetto alquanto sfuggente qual è il rischio operativo[9].

Le pronunce della Corte che hanno portato alla disciplina contenuta nella direttiva 2014/23/UE possono essere sostanzialmente raggruppate in due filoni successivi:

- il primo, cronologicamente pregresso, si concreta in ragionamenti piuttosto *naif* condizionati dalla novità della materia e dall'assenza di riferimenti di diritto positivo (se si eccettuano le norme definitorie e la citata Comunicazione sulle concessioni del 2000): in questa fase assume rilievo preminente la modalità di remunerazione del concessionario in una versione acerba, pressoché limitata al pagamento da parte degli utenti diversi dalla p.a.;
- l'altro, più recente, facendo tesoro delle statuizioni precedenti, raggiunge un maggior grado di maturità di ragionamento, che si annida nella correzione delle aporie e nella focalizzazione della distinzione appalti-concessioni sul rischio operativo, specialmente sul profilo quantitativo di quest'ultimo.

Giova premettere che in ambo i filoni sono presenti elementi che li rendono spuri, ossia vertenti anche su profili ulteriori rispetto a quello principale indicato nell'elaborato (vale a dire modalità di remunerazione del concessionario e particolare configurazione del mercato).

Il profilo più problematico resta quello legato alla convivenza di elementi essenziali, sempre necessari, ed accessori, qualificanti l'istituto solo accidentalmente,

derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione" (pt. 26).

Dopo aver fatto questa corposa elencazione, in ogni caso, l'Avv. Gen. concludeva al pt. 33 che, difettando l'elemento cardine dell'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio, non era possibile ricondurre il rapporto allo schema della concessione.

Inizia, insomma, a delinearsi una gerarchia fra i vari criteri formulati dalla scienza giuridica circa il distinguo appalti-concessioni e l'importanza attribuita al rischio operativo è dimostrata dall'attenta analisi riservata alla modalità di remunerazione del concessionario (nella specie era stato previsto il pagamento di un corrispettivo, la cui concreta determinazione non dipendeva però da indici predeterminati né era stata stabilita in maniera forfettaria, di modo che la responsabilità economica della gestione ricadesse sul concessionario; il compenso era invece diretta conseguenza del costo complessivo di fatto sostenuto da quest'ultimo per assicurare il servizio e derivava sia dagli stanziamenti comunali, per far chiudere in sostanziale pareggio il bilancio al concessionario, che dalle tariffe pagate dalla collettività per il servizio, adattate, secondo necessità, al fine di consentire un sostanziale equilibrio tra costi e ricavi).

(8) Conviene riportare nuovamente tale inciso: "Anche se, in genere, l'origine del compenso — prelevato direttamente dall'utente dell'opera — è un elemento *significativo*, quello *determinante* è la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato o ai capitali investiti, in particolare se l'autorità concedente paga un prezzo", talché "*anche nell'ipotesi di un pedaggio fittizio, a carico cioè del concedente, il rischio resta se la remunerazione dipende dal tasso di fruizione*" (v. COM 2000/C121/02, §2.1.2 e nota 13; corsivi aggiunti).

(9) Cfr. E. Mauro, *La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discretivo tra concessioni e appalti*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 5: 1183, 2011, il quale osserva che "I criteri per stimare l'effettività del rischio gestionale sono innumerevoli, dipendono dalla fisionomia economico-finanziaria della singola operazione" e suddivide il percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tre fasi: nella prima si riscontra l'assenza di riferimenti al rischio gestionale; nella seconda il rischio gestionale affianca la provenienza della remunerazione; nella terza ed ultima si assiste al sopravvento del rischio gestionale sull'origine della controprestazione, declassata a semplice indicatore del rischio.

In termini analoghi si veda L. Berionni, *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, Diritto del Commercio Internazionale 3: 731, 2013.

nonché alle zone d'ombra che la Corte di Giustizia UE non affronta nello specifico (anzitutto, i tipi di rischio rientranti nella nozione di diritto di gestione), aspetti che avrebbero consentito di chiarire il contenuto, il *quid* del rischio concessorio. La Corte ha, invece, preferito concentrarsi sul *quomodo* e sul *quantum* del rischio operativo, delineando i confini dell'istituto ma al contempo lasciando agli interpreti il difficile compito di dare ad esso una consistenza concreta [10].

Il quomodo del rischio: la modalità di remunerazione del concessionario

Con riferimento alla modalità di remunerazione del concessionario si vuole intendere ciò che la definizione stessa di concessione, ai fini della distinzione dall'appalto, descrive come corrispettivo consistente unicamente nel diritto di gestire i lavori e/o servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
È evidente che a siffatta perifrasi possono essere attribuiti vari significati.
Il grosso inconveniente sta nella complessità del concetto.
In proposito, la prima pronuncia della Corte di Giustizia che ha affrontato il tema, per la verità solo *incidenter tantum*, è stato il caso *Telaustria*[11], ove si è escluso dal campo di applicazione delle direttive europee sul *public procurement* (sebbene fosse comunque sottoposto ai principi fondamentali del Trattato, in generale, ed, in particolare, a quello di non discriminazione in base alla nazionalità, implicante un obbligo di trasparenza al fine di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità per consentire l'apertura alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione) un contratto il cui corrispettivo consisteva in un diritto di sfruttamento economico della prestazione da parte del prestatore medesimo.
La statuizione della Corte si limita così ad escludere l'estensione delle direttive alle concessioni di servizi, in quanto non rientranti nel relativo ambito d'applicazione [12].

(10) Giova precisare, onde evitare equivoci, che non spetta alla Corte qualificare concretamente le operazioni controverse nelle cause oggetto di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.
Infatti, questa competenza spetta al solo giudice nazionale.
Il ruolo della Corte si limita a fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto unionale utile per la decisione da adottare nella controversia che gli è sottoposta.
In ogni caso, per dovere di cronaca, si deve segnalare che quasi tutte le questioni pregiudiziali di cui si darà conto nel presente elaborato ricadevano sotto il *nomen* di concessione, pur se con diversi oggetti. La ragione, se non nell'intento elusivo nei confronti della disciplina sugli appalti, si cela dietro alla maggior libertà consentita alle amministrazioni.

(11) Corte Giust. UE, Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, ptt. 42-58.

(12) Molto di più si desume dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Fennelly, presentate il 18 maggio 2000. Al pt. 37 l'Avv. Gen. ha concluso che "occorrerebbe adottare un approccio caso per caso alla questione se un contratto costituisca una concessione ovvero un appalto di servizi, tenendo conto di tutti gli elementi idonei a fornire indicazioni, il più importante dei quali è se la presunta concessione consista nel conferimento del diritto di sfruttare un determinato servizio e nel simultaneo trasferimento al concessionario di una parte significativa del rischio correlato a tale conferimento".
Nella fattispecie, relativa alla produzione e pubblicazione di elenchi telefonici stampati e utilizzabili elettronicamente, le ricorrenti sostenevano, da un lato, che l'essenza di una concessione risiedesse nel fatto che l'ente concedente non versasse alcun corrispettivo al concessionario, ma soltanto il diritto di sfruttare economicamente la concessione, anche se associato all'obbligo di versare un corrispettivo al concedente; dall'altro, che l'oggetto della concessione riguardasse un servizio d'interesse pubblico correlato all'esercizio di un potere pubblico. Secondo le altre parti intervenute, una concessione aveva tre caratteristiche essenziali: il servizio doveva essere fornito a vantaggio di terzi, piuttosto che a vantaggio dell'ente aggiudicatore; il servizio oggetto della concessione doveva riguardare una materia d'interesse pubblico; il concessionario doveva assumersi il rischio economico correlato alla prestazione del servizio.
Sulla scorta della premessa che il legislatore europeo ha determinato l'essenza della concessione nella mancanza di un'integrale remunerazione corrisposta al concessionario dall'ente concedente, l'Avv. Gen. ha quindi affermato che la peculiarità della concessione si manifesta nel fatto che il concessionario deve sopportare il rischio economico principale, o quanto meno sostanziale, correlato alla prestazione e ha respinto gli altri argomenti, ossia quello secondo cui, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale e quello che il servizio oggetto della concessione riveste sempre interesse generale.
Queste considerazioni anticipano quello che sarà il pensiero della Corte nei successivi giudizi (v. *infra*).

Segue poi l'ordinanza *Buchhändler-Vereinigung*[13], relativa alla riproduzione ed alla distribuzione della bibliografia nazionale tedesca su supporto cartaceo e su CD-ROM, che richiama la precedente confermando che la controprestazione del concessionario consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della remunerazione, la propria prestazione.
In queste prime decisioni viene dato risalto alla esenzione dall'applicazione delle direttive UE sugli appalti, sul presupposto che la distinzione da questi si fondi sulla circostanza che l'ente concedente non remunera il concessionario.
Suggestione ingenerata dalle prestazioni dei servizi al pubblico.
Altra pronuncia di sicuro interesse sul punto è la celeberrima *Parking Brixen*[14], in ordine all'aggiudicazione della gestione di due parcheggi situati sul territorio del Comune di Bressanone.
Il diritto di gestione inizia a prendere corpo e assume le vesti della remunerazione del concessionario presso gli utenti terzi della prestazione.
Irrompe sulla scena un fattore – il rapporto trilatero – che non compariva nelle precedenti decisioni della Corte, nonostante fosse stato inserito nel dibattito in materia [15].
Pressoché coeva alla decisione appena esaminata è quella sul caso *Contse*[16], inerente a servizi di terapia respiratoria a domicilio e altre tecniche di ventilazione assistita, ove il mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione dei servizi, unitamente alla remunera-

(13) Corte Giust. UE, Sez. II, 30 maggio 2002, C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, ptt. 13, 21, 23-29.
La Corte si limita a ribadire il significato di diritto di sfruttamento da parte del concessionario sulla base dell'assenza di esborsi pubblici diretti.
Siffatta visione si dimostrerà poco adatta dinanzi a casi più complicati.
Per il giudice a quo il contratto costituiva una concessione di servizi pubblici poiché comportava il trasferimento del diritto di sfruttare una particolare prestazione all'impresa privata, la quale sosteneva il rischio insito in tale sfruttamento. Inoltre, la prestazione non era remunerata dalla p.a. con il pagamento di un prezzo determinato, ma, viceversa, a quest'ultima era versato un compenso da parte dell'impresa.
Il giudice del rinvio non risultava però esente dal menzionato pregiudizio che voleva il servizio concesso nell'interesse generale, nell'ambito della delega ad un'impresa privata di un'attività di responsabilità dello Stato, fermo restando, comunque, il diritto di ispezione e di controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

(14) Corte Giust. UE, Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, pt. 40 ss. ("la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del parcheggio di cui si tratta. Tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi. Conseguentemente, in una situazione come quella della causa principale, non si è di fronte ad un appalto pubblico di servizi, ma ad una concessione di pubblici servizi").
Dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, presentate il 1° marzo 2005, ptt. 27-33, emerge parimenti che qualora un'amministrazione aggiudicatrice incarichi una società della gestione di un parcheggio pubblico, in cambio della cui utilizzazione tale società sia autorizzata a riscuotere un corrispettivo, obbligandosi, a sua volta, a versare all'amministrazione un indennizzo annuale, non si tratta di un pubblico appalto di servizi, bensì di una concessione di servizi. A differenza del pubblico appalto di servizi, la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione: nel caso di una concessione di servizi infatti la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione – almeno in parte – dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo. Secondo l'Avv. Gen. "Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico appalto di servizi dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, sopporta il rischio collegato alla fornitura del servizio".
Come vedremo, quella della trilateralità concessoria è un'accezione che ritorna spesso nella prassi, specie in Italia.

(15) Cfr. nota 7 *supra*.

(16) Corte Giust. UE, Sez. III, 27 ottobre 2005, C-234/03, *Contse*, in particolare pt. 22: "In via preliminare occorre rilevare che la causa principale, contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, pare vertere su un appalto pubblico di servizi e non su un contratto di gestione di un servizio, qualificato come un contratto di concessione. Infatti, come affermato dall'Insalud in udienza, l'amministrazione spagnola resta responsabile per qualsiasi danno subito a causa di un inadempimento di tale servizio. Questa circostanza, che implica un mancato trasferimento dei rischi legati alla prestazione del servizio in questione, e il fatto che il servizio sia remunerato dall'amministrazione sanitaria spagnola avallano tale conclusione. Spetta però al giudice del rinvio verificare che ciò avvenga nella presente fattispecie".

zione degli stessi da parte dell'amministrazione, hanno indotto la Corte a ravvisare gli estremi non di una concessione, bensì di un appalto.

Dalla remunerazione presso l'utenza si passa dunque alla responsabilità di gestione del concessionario, su cui devono necessariamente ricadere dei rischi operativi.

Il rischio concessorio, nella prospettiva modale, ritrova le fattezze della remunerazione presso l'utenza nella decisione *ANAV*[17], concernente l'attribuzione diretta di un servizio di trasporto pubblico locale ad un'impresa detenuta e controllata dall'ente pubblico aggiudicatore.

È importante far notare sin d'ora che la provenienza della remunerazione dall'utenza della concessione non esaurisce il quadro delle modalità di remunerazione, le quali possono coinvolgere non solo la tipologia di utenza (terzi, p.a., ambedue) ma anche il meccanismo in forza del quale è prevista la remunerazione (prestazione, domanda, disponibilità).

Malgrado la Corte non affronti direttamente le questioni appena menzionate, dagli *obiter dicta* sarà possibile estrapolare spunti ed indicazioni utili.

Per quanto riguarda le principali caratteristiche di una concessione, in contrapposizione all'appalto, diviene imprescindibile la lettura della pronuncia *Auroux*[18],

(17) Corte Giust. UE, Sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, in particolare al pt. 16 che richiama *Parking Brixen*: "Risulta dagli atti della causa principale che il servizio di trasporto pubblico sul territorio del Comune di Bari è finanziato, almeno in parte, attraverso l'acquisto di titoli di trasporto da parte degli utenti. Tale sistema di finanziamento caratterizza la concessione di servizi pubblici".

(18) Corte Giust. UE, Sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Auroux*, ove si discute se costituisca un appalto pubblico di lavori una convenzione, con la quale una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione, per fini di interesse generale, di un'operazione di sistemazione urbanistica, nell'ambito della quale la seconda amministrazione aggiudicatrice rimetta alla prima opere destinate a soddisfare sue esigenze, e allo scadere della quale la prima amministrazione aggiudicatrice diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere che non siano stati ceduti a terzi.
Il giudice *a quo* rifletteva anche sulle modalità di remunerazione di tale convenzione, chiedendo se occorresse tener conto esclusivamente del prezzo versato a titolo di corrispettivo per la cessione delle opere rimesse all'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della somma di tale prezzo e delle partecipazioni versate, ancorché queste ultime fossero solo parzialmente destinate alla realizzazione delle dette opere, o, infine,

(Segue nt. 18)

dell'importo complessivo dei lavori, ove i beni non ceduti allo scadere del contratto divenissero automaticamente di proprietà della prima amministrazione aggiudicatrice, che proseguiva, in tal caso, l'esecuzione dei contratti in corso e si accollava i debiti contratti dalla seconda amministrazione aggiudicatrice.
Come si nota, la questione è assai complicata perché coinvolge diversi profili sottesi alla distinzione fra appalti e concessioni.
Non solo viene considerato il rischio operativo, *sub specie* della modalità di remunerazione, ma anche la destinazione delle prestazioni ed il loro carattere d'interesse generale.
La convenzione, attraverso la quale il comune di Roanne intendeva riqualificare un settore urbano poco valorizzato e favorire lo sviluppo delle attività ricreative e del turismo, prevedeva la realizzazione di un centro ricreativo in fasi successive. La prima fase comportava la costruzione di un cinema multisala e di spazi commerciali destinati ad essere ceduti a terzi, nonché di opere destinate ad essere riconsegnate all'amministrazione aggiudicatrice, cioè un parcheggio pubblico e talune strade di accesso ed aree pubbliche. Le fasi ulteriori contemplavano la costruzione di ulteriori spazi commerciali e di un albergo.
La remunerazione del contraente derivava dal finanziamento comunale per l'insieme dei lavori, dal corrispettivo della cessione del parcheggio automobilistico al comune, e dagli introiti della cessione di opere destinate a terzi. Alla scadenza della convenzione, ogni eventuale eccedenza figurante sul bilancio di fine esercizio doveva essere versata al comune e quest'ultimo subentrava nei debiti e diveniva proprietario dell'insieme dei terreni e delle opere destinati ad essere ceduti a terzi ma rimasti invenduti.
Alla luce di quanto precede, la Corte ha risolto la questione dichiarando che, al fine di determinare il valore di un appalto, "occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi" (pt. 57).
Di conseguenza, se anche negli appalti è possibile includere introiti provenienti da terzi, sembra tramontare la distinzione fra appalti e concessioni fondata sulla origine della remunerazione e sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale).
Ciò trova conferma nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, presentate il 15 giugno 2006, ptt. 46-47, ove viene esplicitamente affermato che il fatto che il contraente abbia facoltà di cedere direttamente a terzi gran parte del centro ricreativo non è "motivo sufficiente per qualificare la convenzione come «*concessione di lavori pubblici*»".
Sebbene la triangolazione tra il Comune di Roanne, il concessionario e i terzi acquirenti, che con i loro pagamenti concorrevano sostanzialmente alla remunerazione della concessione, ricordasse una concessione, l'Avv. Gen. sottolineava – richiamando *Parking Brixen* – che una concessione pubblica si contraddistingue anche per il fatto

afferente ad una convenzione per la realizzazione di un centro ricreativo francese.
La Corte chiarisce che, potendo gli altri elementi (trasferimento di funzioni pubblicistiche, finalità d'interesse generale, rapporto trilatero) riguardare entrambe le fattispecie, l'unico fattore realmente discriminante fra appalti e concessioni è rappresentato dal rischio operativo ricadente sul concessionario.
Viene poi in rilievo la pronuncia *Commissione/Italia*[19],

che la controparte dell'amministrazione aggiudicatrice sopporta il rischio economico dell'impresa.
Cosa che mancava nel caso di specie, essendosi il Comune di Roanne obbligato contrattualmente a rilevare le parti del centro ricreativo non cedute allo scadere della convenzione e a sopportare altresì il rischio finanziario della convenzione, la quale era perciò da qualificarsi come appalto.
Non rilevavano nemmeno il trasferimento di funzioni pubblicistiche al contraente (la convenzione affidava, *inter alia*, l'incarico di procedere alle acquisizioni fondiarie e di reperire fondi, di presentare taluni documenti contabili, di far svolgere talune progettazioni, di organizzare una procedura di selezione degli studi di progettazione, di far eseguire i lavori di costruzione e di garantire il coordinamento dell'operazione, nonché l'informazione nei confronti del comune) né la finalità d'interesse generale (la nozione di appalto pubblico di lavori non dipende dall'uso a cui l'opera da realizzare viene destinata; altrettanto irrilevante è l'intenzione dell'amministrazione aggiudicatrice di adibire l'opera realizzanda ad uso proprio ovvero di renderla accessibile alla collettività o a singoli terzi interessati).
Dunque, l'unico fattore su cui incentrare la dicotomia appalti-concessioni resta il rischio operativo.
Gli altri elementi – *i.e.* trasferimento di funzioni pubblicistiche, finalità d'interesse generale, rapporto trilatero – rappresentano semplicemente degli indizi relativi alle concessioni: condizioni talvolta sufficienti, giammai necessarie, perché si abbia una concessione e non un appalto.

(19) Corte Giust. UE, Sez. II, 18 luglio 2007, C-382/05, *Commissione/Italia*, con note di Di Martino M., *La Corte censura la qualificazione di una procedura di affidamento di servizi secondo l'ordinamento nazionale*, Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo 4: 1907-1911, 2007; di Coduti C.F., *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, Rassegna dell'Avvocatura dello Stato 2: 81, 2007; e di Masera S.R., *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*, Urbanistica e appalti, 5: 579-585, 2008.
Proprio come nel caso precedente, la diatriba riguarda la qualificazione di un contratto in termini di concessione o di appalto; la novità risiede nella serie di argomentazioni presentate dal governo italiano che la Corte di

(Segue nt. 19)

Lussemburgo ha smontato, una dopo l'altra, ai ptt. 32-44 della sentenza.
Secondo la Commissione le convenzioni controverse non potevano essere qualificate come concessioni di servizi in quanto la remunerazione degli operatori non consisteva nel loro diritto di sfruttare la propria prestazione riscuotendo proventi presso l'utente e assumendosi tutti i rischi legati a detta attività.
Da un lato, la remunerazione dell'operatore consisteva in una tariffa – in euro per tonnellata di rifiuti, trasferita all'operatore dai comuni – versatagli direttamente dal Commissario delegato; dall'altro lato, l'operatore non sopportava il rischio inerente a tale attività poiché le convenzioni controverse gli garantivano il conferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti, prevedendo l'adeguamento annuo dell'importo della tariffa al fine di tener conto dell'evoluzione dei costi da esso sostenuti.
Per converso, il governo italiano sosteneva, sorreggendosi sulla giurisprudenza nazionale, che le convenzioni controverse configurassero concessioni di servizi. A tal fine proponeva i seguenti argomenti:
- in primo luogo, le convenzioni avevano ad oggetto la delega di un servizio di interesse generale la cui continuità doveva essere garantita dall'operatore, mentre il Commissario faceva solo da intermediario;
- in secondo luogo, i servizi erano erogati direttamente agli utenti, ossia alla collettività degli abitanti dei comuni sui quali sarebbe gravato il costo della tariffa versata all'operatore;
- in terzo luogo, l'obbligo di smaltire i rifiuti si accompagnava alla produzione di energia e pertanto la vendita di quest'ultima rientrava nell'oggetto delle convenzioni controverse a titolo di remunerazione;
- in quarto luogo, tenuto conto dell'importanza finanziaria degli investimenti effettuati dall'operatore (vicini ad un miliardo di euro), nonché alla lunga durata delle convenzioni controverse (20 anni), i proventi da realizzare da parte dell'operatore presentavano carattere aleatorio;
- in quinto luogo, la responsabilità dell'organizzazione e della gestione dei servizi delegati gravava esclusivamente sull'operatore, visto che l'amministrazione si limitava ad un mero ruolo di vigilanza.

Nessuno degli argomenti addotti dal governo italiano è stato accolto dalla Corte.
Anzitutto, per quanto riguarda la circostanza che gli operatori fossero in grado, oltre alla riscossione della tariffa pattuita, di beneficiare di proventi finanziari derivanti dalla rivendita dell'energia elettrica prodotta a seguito della termovalorizzazione dei rifiuti, la Corte ha osservato che la controprestazione ottenuta dall'operatore a fronte della prestazione di servizi consisteva essenzialmente nel pagamento, da parte del Commissario delegato, dell'importo della tariffa, mentre il prodotto della vendita di energia elettrica era soltanto accessorio. Neppure la lunga durata delle convenzioni e il fatto che la loro esecuzione fosse accompagnata da rilevanti investimenti iniziali a carico dell'operatore costituivano circostanze determinanti ai fini della loro qualificazione, giacché tali caratteristiche

inerente alle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Siciliana, dove la Corte ha occasione di addentrarsi in profondità nel merito della distinzione fra appalti e concessioni.

In particolare, continua ad affermarsi l'idea dell'assenza di corrispettivo pubblico – salvo l'eventuale prezzo – quale *proprium* delle concessioni rispetto agli appalti.

La contraddittorietà dell'asserzione si riscontra già nella possibilità di prevedere un *pretium* a compensazione delle prestazioni affidate in concessione. Il che rende equivoco, se non impraticabile, il discernimento delle medesime dagli appalti.

Anche a voler circoscrivere la condizione in parola all'assenza di un corrispettivo pubblico che garantisca completamente, non solo in parte, il concessionario, occorrerebbe analizzare le modalità della remunerazione per capire se la garanzia *ex ante* sia tale *ex post*, ovverosia se i pagamenti siano o meno legati al livello quali-quantitativo delle prestazioni.

Il rischio del concessionario deve essere reale, dovendosi escludere la relativa assunzione in caso di garanzia dell'equilibrio economico contrattuale a posteriori tramite clausole e rinegoziazioni *ad hoc* (come l'aggiustamento e la rivalutazione delle tariffe).

La pronuncia *Coditel Brabant*[20], relativa all'assegnazione della gestione di una rete di teledistribuzione comunale, rimane allineata con le precedenti nel senso della remunerazione del concessionario attraverso i pagamenti effettuati dagli utenti (terzi).

Laddove a remunerare il prestatore sia invece la sola amministrazione, senza l'ausilio di utenti terzi, la Corte di Giustizia – in questa prima fase – tende dunque ad escludere che si tratti di una concessione per l'assenza di un vero rischio di gestione.

Detta interpretazione può forse spiegarsi con la prevalente delibazione della Corte su contratti aventi per oggetto la prestazione di servizi al pubblico, ove ricorre

possono riscontrarsi tanto negli appalti pubblici quanto nelle concessioni di servizi; lo stesso vale per il fatto che il trattamento di rifiuti rientrasse nell'interesse generale. Infine, neppure la circostanza che le prestazioni erogate dall'operatore richiedessero una notevole autonomia esecutiva risultava determinante per la qualificazione del contratto come appalto ovvero come concessione.

Il giudizio della Corte si focalizza quindi sulle modalità di remunerazione previste dalle convenzioni e contiene spunti utili a dipanare la questione relativa all'inquadramento dogmatico delle medesime.

Prendendo le mosse dai già citati casi *Telaustria*, *Buchhändler-Vereinigung* e *Parking Brixen*, e rammentando che si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi, la Corte ha constatato che le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni controverse non rientravano nel diritto di gestire i servizi né implicavano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione.

Il cuore della decisione è dato dai ptt. 36-37, ove è stabilito che le convenzioni controverse dovevano essere considerate come appalti pubblici di servizi e non come concessioni di servizi dato che "non solo l'operatore risulta, in sostanza, remunerato dal Commissario delegato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti, ma risulta assodato che, in forza delle convenzioni controverse, il Commissario delegato s'impegna, da una parte, a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti e, dall'altra, a far sì che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia conferito a quest'ultimo. Tali convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla suddetta quantità minima garantita, ciò al fine di garantire l'equilibrio finanziario ed economico dell'operatore. Esse prevedono altresì che l'importo della tariffa sia annualmente rivalutato in relazione all'andamento dei costi relativi al personale, ai materiali di consumo e alle manutenzioni, nonché in relazione ad un indicatore finanziario. Queste stesse convenzioni prevedono, inoltre, che la tariffa sia rinegoziata qualora, per conformarsi ad un mutamento del quadro normativo, l'operatore debba affrontare investimenti eccedenti un certo livello".

In definitiva, scartate le varie connotazioni suggerite dal governo italiano in quanto comuni anche agli appalti, secondo la Corte le concessioni risultano essere peculiarmente caratterizzate dal rischio operativo che si concreta, *a contrario*, nell'assenza di una copertura totale degli investimenti del concessionario da parte del plesso pubblico.

Questa peculiarità delle concessioni diverrà assai rilevante nelle decisioni successive.

(20) Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in particolare pt. 24.
Per inquadrare la problematica, le conclusioni dell'Avv. Gen. Trstenjak presentate il 4 giugno 2008 si rifanno alla costante giurisprudenza della Corte (*Parking Brixen* e *Telaustria*) e riconducono il contratto nell'ambito della concessione di servizio pubblico, anziché in quello dell'appalto pubblico di servizi, giacché l'ente locale non paga il controvalore della prestazione resa, ma il corrispettivo del contraente consiste nel diritto di sfruttare la propria prestazione, fatto che implica l'assunzione del rischio di gestione (pt. 48).

abitualmente la presenza di utenti che pagano il prezzo del servizio in luogo della committenza.

Tale rischio di gestione, tuttavia, equivale essenzialmente solo a quello di domanda, ossia alla risposta del mercato nei confronti delle prestazioni offerte dal contraente.

Il Bel Paese torna protagonista nella causa *Commissione/Italia*[21], relativa ai lavori per la realizzazione di una tramvia su gomma per il trasporto pubblico di massa nel Comune di L'Aquila, che potremmo denominare "*Commissione/Italia-bis*" per distinguerla dall'altra già esaminata vertente sull'emergenza rifiuti siciliana (anche se il risultato finale è stato il medesimo, ossia la condanna dell'Italia per violazione del diritto europeo).

Quando il contraente non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera o servizio, il contratto deve essere qualificato come appalto.

La recidiva nazionale in ordine alla errata distinzione fra appalti e concessioni porta alla mente una riflessione di fondo: è difficile comprendere tale distinzione poiché frutto di formazione giudiziale e poco sorretta dal diritto positivo, oppure dietro all'incomprensione si celano surrettizie finalità elusive?

Per quanto può valere, il dubbio resta.

Ciò non toglie che la presente disamina può rivelarsi d'aiuto a chi invece desidera maggiore chiarezza circa il discrimine fra le fattispecie d'appalto e di concessione.

Tornando alle pronunce della Corte, è il turno della *Hans & Christophorus Oymanns*[22], avente ad oggetto

(21) Corte Giust. UE, Sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione/Italia*, ptt. 27-35.
Riallacciandosi ai propri precedenti, la Corte ribadisce preliminarmente che "si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assume il rischio legato alla gestione dei servizi" (pt. 29), che "il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione in oggetto costituisce un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi pubblici" (pt. 30), e che "Tali considerazioni, affermate in relazione agli appalti e alle concessioni di servizi, valgono per gli appalti e le concessioni di lavori" (pt. 31).
Nel caso di specie, la remunerazione del contraente era suddivisa in due *tranche*: una quota (60%) proveniva dal comune concedente; la parte restante (40%) doveva invece essere corrisposta dal futuro gestore della tramvia, ossia il concessionario del servizio.
Si assiste alla proverbiale creatività italiana che, in memoria dei tempi della concessione di sola costruzione, ha tentato di qualificare come concessione una fattispecie in cui il contraente realizza l'opera avendo come corrispettivo un rimborso totalitario garantito, solamente scaglionato fra due soggetti differenti: da un lato, il comune; dall'altro, il gestore del servizio (il vero concessionario).
In una situazione del genere, conclude la Corte, il contraente "non si assume i rischi legati alla gestione dell'opera in questione. Ne consegue che occorre qualificare l'operazione in questione come appalto pubblico di lavori e non come concessione di lavori pubblici" (ptt. 34-35).

(22) Corte Giust. UE, Sez. IV, 11 giugno 2009, C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*.
Il giudice del rinvio si chiedeva se un contratto andasse considerato appalto di servizi o concessione di servizi per il fatto che, nonostante fosse una p.a. a dover versare la retribuzione al fornitore, doveva al contempo tenersi conto del criterio relativo all'attribuzione del rischio: da un lato, il rischio connesso alla riscossione dei crediti e all'insolvibilità dei debitori non gravava sul fornitore, visto che era la cassa pubblica di assicurazione malattia, e non il paziente, a remunerarlo; dall'altro, il fornitore sopportava però il rischio che i suoi prodotti ed i suoi servizi non fossero richiesti dai pazienti. Secondo il giudice *a quo*, richiamando la causa *Telaustria*, il fattore decisivo ai fini della qualifica o meno come concessione era inoltre rappresentato dall'assenza di onerosi investimenti iniziali (edificazione di locali, spese di personale o di apparecchiature), da ammortizzare in seguito mediante il diritto di sfruttare la prestazione ai fini della remunerazione.
Come osservato dall'Avv. Gen. Mazák, nel ritenere che non si trattasse di una concessione di servizi, il contratto integrato di assistenza *de quo* non poteva essere classificato come concessione di servizi dal momento che quest'ultima comporta *naturaliter* un trasferimento del diritto di sfruttare un determinato servizio e il concessionario assume tutti o gran parte dei rischi economici collegati allo sfruttamento.
Rifacendosi alle decisioni *Parking Brixen* (dal momento che sulla cassa mutua, e non sul paziente, salvi modesti contributi, gravava la remunerazione) e *Telaustria* (laddove la Corte ha definito il diritto di gestire un servizio quale "diritto di sfruttare la propria prestazione"), l'Avv. Gen. rilevava che:
- al fornitore non veniva richiesto di fornire alcun servizio prima di stipulare un contratto individuale con un assicurato e non doveva creare né mantenere infrastrutture dispendiose (uffici, personale, macchinari), il cui costo dovesse essere ammortizzato grazie alla remunerazione percepita per i singoli contratti;
- il fornitore era tenuto a prestare il servizio su richiesta dell'assicurato, senza tuttavia alcuna possibilità di negoziare il prezzo, né la propria remunerazione, che era concordata con la cassa mutua e corrispostagli da quest'ultima.
Di conseguenza, l'accordo tra la cassa mutua e il fornitore doveva essere inquadrato come accordo quadro poiché il fornitore non sopportava alcun rischio economico ai sensi della giurisprudenza comunitaria.

la messa a disposizione, da parte di tecnici specializzati, in seguito ad un accordo concluso con una cassa pubblica di assicurazione-malattia, di calzature ortopediche confezionate e adattate alle esigenze dei pazienti, in combinazione con consulenze dettagliate offerte a questi prima e dopo la messa a disposizione.

Questa pronuncia segna il confine fra le due fasi della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Dalla connotazione del rischio operativo insita nelle modalità di remunerazione del concessionario si passa allo studio della dimensione quantitativa del medesimo. Non basta che la remunerazione sia in astratto sottoposta all'alea dell'utenza: occorre stabilire se in concreto vi sia il pericolo di non recuperare gli investimenti e quale sia il livello accettabile di rischio per potersi avere una concessione.

La classificazione giuridica di un contratto dipende perciò dai concreti elementi che compongono la singola fattispecie negoziale.

In ogni caso, dalle summenzionate decisioni della Corte di Giustizia emerge una definizione delle concessioni caratterizzata da una situazione in cui il diritto di gestione di un determinato servizio (tratto comune sia alle concessioni di servizi che a quelle di lavori) viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario, il quale dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione, restando così esposto ai rischi connessi a detta gestione.

Da questa prima parte della retrospettiva sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rischio operativo si può ricavare il progressivo affinarsi del concetto che, a partire dalla pronuncia *Parking Brixen* (ove era considerato pressoché sinonimo di remunerazione presso l'utenza, sottintendendo peraltro l'alterità di quest'ultima rispetto all'amministrazione aggiudicatrice), ha conosciuto un percorso evolutivo che ha man mano risolto importanti aporie e sfatato alcuni falsi miti.

In primo luogo, è necessario chiarire, nonostante qualche oscillazione da parte della Corte UE, che l'utenza della prestazione attraverso cui si remunera il concessionario è cangiante e può essere composita (p.a., soggetti terzi rispetto alla p.a., o combinazioni di entrambi).

Ne deriva, oltre a quella generale fra appalti e concessioni, una ulteriore distinzione interna a quest'ultime fra concessioni pubbliche di servizi e concessioni di servizi pubblici.

Le prime aventi ad oggetto prestazioni rese direttamente alla p.a. – *rectius*: prestazioni il cui corrispettivo è pagato direttamente dalla p.a. (v. cons. 18, ultimo periodo, della direttiva 2014/23/UE, cui corrispondeva l'abrogato art. 143, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006) – e le seconde aventi ad oggetto prestazioni rese al pubblico, cioè un insieme di soggetti indeterminato, cui spetta la remunerazione del concessionario[23].

La decisione della Corte, richiamando la sentenza Commissione/Italia e non discostandosi dalle conclusioni presentate il 16 dicembre 2008 dall'Avv. Gen. Mazák, sancisce così che, non gravando sull'operatore economico il principale rischio legato alla gestione delle attività, difetta l'elemento che caratterizza la situazione di un concessionario nell'ambito di una concessione di servizi.
Il ragionamento della Corte si dimostra interessante allorché si addentra nell'analisi del rischio.
Constatato dapprima che l'operatore economico non disponeva del margine di libertà economica che caratterizza *funditus* la concessione di servizi, ad alta vocazione commerciale, la Corte sembra poi cadere in contraddizione quando afferma che l'operatore economico non era esposto ad un notevole rischio connesso alla gestione delle proprie prestazioni, salvo poi ammettere che esso era esposto ad un certo rischio dal momento che i suoi prodotti e servizi potevano non essere richiesti dagli assicurati.
"Tale rischio – prosegue la Corte – tuttavia è limitato. L'operatore economico è, infatti, liberato dal rischio legato alla riscossione della propria remunerazione ed all'insolvibilità della propria controparte contrattuale individuale, dato che la cassa pubblica di assicurazione malattia è legalmente il solo debitore della sua retribuzione. Inoltre, pur dovendo essere dotato dei mezzi sufficienti per poter prestare i propri servizi, esso non deve previamente esporsi a spese rilevanti prima di concludere un contratto individuale con un assicurato. Infine, il numero di assicurati che soffrono della sindrome denominata del «piede diabetico», i quali potrebbero far ricorso ai servizi di tale operatore economico, è noto in anticipo, di modo che questi può operare una previsione ragionevole in ordine alla richiesta dei suoi servizi" (pt. 74).
Questo è un aspetto che troverà approfondimento nelle successive pronunce della Corte di Giustizia e che qui viene solo abbozzato in forma embrionale: il *quantum* del rischio affianca infatti le modalità di remunerazione del concessionario nella difficile missione di decifrare il *discrimen* concessorio.

(23) In tali termini si pone anche Ricchi M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, Urbanistica e appalti 7: 741-757, 2014, in particolare pp. 749-750.

Ovviamente, il confine fra le due fattispecie non è netto né statico, bensì deriva dal caso concreto, giacché è possibile che vi sia un prezzo pagato dalla p.a. concedente, a parziale compensazione del concessionario, oppure che la p.a. paghi "indirettamente" il concessionario tramite gli esborsi degli utenti da essa stessa incamerati e all'uopo trasferiti al concessionario.

La circostanza tornerà comunque utile, in particolare con riferimento al retaggio italiano, per smentire definitivamente la teoria secondo cui il pagamento diretto[24] dell'amministrazione aggiudicatrice al prestatore esclude che possa parlarsi di concessione.

In secondo luogo, se il diritto di sfruttamento economico della prestazione concessa si contrappone al classico corrispettivo d'appalto, non si può ignorare la comunanza di altri elementi fra le due fattispecie: le finalità d'interesse generale e la delega di funzioni pubblicistiche *in primis*.

Infine, giova ripetere che il rischio operativo dipende dalle modalità di remunerazione del concessionario ma non coincide con queste (meno che mai con la provenienza della remunerazione).

Il fatto che la remunerazione del concessionario non sia garantita *in toto* dalla p.a. non esaurisce la sostanza del diritto di gestione.

Per tale ragione, quindi, non è sufficiente che la redditività del servizio concesso sia astrattamente aleatoria, essendo collegata alla futura remunerazione presso l'utenza.

Occorre anche un'indagine sulla dimensione quantitativa della responsabilità di gestione del concessionario per determinare se effettivamente il rischio operativo sia posto in capo al contraente privato in maniera significativa.

Il quantum del rischio: la regolazione giuspubblicistica del mercato

Il secondo filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che concentra la propria attenzione sul *quantum* del rischio concessorio, si apre con la causa *WazvGotha* (meglio nota come *Eurawasser*)[25], in merito all'assegnazione di un servizio pubblico di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue in territorio tedesco [26].

(24) Non si sta facendo riferimento all'ipotesi, espressamente prevista, di contributo pubblico parziale (che può essere versato a titolo di compensazione di servizio nel caso di prezzi calmierati oppure per garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione in rapporto alla qualità e/o durata dell'affidamento), bensì all'integrale corresponsione pubblica parametrata a determinate variabili (non stabilita in misura fissa).

(25) Corte Giust. UE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *WazvGotha*, con note di Alesio M., *Anche se la controparte riscuote un corrispettivo da terzi quel contratto si configura come «concessione di servizi»*, Diritto & Giustizia, 147, 2009; e di Bianchi T.; Ponzone L., *La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 279, 2010 (www.osservatorioappalti.unitn.it).
La pronuncia è fondamentale per integrare, dal punto di vista quantitativo del rischio, le considerazioni già esposte in relazione alle modalità di remunerazione del concessionario.
Dal raffronto delle definizioni di appalto e concessione ai sensi delle direttive europee e dalla giurisprudenza anteriore della Corte risultava ancora che la differenza tra un appalto e una concessione risiedesse nel corrispettivo: mentre l'appalto comportava un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore nel caso di una concessione, il corrispettivo della prestazione consisteva nel diritto di gestione, da solo o accompagnato da un prezzo.
La Corte ha però affermato che "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" (pt. 53) e che, quando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, esse implicano che il prestatore si assume il rischio legato alla gestione: "A tale riguardo, occorre rilevare che il rischio è insito nella gestione economica del servizio" (pt. 66).
In caso di totale assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione di servizi, l'operazione rappresenta un appalto.

(26) Il bando di gara ed i relativi progetti di contratto prevedevano che il concessionario avrebbe fornito i servizi menzionati agli utenti residenti nell'ambito territoriale sulla base di contratti di diritto privato stipulati in nome e per conto propri ed avrebbe percepito in contropartita un corrispettivo da tali utenti.
Era previsto che il concessionario avrebbe dovuto calcolare esso stesso, *ex aequo et bono*, l'importo dei corrispettivi per i servizi forniti e fissarne l'ammontare in offerta (anche se avrebbe dovuto praticare tariffe regolamentate). Inoltre, gli impianti di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue sarebbero rimasti di proprietà pubblica e dati in locazione al concessionario, il quale avrebbe avuto il diritto di conteggiare il relativo canone nel corrispettivo richiesto agli utenti per i servizi forniti; la manutenzione di tali impianti sarebbe spettata al concessionario, al quale erano destinate sovvenzioni pubbliche nei limiti di

(Segue nt. 26)

legge; da ultimo, l'allacciamento alle reti pubbliche di distribuzione dell'acqua e di smaltimento delle acque reflue ed il loro utilizzo sarebbe stato dichiarato obbligatorio con regolamento *ad hoc*, ma il concessionario non avrebbe potuto esigere il rispetto di tale obbligo nei singoli casi individuali.

In tale contesto, il giudice *a quo* decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- se un contratto di servizi dovesse essere considerato una concessione di servizi – e non, invece, un appalto di servizi – per il solo fatto che la controparte contrattuale non fosse direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì mediante un corrispettivo di diritto privato che quest'ultima l'autorizzava a riscuotere presso terzi;
- se tale contratto costituisse una concessione di servizi in quanto il rischio di gestione legato al servizio in oggetto – pur se *ab origine*, cioè anche nel caso di gestione pubblica, ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio (l'allacciamento e l'uso erano obbligatori, e i prezzi richiesti dovevano osservare il principio di copertura dei costi) – veniva assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo;
- se il rischio d'impresa legato alla prestazione, in special modo il rischio commerciale, dovesse essere quasi equivalente, dal punto di vista qualitativo, al normale rischio presente in un libero mercato aperto a più fornitori concorrenti.

Alla Corte veniva dunque chiesto di chiarire se la modalità di remunerazione del concessionario sia condizione sufficiente per qualificare le concessioni, o se occorra anche l'elemento rischio ed in quale misura: "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. 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. In assoluto, queste tesi devono essere respinte. 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. 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. 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. 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. 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. In ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre" (ptt. 69-77).

La Corte afferma *expressis verbis* che il fatto che il prestatore sia remunerato attraverso pagamenti da parte di terzi, gli utenti del servizio, è soltanto una

La Corte aggiunge poi che spetta al giudice nazionale valutare se si sia verificato un trasferimento integrale o in misura significativa del rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice e che, a tal fine, non devono essere presi in considerazione i rischi generali risultanti dalle modifiche normative intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto.

Ed infine conclude 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 "*allorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale*" (pt. 80; cors. agg.).

In sostanza, le modalità di remunerazione del concessionario non sono da sole sufficienti a caratterizzare le concessioni se non si compenetrano con il rischio di gestione, sebbene talvolta ridotto dalle regolazioni di settore.

Siffatta conclusione, a voler ben vedere, era già presente nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Fennelly, presentate il 18 maggio 2000 nella causa *Telaustria*, il *leading case* in materia (almeno cronologicamente), ove al pt. 40 si leggeva: "la semplice probabilità che il concessionario possa sfruttare a proprio vantaggio la concessione non è sufficiente per consentire ai giudici nazionali di concludere che non esiste rischio economico. Secondo me, il giudice nazionale dev'essere convinto, in base ad un elevato grado di probabilità, che il rischio di perdite sia minimo o addirittura inesistente".

A distanza di quasi un decennio, la concessione riscopre le proprie origini nel rischio operativo.

delle forme che può assumere il diritto di gestione riconosciuto al concessionario.
Il che significa ammettere varie forme di remunerazione, essendo irrilevante, a tale proposito, che la remunerazione sia disciplinata dal diritto privato o dal diritto pubblico, ma soprattutto smentire definitivamente la immanenza dell'assimilazione fra rischio operativo e rapporto trilaterale.
Tale conclusione impone tuttavia di chiarire la nozione di diritto di gestione come corrispettivo della prestazione del concessionario.
Dalla giurisprudenza della Corte risulta che il diritto del concessionario di sfruttare la propria prestazione racchiude il trasferimento al prestatore del rischio legato alla gestione economica del servizio; altrimenti l'operazione rappresenta un appalto.
Il binomio diritto di gestione-remunerazione presso utenti terzi, che aveva originato una visione dello sfruttamento della prestazione concessa in termini di normale esclusione di corrispettivi pubblici diretti (salvo eventuale prezzo: cosa che già confuta la teoria), deve fare i conti con la circostanza che il rischio concessorio non equivale a quello di domanda, legato ai *cash flows*, ma rappresenta qualcosa di diverso e più ampio.
Ancorché il rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice sia molto ridotto, essa deve comunque essere libera di scegliere se aggiudicare una concessione, a condizione di trasferire, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorrerebbe in caso di svolgimento in prima persona.
L'accettazione di un rischio quantitativamente ridotto ad opera della configurazione normativa e/o amministrativa del mercato conduce a riflettere sui contenuti del rischio.
Se, come a più riprese affermato dalle pronunce della Corte, il *discrimen* delle concessioni è da individuare nel diritto di gestione e sfruttamento economico delle prestazioni, allora potrà essere considerato anche il rischio di disponibilità, anzitutto, e tutti gli altri rischi che possono occorrere durante l'esecuzione di una concessione. Altrimenti si avrebbe una concessione "monca", che include solamente i rischi già elencati dalla nota decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 sui PPP ma esclude tutta una serie di ulteriori evenienze su cui bisogna riflettere e che influenzano, ancor prima, la scelta dello strumento più idoneo, fra appalto e concessione, a realizzare lo scopo prefissato e come ripartire i rischi in sede di *contract design*.
La sentenza *Acoset*[27], in merito alla selezione del socio privato di minoranza nella società mista pubblico-privata direttamente affidataria del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa, non pre-

(27) Corte Giust. UE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, in particolare ptt. 37-43.
In via preliminare, la Corte osserva che l'attribuzione di un servizio pubblico locale consistente nella gestione del servizio idrico integrato può rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di appalti pubblici di servizi o in quella di concessione di servizi ai sensi delle direttive europee.
La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi: nell'appalto è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, nella concessione le modalità di remunerazione consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione e implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi.
Il giudice del rinvio, essendo la durata dell'operazione fissata in trent'anni, faceva riferimento alla costituenda società mista pubblico-privata quale "concessionaria" della gestione del servizio idrico integrato.
Parimenti, il governo italiano osservava che si trattava in modo del tutto evidente dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso una concessione trentennale, il cui principale corrispettivo consisteva nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica a compensazione del servizio reso.
La Corte presuppone quindi che si tratti di una concessione senza ulteriori accertamenti e conferma, secondo lo *stare decisis*, il portato dei suoi precedenti arresti giurisprudenziali sulla remunerazione del concessionario presso utenti terzi. Si tratta, com'è evidente, di un passo indietro rispetto al caso *Eurawasser* (del mese precedente), ove si era sminuita la trilateralità concessoria in favore del rischio.
Anche l'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, nelle conclusioni presentate il 2 giugno 2009, concordava nel qualificare la fattispecie come concessione ma sul presupposto che il rischio era assunto dal socio privato.
Risultava pertanto evidente "l'importanza di precisare i criteri destinati a definire le confuse linee di demarcazione tra appalto e concessione, il che, in mancanza dei riferimenti necessari, spetta in ultima istanza al giudice nazionale, in funzione del «rischio di gestione» e del «corrispettivo della prestazione», come interpretati dalla Corte. [...] Inoltre, il trasferimento del «rischio di gestione» è uno dei sintomi privilegiati per mettere a fuoco tale distinzione, in quanto rappresenta un elemento essenziale della concessione mentre l'appalto non lo prevede" (ptt. 74-77, concl. Avv. Gen.).

senta grandi novità in materia se non la *new entry* di una riflessione sul partenariato pubblico-privato (PPP) [28].

Forse sarebbe stato più giusto farla rientrare nel primo filone giurisprudenziale, afferente alle modalità di remunerazione del concessionario, ma il ragionamento sul PPP pare avere un contenuto di più ampio respiro, comprendendo sia il *quomodo* sia il *quantum* del rischio, oltre alla filosofia di fondo dell'istituto che ricomprende appalti e concessioni.

Anche nella causa *Helmut Müller*[29], vertente sulla vendita di un terreno pubblico su cui l'acquirente avrebbe successivamente dovuto eseguire lavori tesi a perseguire obiettivi di sviluppo urbanistico definiti da un ente pubblico territoriale, si allarga l'orizzonte.

(28) Le conclusioni presentate il 2 giugno 2009 dall'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer affrontano per la prima volta il problematico rapporto della distinzione fra appalti e concessioni all'interno dell'orbita del PPP. La trattazione. si snoda in tre sottosezioni: "Verso una nozione autonoma di «partenariato pubblico-privato»", "Una catalogazione dei PPP" e "Delimitazione tra appalto e concessione".
Nella prima sono esaminate le tendenze evolutive delle attività economiche e di gestione del potere pubblico che hanno subito una profonda trasformazione nel corso dell'ultimo secolo (da un liberismo astensionista iniziale, con l'unico obiettivo di mantenere l'ordine pubblico con mezzi tradizionali di polizia, come ordini e divieti, si è passati ad offrire prestazioni ai cittadini, per giungere, infine, ad un modello assistenziale di Stato nato dalla solidarietà). In tale prospettiva, è aumentato il grado di permeabilità tra pubblica amministrazione e cittadini, impedendo di isolare le reciproche funzioni in compartimenti stagni: "Sebbene lo zelo dell'amministrazione sia diretto all'interesse generale, i modi di soddisfarlo proliferano e spiccano quelli in cui, i privati essendo stati autorizzati a svolgere attività di natura pubblica, si constatano evidenti elementi di cooperazione. Come esempi di tale convergenza, rivestono un ruolo particolarmente significativo la cosiddetta gestione indiretta dei servizi pubblici o gli appalti, formule che affondano le loro radici nella storia del diritto. Così, quando un'impresa privata assume la responsabilità di una fornitura e, motivata da un corrispettivo, rischia il proprio patrimonio per assicurare la regolarità e il buon andamento della prestazione, si instaura una stretta relazione con la finanza pubblica. Parimenti accade quando l'amministrazione, consapevole dei propri limiti tecnici o economici, individua nell'appaltatore il referente per l'esecuzione di un'opera o di un servizio. Il capitale privato funge da intermediario tra l'organo titolare dell'attività o del servizio e i suoi beneficiari, per cui, nei vari casi di specie, ferme restando le sfumature derivanti dalle diverse tipologie, il modello di uno sforzo condiviso informa ogni cosa e caratterizza ogni aspetto dell'attività o del servizio. Inoltre, al di là delle ipotesi dell'appalto e della concessione, non è estranea né inconsueta per la pubblica amministrazione l'attribuzione dell'esercizio di funzioni pubbliche a soggetti privati i quali, tuttavia, non vengono integrati nella sua struttura. Pertanto, per definire il «partenariato pubblico-privato» come categoria autonoma è necessario tener conto di tutte le reciproche influenze che caratterizzano taluni istituti giuridici" (ptt. 44-49).
Dall'analisi del "New Public Management", all'origine dei PPP, che apre le porte della p.a. a modelli di gestione imprenditoriale che richiedono l'apporto economico privato (cd. "Private Finance Initiative"), l'Avv. Gen. si concentra poi sulla frammentazione del panorama comunitario, nonostante l'aspirazione di arrivare all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali nel settore dei contratti pubblici, viepiù dei PPP. Si assiste infatti alla crescente presenza di PPP nel settore pubblico, poiché oltre a fungere da rimedio per i vincoli al bilancio pubblico, detti strumenti favoriscono il finanziamento privato e lo sfruttamento delle competenze di imprese, a fronte della trasformazione dello Stato da operatore diretto in regolatore dei comportamenti, di cui è il garante ultimo quando questi possono pregiudicare l'interesse generale. Secondo l'Avv. Gen. l'assenza di un'armonizzazione comunitaria impedisce ai PPP di emanciparsi come veri e propri contratti, soprattutto perché il legislatore comunitario ha armonizzato gli appalti pubblici, ma non le concessioni né i servizi pubblici.
Nella seconda sezione, viene introdotto il Libro verde sui PPP e la diversa classificazione a seconda che la collaborazione si basi su vincoli esclusivamente convenzionali (PPP contrattuali) o prenda la forma di un organismo (PPP istituzionalizzati), potendo entrambi riguardare un appalto o una concessione.
Nella terza ed ultima sezione, come già detto nella nota precedente, l'Avv. Gen. si occupa quindi della fondamentale distinzione fra appalti e concessioni in funzione del rischio di gestione e del corrispettivo della prestazione, così come interpretati dalla Corte di Giustizia.

(29) Corte Giust. UE, Sez. III, 25 marzo 2010, C-451/08, *Helmut Müller*.
La questione sorgeva dalla necessità di inquadrare la fattispecie come appalto (contratto, stipulato in forma scritta e a titolo oneroso, in cui alla prestazione dell'appaltatore corrisponde una controprestazione della pubblica amministrazione, non necessariamente in denaro, ma economicamente valutabile) o come concessione (alternativa rispetto al modello dell'appalto, in cui il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo).
Secondo il giudice del rinvio si sarebbe trattato di una concessione di lavori pubblici, dal momento che la pubblica amministrazione si limitava a permettere al soggetto che intendeva svolgere i lavori edilizi di profittare pienamente, secondo le norme del diritto di proprietà, dei risultati della sua attività costruttiva e che la nozione di concessione non escluderebbe né la durata indeterminata della stessa né il riconoscimento, a favore del concessionario, di un diritto di proprietà sui beni oggetto della concessione.

La Corte di Giustizia EU si trova:

- per un verso, a dover determinare il contenuto minimo dei contratti pubblici ai fini dell'applicazione delle direttive europee[30];
- per l'altro, ad interpretare il rischio concessorio in una prospettiva invertita rispetto al precitato caso *Eurawasser* (*i.e.* non più la riduzione del rischio, ma la sua illimitata estensione in ragione del diritto di proprietà attribuito al concessionario [31]).

(Segue nt. 31)

scimento al concessionario di un diritto illimitato nel tempo sul bene oggetto di concessione (ptt. 70-80).
La conclusione, nonostante la fermezza, desta qualche perplessità. Affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa trasferire alla sua controparte il diritto di gestire un'opera, secondo la Corte "è necessario che tale amministrazione possa disporre della gestione dell'opera stessa. Ciò non avviene, di norma, qualora il diritto di gestione abbia come unica origine il diritto di proprietà dell'operatore interessato. Infatti, il proprietario di un terreno ha il diritto di gestirlo nel rispetto delle norme giuridiche vigenti. Fintantoché un operatore disponga del diritto di gestire il terreno di cui è il proprietario, risulta essere esclusa, in linea di principio, la possibilità che un'autorità pubblica attribuisca una concessione avente ad oggetto la gestione stessa" (ptt. 72-74).
Sembra palesarsi una certa confusione fra il contenuto della concessione e quello della sfera giuridica del concessionario, risultante forse dall'eccessiva importanza posta sul concetto di "trasferimento".
La concessione presenta *naturaliter* una durata limitata nel tempo per non annullare *ad aeternam* gli effetti benefici della concorrenza (pt. 79; ora cfr. cons. 52 e art. 18 della direttiva 2014/23/UE), tale situazione rimanendo immutata anche laddove il concessionario sia proprietario dell'infrastruttura realizzata.
Non a caso il diritto europeo (art 345 TFUE) si proclama indifferente rispetto alla proprietà pubblica o privata in materia di *public procurement*: ne è prova l'inclusione di organismi privati – imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi – quali enti aggiudicatori nei settori speciali, ma altri possono essere gli esempi. Uno è sicuramente dato dalla possibilità di ricorrere liberamente all'autoproduzione (gestione diretta ed *in house providing*) o all'*outsourcing*; un altro è rappresentato dai contratti incentrati sul rischio di disponibilità, i quali presuppongono normalmente la proprietà privata dell'*asset*; nello stesso modo, i contratti legati alla domanda di mercato non escludono a priori la proprietà privata del bene.
Sorge quindi il dubbio che la Corte, così come l'Avv. Gen. Mengozzi (ptt. 86-98 delle conclusioni presentate il 17 novembre 2009; in particolare si veda il pt. 88: "Sulla base della stessa etimologia del termine, una concessione è la possibilità, riconosciuta ad un soggetto, di godere di un bene sul quale, altrimenti, egli non potrebbe vantare alcun diritto"), abbiano fatto un po' di confusione al riguardo.
La concessione non esclude affatto la proprietà privata del bene in capo al concessionario, comprendendo anzi fattispecie che la prevedono (*leasing* e disponibilità in Italia, ma in generale, sotto la sigla "O", la concessione conosce varie versioni fondate sulla prestazione "*Own*": cfr. cons. 11 dir. 2014/23/UE).
La dimostrazione di quanto appena detto è data dalla stessa Corte quando – richiamando *Eurawasser* – ricorda che "l'elemento essenziale della concessione risiede nel fatto che il concessionario sopporta esso stesso il rischio economico principale o, in ogni caso, sostanziale, collegato alla gestione" (pt. 75).

(30) Nelle conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Mengozzi il 17 novembre 2009 viene apertamente affermato che, ai fini dell'applicabilità delle norme delle direttive sul *public procurement*, è irrilevante la finalità che i pubblici poteri perseguono mediante i servizi, le opere e/o i lavori che intendono realizzare.
Ciò che rileva è esclusivamente la sussistenza dei presupposti oggettivi delineati dal testo normativo in quanto l'obiettivo principale della predetta disciplina europea è quello di eliminare le restrizioni alle libertà fondamentali e di favorire una concorrenza effettiva tra le imprese e di aprire i mercati ai soggetti che potrebbero essere interessati ad eseguire le prestazioni.
E per tali soggetti il fine che la pubblica amministrazione intende perseguire è irrilevante.
Di conseguenza, come già emerso in precedenza, sembra definitivamente svanire la possibilità di distinguere appalti e concessioni sulla base delle finalità di interesse generale attribuite a quest'ultime.
La Corte non concorda però con l'Avv. Gen. sul fatto che, ai fini della sussistenza di un appalto pubblico di lavori o di una concessione di lavori pubblici ai sensi delle direttive UE, sia necessario un legame diretto tra l'amministrazione aggiudicatrice e le commesse che può consistere, in particolare, nel fatto che l'opera sia destinata ad essere acquisita dalla pubblica amministrazione (in regime di proprietà), o che fornisca alla stessa un vantaggio economico diretto (godimento a vario titolo), oppure ancora nel fatto che l'amministrazione aggiudicatrice abbia assunto l'iniziativa della realizzazione o sostenga almeno in parte i costi della stessa mediante risorse pubbliche (pecuniarie o in natura).
Per la Corte occorre un interesse economico diretto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice che può essere riscontrato qualora sia previsto che essa divenga proprietaria ovvero disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica; l'interesse economico può inoltre risiedere nei vantaggi economici che l'amministrazione aggiudicatrice potrà trarre dal futuro utilizzo o dalla futura cessione dell'opera, nel fatto che essa abbia partecipato finanziariamente alla realizzazione dell'opera o nei rischi che essa assume in caso di fallimento economico dell'opera, senza che sia necessaria, tuttavia, la forma dell'acquisizione di un oggetto materiale o fisico.

(31) Sul punto, la Corte di Giustizia conclude che una concessione di lavori pubblici non può mai prevedere il ricono-

Sotto il primo profilo, a prescindere che si tratti di un appalto o di una concessione, a parere della Corte è necessario che l'amministrazione abbia un interesse economico diretto a divenire proprietaria o a disporre di un titolo giuridico di godimento sull'oggetto del contratto pubblico, oppure possa trarre dei vantaggi economici dal futuro utilizzo o dalla futura cessione, o che essa abbia contribuito finanziariamente alla realizzazione dell'operazione o assunto dei rischi in caso di suo fallimento economico.

La nozione di appalto pubblico e quella di concessione ai sensi delle direttive UE presuppongono altresì che l'operatore sia contrattualmente obbligato, nei confronti della p.a., alla prestazione convenuta: in una parola, il sinallagma.

Le prestazioni derivanti dai contratti pubblici sono giuridicamente vincolanti e devono essere esigibili in sede giudiziale.

Replicando alla Commissione, la quale sosteneva che tale rischio può consistere nell'incertezza dell'imprenditore circa l'approvazione o meno dei progetti da parte dell'ente territoriale, la Corte dichiara che "In una situazione quale quella evocata dalla Commissione, il rischio sarebbe collegato alle competenze di regolamentazione dell'amministrazione aggiudicatrice in materia urbanistica e non al rapporto contrattuale derivante dalla concessione. Di conseguenza, il rischio non sarebbe collegato alla gestione" (pt. 78).

Il ragionamento della Corte è stavolta inappuntabile sotto il profilo del metodo (cercando di delimitare il confine fra il contenuto del diritto di gestione e ciò che ne fuoriesce) ma pecca di scarsa lungimiranza: se è vero che il rischio concessorio attiene alla gestione delle prestazioni contrattualizzate, è innegabile che include anche tutte le fasi propedeutiche all'esecuzione del contratto stesso e, proprio per tale ragione, diviene assolutamente irrinunciabile l'allocazione dei rischi in capo a coloro che meglio possono fronteggiarli (prevenzione, gestione, riparazione).

Nel caso del cd. "rischio amministrativo" è ovvio che sarebbe opportuna l'attribuzione alla p.a.; qualora questa non volesse sopportarlo, detto rischio finirebbe col gravare sul concessionario e costituirebbe certamente parte del rischio di gestione (in tal senso vedasi l'art. 188 del d.lgs. n. 50/2016, che riproduce l'art. 160-*ter* dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006).

Si tratta evidentemente di un caso limite, relativo per di più ad una fattispecie a sua volta *border-line* (né appalto né concessione), che serve soltanto a trarre spunti ed a fare chiarezza sui medesimi.

Nella normalità dei casi, la procedura di scelta del contraente include la valutazione e approvazione dei progetti, nonché una serie di rimedi contro il rischio amministrativo (ritardi, varianti, ecc.) a garanzia del concessionario, il quale si troverebbe altrimenti in totale balìa dell'amministrazione.

Ne discende, pertanto, la sinallagmaticità sia degli appalti sia delle concessioni, che non risolve però la fondamentale questione della natura giuridica, commutativa o aleatoria, delle concessioni [32].

Per quanto riguarda l'altro aspetto, ossia la massima estensione della concessione, dando per scontata la durata non illimitata della medesima, deve potersi ammettere anche la proprietà da parte del concessionario sui beni oggetto del contratto.

Infatti il diritto di godimento concessorio, cui si ricollega il rischio operativo, non attiene al bene in quanto tale, bensì alla gestione, ossia all'uso specifico del bene che viene convenuto fra p.a. e concessionario (eventualmente proprietario) per la durata necessaria ad ammortizzare gli investimenti e consentire un utile.

Una volta terminata la concessione (per scadenza, risoluzione o *default*), e quindi la gestione condizionata alle esigenze della p.a., il bene può ritornare nella piena disponibilità del privato che ha rivestito il ruolo di concessionario, a meno che non sia stato stabilito l'esercizio del diritto di riscatto pubblico.

La sentenza *Stadler* [33], in ordine all'aggiudicazione di

(32) Mi sia consentito rinviare a *Appalti, concessioni e rischio operativo: contratti aleatori o commutativi?*, in pubblicazione nel fascicolo n. 2/2016 della Rivista Trimestrale degli Appalti, p. 297.

(33) Corte Giust. UE, Sez. III, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*.

In Germania, per quanto riguarda la remunerazione dei prestatori dei servizi pubblici di soccorso, esistono due modelli diversi: in quello "appaltizio" (*Submissionsmodell*) la remunerazione dei prestatori è effettuata direttamente dall'ente locale; in quello "concessorio" (*Konzessionsmodell*) la remunerazione implica la riscossione, da parte dei concessionari, di corrispettivi a carico dei pazienti o delle casse malattia.

In tale contesto, il giudice *a quo* ha deciso di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- se un contratto di prestazione di servizi di soccorso debba essere considerato come una concessione di servizi, e non come un appalto di servizi, per il fatto che il prestatore non è retribuito direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, che il corrispettivo d'uso delle prestazioni da fornire è determinato attraverso trattative tra il prestatore e terzi che, a loro volta, sono amministrazioni aggiudicatrici (enti previdenziali), che in caso di mancato accordo è previsto che un collegio arbitrale costituito a tale scopo risolva la controversia e che la sua decisione sia sottoposta al riesame dei giudici nazionali, e che il corrispettivo non è pagato direttamente dagli utenti, ma da un ufficio liquidatore, al

(Segue nt. 33)

quale il prestatore deve per legge rivolgersi e che versa anticipi a cadenza regolare a favore del prestatore;

- se si sia in presenza di una concessione di servizi quando il prestatore assume integralmente il rischio di gestione intrinseco alla prestazione di servizi pubblici, rischio che è ridotto in quanto è assicurata una certa esclusiva nella gestione nell'area contrattualmente definita ed i corrispettivi d'uso del servizio, ai sensi di una norma di legge, devono essere calcolati sulla base dei costi previsionali stimati secondo i principi di economia aziendale, corrispondenti ad una corretta esecuzione della prestazione, ad una gestione economica e razionale nonché ad una organizzazione efficiente, e sono dovuti da enti previdenziali solvibili.

Come osservato dall'Avv. Gen. Mazák, nelle conclusioni presentate il 9 settembre 2010, le questioni pregiudiziali della presente causa ricalcano quelle sollevate nella precitata causa *Eurawasser*.

In entrambi i casi ricorre il duplice criterio, da un lato, dell'assenza di remunerazione pubblica diretta del prestatore di servizi (ossia la remunerazione non proviene dall'amministrazione che aggiudica il servizio, ma da terzi) e, dall'altro, dell'assunzione del rischio collegato al servizio, pur se limitato fin dall'inizio (cioè anche nel caso di prestazione di servizi da parte dell'autorità pubblica interessata).

Come sempre, la Corte prende le mosse dalla propria giurisprudenza e dalle definizioni contenute nelle direttive UE, sostenendo che, nel caso di un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, la circostanza che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione, ma abbia il diritto di riscuotere la remunerazione presso terzi, è sufficiente per aversi una concessione.

Poi aggiunge che, se la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione come concessione di servizi, questa implica che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi e che il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi indica che l'operazione rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi.

Nella fattispecie, non essendo la remunerazione del prestatore di servizi di soccorso garantita dall'amministrazione che ha aggiudicato il contratto, ma dai corrispettivi d'uso che esso è autorizzato ad esigere *ex lege* presso gli enti previdenziali (i cui assicurati hanno usufruito dei servizi di soccorso) o presso le persone assicurate privatamente e quelle non assicurate che hanno fruito di tali servizi, si tratta di una concessione: secondo la Corte ciò che conta è che "tutte le remunerazioni del prestatore di servizi provengono da persone diverse dall'amministrazione che ha aggiudicato il contratto" (pt. 28).

La direzione percorsa dalla Corte di Lussemburgo era stata in quel senso tracciata dall'Avv. Gen., a detta del quale l'assenza di remunerazione diretta del prestatore di servizi implica che il contratto deve essere qualificato come una concessione di servizi (sebbene l'esistenza di una remunerazione diretta del prestatore da parte dell'amministrazione pubblica interessata non implichi necessariamente un appalto di servizi), rappresentando "un criterio sufficiente ai fini della qualificazione del contratto come concessione di servizi. A questo riguardo, non importa sapere, in primo luogo, chi versi la remunerazione dovuta a fronte dei servizi prestati, ammesso che si tratti di un ente sufficientemente distinto ed indipendente dall'amministrazione che ha attribuito il servizio in questione, e, in secondo luogo, quali siano le modalità di pagamento della remunerazione" (pt. 35, concl. Avv. Gen.).

E qui pare lecito porsi l'interrogativo se effettivamente all'assenza di remunerazione ad opera della p.a. committente consegua sempre una concessione o possa configurarsi anche un appalto.

La questione concerne anzitutto i servizi al pubblico, per i quali dunque non si avrebbe mai l'appalto.

Come più volte ribadito, la qualificazione di un contratto pubblico dipende invero dall'incrocio di due criteri: la modalità di remunerazione ed il rischio operativo, con il primo che costituisce solamente una figura sintomatica del secondo. Sarebbe quindi più corretto dire che il criterio è uno, cioè il rischio operativo.

Invertire la prospettiva può creare disordine e incertezza del diritto.

Al riguardo l'Avv. Gen. dedica solo poche righe limitandosi a richiamare il caso *Eurawasser*.

Maggior attenzione è invece riservata dalla Corte, la quale ricorda ai ptt. 37-38 della decisione che il rischio di gestione economica del servizio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio; al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico ovvero a quella della concessione.

Entrando nel merito della causa principale, la Corte osserva "in primo luogo, che i corrispettivi d'uso non sono determinati unilateralmente dal prestatore di servizi di soccorso, bensì mediante accordi con gli enti previdenziali sulla base di trattative che devono avvenire con cadenza annuale. Tali trattative, i cui risultati sono prevedibili solo in parte, comportano il rischio che il prestatore di servizi debba far fronte ai vincoli imposti durante la durata del contratto. Tali vincoli possono risultare, in particolare, dalla necessità di giungere a compromessi in sede di trattative o di procedura arbitrale relativa al livello dei corrispettivi d'uso. Tenuto conto del fatto, sottolineato dallo stesso giu-

(Segue nt. 33)

dice del rinvio, che gli enti previdenziali con cui il prestatore selezionato deve condurre tali trattative attribuiscono importanza, alla luce dei loro obblighi di legge, alla fissazione dei corrispettivi d'uso al livello più basso possibile, detto prestatore incorre quindi nel rischio che tali corrispettivi non siano sufficienti a coprire la totalità delle spese di gestione. Il prestatore di servizi non può premunirsi contro siffatte eventualità rinunciando alla prosecuzione della propria attività, poiché, da un lato, gli investimenti che egli ha effettuato non sarebbero ammortizzati e, dall'altro, potrebbe dover affrontare le conseguenze giuridiche della sua decisione di recedere in anticipo dal contratto. In ogni caso, un'impresa che si sia specializzata nei servizi di soccorso ha soltanto una flessibilità limitata nel mercato dei trasporti. In secondo luogo, dalla legge bavarese risulta che essa non garantisce la copertura completa dei costi dell'operatore. Se i costi effettivi dell'operatore superano, nel corso di un determinato periodo, i costi previsionali utilizzati come base per il calcolo dei corrispettivi d'uso, tale operatore può trovarsi in una situazione di deficit e dover garantire un prefinanziamento con mezzi propri. È un dato di fatto che la domanda di servizi di soccorso può essere soggetta ad oscillazioni. Inoltre, se sussiste una differenza tra i costi effettivi e quelli previsionali ammessi dagli enti previdenziali, il risultato del rendiconto è messo all'ordine del giorno soltanto in occasione delle trattative successive, il che non obbliga gli enti previdenziali a compensare un eventuale deficit nel corso dell'anno successivo e non comporta quindi la garanzia di una compensazione completa. Occorre aggiungere che, se i costi sono previsti a titolo di bilancio, non è possibile riportare all'esercizio successivo gli utili o le perdite dell'impresa. In terzo luogo, il prestatore selezionato è esposto, in una certa misura, al rischio di inadempienza dei debitori dei corrispettivi d'uso. È vero che la grande maggioranza degli utenti dei servizi è assicurata presso gli enti previdenziali, ma una parte non trascurabile degli utenti è costituita da persone non assicurate o assicurate privatamente. Se è pur vero che l'ufficio liquidatore centrale è tecnicamente responsabile della riscossione dei crediti presso questi ultimi, tuttavia esso né si assume i debiti delle persone non assicurate o assicurate privatamente né garantisce l'effettivo pagamento dei corrispettivi d'uso da parte di tali persone. Dalle informazioni fornite alla Corte risulta che tale ufficio centrale non dispone delle prerogative di un'amministrazione pubblica. Infine, va osservato che, secondo le indicazioni fornite dal giudice del rinvio, la legge bavarese non esclude che più operatori siano ammessi a fornire i propri servizi nella medesima zona" (ptt. 39-47).
La Corte risolve le questioni sollevate dichiarando che "quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito delle trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi»" (pt. 48).

contratti di prestazione di servizi di soccorso, riporta alla ribalta il tema del problematico rapporto intercorrente fra i criteri distintivi riguardanti appalti e concessioni.
Qualora, a prescindere dalla modalità di remunerazione, un contratto preveda il diritto di gestione da parte del contraente, sul quale ricadono i rischi operativi annessi, allora si ha concessione e non appalto.
È importante sottolineare come la Corte, dopo aver inizialmente seguito la strada della provenienza della remunerazione, abbia cambiato rotta finendo per individuare il peculiare *discrimen* della concessione nel rischio di gestione, il quale può assumere – normalmente è così – le sembianze della remunerazione presso terzi diversi dalla p.a. concedente, ma può anche possedere le fattezze di un compenso da parte della stessa p.a. concedente sottoposto a parametri predeterminati (*e.g.* canone di disponibilità, *shadow tolls*, ecc.).
Specularmente, non è assiomatico che l'assenza di una remunerazione diretta del prestatore da parte della p.a. escluda *tout court* l'appalto: ad esempio, nel caso dei servizi pubblici è possibile che il contratto stipulato fra p.a. e contraente preveda la garanzia della remunerazione totale di quest'ultimo attraverso pagamenti di terzi (o con successiva compensazione per mano della p.a.), con conseguente esclusione del rischio operativo.
In definitiva, l'unico criterio necessario e sufficiente di distinzione fra appalti e concessioni è il rischio operativo, rispetto al quale tutti gli altri criteri secondari fungono solamente da accessori complementari.
Nella causa *Norma-A*[34], relativa a servizi di trasporto

(34) Corte Giust. UE, Sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A*, con nota di Caranta R., *La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, Urbanistica e appalti 3: 287-298, 2012.
Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se debba considerarsi una concessione di servizi pubblici il contratto con cui si attribuisce all'aggiudicatario il diritto di fornire servizi di trasporto pubblico mediante autobus, nel caso in cui una parte del corrispettivo consista nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico, ma al contempo l'amministrazione aggiudicatrice compensi il prestatore di servizi per le perdite subite a causa della prestazione di tali servizi e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano

(Segue nt. 34)

la prestazione del servizio, nonché le clausole contrattuali, limitino il rischio di gestione del servizio.
Il dubbio del giudice nazionale sorgeva dalla constatazione che il rischio legato alla gestione del servizio non veniva sopportato dall'aggiudicatario, il quale non ne assumeva neppure una parte significativa.
Difatti all'aggiudicatario veniva garantita la compensazione delle perdite connesse alla prestazione del servizio: costi indispensabili all'esecuzione superiori agli introiti ottenuti; costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente; costi derivanti dalla riduzione del prezzo di trasporto a determinate categorie di passeggeri; costi connessi all'osservanza dei requisiti minimi di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione del servizio. Inoltre, era prevista una compensazione per gli utili, determinata moltiplicando gli introiti per una percentuale di utile (calcolato aumentando del 2,5% il tasso medio d'interesse del mercato interbancario europeo (Euribor) nei dodici mesi dell'anno di riferimento).
Ciononostante, il governo lettone opponeva una serie di ragioni per escludere che i rischi fossero assunti dall'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, che si trattasse di un appalto: la possibile riduzione delle voci di bilancio dello Stato destinate alla copertura delle perdite, i costi degli investimenti non recuperabili, l'ampliamento o la riduzione degli itinerari, o, ancora, l'incertezza rispetto alla domanda degli utenti, aumentavano il rischio in modo tale che questo sarebbe stato in realtà assunto in misura significativa dall'aggiudicatario, tanto più in quanto la durata del contratto era di otto anni.
Pertanto si sarebbe trattato di una concessione di servizi.
L'Avv. Gen. Cruz Villalón, nelle conclusioni presentate il 7 luglio 2011, riteneva invece che il negozio giuridico controverso nel procedimento *a quo* costituisse un vero e proprio appalto di servizi.
Riprendendo quanto detto dall'Avv. Gen. Mazák nelle conclusioni relative alla citata causa *Stadler*, ma evitando di incorrere negli stessi inciampi, l'Avv. Gen. Cruz Villalón osservava che la remunerazione della prestazione da parte di terzi rappresenta un criterio decisivo ai fini della qualificazione di un negozio giuridico come concessione di servizi solamente nei limiti in cui implica che il rischio associato alla gestione del servizio venga assunto dal prestatore.
L'elemento realmente decisivo è costituito dall'assunzione del rischio.
L'Avv. Gen. proseguiva affermando che "per poter constatare l'esistenza di una concessione, il rischio assunto dal prestatore del servizio non deve essere necessariamente un rischio «considerevole in termini assoluti», ma basta che costituisca almeno una «parte significativa» del rischio che, in ogni caso, verrebbe assunto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice se prestasse direttamente il servizio in questione" (pt. 50 concl. Avv. Gen.).
Nel caso di specie, essendo prevista la compensazione sia delle perdite di utili sia delle perdite connesse alla prestazione del servizio, il rischio del concessionario era praticamente nullo.
La Corte di Giustizia, pur non spettando ad essa qualificare concretamente l'operazione controversa nella causa principale, in quanto solo il giudice nazionale può valutare l'entità del rischio concretamente assunto dal contraente, è giunta alla conclusione che l'operazione presentasse le caratteristiche di un appalto.
Perciò la Corte ha dichiarato che costituisce un appalto di servizi un contratto con cui il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui incorre l'amministrazione aggiudicatrice (pt. 59).

(35) Corte Giust. UE, Sez. II, 11 luglio 2013, C-576/10, *Commissione/Paesi Bassi*.
La controversia traeva origine dalla decisione del Comune di Eindhoven di realizzare sul proprio territorio un progetto immobiliare per procedere al riassetto di un'area residenziale, di cui era proprietario, consentendo agli abitanti di avere accesso a taluni servizi sociali e culturali (un centro medico e un centro ricreativo, di integrazione e di studi, nonché un centro commerciale con appartamenti e alloggi).
Occorreva stabilire se il contratto, concluso tra il Comune

pubblico mediante autobus, viene ulteriormente chiarito il rapporto fra remunerazione del concessionario e diritto di gestione, con il consolidamento gerarchico del rischio quale unico elemento decisivo.
Qualora, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali, l'aggiudicatario non assuma in misura significativa il rischio nel quale incorrerebbe l'amministrazione aggiudicatrice e gli venga garantita la compensazione delle perdite connesse alla prestazione del servizio, non si può parlare di concessione.
Si assiste alla definitiva inversione dei ruoli fra l'origine della remunerazione ed il rischio operativo.
Nel caso in cui parte del corrispettivo del prestatore consista nel diritto di gestione, ossia nella remunerazione da ricavare presso gli utenti, ma al contempo l'amministrazione compensi le perdite subite a causa della prestazione, è la mancanza di rischio a prevalere sulla trilateralità del rapporto.
Orbene, nell'ipotesi che le disposizioni di diritto pubblico o le clausole contrattuali limitino il rischio di gestione, riducendolo rispetto a quello che sopporterebbe la p.a. stessa, ma comunque mantenendolo ad un livello di effettività e significatività, il contratto deve essere classificato come concessione.
Ciò che conta è che il concessionario si occupi in prima persona della gestione e ne subisca gli effetti, senza garanzie di esonero ad opera della controparte pubblica.
Infine, con la decisione *Commissione/Paesi Bassi*[35],

(Segue nt. 35)

e la controparte sotto il *nomen* di "contratto di cooperazione", fosse una semplice vendita di terreni o una concessione di lavori pubblici.
La Corte, respingendo il ricorso presentato dalla Commissione, non è entrata nel merito delle questioni relative alla qualificazione del contratto, a differenza delle conclusioni presentate l'11 aprile 2013 dall'Avv. Gen. Wathelet, dalle quali si possono ricavare considerazioni interessanti sul tema.
Secondo l'Avv. Gen., a riprova della genesi delle concessioni dagli appalti, sono tre le condizioni necessarie affinché sussista una concessione di lavori pubblici: un contratto scritto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico (1), concluso a titolo oneroso, in cui il corrispettivo consiste necessariamente solo nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (2), ed avente per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione (3).
L'oggetto del contratto di cooperazione non faceva alcun riferimento alla vendita di terreni, essendo inteso a definire le modalità e le condizioni di cooperazione esclusive tra le parti ai fini dell'esecuzione del progetto di riassetto dell'area oggetto di pianificazione. Il contratto prevedeva inoltre la creazione di un gruppo di progetto e di vari gruppi di lavoro, per elaborare i documenti di pianificazione e preparare la decisione delle parti, fermo restando che il gruppo di progetto era presieduto dal capo progetto del Comune.
Il prezzo dei terreni ammontava ad € 5.616.024, mentre il valore stimato dei lavori di costruzione del progetto era di € 28.186.000.
L'oggetto del contratto di cooperazione quindi non era solamente la vendita di terreni, bensì, soprattutto, l'esecuzione di lavori relativi a beni e terreni di proprietà del contraente privato.
A questo punto l'Avv. Gen. si è posto due domande: anzitutto, una concessione di lavori pubblici – e quindi il diritto di gestire l'opera – a tempo indeterminato è compatibile con il diritto dell'Unione? Inoltre, esiste corrispettivo se il concessionario è – o diventa – proprietario del terreno e/o delle opere realizzate?
In relazione al primo quesito, l'Avv. Gen., distinguendo la nozione di "tempo indeterminato" dalla "durata infinita", che è la sola a non avere termine, ammette una concessione a tempo indeterminato.
In relazione al secondo quesito, richiamando la citata causa *Helmut Müller*, suggerisce alla Corte di escludere la possibilità di configurare una concessione di lavori pubblici qualora venga riconosciuto al (presunto) concessionario un diritto di proprietà sulle opere realizzate.
In ogni caso, non avendo la Commissione sufficientemente dimostrato l'esistenza di un corrispettivo – ossia il diritto di gestire o tale diritto accompagnato da un prezzo – a favore del contraente, proprietario dei terreni e delle opere da realizzare, l'Avv. Gen. ha concluso negando che si tratti di un contratto di concessione.

nell'ambito dell'attribuzione di lavori pubblici da parte del Comune di Eindhoven mediante un "contratto di cooperazione", si chiude l'*excursus* sulle pronunce della Corte di Giustizia che hanno preceduto l'approvazione della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.
Quest'ultima ha finalmente codificato la lunga produzione relativa alle concessioni in un testo di diritto posi-

La conclusione non convince, viepiù il ragionamento seguito.
L'Avv. Gen., ed ancor più la Corte, hanno perso una grande occasione di approfondire la tematica dei PPP in un caso pratico che ne presentava tutti gli elementi fondamentali. Sarebbe stato opportuno dedicare maggior attenzione alle questioni emerse nella fattispecie anziché richiamare i precedenti e soffermarsi su nozioni astratte.
In particolare, lascia perplessi la riproposizione del diritto di gestione a tempo indeterminato, stavolta ammesso ma nuovamente confuso col diritto dominicale del contraente. Una cosa non esclude l'altra, tant'è che nel PPP sotto le diciture "O" e "T" sono rispettivamente individuate le prestazioni di "*Own*" e "*Transfer*" che evidenziano la possibilità che la controparte della p.a. sia proprietaria del bene ed eventualmente debba trasferirlo a quest'ultima alla scadenza del contratto. Del resto, come già illustrato, la sostanza del contratto di concessione non confligge con lo *status* di proprietario del concessionario. Facciamo un esempio al riguardo: fra vari potenziali candidati tutti proprietari di terreni e beni (allo stato o a fine lavori), la p.a. seleziona quello ritenuto più idoneo a soddisfare le sue esigenze e gli affida una serie di prestazioni stipulando un contratto di durata determinata (per ipotesi: 30 anni), in cui il corrispettivo è legato ai livelli di prestazioni e di accesso degli utenti. È inoltre possibile prevedere l'opzione di riscatto da parte della p.a. alla scadenza del contratto. Ora, qualcuno oserebbe negare che ci si trova di fronte ad una concessione?
Purtroppo talvolta ci si dimentica della quintessenza della concessione così come elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel corso degli anni, nonostante qualche oscillazione ed incertezza.
L'autentico *discrimen* delle concessioni consta del rischio di gestione in capo al contraente privato, che può essere ravvisato solo caso per caso, alla stregua delle clausole contrattuali pattuite dalle parti.
Ciò che non pare utile è fossilizzarsi su aspetti poco rilevanti, come accaduto a più riprese con riferimento al presunto diritto di gestione illimitata che deriverebbe dalla proprietà del concessionario o, addirittura, alla preconizzazione di scenari virtuali sulla base dell'avvertita intenzione della p.a. di affidare in futuro un appalto o una concessione (come nell'ultima questione pregiudiziale della causa *Helmut Müller*).
In entrambe le situazioni, soltanto una valutazione *ex post* del giudice nazionale può adeguatamente prendere in considerazione tutti gli elementi del caso, senza bisogno di scomodare la Corte di Giustizia.

tivo avente natura vincolante, sebbene rimangano alcune lacune. È risultata sicuramente d'aiuto la previsione della durata determinata delle concessioni (cfr. cons. 52 e art. 18 dir. 2014/23/UE), che elimina sul nascere certe questioni interpretative, come quelle riguardanti la durata infinita o indeterminata delle concessioni, ma il lavoro dell'interprete è ben lungi dall'essere terminato.

Osservazioni conclusive

Prima di mettere a fuoco la dimensione quantitativa del rischio, occorre ritornare ancora una volta, almeno per qualche istante, sulle modalità di remunerazione del concessionario per effettuare un breve riepilogo generale sul rischio concessorio.
Solo ai primordi la Corte aveva inteso la concessione come caratterizzata dalla remunerazione presso gli utenti terzi – caratterizzazione poi degenerata nell'assenza di remunerazione diretta da parte della p.a. concedente (nonostante l'eventualità del prezzo pagato dalla medesima) –, avendo in seguito sempre interpretato la remunerazione del concessionario presso l'utenza *lato sensu* (comprensiva sia dei terzi, sia della p.a. e delle varie combinazioni di questi), come riflesso della definizione di concessione che vuole la remunerazione consistente nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione [36].
In applicazione di questo criterio, la Corte ha quindi reputato configurarsi una concessione allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto di gestione ed il concessionario assume il rischio collegato: il fatto che il prestatore sia remunerato attraverso pagamenti provenienti da terzi è solamente una delle configurazioni che può assumere l'esercizio del diritto di gestione riconosciutogli, non potendosi escludere la remunerazione diretta da parte dell'ente aggiudicatore.
Come già detto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è affinata nel tempo.
Ciò è successo non solo per quanto riguarda la prospettiva modale del rischio, ma anche in riferimento alla sua dimensione quantitativa.
In tale ottica è stato infatti specificato che, ai fini della qualificazione come concessione, è assolutamente necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente, o almeno in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa stessa incorre.
Quanto al rischio, invero, la Corte ritiene che esso può essere, *ab origine*, considerevolmente ridotto dalla regolazione giuspubblicistica di settore, ma la p.a. deve trasferirlo integralmente o almeno in misura significativa al concessionario.
Il punto fondamentale è che il rischio dev'essere limitato dalla regolazione esistente, come pure dalle amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'affidamento della concessione, in modo che tutti i potenziali interessati ne abbiano contezza.
La consistenza del rischio viene valutata diacronicamente: *ex ante* ed *ex post*. Sono appunto le sopravvenienze e le variazioni del mercato che consentono di stabilire se un contratto sia qualificabile o meno quale concessione.
Il che non significa che una concessione debba giocoforza includere un rischio tale per cui l'operazione economica si trasformi in un azzardo totale, semmai l'opposto: ossia che un rischio praticamente inesistente esclude la concessione [37].
Frontiera assai labile dal momento che presuppone apprezzamenti soggettivi.
Esempio tipico sono i servizi a rete e, in generale, i monopoli, nei quali il rischio concreto è ridotto sia per le caratteristiche intrinseche sia per le discipline di settore.
La configurazione giuspubblicistica di stampo normativo o amministrativo può quindi incidere sulla estensione oggettiva delle concessioni, ampliandola a tutte quelle fattispecie in cui è insito un rischio modesto ma comunque significativo e rilevante.

(36) Paradigmatico è il caso *Stadler*, ove si assiste dapprima alla speciosa connotazione della concessione alla stregua della provenienza della remunerazione da una p.a. diversa da quella committente, salvo poi doversi ammettere che la *condicio sine qua non* è costituita dal rischio operativo di gestione.

(37) Cfr. cons. 18 e art. 5 della direttiva 2014/23/UE. Deve escludersi la concessione nel caso che l'amministrazione sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Detto limite, in definitiva, segna la linea di confine con la figura dell'appalto.

Ovviamente, l'eccezione è rappresentata dalle ipotesi di rischio solo "sulla carta", ove il concessionario si ritrova ad essere garantito da qualsivoglia eventualità (emblematiche le vicende *Commissione/Italia* e *Norma-A*, in cui il contraente veniva a posteriori compensato delle perdite ed otteneva altresì un margine di profitto assicurato).
Ad avviso di chi scrive, in questi casi, l'indicatore della concessione è dato dalla considerazione della posizione che assumerebbe la p.a. committente qualora decidesse di espletare da sé la prestazione.
Se essa coincide almeno in parte con quella assunta dal privato contraente, si tratterà di concessione; se invece la p.a. contribuisce – oltre un livello di normale ragionevolezza (come detto, l'allocazione dei rischi sottende un'attribuzione ponderata) – in maniera tale da avvantaggiare la controparte e depauperare se stessa, allora si avrà un appalto.
La prova decisiva sta nel fatto che nelle concessioni deve sempre essere presente il rischio operativo privato.
In sostanza, non si richiede che l'operazione economica sia destinata al fallimento (altrimenti verrebbe vanificato in radice lo scopo delle concessioni), ma che le eventuali contingenze allocate al soggetto deputato alla gestione, vale a dire il concessionario, debbano ricadere su di esso, senza eccessive garanzie da parte del plesso pubblico.
L'equazione "diritto di gestione uguale a rischio operativo" va in definitiva letta nell'ottica di contemperare interessi pubblici e privati, evitando prevaricazioni degli uni e/o degli altri ma tenendo in debito conto che la concessione dev'essere una valida opzione per la p.a. nel perseguimento del benessere collettivo.
E tale possibilità dipende ineluttabilmente dalla attività di interpretazione operata dai giuristi nazionali, spettando ad essi l'onere di inquadrare la concessione, distinguendola dall'appalto, e fornirne sia una definizione certa che una disciplina adeguata nel quadro normativo interno.
Se la definizione di concessione (e quindi di rischio operativo) è riservata al diritto unionale, infatti, secondo la Corte di Giustizia è il giurista nazionale a dover valutare se il rischio operativo del contraente configuri una concessione nel caso concreto e, a tal fine, quali debbano essere le conseguenze di un eventuale inadempimento del concessionario nel corso dell'esecuzione del contratto.
Ragion per cui occorre riportare la certezza del diritto sulla distinzione tra appalti e concessioni nel contesto nazionale.
L'occasione giusta potrebbe – anzi, dovrebbe – essere la recente riforma della disciplina nazionale sui contratti pubblici, per effetto del d.lgs. n. 50/2016, a cui abbinare l'ottemperanza agli insegnamenti della giurisprudenza europea qui esposti ed illustrati.