L'obbligo della procedura ad evidenza pubblica nella concessione di servizi (Commento a Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890)

di Alessandro Mannocchi

Sommario: 1. Il fatto 2. La concessione di servizi e le sue differenze con l'appalto di servizi; 3. L'obbligo della procedura e l'irrilevanza della soglia. 4. La trattativa privata come mezzo straordinario di aggiudicazione.

1. Il fatto.

Con contratto del 2 novembre 1993, il Consorzio S. aveva concesso per nove anni alla ditta A., alla quale era poi subentrata la Società C. s.r.l., l'autorizzazione ad installare, in via esclusiva, attrezzature di arredo urbano riportanti inserti pubblicitari nelle aree di competenza consortile dell'agglomerato principale.

Analogo rapporto contrattuale, stipulato il 22 maggio 2001, legava in Consorzio con la P. s.r.l., alla quale, tuttavia, l'autorizzazione era stata concessa con riguardo alle aree di competenza consortile diverse dall'agglomerato principale.

Il Consorzio provvedeva ad effettuare la disdetta del primo dei due contratti menzionati, dopo di che, con deliberazione n. 123/2003 estendeva fino al 21 marzo 2004, la gestione della installazione in esclusiva di attrezzature di arredo urbano riportanti inserti pubblicitari affidata alla P. s.r.l., con l'intento poi di provvedere a quella data all'affidamento dell'unica gestione con apposita procedura ad evidenza pubblica.

Ciò allo scopo di "uniformare all'interno di tutte le sue aree le tipologie degli impianti pubblicitari di arredo urbano affidandone la gestione ad un unico concessionario" - anche alle aree dell'agglomerato principale.

Oltre alla motivazione testé riportata, la deliberazione era stata adottata anche con riguardo a tre ulteriori considerazioni: da un lato, la disdetta del contratto era stata determinata da inadempienze contrattuali della società C.; dall'altro, il valore del contratto aggiuntivo era di importo inferiore a € 100.000; infine, il contratto con la P. sarebbe scaduto il 21 marzo 2004, per cui prima di tale data si sarebbe potuto rendere omogenee le tipologie degli impianti pubblicitari.

Contro la summenzionata deliberazione insorgeva la Società C., che proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. Abruzzo, sezione di Pescara.

Il ricorrente lamentava che il ricorso alla trattativa privata è un mezzo eccezionale, utilizzabile solo nelle ipotesi espressamente consentite e nella stretta osservanza dei limiti e delle condizioni previste dalla normativa, nella specie non sussistenti.

Il Collegio di prime cure accoglieva la prospettazione della Società C., annullando il provvedimento impugnato.

Il Consorzio S. gravava tale pronuncia dinanzi al Consiglio di Stato, riproponendo le argomentazioni sostenute in primo grado e disattese dal T.A.R., tese a sostenere, in particolare, che la normativa di cui era stata dedotta la violazione non era applicabile al caso concreto, non trattandosi né di un appalto di opere pubbliche, né di un appalto di servizi, ma di una concessione di pubblico servizio.
Sotto altro profilo, l'appellante eccepiva che, anche a voler concedere la natura di appalto e che in ogni caso il ricorso alla trattativa privata in base alla attuale normativa sarebbe stato ammissibile, non risultando superate, nella fattispecie de qua, le soglie comunitarie (€ 100.000 per gli appalti di lavori e € 200.000 per gli appalti di servizi[1]).

2. La concessione di servizi e le sue differenze con l'appalto di servizi.
Il Consiglio di Stato ha come primo passo effettuato un'efficace ricostruzione delle differenze che intercorrono fra l'appalto e la concessione di servizi.
La questione merita di essere approfondita, al fine di comprendere a pieno la decisione dei giudici di appello.
L'istituto della concessione di servizi è di piena derivazione comunitaria e che, con una particolare scelta di tecnica legislativa, viene definito "in negativo" rispetto alla diversa figura dell'appalto di servizi.
Nell'art. 1, n. 4 della direttiva CE 2004/18, che per la prima volta ha dato una definizione esplicita dell'istituto, si legge che la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.
Il Legislatore italiano ha recepito integralmente e pedissequamente tale definizione nell'art. 3, comma 12, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163[2].
La giurisprudenza ha sul punto osservato che la differenza elaborata fra appalto e concessione di pubblici servizi consiste nel fatto che nel primo si prevede un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre nella concessione la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del servizio, con la conseguenza che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione[3].

[1] Così è riportato nel testo della sentenza. Più esattamente, l'art. 28 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, indica le soglie in € 103.000,00 e 206.000,00.
[2] Che per l'appunto testualmente recita: *"La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo […]"*.
[3] Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. I, 9 gennaio 2007, n. 4.

Si è poi evidenziato che ai fini della sussistenza di una concessione è necessario che l'affidatario del servizio ricavi in tutto o in parte la remunerazione dello stesso dalla cessione frazionata che ne faccia al pubblico degli utenti - in genere secondo una tariffa prefissata o concordata con la amministrazione concedente - e non già in virtù di un canone o di un prezzo corrisposto dalla amministrazione come accade nell'ipotesi di appalto del servizio[4].

Particolare accento sul rischio della gestione, invece, è stato posto dal giudice comunitario, laddove ha osservato che si è in presenza di una concessione di servizi se le modalità di remunerazione pattuite consistano nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implichino che quest'ultimo assuma il rischio della gestione dei servizi[5].

In buona sostanza, con lo strumento della concessione, l'Amministrazione dismette un servizio che essa stessa dovrebbe (potrebbe) esercitare direttamente nei confronti degli utenti.

Al proposito, vale la pena di sottolineare che, anche secondo il recente orientamento giurisprudenziale, la questione della maggiore o minore onerosità del servizio, e della conseguente convenienza se affidarlo in concessione piuttosto che scegliere l'esercizio diretto, è di carattere preliminare rispetto ad ogni altra di esclusivo diritto, e può essere sindacata in sede di ricorso giurisdizionale.[6] L'Ente Appaltante, in ogni caso, mantiene piena discrezionalità nella scelta della base d'asta di gara per la concessione di un servizio pubblico, salvo espresse disposizioni normative[7].

In ogni caso, proprio il rapporto con l'utenza connota la concessione, come ha rilevato il Consiglio di Stato anche nella sentenza in commento, annotando che l'appalto si ha per prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi instaura un rapporto trilaterale, tra Amministrazione, concessionario ed utenti[8]

Tanto detto, per certi tipi di servizi si pone spesso il problema pratico di comprendere il loro affidamento possa essere considerato appalto o concessione. In giurisprudenza si può rinvenire una casistica quanto mai varia sul tema.

---

[4] Cfr. T.A.R. Puglia, sez. Lecce, sez. II, 10 ottobre 2006, n. 4900.

[5] Corte Giustizia Comunità Europee, 18 luglio 2007, n. 382/05.

[6] Così in Consiglio di Stato, sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5463.

[7] Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2832.

[8] In termini sono richiamate Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3333/2006; Consiglio di Stato, sez. V, n.2294/2002. Entrambe le pronunce afferiscono al tema degli spazi pubblicitari. Anche in tempi più recenti il Consiglio di Stato ha aderito a tale principio. Si confronti, ad es., Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270.

Ad esempio, l'affidamento della concessione per la gestione delle aree di servizio autostradali deve qualificarsi, secondo il Supremo Consesso Amministrativo, come sub-concessione mista di beni e servizi pubblici[9].
Ancora, in materia analoga esaminata dalla sentenza in commento, si è osservato che l'affidamento della gestione degli spazi pubblicitari configura una concessione di servizi, e non un appalto, laddove la controprestazione dell'allestimento e della manutenzione delle pensiline non è rappresentato dal pagamento di un prezzo, ma dal diritto di gestire tali moduli di arredo urbano sfruttandone la superficie a fini pubblicitari[10].
La giurisprudenza, infine, ha anche affrontato la differenza che intercorre fra la concessione di servizi e quella di lavori, oggi disciplinata negli artt. 142 e ss. del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163.
In questi casi, sembra profilarsi l'applicazione di un criterio di "prevalenza". Si ha, infatti, concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quando l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente[11].

3. L'obbligo della procedura ad evidenza pubblica e l'irrilevanza della soglia.
Ricostruita la natura giuridica dell'istituto, è ora da chiedersi se l'esistenza di un rapporto qualificabile come concessorio permetta il ricorso alla trattativa privata senza la celebrazione di una gara.
Il Codice dei Contratti, all'art. 30[12], stabilisce le modalità che l'Amministrazione deve seguire nell'aggiudicare una concessione di servizi, subito premettendo che il complesso di norme del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non si applicano a questa particolare forma di affidamento.
Ai fini che qui interessano, viene in rilievo il comma 3°, dove è statuito che "*la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei*

[9] Consiglio di Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188. Fattispecie di concessione di gestione di servizi autostradali inerenti alla distribuzione di prodotti lubrificanti, e attività accessorie, comprendente la progettazione e la realizzazione di nuovi impianti e di manufatti occorrenti, nonché l'ammodernamento e la ristrutturazione di impianti e manufatti esistenti.
[10] Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580.
[11] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 maggio 2007, n. 4315.
[12] La sentenza in commento, in verità, è riferita alla previdenza del codice dei contratti quando, come detto, non esisteva una definizione legislativa dell'istituto, né della forma con la quale la concessione di servizi dovesse essere affidata. Cionondimeno, come si vedrà fra poco, il Legislatore ha pienamente recepito le indicazioni della giurisprudenza formatasi in applicazione dei principi comunitari.

principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi"[13].

Il Legislatore ha dato possibilità all'Amministrazione di utilizzare una forma più agile e rapida per l'aggiudicazione, pur pretendendo il rispetto di alcuni principi generali, che non solo discendono dal diritto comunitario, ma godono anche, nell'ordinamento italiano, di copertura costituzionale, essendo desumibili dall'art.97 Cost.

Sul punto è pacifico anche l'indirizzo giurisprudenziale, formatosi già nella previdenza dell'art.30 citato. Il Consiglio di Stato ha osservato che la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del trattato CE porta a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal trattato, sono ovviamente valevoli anche per i contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; di qui l'immediata operatività dei principi di trasparenza, di non discriminazione, di parità di trattamento con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica[14].

Non può revocarsi in dubbio, dunque, l'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica[15], pur di carattere informale.

L'obbligo di celebrare la gara non decade nemmeno quando il valore del servizio da affidare sia inferiore alla soglia comunitaria.

Anche in tali casi, infatti, osserva il Consiglio di Stato, il ricorso alla trattativa privata è comunque da considerarsi un mezzo eccezionale, da attuarsi alla ricorrenza di particolari e comprovate ragioni di urgenza che non rendano possibile l'esperimento della gara[16].

---

[13] Per i servizi pubblici locali viene in applicazione anche l'art. 113-bis del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, disposizione questa che ribadisce un principio di carattere generale vigente in materia, stabilendo che con riguardo ai servizi pubblici locali le procedure di scelta del contraente non possono sottrarsi ai principi dell'evidenza pubblica, potendo essere affidati solo a soggetti individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure di tipo concorsuale.

[14] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362

[15] Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7113, secondo il quale L'affidamento diretto e senza gara di un pubblico servizio è illegittimo per contrasto con gli art. 43 e 49 trattato Ce (nella fattispecie si trattava della concessione relativa al servizio pronostici relativi all'Enalotto).

[16] In questi termini, nella vigenza del D.Lgs. 157/1995, si esprimeva il T.A.R. Campania, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868, stabilendo che anche per gli appalti sottosoglia, e più in generale per i contratti stipulati da soggetti pubblici in settori non regolamentati sul versante europeo, il diritto comunitario considera il ricorso alla scelta diretta (che nell'ordinamento nazionale tradizionalmente corrisponde come

L'esistenza di tali circostanze non può che essere valutata caso per caso. Nella fattispecie che interessa, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che il ricorso alla trattativa privata non era di certo giustificabile, atteso che per ottenere l'uniformità degli impianti pubblicitari il Consorzio ben avrebbe potuto indire una nuova gara, senza disporre nelle more una modificazione irreversibile dello stato di fatto esistente a vantaggio della controinteressata con la sostituzione degli impianti; e ciò, tanto più se si consideri da una parte l'estensione dell'area consortile in questione e dall'altra l'esiguo maggior introito conseguito dall'Ente a fronte, peraltro, di una integrale sostituzione degli impianti per un periodo di tempo assai limitato e non certamente remunerativo per il nuovo concessionario.

4. La trattativa privata come mezzo straordinario di aggiudicazione.

Meritano infine un cenno le opportune considerazioni svolte nella sentenza in commento circa la trattativa privata, identificata, come già anticipato nel precedente paragrafo, come un mezzo straordinario da applicare solamente nei casi tassativamente previsti dalla legge, senza che vi sia possibilità di estensione analogica.

Vale la pena di ripercorrere il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato.

I giudici di appello osservano, innanzitutto, che sussiste nell'ordinamento un principio generale in base al quale le Amministrazioni pubbliche debbono individuare in ogni caso i propri contraenti attraverso procedimenti di tipo concorsuale, con la conseguenza che ogni diversa modalità che consente di escludere tale procedura è da considerarsi eccezionale e tipica.

La trattativa privata costituisce, quindi, un sistema di deroga eccezionale rispetto al regime di gara per la scelta del contraente a cui ricorrere solo provando che sussista una delle condizioni giustificate nell'ordinamento[17].

In definitiva, il nostro ordinamento, anche in forza degli impulsi in tal senso derivanti dal diritto comunitario, è attestato attualmente, per effetto pure di una lettura interpretativa delle disposizioni nazionali orientata al rispetto dei principi di

---

noto alla trattativa privata), in deroga ai principi di trasparenza e concorrenza, quale evenienza eccezionale, ex art. 7 D.Lgs. n. 157/95, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, necessitanti di adeguata motivazione, che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto, ovvero che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza del mercato unico europeo (in tal senso da ultimo la circolare della presidenza del consiglio dei ministri, dipartimento per le politiche comunitarie 6 giugno 2002 n. 8756).

[17] Come osserva il Consiglio di Stato, il principio era stato ribadito anche dall'art.. 24, comma 5, della legge fin. 27.12.2002, n. 289, vigente all'epoca di approvazione della delibera impugnata, con cui è stato previsto che, come evidenziato nella decisione impugnata, "anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti", così limitando ulteriormente in via generale la possibilità di ricorrere alla trattativa privata.

cui Trattato CE, sulla necessità che le Amministrazioni pubbliche adottino procedure comparative ad evidenza pubblica qualora debbano affidare servizi o beni pubblici di rilevante interesse economico.
La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato, sulla base anche di talune decisioni della stessa Corte di giustizia, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel Trattato CE, non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente[18].

[18] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2559/2009.