

# Le concessioni di pubblici servizi

## GIURISPRUDENZA

**T.A.R. Puglia Bari Sez. II, 24/01/2019, n. 75**

**C.G. c. Comune di Bitonto e altri**

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA Competenza esclusiva del giudice amministrativo**

Giurisdizione amministrativa - Competenza esclusiva

La controversia avente ad oggetto una concessione di servizio pubblico è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. [133, comma 1, lettera c\)](#) del [D.Lgs. n. 104/2010](#).

FONTI

Massima redazionale, 2019

**T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 03/08/2018, n. 8753**

**società T.I. S.p.A c. Ministero dello Sviluppo Economico e Ministero dell'Economia e delle Finanze e altri**

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA Competenza e giurisdizione, in genere**

Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Autorizzazioni e concessioni

Le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi nei rapporti qualificabili come concessione di pubblico servizio, riservate alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinenti al rapporto interno tra amministrazione concedente e concessionario del servizio pubblico: contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere schematizzata secondo il binomio obbligo - pretesa, senza che assuma rilievo un potere d'intervento riservato alla P.A. per la tutela d'interessi generali.

FONTI

Massima redazionale, 2018

**T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, 18/07/2018, n. 480**

**M. S.r.l. c. Comune di Potenza e altri**

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA Competenza e giurisdizione, in genere**

Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Giudice ordinario ed amministrativo

Con il contratto di appalto si instaura un rapporto bilaterale tra committente ed appaltatore ed il prezzo è pagato interamente dal committente, mentre la concessione di servizio pubblico consiste in un rapporto trilaterale gestore-Amministrazione-utenti, nell'ambito del quale il gestore viene remunerato interamente dagli utenti del servizio pubblico oppure in parte dagli utenti ed in parte dall'Amministrazione, ma l'entità a carico dell'Amministrazione non deve comportare il trasferimento del cd. rischio di impresa e/o gestionale, cioè del rischio economico connesso alla gestione del servizio, dal concessionario all'Ente concedente. Pertanto, se la concessione prevede l'obbligo del concessionario di corrispondere un canone all'Ente proprietario e l'attività di Bar viene remunerata direttamente e completamente dagli utenti, con assunzione da parte del concessionario dei rischi economici della gestione del servizio, il rapporto giuridico in questione va qualificato come concessione di servizio pubblico, sicché le controversie ad esso relative, ai sensi dell'art. 133, lett. c), cod. proc. amm., sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, eccetto quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

#### FONTI

Massima redazionale, 2018

**T.A.R. Basilicata Potenza Sez. I, 18/07/2018, n. 480**

**M. S.r.l. c. Comune di Potenza e altri**

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA Competenza e giurisdizione, in genere**

Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Giudice ordinario ed amministrativo

Con il contratto di appalto si instaura un rapporto bilaterale tra committente ed appaltatore ed il prezzo è pagato interamente dal committente, mentre la concessione di servizio pubblico consiste in un rapporto trilaterale gestore-Amministrazione-utenti, nell'ambito del quale il gestore viene remunerato interamente dagli utenti del servizio pubblico oppure in parte dagli utenti ed in parte dall'Amministrazione, ma l'entità a carico dell'Amministrazione non deve comportare il trasferimento del cd. rischio di impresa e/o gestionale, cioè del rischio economico connesso alla gestione del servizio, dal concessionario all'Ente concedente. Pertanto, se la concessione prevede l'obbligo del concessionario di corrispondere un canone all'Ente proprietario e l'attività di Bar viene remunerata direttamente e completamente dagli utenti, con assunzione da parte del concessionario dei rischi economici della gestione del servizio, il rapporto giuridico in questione va qualificato come concessione di servizio pubblico, sicché le controversie ad esso relative, ai sensi dell'art. 133, lett. c), cod. proc. amm., sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, eccetto quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

#### FONTI

Massima redazionale, 2018

**Cass. civ. Sez. III Sent., 10/05/2018, n. 11257 (rv. 648604-01)**

**S. c. T.**

**TRASPORTO PUBBLICO E IN GENERE** *Trasporto pubblico, in genere*

TRASPORTI - Pubblici - Concessione del pubblico servizio di trasporto - In genere contributi in favore delle imprese concessionarie del trasporto locale in caso di perdite di esercizio - Disciplina "ante" d.lgs. n. 422 del 1997 - Esercizi dal 1 gennaio 1987 al 31 dicembre 1993 ancora in contestazione - Natura - Diritto soggettivo a percepire i disavanzi come riclassificati - Piano di riassorbimento - Atto dovuto - Conseguenze

Nel sistema di contributi all'impresa concessionaria del servizio di trasporto pubblico locale di cui alla [l. n. 151 del 1981](#), nella formulazione anteriore all'entrata in vigore del [d.lgs. n. 422 del 1997](#), i disavanzi di esercizio delle imprese concessionarie riferiti al periodo dal 1° gennaio 1987 al 31 dicembre 1993 che non risultino coperti con i contributi di cui al fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi delle aziende di trasporto pubbliche e private (né con i contributi di cui all'art. 1, commi 1 e 4-quater, del [d.l. n. 485 del 1992](#), convertito, con modificazioni, dalla [l. n. 32 del 1993](#), nonché con i contributi di cui ai dd.ll. n. 151 del 1990, convertito, con modificazioni, dalla [l. n. 226 del 1990](#), e n. 24 del 1991, convertito dalla [l. n. 97 del 1991](#)), sono integralmente ripianati dalle Regioni e dagli Enti locali concedenti i quali comunque sono autorizzati all'assunzione di mutui e soprattutto, anche ai fini di conseguire dallo Stato la contribuzione ivi prevista provvedono a definire un piano di riassorbimento con le modalità stabilite dalla medesima disciplina di cui all'art. 1 del [d.l. n. 98 del 1995](#), conv. con modificazioni dalla l. n. 205 del 1995; pertanto, in presenza dei presupposti di legge, consistenti nella sussistenza delle perdite di esercizio secondo i bilanci riclassificati ai sensi dell'art. 1, comma 5, del [d.l. n. 98 del 1995](#) cit., sussiste il diritto dell'impresa concessionaria a conseguire dal concedente il ripiano dell'intera quota di disavanzo di esercizio non ristorata da precedenti contributi, mentre gli ulteriori eventi disciplinati dal medesimo art. 1 del d.l. - diversi dalla mera approvazione del piano da parte della Regione che si prospetta come dovuta all'esito della riclassificazione - rilevano come fatti impeditivi o estintivi del diritto dell'impresa concessionaria. (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO POTENZA, 06/10/2015)

**FONTI**

CED Cassazione, 2018

**Cass. civ. Sez. I Sent., 09/11/2016, n. 22839 (rv. 642650-02)**

**COMUNE E PROVINCIA** *Comune in genere*

COMUNE - Funzioni del comune - Assistenza e beneficenza regione sicilia - Servizio di trasporto dei diversamente abili - Rapporto pubblicistico tra comune ed esecutore della prestazione - Qualificazione - Concessione-contratto di servizio pubblico - Disciplina

In tema di disciplina dei servizi sanitari, nell'ambito dell'organizzazione dell'attività di trasporto delle persone diversamente abili sul territorio della Regione Sicilia per il

perseguimento delle finalità di cui alle l.r. nn. 68 del 1981, 16 del 1986 e 33 del 1991, il rapporto pubblicistico, come evincibile da ultimo dall'art. 13, comma 4, della citata l.r. n. 33, è qualificabile come concessione di servizio pubblico che, in alternativa al suo svolgimento diretto da parte dell'ente locale, può essere svolto dai privati sulla base di una concessione-contratto, caratterizzata, anzitutto, dall'attribuzione della potestà pubblica di svolgimento del servizio secondo le previsioni di legge e regolata altresì - nei suoi aspetti interni ed esterni - da appositi contenuti contrattuali. (Cassa con rinvio, CORTE D'APPELLO MESSINA, 10/05/2010)

FONTI

CED Cassazione, 2016

## **Approfondimenti teorici**

### **TRASPORTO PUBBLICO LOCALE - L'AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PASSEGGERI PER FERROVIA AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

**Annalisa Giusti(\*)**

Con una serie di ordinanze non molto distanti nel tempo l'una dall'altra, i giudici amministrativi italiani hanno segnalato la necessità alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sui limiti dell'affidamento diretto del servizio di trasporto locale ferroviario con riferimento al Reg. CE n. 1370/2007, "relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia..." nelle more della sua completa entrata in vigore. La pronuncia in esame affida ai giudici del Lussemburgo quattro questioni il cui denominatore comune è la definizione dei rapporti fra esternalizzazione e autoprestazione nella gestione del servizio, in particolare quando affidato a un operatore interno. A fronteggiarsi sono, sostanzialmente, un'interpretazione formale del dato normativo (che lascia maggiore spazio agli affidamenti diretti) e una sostanziale, che conduce a risultati più restrittivi in ordine all'applicazione della norma del Regolamento sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" (art. 5).

Sommario: Premessa - Il quadro normativo di riferimento - Le questioni rimesse alla Corte: la definizione di "operatore interno" e il divieto di gare extramoenia - (segue): il "controllo analogo" fra disciplina speciale e regole generali - Il regime transitorio per gli affidamenti diretti - Conclusioni

#### **Premessa**

Con una serie di ordinanze non molto distanti nel tempo l'una dall'altra, i giudici amministrativi italiani hanno segnalato la necessità alla Corte di Giustizia(1) di

pronunciarsi sui limiti dell'affidamento diretto del servizio di trasporto locale ferroviario con riferimento al Reg. CE n. 1370/2007, "relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia..." nelle more della sua completa entrata in vigore. Occorre sinteticamente anticipare - salvo tornare diffusamente sul punto - che l'art. 8 del Regolamento differisce al 3 dicembre 2019 l'applicazione delle norme dell'art. 5 sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico", ponendo comunque in capo agli Stati membri l'obbligo di conformarsi gradualmente alle sue previsioni.

Con la pronuncia in rassegna, il tribunale amministrativo per il Lazio, Sez. Latina, ha affidato ai giudici eurounitari quattro quesiti per la definizione dell'ambito di applicazione delle norme relative agli affidamenti diretti, a partire dalla qualificazione dell'"operatore interno" e sui limiti di accesso alle gare per esso previsti dallo stesso regolamento (quesito n. 2, n. 3 e n. 1) fino ad arrivare ai chiarimenti circa la durata dei contratti medio tempore conclusi, alla luce della disciplina transitoria prevista all'art. 8, Reg. cit. (quesito n. 4).

L'ordinanza di rimessione fa seguito a quella del 29 maggio 2017, n. 2554 con cui il Consiglio di Stato ha sollecitato la Corte di Giustizia sulle medesime questioni, per un'ulteriore procedura di evidenza pubblica impugnata avanti al T.A.R. Toscana(2).

Ancora, a due mesi dalla rimessione del T.A.R. Latina, il Consiglio di Stato, Sez. V., con l'ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303(3) ha sollecitato la decisione dei giudici del Lussemburgo sulla possibilità di affidare direttamente il servizio di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, alle condizioni previste dalla disciplina eurounitaria, in presenza di una legislazione nazionale che affermi la regola generale della gara pubblica.

Sullo sfondo delle tre ordinanze vi è la richiesta alla Corte di Giustizia di chiarire i rapporti fra il principio di autorganizzazione nell'erogazione del servizio e la sua esternalizzazione, nella cornice del necessario rispetto dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità ..." (4). Per l'ordinamento europeo, in base al principio della neutralità rispetto al regime di proprietà, è irrilevante che i servizi di trasporto pubblico di passeggeri siano prestati da imprese pubbliche o private. La facoltà di scegliere liberamente gli operatori del servizio pubblico (considerando n. 9) si manifesta, di conseguenza, nella possibilità di una esternalizzazione (considerando n. 20) o nella scelta per l'autoprestazione, fornendo la stessa autorità pubblica il servizio nel suo territorio oppure affidandolo a un "operatore interno senza ricorrere a procedure di gara". In entrambe le ipotesi, il Regolamento pone delle specifiche condizioni normative. L'esternalizzazione del servizio deve avvenire "nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni" nonché dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Il Regolamento, ancora, esige che la facoltà di autoprestazione sia "soggetta a controlli rigorosi", per garantire "equie condizioni di concorrenza" (5); il presupposto minimo per garantire tale assetto concorrenziale è

conservare la relazione fra autoprestazione e territorio, evitando che l'affidatario diretto del servizio (sia esso "autorità competente" o "operatore interno") partecipi a gare bandite al di fuori del territorio dell'autorità medesima.

La delimitazione dei confini dell'autoprestazione è strettamente collegata alla definizione di "autorità competente" e di "operatore interno", per quanto riguarda sia l'area dell'affidamento diretto sia, con riferimento più specifico alla pronuncia annotata, la portata del divieto di partecipazione a gare extramoenia.

Parametro essenziale ai fini della legittimità degli affidamenti diretti e del rispetto del divieto di gare extramoenia è l'individuazione dell'ambito temporale di applicazione delle regole sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" dettate dall'art. 5 del Reg.

Come anticipato, per consentire agli Stati membri di adeguarsi gradualmente alla nuova disciplina eurounitaria, evitando "gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto" (considerando n. 31), gli affidamenti del servizio di trasporto per ferrovia o su strada si conformano alle norme sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" a partire dal 3 dicembre 2019. L'art. 8, nel regolare la fase transitoria, fa un generale riferimento alla graduale applicazione dell'art. 5, senza specificarne i paragrafi e chiarire, di conseguenza, se il differimento nel tempo interessi ogni tipo di affidamento, diretto o esternalizzato.

### **I profili sopra menzionati confluiscono nelle prime tre questioni rimesse alla Corte di Giustizia.**

In chiave di eccezione rispetto alla regola generale, l'art. 8, al par. 2, definisce le sorti dei contratti già in essere, distinguendoli in base alla data di aggiudicazione e alla relativa procedura, in particolare regolamentandone la scadenza. Avanti a un affidamento diretto dalla durata superiore a quella ammessa dalla disciplina transitoria, per lo più aggiudicato nelle more della piena entrata in vigore del Regolamento, ai giudici della Corte di Giustizia si domanda se considerare, ex se, tale contratto illegittimo oppure se, in forza di un automatico adeguamento ai termini regolamentari, possa comunque ritenersi valido, ricomprendendolo così fra le fattispecie elencate nella disciplina transitoria. Anche in quest'ipotesi non si tratta soltanto di una mera questione classificatoria dell'affidamento in essere (seppur rilevante ai fini della decisione del caso concreto) piuttosto di definire, ancora una volta, i confini fra autoprestazione ed esternalizzazione, nell'obiettivo ulteriore di non vanificare, al momento della sua entrata in vigore, la disciplina del Regolamento del 2007.

Metodologicamente, per i profili sin qui messi in rilievo, l'indagine si concentrerà sulla dialettica fra autoprestazione ed esternalizzazione nell'affidamento del trasporto locale ferroviario, così come emerge dai quesiti formulati dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia<sup>(6)</sup>. A tal fine, dopo aver ampliato e meglio definito il quadro normativo di riferimento, fin qui soltanto accennato attraverso il richiamo ai

considerando del Regolamento, l'analisi si soffermerà sul concetto cardine di "operatore interno" quale fulcro delle prime tre questioni affidate ai giudici del Lussemburgo nel definire i limiti dell'autoprestazione, concludendo con l'esame dei profili collegati all'interpretazione delle regole sul regime transitorio.

## **Il quadro normativo di riferimento**

Dopo un periodo di elaborazione piuttosto lungo e un percorso segnato da diversi arresti(7), nel 2007 è stato adottato il nuovo regolamento relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia(8), abrogando i precedenti Reg. del Consiglio CEE n. 1191/69 e CEE n. 1107/70. La rinnovata disciplina si applica "all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico". Il regolamento del 2007 è stato ulteriormente modificato dal Reg. UE n. 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio, per "rafforzare la qualità, la trasparenza, l'efficienza e le prestazioni dei servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri" (considerando n. 5), anche quando i contratti di servizio pubblico non siano aggiudicati mediante una procedura di gara (considerando n. 11). Il Regolamento del 2016 ha introdotto significative novità anche in relazione alla disciplina degli affidamenti diretti ed è entrato in vigore il 24 dicembre 2017.

Per comprendere le scelte del legislatore europeo, è opportuno soffermarsi sulla ratio della riforma del 2007 e sui suoi obiettivi. Il trasporto passeggeri per ferrovia rappresenta una "necessità sul piano dell'interesse economico generale" e non può essere gestito "secondo una logica meramente commerciale" (considerando n. 5). La necessità di contemperare le esigenze del mercato con l'indispensabile prestazione di tali servizi si è così tradotta nella scelta a favore di una "concorrenza regolamentata" (considerando n. 4) in cui, pur assumendosi come primari i principi di trasparenza e di efficienza, si è preferito un approccio temperato rispetto alla piena apertura al mercato, in chiave cioè di vera e propria liberalizzazione(9), valorizzando il principio di sussidiarietà(10) e con una specifica attenzione alle esigenze di tutela di soggetti più deboli(11).

Il riflesso più immediato di questo approccio temperato è, innanzitutto, la possibilità di affidare senza gara i servizi, provvedendovi la stessa amministrazione (rectius, "autorità competente") ovvero un soggetto terzo che di essa sia una longa manus ("operatore interno").

A questa possibilità si aggiunge l'opzione per l'affidamento diretto di servizi di minore portata, in ragione del valore annuo o per i chilometri percorsi(12).

Per il trasporto ferroviario è, inoltre, prevista una terza forma di affidamento diretto, senza limitazioni legate alla dimensione del servizio(13). Tale facoltà non deve essere vietata dalla legislazione nazionale; laddove ammesso, la durata del contratto non può essere superiore a dieci anni, inferiore rispetto al termine generale (di quindici anni)

fissato per i servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia. Il Regolamento del 2016 ha, infine, introdotto ulteriori disposizioni relative all'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario, in presenza delle circostanze eccezionali, fra cui quelle indicate nello stesso art. 5, par. 3 bis oppure quando sia giustificato "dalle pertinenti caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati .... e qualora tale contratto si traduca in un miglioramento della qualità dei servizi o dell'efficienza (o di entrambi) in termini di costi rispetto al contratto di servizio aggiudicato in precedenza" (par. 4 bis).

Nella prospettiva della "concorrenza regolamentata", il Regolamento del 2007 legittima l'intervento delle autorità competenti anche mediante strumenti quali l'attribuzione agli operatori di diritti di esclusiva o la concessione di compensazioni finanziarie. Seppur estraneo all'oggetto di questa indagine, occorre brevemente ricordare che il Regolamento, circa la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato, stabilisce che le compensazioni di servizio pubblico erogate a norma del Regolamento medesimo sono dispensate dall'obbligo di notifica in quanto "compatibili con il mercato comune". Gli Stati membri, inoltre, anche al di fuori dei casi in esso contemplati ma in conformità con l'art. 73 del Trattato<sup>(14)</sup>, possono concedere aiuti al settore dei trasporti che "soddisfano l'esigenza di coordinamento dei trasporti o costituiscono un rimborso per le servitù di determinati obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico". In particolare, l'art. 9, al par. 2, elenca le ipotesi in cui o tali aiuti siano concessi alle imprese che devono sostenere le spese dell'infrastruttura da esse utilizzate, quando altre imprese non abbiano il medesimo onere o gli aiuti mirati alla promozione della ricerca e allo sviluppo di sistemi e di tecnologie di trasporto più economici per la Comunità in generale.

Nonostante il Regolamento miri a creare certezza giuridica riguardo i diritti degli operatori dei servizi pubblici e agli obblighi delle autorità competenti, grazie anche all'uniformazione delle regole sulle circostanze e sulle modalità di aggiudicazione dei relativi contratti, questo obiettivo rischiava (e rischia) di essere disatteso a causa di talune incertezze interpretative su aspetti centrali.

Assumendo come premessa che "l'applicazione coerente e corretta delle sue disposizioni è importante sia a livello economico sia politico" e che "interpretazioni divergenti delle disposizioni relative alla definizione degli obblighi di servizio pubblico, all'ambito di applicazione dei contratti di servizio pubblico, all'aggiudicazione di tali contratti e alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico possono ostacolare la creazione di un mercato interno per il trasporto pubblico e causare indesiderate distorsioni di mercato", la Commissione ha così adottato una Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Reg. CE n. 1370/2007.

L'entrata in vigore delle "nuove" direttive sui contratti di appalto e concessioni ha inciso in maniera differente sull'ambito di applicazione del Regolamento. Il trasporto tramite autobus o tram, se il contratto è un appalto, è soggetto alla disciplina generale

della direttiva; se il modulo è quello concessorio si applica invece la *lex specialis* del regolamento. Le Dir. 2014/24/UE e 2014/25/UE non disciplinano il servizio di trasporto passeggeri ferroviario, che è così regolato solo dal Reg. n. 1370/2007(15).

Per il codice dei contratti pubblici italiano, di conseguenza, si è in presenza di uno dei c.d. contratti esclusi, comunque sottoposti, ai sensi dell'art. 4, DLgs n. 50/2016, ai "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Le "interferenze" fra le direttive, il codice dei contratti e il Regolamento non si esauriscono nella definizione dei rispettivi ambiti di applicazione.

Le norme sul servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, per la prima volta, seppur limitatamente al settore interessato, hanno codificato i presupposti per l'affidamento in house, fino a quel momento di matrice soltanto giurisprudenziale. La medesima operazione è stata compiuta dalle direttive del 2014(16) che, nel definire il perimetro della loro applicazione, hanno introdotto una disciplina generale dell'in house, traducendo in norme i principi elaborati dalla Corte di Giustizia sui due requisiti del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente". Il legislatore eurounitario del 2014 non è rimasto immune dai condizionamenti della già esistente disciplina regolamentare. Con un'eccezione rispetto a quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza(17) - e comunque ribadito anche in termini di disciplina generale - è oggi previsto che l'amministrazione eserciti un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi quando "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"(18). È evidente in questa disposizione l'eco dell'art. 5, par. 2 lett. a) del Regolamento(19) che, nel delineare i contenuti del controllo analogo dell'autorità competente sull'operatore interno, precisa che "conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo (n.d.r. analogo), a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri".

Concludendo l'analisi del quadro normativo, con specifico riguardo al servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, è necessario il richiamo anche alla disciplina interna, di particolare rilievo soprattutto ai fini del quarto quesito affidato alla Corte(20). L'art. 18, D.Lgs. n. 422/1997 ha previsto che i contratti di trasporto pubblico locale e regionale, con qualsiasi modalità effettuato e con qualsiasi forma affidati, siano regolati con contratti di servizio di durata non superiore a nove anni e debbano rispondere ai principi di economicità ed efficienza "da conseguirsi anche attraverso l'integrazione modale dei servizi pubblici di trasporto". Quanto alle modalità di affidamento, "allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di

introdurre regole di concorrenzialità", è privilegiata la procedura concorsuale "per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono i servizi ... e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste". Successivamente all'adozione del Regolamento, l'art. 61, L. n. 99/2009 ha precisato che "al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007". Si è così espressamente introdotta la possibilità di "restringere" l'iniziale apertura al mercato mediante un affidamento in house in conformità alle regole eurounitarie o nelle ulteriori ipotesi di aggiudicazione diretta già menzionate. Occorre infine ricordare che il D.L. n. 78/2009, all'art. 4 bis, proprio per "promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico" ha stabilito che le autorità competenti che si avvalgano delle previsioni di cui all'art. 5, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007 "devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo"(21).

Su questo "riallineamento" fra la disciplina nazionale ed europea non ha inciso, sostanzialmente, l'ulteriore riforma della legislazione sui servizi pubblici locali, a seguito delle note vicende referendarie(22). In continuità con gli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti dallo stesso Regolamento, l'art. 34, D.Lgs. n. 179/2012, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, "al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento" ha previsto che l'affidamento del servizio sia effettuato "sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante" che dia conto "delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"(23).

Le questioni rimesse alla Corte: la definizione di "operatore interno" e il divieto di gare extramoenia

Il servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, alla luce del quadro normativo sopra tratteggiato, anche in Italia, può essere svolto o dall'"autorità competente a livello locale"(24) oppure da un "operatore interno", cioè "un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi" (art. 2, lett. j).

Con una chiara eco della giurisprudenza della Corte di Giustizia(25), il Regolamento(26) elenca una serie di indici di riconoscimento, alias sintomatici,

dell'esistenza di una simile situazione di controllo, quali il livello di rappresentanza dell'autorità competente in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, "le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione". Come anticipato, una minima partecipazione privata non interrompe, di per sé, il vincolo fra l'autorità locale competente e il soggetto terzo, purché persista l'influenza pubblica dominante e "il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri". La legittimità dell'affidamento in house è soggetta a due ulteriori condizioni: una prima, generale, relativa all'inesistenza di un divieto da parte della "legislazione nazionale"; una seconda, da verificare caso per caso, legata al fatto che "l'operatore o qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale".

Nel caso all'attenzione del T.A.R. Lazio l'affidatario del servizio è un R.T.I. in cui la mandataria (RATP DEV Italia s.r.l.) è un soggetto partecipato a maggioranza assoluta da un altro soggetto (la francese RATP s.a.), a sua volta interamente partecipato da un ente pubblico a carattere industriale e commerciale sulla base dell'ordinamento francese (RATP) a cui lo Stato francese ha affidato la gestione del trasporto passeggeri nella regione della Île de France (dunque, sarebbe RATP l'operatore interno). RATP è controllato dal Governo francese (che nomina i due terzi dei membri del consiglio di amministrazione); il governo ne esercita il controllo economico e finanziario tramite un organismo che opera sotto l'autorità dei ministri responsabili per l'economia e il bilancio<sup>(27)</sup>. Questo controllo è esercitato anche nei confronti di tutte le società in cui RATP detiene, anche indirettamente, la maggioranza assoluta delle quote di capitale, dunque anche RATP s.a. e RATP DEV Italia s.r.l. Seguendo la tesi del ricorrente, così come sintetizzata nell'ordinanza, la mandataria "si trova in una situazione di controllo da parte della Francia" e non potrebbe partecipare, pertanto, a una gara nel territorio italiano (che sarebbe extramoenia) poiché tale divieto è esteso dal Regolamento a "qualsiasi soggetto" sul quale l'operatore interno eserciti un'influenza anche minima (oltre a essere valido per l'"operatore interno").

La definizione di "operatore interno" e, soprattutto, la dimensione del controllo analogo, assume un ruolo centrale nella vicenda in commento, giacché rappresenta il fulcro delle questioni rimesse alla Corte di Giustizia.

Con il primo quesito, infatti, il giudice nazionale chiede al Collegio del Lussemburgo di pronunciarsi sulla vigenza per un operatore interno del divieto di gare extramoenia, prima della completa entrata in vigore del Regolamento, prevista il 3 dicembre 2019 e, dunque, sulla sua applicabilità per gli affidamenti anteriori a tale data. È evidente

che, nel caso in esame, laddove tale divieto ancora non fosse operativo, verrebbe meno il presupposto impeditivo all'affidamento al R.T.I. controinteressato(28).

La vigenza di questa parte della norma, a dire il vero, è stata già oggetto di interpretazione della già menzionata Comunicazione del 2014. Secondo la Commissione "non ha ... senso che gli Stati membri applichino 'gradualmente' il concetto di operatore interno" così come le altre norme sull'affidamento diretto "se introducono disposizioni più accomodanti rispetto ai principi generali del trattato e alla giurisprudenza in materia", giacché il termine del dicembre 2019 è funzionale a consentire agli Stati membri di conformarsi gradualmente all'"obbligo di applicare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette ai fini dell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" sancito come principio generale dall'art. 5 del Regolamento.

Seguendo questa tesi, stante la cogenza del divieto di partecipare a gare extramoenia, RATP avrebbe violato la disposizione regolamentare, con la conseguente illegittimità dell'ammissione dell'impresa controinteressata alla competizione italiana.

Diversamente argomentando, dovrebbe comunque desumersi che si applichino i principi generali sull'in house, oggi codificati dal D.Lgs. n. 50/2016 (e, prima ancora, delle Dir. 2014/23 e 2014/24).

La ratio del divieto di gare extramoenia risiede nella necessità di limitare l'affidamento diretto alla dimensione dell'autoconsumo, per le esigenze dell'autorità competente; è questo, a ben vedere, quanto espresso dalla giurisprudenza prima e dalle direttive ora con la sintesi dell'"attività prevalente" quale presupposto degli affidamenti in house. Se l'affidatario eroga le proprie prestazioni anche a favore di soggetti terzi, si pone sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio rispetto alle altre imprese; d'altro canto, una proiezione sul mercato verrebbe a recidere il rapporto di delegazione organica con l'ente.

Seguendo le argomentazioni dei giudici europei(29), l'attività prevalente è esclusa se l'impresa possa esercitare "ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori", anche se le decisioni sono prese dall'ente pubblico che la detiene. Eventuali altre attività devono avere un carattere marginale, pena un'ingiustificata alterazione delle regole della concorrenza. Omettendo la predeterminazione di percentuali in grado di sintetizzare, numericamente, il requisito dell'attività prevalente, la Corte ha proposto un approccio caso per caso, ritenendo esistente tale presupposto quando "il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni". Abbandonando l'impostazione empirica della giurisprudenza, le Direttive del 2014 richiedono invece che "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata" siano effettuate "nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre amministrazioni aggiudicatrici controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi"(30).

Non vi è, dunque, alcuna preclusione ex ante a partecipare a gare al di fuori del territorio di riferimento, purché sia mantenuto il requisito dell'attività prevalente(31).

Al contrario della giurisprudenza e delle Direttive, il Regolamento ritiene incompatibili le logiche dell'autoconsumo con quelle di una minima presenza dell'operatore interno sul mercato del trasporto ferroviario di passeggeri, negando a tale soggetto la possibilità di divenire affidatario diretto del servizio.

È evidente che, laddove la Corte optasse per una soluzione interpretativa diversa da quella proposta dalla Commissione con la Comunicazione del 2014, il mercato dei servizi pubblici di trasporto per ferrovia, prima del 3 dicembre 2019, subirebbe un'ulteriore restrizione, allargando il campo degli affidamenti diretti anche a coloro che, nei limiti del requisito dell'attività prevalente, operino come soggetti imprenditoriali al di fuori del territorio di riferimento.

### **(segue): il "controllo analogo" fra disciplina speciale e regole generali**

Come anticipato, le relazioni fra la disciplina generale sull'in house e la lex specialis regolamentare sono invocate dallo stesso giudice remittente nel sollecitare la Corte, con la seconda questione, a chiarire la definizione di "operatore interno", considerando, testualmente, anche l'"eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formata sull'in house providing".

L'operatore interno, seguendo la definizione normativa è "un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi".

In base alle prescrizioni del Regolamento, possono quindi ipotizzarsi le due "classiche" situazioni del controllo analogo e del controllo analogo congiunto, rispettivamente quando l'autorità o, "nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi"(32).

Nel caso in esame, RATP è un ente pubblico a carattere industriale e commerciale (un E.P.I.C.) in cui il governo francese nomina due terzi dei membri del consiglio di amministrazione e il presidente direttore generale. Il controllo economico e finanziario è esercitato da un ulteriore organismo sotto l'autorità dei ministri responsabili dell'economia e del bilancio (STIF) con funzioni organizzative, non più controllato dallo Stato ma del tutto privo di attribuzioni con cui incidere su titolarità, modalità, oggetto e attribuzioni della concessione assegnata a RATP ex lege.

Alla Corte di Giustizia - con la seconda questione - si chiede non solo di stabilire se RATP possa essere qualificato come operatore interno ma anche - con la quarta questione - se il controllo attraverso STIF che, di per sé, non esercita alcun controllo analogo, interrompa il vincolo in house nei confronti di RATP, così da escluderne la

natura di "operatore interno" o se esso debba comunque ritenersi esistente nei confronti dello Stato francese, unico titolare del rapporto concessorio.

La risposta a tali quesiti passa, innanzitutto, attraverso l'ulteriore chiarimento del concetto di "autorità competente" che il regolamento definisce "un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche<sup>(33)</sup> di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere".

Proponendo una prima lettura sostanziale del caso in esame, siffatto potere di intervento spetta allo Stato francese; di conseguenza, la presenza dell'ente intermedio non andrebbe a interrompere il controllo analogo con l'Amministrazione, inverando i presupposti per la qualificazione di RATP come "operatore interno". Concretamente, è lo Stato francese che su di esso esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della controllata; parimenti difficile, del resto, è ipotizzare che un ente con funzioni organizzative possa dirsi "destinatario del servizio".

La giurisprudenza sul controllo analogo e, più in generale sull'in house, a partire dalla sentenza Parking Brixen<sup>(34)</sup>, ha sempre proposto un approccio caso per caso, mirato a un'interpretazione sostanziale delle norme, in maniera tale da non sacrificare l'auto-organizzazione delle amministrazioni ed evitando tuttavia surrettizie chiusure del mercato.

Leggendo l'ordinanza, lo stesso giudice remittente sembrerebbe essere persuaso di un'interpretazione sostanziale del testo del Regolamento, specialmente alla luce dei considerando nonché della natura (e funzione) di ente regolatore assunta da STIF; la possibile alternativa per un'interpretazione formale della norma, suggerisce però al T.A.R. Lazio di deferire alla Corte la delimitazione del perimetro della definizione di autorità competente e del conseguente legame del controllo analogo.

### **Il regime transitorio per gli affidamenti diretti**

Per consentire agli Stati membri di conformarsi gradualmente alle nuove regole, il Regolamento non solo ha differito la piena attuazione delle norme al 3 dicembre del 2019 ma ha altresì disciplinato le sorti di affidamenti già in essere alla data della completa entrata in vigore del Regolamento, distinguendoli in base alla data di assegnazione e al tipo di procedura. Sui termini originariamente indicati è intervenuto anche il successivo Reg. UE n. 2016/2338. In base all'art. 8, par. 3 lett. a) proseguono fino alla loro scadenza i contratti aggiudicati prima del 26 luglio 2000, con un'equa procedura di gara. I contratti affidati prima del 26 luglio 2000 ma senza un'equa procedura di gara (lett. b) e quelli invece aggiudicati fra il 26 luglio 2000 e il 3 dicembre 2009 con un'equa procedura di gara (lett. c) possono rimanere attivi fino alla loro scadenza ma non più di 30 anni. Quelli aggiudicati fra il 26 luglio e anteriormente al 24 dicembre 2017<sup>(35)</sup> senza un'equa procedura di gara (lett. d) possono rimanere in vigore ma senza superare il termine fissato dall'art. 4. La norma, in verità, parla di

"termine comparabile a quello dell'art. 4", con una formula che, seguendo l'orientamento interpretativo della Commissione, deve essere interpretata restrittivamente, così da attribuire a tali affidamenti, per il servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, una durata massima di 15 anni.

La novella del 2016 ha introdotto un'ulteriore ipotesi, specifica per i servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri: se aggiudicati direttamente in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara a decorrere dal 24 dicembre 2017 fino al 2 dicembre 2019 possono restare in vigore fino alla data di scadenza. La durata di tali contratti non è però superiore a dieci anni, salvo i casi di proroga previsti dall'art. 4, par. 4.

Occorre precisare che il Regolamento(36) è intervenuto anche sulla durata dei contratti, stabilendo che per i servizi di trasporto su ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia non possano eccedere i 15 anni. Nel caso di affidamenti diretti non a operatori interni il termine massimo è invece di 10 anni.

Il Collegio, nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, non si interroga sulla durata dei contratti, quanto sulla correttezza dell'operato dell'autorità competente che, pur consapevole dell'obbligo di adeguarsi gradualmente alle disposizioni del Regolamento, essendo lo stesso già in vigore, ha disposto un affidamento diretto a un operatore interno dalla durata di trenta anni, con scadenza al 31 dicembre 2039. Una simile scelta può infatti condurre a due diversi esiti, di non poco rilievo ai fini della decisione del caso concreto: l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. oppure la sua validità, considerando l'art. 8 par. 3 una sorta di elenco aperto ad accogliere e legittimare affidamenti diretti, avvenuti nelle more della "piena" entrata in vigore del regolamento, non conformi ai parametri temporali da esso previsti e tuttavia suscettibili di essere "automaticamente" ridotti, sanando, di conseguenza anche la possibile contrarietà alle norme nazionali. L'art. 18, 2° comma, D.Lgs. n. 422/1997 stabilisce infatti che "... le società, anche le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata".

La prima soluzione, oltre a rilevare ai fini del divieto nazionale, darebbe particolare vigore all'impegno richiesto agli Stati membri per adeguarsi, seppur gradualmente, alle nuove disposizioni regolamentari, sanzionando il suo mancato rispetto con l'esclusione della società controinteressata.

Di converso, la sostituzione automatica sanante con il termine massimo fissato dal Regolamento, pur avallando la legittimità della scelta, porrebbe diversi dubbi "sistematici" in ordine alla cogenza dell'obbligo di graduale adeguamento degli

Stati membri ai precetti del Regolamento e, nelle more della sua piena entrata in vigore, legittimerebbe condotte contrarie alla ratio della nuova disciplina che se, da un lato, ammette una "concorrenza regolamentata", dall'altro richiede il controllo rigoroso sulle scelte per l'autoprestazione, rigore che verrebbe meno laddove la Corte consentisse la sostituzione automatica sanante a discapito di un rispetto formale (ed ex ante) delle condizioni di accesso ai servizi di trasporto pubblico passeggeri.

## **Conclusioni**

Guardando, nel complesso, alle questioni sollevate dal giudice italiano, alla Corte si domanda di indicare quale, fra un'interpretazione formale o sostanziale, debba essere preferita nel definire i confini dell'autoprestazione, fino alla completa entrata in vigore del Regolamento.

Sullo sfondo vi è un contesto in cui, nonostante la richiesta agli Stati membri di adeguarsi gradualmente alle nuove regole, continua a essere frequente, se non prevalente, il ricorso agli affidamenti in house. È questo quanto è emerso, più di recente, nella Segnalazione congiunta di AGCM, ANAC e ART del 25 ottobre 2017 "in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale", intervenuta all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. n. 2016/2338 che, come già riferito, ha introdotto all'art. 8 l'ulteriore ipotesi del par. 2 bis, per i contratti aggiudicati direttamente in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara a decorrere dal 24 dicembre 2017 fino al 2 dicembre 2019(37).

Di fronte al rischio di nuovi affidamenti diretti, anche mediante la risoluzione di quelli già esistenti seguita da un successivo rinnovo con l'operatore uscente e, dunque, di un sostanziale "congelamento" del Regolamento(38), le tre Autorità hanno precisato i rapporti fra esternalizzazione e autoprestazione, focalizzando l'attenzione sugli obblighi di natura informativa e motivazionale che devono presidiare la scelta di derogare al principio dell'evidenza pubblica a favore di un affidamento diretto.

Seguendo, seppur sinteticamente, le indicazioni delle Authorities, le disposizioni del Regolamento vanno lette alla luce dei principi generali in materia di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, già codificati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e ripresi dall'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016, quali principi validi anche per i c.d. contratti esclusi. Da qui, l'esigenza che la scelta per l'in house sia accompagnata da un avviso di preinformazione che non si riduca a un atto di pubblicità fine a sé stesso ma sia funzionale alla partecipazione procedimentale di soggetti terzi potenzialmente interessati alla procedura di aggiudicazione. Questa partecipazione, seguendo ancora le indicazioni della Segnalazione, si concretizza nella facoltà di presentare offerte alternative a quelle dell'operatore storico (o inizialmente prescelto dall'ente), grazie a una tempestiva, nonché completa ed esaustiva messa a disposizione delle informazioni all'uopo necessarie.

A tale obbligo informativo "a monte" corrisponde quello "a valle" di rendere pubbliche le informazioni relative all'avvenuta concessione, giustificando adeguatamente le

ragioni per cui gli obiettivi di servizio pubblico siano meglio garantiti, in termini di efficacia e di efficienza, dall'affidamento diretto, le modalità in cui nella scelta dell'affidatario si siano rispettati i principi di imparzialità e parità di trattamento nonché, laddove vi siano state manifestazioni di interesse alternative, un'analisi comparativa delle offerte presentate.

La Segnalazione delle Authorities assume quale premessa la preferenza del Regolamento per le procedure di evidenza pubblica, ritenendo legittimo, seppur sottoposto a specifiche condizioni, il ricorso a ulteriori modalità organizzative, quali l'in house e le altre forme di affidamento diretto.

Come anticipato, con l'ordinanza del 16 luglio 2018, il Consiglio di Stato ha ulteriormente rimesso alla Corte di Giustizia la questione relativa all'an dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale, avanti alla possibile identificazione del favor per il confronto concorrenziali espresso dalle leggi nazionali con il divieto della "legislazione nazionale" indicato dal Regolamento come condizione ostativa per l'applicazione dell'art. 5, par. 2, 4, 6. Laddove la Corte accogliesse tale interpretazione, per l'affidamento del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia (cui pure l'ordinanza fa riferimento) dovrebbe negarsi tout court la libertà dell'amministrazione di scelta fra autorganizzazione ed esternalizzazione sancito dal Regolamento, con una riconquista al mercato di una parte consistente delle commesse.

Una soluzione così radicale, laddove i giudici europei, in risposta alla prima questione rimessa dal T.A.R. Latina, ritenessero direttamente applicabile l'art. 5, par. 3, determinerebbe l'illegittimità degli affidamenti in house, legittimandosi la permanenza soltanto dei contratti già affidati e ricompresi nell'elenco dell'art. 8, par. 3. Qualora, invece, la Corte di Giustizia dovesse ritenere l'entrata in vigore di tutte le norme dell'art. 5 differite al 3 dicembre 2019, potrebbero continuare ad applicarsi le regole generali sull'in house, così come descritte dalla giurisprudenza europea e dal codice dei contratti pubblici.

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) I giudici laziali, infatti, domandano alla Corte di Giustizia di applicare il rito accelerato ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 bis dello Statuto della Corte e dell'art. 105 del relativo Regolamento di procedura.

(2) Si tratta di Cons. Stato, Sez. V, ord. 29 maggio 2017, n. 2554, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(3) Si legga Cons. Stato, Sez. V, ord. 16 luglio 2018, n. 4303, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(4) La norma citata nel testo è l'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016 che, riprendendo i principi generali in tema di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ne estende la generale applicazione anche ai c.d. contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice (cioè, come sarà ulteriormente approfondito nel testo, anche ai contratti oggetto della decisione in rassegna).

(5) Il considerando n. 18 aggiunge infatti che "il necessario controllo dovrebbe essere esercitato dall'autorità competente o da un gruppo di autorità competenti che forniscano servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri in modo collettivo o tramite i propri membri". A completamento di tale sistema di garanzie, il considerando n. 21 richiama altresì la necessità di garantire una "protezione giuridica efficace", sollecitando (art. 5, par. 7) gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per garantire che le decisioni per l'affidamento diretto "possano essere verificate con efficacia e rapidità, su richiesta di qualsiasi persona che sia o fosse interessata a ottenere un contratto particolare e che sia stata o rischi di essere danneggiata da una presunta infrazione, motivata dal fatto che tali decisioni hanno violato il diritto comunitario o le leggi nazionali che applicano tale diritto". Qualora tali rimedi non abbiano natura giurisdizionale, il Regolamento richiede comunque che le decisioni degli organi preposti a tale controllo siano motivate e ricorribili avanti a una autorità giurisdizionale.

(6) Non saranno invece esaminati i profili, pure di particolare interesse ai fini del diritto processuale nazionale, circa l'ammissibilità dell'azione ai sensi dell'art. 120, comma 2°bis, D.Lgs. n. 104/2010 e gli aspetti inerenti la tutela del c.d. interesse strumentale.

(7) Sul percorso che ha accompagnato il Regolamento, si veda C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, 31 e segg.; L. Carpaneto, *Il diritto comunitario dei trasporti fra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto per ferrovia*, Torino, 2009, 304 e segg.

(8) In base alle definizioni del Regolamento (art. 2, lett. a) per "trasporto pubblico di passeggeri" si intendono "i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa".

(9) Per un quadro complessivo delle misure di liberalizzazione del settore ferroviario, si veda N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, tomo III, Milano, 2003, 2277 e segg.; M. Delsignore, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2014, 449.

(10) Sul punto, si legga C. Iaione, *La regolazione*, cit., 35 che individua nel principio di sussidiarietà il "terzo pilastro" del nuovo approccio della Commissione (unitamente alla semplificazione e al temperamento delle precedenti proposte di Regolamento) e

che si manifesta nell'aver lasciato alla autorità competenti maggiori margini di discrezionalità nell'organizzazione delle procedure di gara.

(11) Si vedano, in particolare, il considerando n. 4 e n. 5.

(12) L'art. 5, al par. 4 prevedeva inizialmente le medesime limitazioni di valore e di percorrenza per tutti i servizi di trasporto disciplinati dal Regolamento. Con la riforma del 2016 la disciplina è stata diversamente articolata. Il testo vigente dell'art. 5 par. 4 stabilisce infatti che "ameno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico: a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno". Il regolamento dedica specifica attenzione alle piccole e medie imprese; sempre lo stesso paragrafo 4, infatti, stabilisce che "qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno".

(13) Si tratta dell'ipotesi inizialmente prevista al paragrafo 6 e rimasta immutata nei contenuti anche dopo la riforma del 2016.

(14) Ora art. 93 TFUE.

(15) Cfr. art. 10, lett. j), Dir. 2014/24 e considerando n. 27 della medesima.

(16) Su questo passaggio dal diritto giurisprudenziale al diritto positivo in materia di in house providing, sia consentito rinviare alla più ampia trattazione svolta in A. Giusti, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2017, 57 e segg.

(17) A partire dalla nota sentenza *Stadt Halle*, Corte Giust. CE, Sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 992 annotata da V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, 1004 e segg. Su questi profili, si legga R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012, 299.

(18) Si tratta di una previsione che ha avuto particolare rilevanza nel dibattito giurisprudenziale nazionale, nelle more della scadenza del termine per il recepimento delle direttive, in relazione al c.d. caso *Cineca* (sul punto, Cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in *Foro Amm.*, 2015, 1, 126 e *Cons. Stato*, Sez. VI,

26 maggio 2015, n. 2660 in *Foro Amm.*, 2015, 4, 1444; in dottrina: A. Bartolini, Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso Cineca, in *Giur. It.*, 2015, 1976; G. Carullo, Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2/2015).

(19) Su questo particolare partenariato pubblico-privato, si veda A. Cabianca, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"*, in *Istit. Del feder.*, 2010, 604 e C. Iaione, *La regolazione*, cit., 46.

(20) Per questi aspetti, si veda M. Nunziata, *L'affidamento diretto del trasporto locale tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2018, 183.

(21) La norma conclude stabilendo che "alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano".

(22) Per la descrizione di questo "quadro di instabilità normativa", si veda N. Rangone, *Qualità delle regole e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, 59.

(23) Per completare il quadro normativo, occorre infine ricordare che il D.L. n. 50/2017 ha affidato alle Regioni la possibilità di definire i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale "sulla base di analisi della domanda che tengano conto delle caratteristiche socio-economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale, della struttura orografica, del livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento", incidendo, di riflesso, sull'individuazione dell'"autorità locale competente". Su questi aspetti, M. Pani, C. Sanna, *Affidamento in house nel trasporto pubblico locale*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 7/2018.

(24) L'art. 2 del Reg. n. 1370/2007 definisce, alla lett. b) "autorità competente" "un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere", specificando, alla successiva lett. c), che l'"autorità competente a livello locale" è invece "qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale". Il Regolamento del 2017 ha dettato disposizioni specifiche per il trasporto ferroviario, precisando all'art. 5, par. 2 che "in caso di servizio pubblico ferroviario di passeggeri, il gruppo di autorità di cui al primo comma può essere composto soltanto da autorità competenti a livello locale la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale".

(25) Il riferimento è alla giurisprudenza sull'in house a partire dalla sentenza Teckal, Corte Giust. UE, 18 novembre 1999, Causa C-107/1998, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2000, 1393 annotata da G. Greco, Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, 1461 e segg.

(26) Art. 5, par. 2, lett. a).

(27) Sull'esperienza francese nel trasporto ferroviario, si veda L. Lorenzoni, Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario in Francia, in P. Chirulli (a cura di), Concorrenza, regolazione, cit., 253 e segg.

(28) Legge questo divieto come un ostacolo all'apertura effettiva del mercato dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia M. Sebastiani, Le ferrovie fra Stato e mercato, in P. Chirulli (a cura di), Concorrenza, regolazione, cit., 88.

(29) Corte di Giustizia Unione Europea, 11 maggio 2006, Causa C-340/04, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2007, 2, 526.

(30) A tal fine, deve essere preso in considerazione il fatturato totale medio o "un'idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione". La norma prevede, infine, una modalità residuale di computo per i casi in cui non sia possibile determinare il fatturato degli ultimi tre anni o la misura alternativa basata sull'attività, stabilendo sia sufficiente dimostrare "segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile".

(31) Sul punto, si legga T.A.R. Liguria, Sez. II, 10 giugno 2016, n. 606, in Redazione Giuffrè amministrativo, 2016. È interessante notare come la citata sentenza sottolinei che una simile limitazione debba o essere prevista autonomamente dallo statuto dei soggetti stessi ovvero dalla legge. Seguendo le argomentazioni del Tar Liguria, "è assente nella legislazione italiana un obbligo di esclusiva in capo alle società in house", né simile limitazione deriverebbe dall'art. 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 convertito nella L. 4 agosto 2006 n. 248 che, al comma 1, stabilisce "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad

altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale...". La norma, infatti, introduce un obbligo di esclusiva che investe soltanto "le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività" ed esclude espressamente quelle destinate allo svolgimento di servizi pubblici locali. Di conseguenza, l'attività extra moenia di una società in house è legittima nei limiti previsti dalla disciplina eurounitaria (svolgere più dell'80% della propria attività a favore dell'amministrazione controllante).

(32) Le direttive hanno codificato questa particolare forma di in house, seppur richiedendo che tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti compongano gli organi decisionali della persona giuridica controllata, anche rappresentate e che esercitino "congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative" della persona giuridica e, da ultimo, quest'ultima non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici. Si soffermano sulle specificità del controllo analogo congiunto, A. Cassatella, Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo, in *Giur. It.*, 2014, 7 e F. Manganaro, In house e sistema idrico integrato - un caso di controllo analogo anche senza maggioranza azionaria pubblica, in *Giur. It.*, 2015, 1, 187.

(33) Innovando il testo dell'art. 5, par. 2 il Reg. n. 2016/2338 ha precisato che "in caso di servizio pubblico ferroviario di passeggeri, il gruppo di autorità ... può essere composto soltanto da autorità competenti a livello locale la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale".

(34) Corte di Giustizia Unione Europea 13 ottobre 2005, Causa C-458/03, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, 6, 1907.

(35) Il testo originario della norma faceva riferimento al periodo fino al 3 dicembre 2009.

(36) Cfr. art. 4, par. 3 e 4.

(37) Sulla genesi di questa segnalazione e sulle sue implicazioni nell'applicazione delle disposizioni del Regolamento, si veda L. Saltari, Anomalie di una segnalazione "normativa", in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 256.

(38) Riprendendo le considerazioni di M. Sebastiani, La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale: luci, ombre e prospettive, in <http://www.astrid-online.it>.

## **I SERVIZI PER IL PUBBLICO A VENTICINQUE ANNI DALLA LEGGE RONCHEY - IL COMMENTO**

**di Carmen Vitale**

## **Cons. Stato Sez. V, 07 dicembre 2017, n. 5773**

### **L. 14-01-1993, n. 4, epigrafe**

La pronuncia del Consiglio di Stato n. 5773 del 2017, relativa all'affidamento del servizio di biglietteria per il Colosseo, Foro Romano, Palatino e Domus Aurea offre lo spunto per ripercorrere l'evoluzione normativa, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, dei servizi per il pubblico nei musei, con l'obiettivo di evidenziarne le problematiche attuali e indicarne le possibili prospettive.

Sommario: Premessa - L'instabile disciplina dei servizi aggiuntivi - I servizi per il pubblico e le recenti riforme: tra autonomia e centralizzazione - Il regime giuridico dei servizi per il pubblico: tendenza all'omogeneità e necessarie differenziazioni - La visione unitaria dei servizi per il pubblico nella pronuncia del Cons. Stato n. 5773 del 2017 - Servizi per il pubblico e collaborazione pubblico privato: prove di (ri)composizione di interessi eterogenei

#### **Premessa**

La sentenza del Cons. Stato n. 5773 del 2017, che decide in merito al contenzioso originato dall'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza per i siti del Colosseo, Palatino - Foro romano e Domus Aurea, consente di riflettere su un istituto che, se pur noto<sup>(1)</sup>, rimane di estremo interesse. Sulla concreta definizione del regime giuridico dei servizi per il pubblico pesano, infatti, questioni più generali che investono il sistema dei beni culturali nel suo complesso<sup>(2)</sup>: come programmare e attraverso quali strumenti garantire una più efficace valorizzazione del patrimonio culturale<sup>(3)</sup>; con quali risorse farlo; quale ruolo riconoscere al "centro" e quale a regioni ed enti locali; cosa è necessario che rimanga "pubblico", cosa invece (e secondo quali regole) può invece essere aperto al "privato"<sup>(4)</sup>. Si tratta, evidentemente, di problematiche che investono il modo di essere delle pubbliche amministrazioni, non solo quelle preposte alla cura dei beni culturali.

Più, in particolare, occorre riconsiderare la disciplina dei servizi al pubblico e le problematiche interpretative che ne derivano attraverso la lente della relazione pubblico-privato e delle dinamiche ad essa collegate. È bene precisare, in proposito, che "pubblico" e "privato"<sup>(5)</sup> andrebbero in realtà distinti attraverso analisi puntuali<sup>(6)</sup> dei casi concreti (quale pubblico, ma anche quali privati), per non cadere nel nominalismo<sup>(7)</sup>.

Non di rado, in effetti, l'arretramento del pubblico a favore del privato<sup>(8)</sup>, è più apparente che reale, comportando il trasferimento di funzioni e attività a soggetti intermedi formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici<sup>(9)</sup>. In termini ancor più generali, le questioni relative alla qualificazione ed al regime giuridico dei servizi

aggiuntivi richiamano la concezione stessa del rapporto tra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale(10) e ancor prima dell'uso stesso del bene culturale(11).

La codificazione dei servizi aggiuntivi si deve all'art. 4 della legge Ronchey - L. 14 gennaio 1993, n. 4, (di conversione in legge, con modificazioni del D.L. 14 novembre 1992, n. 433(12), recante Misure urgenti per il funzionamento dei musei statali. Disposizioni in materia di biblioteche statali e di archivi di stato)(13). La legge disciplinava sostanzialmente l'affidamento in concessione a privati con contratto quadriennale di tre tipologie di attività(14): a) servizio editoriale e di vendita di riproduzioni e cataloghi; b) servizi per la fornitura di riproduzioni e prestiti riguardanti i beni librari; c) servizi di caffetteria, ristorante e guardaroba(15), che avrebbero dovuto rappresentare un *quid pluris* (servizi aggiuntivi appunto) rispetto all'offerta culturale propriamente intesa, di competenza delle istituzioni culturali.

La disposizione citata rileva non tanto per aver introdotto un istituto nuovo, quanto per il dibattito che ne è seguito, che ha segnato l'inizio di un diverso modo di intendere la gestione del patrimonio culturale, da un lato, ed il ruolo e le funzioni degli stessi musei, dall'altro. Si è trattato, in particolare, del risultato della progressiva affermazione di una gestione manageriale delle organizzazioni culturali, come effetto di un processo più ampio di trasformazione in atto nel settore pubblico(16), cui molte organizzazioni culturali appartengono o perché utilizzano finanziamenti di amministrazioni pubbliche o perché ne sono un'articolazione(17).

È in quegli anni, del resto, che incomincia seriamente a porsi il tema dell'autonomia del museo, non solo sul piano ordinamentale ed amministrativo, quanto soprattutto su quello economico e gestionale, in un'ottica di maggiore attenzione alle esigenze del pubblico dei visitatori(18), per ovviare "alla palese disconoscenza di un deontologico" orientamento al servizio"(19). Come si anticipava, poi, proprio con riguardo alle procedure di affidamento dei servizi aggiuntivi si pone con estrema evidenza la questione dei contenuti e delle procedure della cooperazione tra pubblico e privato nel sistema dei beni culturali.

La progressiva carenza di risorse e la necessità di introdurre formule gestionali più efficienti ed economiche e di meccanismi di controllo di costi e ricavi, suggerivano in qualche modo l'allargamento dello spettro dei soggetti chiamati a vario titolo a partecipare alle funzioni di valorizzazione(20), aprendo in qualche misura all'idea di una possibile compatibilità tra valorizzazione di un bene culturale e conseguimento di ritorno patrimoniale o creazione di valore(21) economico"(22). Non sono mancate, tuttavia, posizioni critiche, ispirate dalla diffidenza verso l'introduzione di logiche di profitto, che avrebbero finito, si temeva, con l'offuscare la necessaria pubblicità degli interessi alla tutela e pubblica fruizione dei beni culturali, realizzando la profezia di un privato come ineluttabile supplente dello Stato(23).

A questo proposito, è utile ricordare come valgano per i beni culturali le premesse che hanno giustificato (specie negli anni '90) l'introduzione di criteri e strumenti di aziendalizzazione della P.A., e di forme di collaborazione pubblico-privato, nel quadro del più generale fenomeno delle esternalizzazioni(24). A ben guardare, anzi, il settore dei beni culturali è tradizionalmente terreno assai fertile per la sperimentazione e l'analisi di tendenze generali del diritto amministrativo(25).

Tuttavia, come proprio l'esperienza dei servizi al pubblico mostra chiaramente, non è possibile aprire efficacemente al privato, se non rafforzando il pubblico.

La qualità dell'intervento pubblico (anche nel settore dei beni culturali) è infatti condizione necessaria per la qualità dell'intervento del privato(26). Solo pubbliche amministrazioni in grado di esprimere realmente le proprie prerogative possono infatti efficacemente e con buoni risultati collaborare con i privati(27). La direzione seguita almeno nei primi anni '90 è stata tuttavia praticamente opposta a quella indicata(28), con l'effetto di mettere fortemente in discussione la realizzazione stessa degli obiettivi inizialmente indicati. Per altro verso, occorre precisare come, già qualche anno dopo l'approvazione della legge, sia emersa la marginalità dei servizi aggiuntivi(29), rispetto alla copertura dei costi complessivi del sistema museale(30), con differenze significative rispetto alle principali istituzioni culturali straniere(31). È noto, peraltro, che l'obiettivo prioritario dell'istituzione dei servizi aggiuntivi non poteva essere (solo) quello finanziario(32).

Ad ogni modo, la disciplina normativa dei servizi aggiuntivi ha mostrato criticità in ordine a tre profili principali: a) insoddisfazione dell'utenza per il costo elevato a fronte della scarsa differenziazione dell'offerta; b) ritorni economici non soddisfacenti per il Ministero; c) bassa redditività per le imprese e difficoltà di migliorare i risultati di gestione per le rigidità delle amministrazioni(33). Anticipando qualche conclusione, può osservarsi che nell'impossibilità di realizzare in quegli anni una più compiuta riforma del sistema museale, la legge Ronchey abbia rappresentato il tentativo di "individuare obiettivi minimi da realizzare in qualsiasi ipotesi", con riguardo ad esempio a questioni relative a personale, orari di apertura e sicurezza(34).

### **L'instabile disciplina dei servizi aggiuntivi**

Alla codificazione normativa si accompagna quasi subito un'incessante azione di correzione e integrazione della disciplina dei servizi aggiuntivi(35): una progressiva stratificazione normativa(36), che muta i contorni dell'istituto, pregiudicandone una più significativa applicazione. Il primo intervento di modifica è l'art. 47 quater del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41 conv. in L. n. 85 del 1995 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree depresse), con il quale si è ampliata in maniera significativa la gamma delle attività, introducendo per la prima volta la distinzione tra attività riconducibili ad una nozione di servizio pubblico (di valorizzazione)(37) ed attività invece strumentali (servizi di pulizia, biglietteria), di

fatto, però assoggettandole ad uno stesso regime giuridico (quello concessorio). L'idea di fondo era quella di operare una sorta di compensazione negli affidamenti ai privati, tra attività indispensabili al funzionamento stesso delle istituzioni culturali, ma non direttamente remunerative ed attività che invece almeno potenzialmente lo erano. In questo modo, tuttavia, veniva meno l'originaria distinzione (assai opportuna) della l. Ronchey tra attività essenziali a necessaria titolarità pubblica ed attività aggiuntive, la cui attivazione doveva avvenire nei contesti in cui tali attività potessero effettivamente essere remunerative e come tali appetibili per i privati cui venivano delegate. È chiaro, invece, che quello che si rivelava un graduale trasferimento ai privati di funzioni pubbliche, recava conseguenze importanti rispetto alla disciplina giuridica dell'esercizio di quelle funzioni, ma anche alla corretta individuazione di ruoli e responsabilità dei diversi attori coinvolti.

In concreto, il modello prefigurato dal legislatore mostrava difficoltà ad attuarsi nella prassi, anche a causa delle diffidenze dei soprintendenti, incaricati della scelta dei servizi da affidare; scelta che cadeva principalmente sui servizi più distanti dalle attività più propriamente di valorizzazione e promozione culturale, che si ritenevano proprie del pubblico. Ne è derivata una crescente distanza tra le imprese, cui si affidava più che altro il compito di svolgere un ruolo servente rispetto alle esigenze (soprattutto finanziarie del pubblico) e le istituzioni culturali, che rinunciavano progressivamente alla propria sovranità rispetto al governo dei processi di valorizzazione<sup>(38)</sup>, contrariamente all'idea di fondo, che avrebbe dovuto essere quella della cooperazione tra pubblico e privato.

Ad ogni modo, come si è ricordato, nei servizi aggiuntivi confluivano attività non aggiuntive ma essenziali per l'offerta culturale (biglietteria, vigilanza, guida) e perciò destinate ad incidere sull'effettività della fruizione stessa dei luoghi della cultura.

Per altro verso, la persistente carenza di risorse rendeva necessaria l'attivazione dei servizi, in assenza di un'adeguata differenziazione, che tenesse conto degli specifici dati di contesto (dimensionali, territoriali, turistici). In questo contesto, la previsione di regole uniformi, che poteva aver senso per le grandi realtà statali, non ne aveva ed anzi diventava controproducente nelle variegata realtà locali<sup>(39)</sup>. A ben guardare, però, il punto non era solo come valorizzare, ma anche cosa. È infatti assai difficile valorizzare qualcosa di cui non si conosce l'esatta consistenza da un punto di vista qualitativo e quantitativo<sup>(40)</sup>. L'ampliamento della gamma di attività riconducibili ai servizi aggiuntivi ha comportato, ad ogni modo, una graduale apertura al privato di veri e propri spazi di valorizzazione (organizzazione delle mostre, cataloghi).

La conseguenza (paradossale per certi versi) è stata quella della "pubblicizzazione" delle imprese private<sup>(41)</sup>, a fronte di quella che avrebbe dovuto (potuto) essere la "privatizzazione" di una parte delle attività di gestione del patrimonio culturale.

Il fenomeno è noto, anche al di fuori del sistema dei beni culturali: l'amministrazione si avvicina al "privato" (diritto privato o forme soggettive private) lo contamina con regole e procedure proprie, in una specie di "effetto Re Mida"<sup>(42)</sup>. La disciplina dei servizi aggiuntivi continuava, intanto, ad essere oggetto di incessanti tentativi di adattamento alle esigenze del sistema.

L'emanazione del Testo Unico sui beni culturali (D.Lgs. n. 29 ottobre 1999), in particolare, attraverso l'introduzione della locuzione "servizi di ospitalità e di assistenza al pubblico" (art. 112), avrebbe dovuto esprimere la ancor più marcata attenzione da parte del legislatore alle esigenze del pubblico dei musei<sup>(43)</sup>. Al di là della diversa locuzione utilizzata, l'art. 113 del D.Lgs. n. 490/1999 recava il principio per cui i servizi di biglietteria, vigilanza e pulizia potessero essere affidati con un unico affidamento assieme alle altre tipologie di attività. A fronte delle difficoltà applicative dell'istituto, il legislatore<sup>(44)</sup> interveniva nuovamente sulla materia con l'approvazione del Codice dei beni culturali (D.Lgs. n. 42 del 2004)<sup>(45)</sup>. Con l'occasione, veniva definitivamente chiarito il rapporto tra servizi di assistenza culturale e ospitalità per il pubblico<sup>(46)</sup> (che con la novella del Codice nel 2008 diventano "servizi per il pubblico") e valorizzazione<sup>(47)</sup>, rispetto alla quale i primi diventano una delle forme possibili<sup>(48)</sup>.

Le modalità di gestione della valorizzazione<sup>(49)</sup> diretta, (attraverso le strutture interne all'amministrazione, anche nella forma degli affidamenti in house<sup>(50)</sup>) e indiretta, (attraverso l'istituto della concessione a terzi) devono utilizzarsi dunque per l'affidamento dei servizi per il pubblico. Peraltro, com'è stato osservato ciò non ha eliminato la specificità dei servizi per il pubblico nel più generale quadro delle attività di valorizzazione<sup>(51)</sup>.

Qualche anno più tardi, con l'art. 14, D.L. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 novembre 2007, n. 222, veniva invece codificato il principio della integrazione sia tra i servizi di cui all'art. 117 del Codice che tra i servizi erogati da diversi istituti culturali, con l'obiettivo (condivisibile) di ottenere un risparmio di risorse, ma anche di migliorare l'efficienza nell'erogazione del servizio. In questo contesto generale, si inserivano i lavori della Sottocommissione 4 Programmazione e gestione delle attività di valorizzazione. I servizi aggiuntivi, nell'ambito dei lavori della Commissione incaricata di elaborare una proposta per la definizione dei livelli minimi uniformi di qualità della valorizzazione istituita ai sensi del D.M. 1° dicembre 2006<sup>(52)</sup> All'esito dei lavori, la Commissione evidenziava sostanzialmente due punti. In primo luogo, le attività ascrivibili alla nozione di servizio per il pubblico appartengono a tre tipologie differenti: a) attività economiche di per sé libere e suscettibili di costituire oggetto di contratti tra P.A. ed amministrazione (ad esempio una parte della gestione delle librerie, ma anche la ristorazione, b) attività strumentali o di supporto (biglietteria, pulizia, informazione, guardaroba); c) altre attività che, in

ragione della prevalente finalità culturale, sono ascrivibili alla concezione di servizio pubblico (e dunque oggetto di concessione).

Il diverso regime giuridico è, d'altra parte, la logica conseguenza dell'ontologica diversità delle attività, sia sotto il profilo degli investimenti richiesti per la loro attivazione che della diversa ripartizione del rischio di impresa. Lo stesso art. 14 della L. n. 159 del 2007 rinviava ad una disciplina puntuale delle modalità di affidamento, adottata poi con il D.M. 29 gennaio 2008, anche in accoglimento degli spunti e delle osservazioni della IV Sottocommissione di cui si è detto.

All'art. 3 (comma 4) del decreto vi è un riferimento esplicito, in particolare, all'integrazione dei servizi (v. infra) ed all'affidamento degli stessi a privati attraverso concessione. Al comma 5, si prevede, poi, esplicitamente che l'integrazione orizzontale tra diverse tipologie di servizi potesse essere estesa anche ai servizi di pulizia, di vigilanza, di custodia e di biglietteria. Al di fuori di tali ipotesi, invece, i suddetti servizi dovevano essere affidati attraverso le procedure previste per l'appalto di servizi (v. anche infra). Il D.M. 2008 introduceva, inoltre, un ulteriore elemento di novità con particolare riguardo alla relazione tra amministrazioni culturali e imprese private. Nel mutato contesto normativo, da mero esecutore di una prestazione contrattuale per conto dell'amministrazione in cambio di una remunerazione economica, il privato diventava partner dell'istituzione culturale, con la quale collabora per la migliore qualità dell'offerta culturale<sup>(53)</sup>. Ciò si evinceva, in particolare, dalla possibilità che il concessionario potesse proporre progetti migliorativi (comma 3, art. 5), il cui senso era quello di garantire la necessaria flessibilità al sistema, ma emergeva anche dalla possibilità di utilizzare come forma di selezione quella del dialogo competitivo (comma 5, art. 5). È chiaro, peraltro, che l'ipotesi ordinaria rimaneva quella della gara sulla base di un progetto elaborato dall'amministrazione, che può essere eventualmente integrato dai concorrenti in sede di gara. Ad ogni modo, il tratto più caratterizzante della disciplina dettata dal D.M. 2008 rimaneva l'affermazione del principio di integrazione tra servizi della stessa istituzione culturale e tra servizi di diverse istituzioni culturali nello stesso ambito territoriale, in modo da consentire all'amministrazione di relazionarsi con un interlocutore unico. D'altra parte, l'eccessiva concentrazione degli affidamenti avrebbe potuto determinare uno strapotere delle imprese, laddove invece il frazionamento degli affidamenti avrebbe contribuito a stimolare la necessaria concorrenza di un settore, altrimenti riservato a pochi grandi.

All'art. 5 del D.M. venivano invece disciplinate le procedure di affidamento: procedura aperta, dialogo competitivo e project financing; le ultime due subordinate rispettivamente al parere o all'autorizzazione della direzione generale bilancio, per ipotesi di complessità tale da richiedere l'apporto collaborativo del privato fin dalla definizione del progetto di valorizzazione.

Per altro verso, il D.M. 2008 cercava di ovviare alla confusione di ruoli (di indirizzo, vigilanza e controllo<sup>(54)</sup> per il pubblico e di gestione per il privato) e responsabilità, che ha rappresentato, come si sa, una delle cause principali dell'incerta applicazione della disciplina dei servizi per il pubblico. Non può non ricordarsi, infatti, come tra le principali criticità più volte richiamate, vi fosse proprio la conflittualità tra gli attori coinvolti ed il contenzioso che ne è seguito, con riguardo in particolare alla durata degli affidamenti, all'adempimento degli obblighi contrattuali da parte del concessionario ed alla programmazione della valorizzazione<sup>(55)</sup>.

L'art. 7, comma 1 disponeva, in proposito, che i singoli capi di istituto, i direttori regionali o la direzione generale per il bilancio e la programmazione economica, la promozione, la qualità e la standardizzazione delle procedure potessero, in ogni momento, procedere o disporre esami, ispezioni, verifiche, accessi o quanto altro utile al fine di accertare il livello di qualità dei servizi erogati e la buona conduzione del servizio da parte del concessionario, senza pretesa alcuna di rimborso o risarcimento da parte del concessionario stesso. Con l'obiettivo di semplificare l'applicazione delle disposizioni da ultimo richiamate, veniva emanata la circ. 23 marzo 2009, n. 49, con annesse linee guida relative alle procedure di affidamento dei servizi di assistenza al pubblico. In primo luogo, con le linee guida si precisava il senso della previsione normativa che prevedeva l'integrazione tra i servizi nel duplice senso sopra richiamato (verticale tra più servizi e orizzontale rispetto a più istituzioni culturali).

L'integrazione non è, si precisava, il risultato di un obbligo imposto in via legislativa, quanto la conseguenza di valutazioni amministrative discrezionali. Diversamente ragionando, si imporrebbero alle istituzioni culturali scelte potenzialmente non convenienti, in palese contrasto con la ratio delle norme in materia. Tale impostazione viene poi confermata dal dettato normativo, attraverso l'abrogazione dell'art. 14, D.L. n. 159 del 2007, ad opera dell'art. 8, D.L. n. 64 del 30 aprile 2010 conv. in L. 100 del 20 giugno 2010. L'affermazione in linea di principio dell'affidamento integrato dei servizi può incidere, semmai, sulla sindacabilità delle scelte compiute dalle istituzioni culturali, sulla concreta lesività della decisione assunta e, conseguentemente, sull'idoneità soggettiva dell'impresa a proporre l'impugnativa (sul presupposto della gamma di servizi che la stessa è in grado di offrire<sup>(56)</sup>). L'integrazione deve infatti ritenersi preferibile, laddove ciò si riveli più conveniente da un punto di vista gestionale, all'esito dell'istruttoria svolta dalla P.A. Si tratta anche in questo caso di una contraddizione non solo apparente della disciplina dei servizi aggiuntivi che, alla flessibilità più volte invocata contrappone regole puntuali che intendono orientare la discrezionalità amministrativa. In ogni caso, prima di verificare la convenienza sul piano gestionale ed economico di un'eventuale integrazione dei servizi, le istituzioni culturali dovranno stabilire quali servizi attivare (se quelli strettamente legati alla fruizione) o invece anche quelli funzionali ad un più ampio progetto di valorizzazione; ciò sulla base di alcuni criteri generali indicati dalla stessa circolare (superamento del frazionamento in un'ottica di efficienza e di conseguimento di adeguate dimensioni gestionali)<sup>(57)</sup>.

La circolare del 2009 ha dunque rappresentato una significativa inversione di rotta rispetto al D.M. 2008, segnando il passaggio da un'impostazione propriamente regolativa ad una amministrativa, che avrebbe dovuto lasciare maggior spazio all'autonomia organizzativa ed alla definizione di progetti specifici e calibrati sulle diverse realtà<sup>(58)</sup>. Ancora. La circolare si richiamava ad un principio di flessibilità e differenziazione, laddove imponeva di individuare i servizi da affidare sulla base di una puntuale analisi di contesto, guardando a flussi turistici, disponibilità finanziarie esterne, collegamenti con altri eventi culturali e non ultima la praticabilità di accordi con altri soggetti ex art. 112 del Codice. Si precisava, in particolare, come la gestione diretta rappresentasse la scelta più efficiente nelle ipotesi in cui i siti culturali non potessero essere inseriti in un più ampio circuito di visita, tale da richiamare adeguati flussi turistici e per i quali fosse perciò ragionevole attivare solo i servizi minimi, utilizzando personale dell'amministrazione e magari prevedendo l'accesso gratuito (si v. invece infra). Con particolare riguardo alla relazione tra servizi aggiuntivi ed attività di valorizzazione, la circolare precisava come infine la gestione di tali servizi fosse subordinata ad un preventivo progetto di valorizzazione<sup>(59)</sup>.

È poi utile sottolineare come nella circolare fosse precisato che la bigliettazione di ingresso rappresentasse la parte più rilevante del flusso economico e che solo da un punto di vista formale si trovasse a non essere inclusa tra i servizi per il pubblico, rientrando in quelli di carattere strumentale, con la conseguenza che ben avrebbe potuto l'amministrazione scegliere di integrarla con i servizi per il pubblico in senso stretto (v. infra). In questo senso, la circolare disponeva che, laddove l'amministrazione intendesse procedere all'affidamento integrato, avrebbe dovuto valutare, in relazione ai richiamati dati di contesto, la praticabilità del modulo gestionale e la sua riconducibilità ad un unico rapporto di tipo concessorio.

Ciò sul presupposto che i servizi strumentali rappresentano un costo per l'istituzione culturale da corrispondere al concessionario. Pertanto nelle ipotesi in cui il costo di tali servizi (strumentali) sia superiore ai ricavi dei servizi aggiuntivi in senso proprio, l'amministrazione dovrà optare per modelli gestionali separati. Relativamente al tema della durata della concessione<sup>(60)</sup>, la circolare richiamata precisava, infine, che il limite temporale dei quattro anni, era superabile, sul presupposto del corretto adempimento dei propri doveri da parte del concessionario e del perdurante equilibrio economico del rapporto, in presenza di un solido apparato motivazionale e di valutazioni oggettive relative ad esempio alla necessità di cospicui investimenti da parte del concessionario (ad es. per l'apertura di nuovi spazi espositivi).

### **I servizi per il pubblico e le recenti riforme: tra autonomia e centralizzazione**

Di recente, il legislatore è tornato su questi temi nell'ambito delle riforme che hanno riguardato il settore del patrimonio culturale. Con l'art. 14, comma 2, D.L. n. 83 del 31 maggio 2014, conv. in L. 106 del 29 luglio 2014, in particolare, si prevede che istituti e luoghi della cultura dotati di autonomia speciale svolgono, di regola, in forma diretta i servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico di cui all'art. 117,

comma 2, lett. a) e g) del Codice, vale a dire il servizio editoriale e di vendita riguardante cataloghi e sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo e le riproduzioni di beni culturali (lett. a) e l'organizzazione di mostre<sup>(61)</sup> e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali (lett. g). La modifica appena richiamata ha il senso di limitare il ricorso all'istituto della concessione<sup>(62)</sup>, ma anche di ricondurre al pubblico attività essenziali alla nozione di valorizzazione in senso proprio.

Con l'art. 14, comma 2, il legislatore individua dunque a monte (per gli enti dotati di autonomia speciale) la gestione diretta come scelta più idonea, anche sul presupposto di un'adeguata dotazione di mezzi e personale che la rende finanziariamente più conveniente, oltre che di un'adeguata consistenza dei flussi di visitatori, in considerazione delle dimensioni e della rilevanza delle istituzioni culturali considerate.

Si tratta, come si vede, di un'inversione di rotta significativa rispetto al passato, quando il legislatore propendeva per un modello legale nel quale la singola istituzione culturale avrebbe dovuto valutare, in considerazione di alcuni elementi concreti, quali servizi istituire e come affidarli. Ciò rimane valido, invece, fuori dalle ipotesi degli istituti autonomi. Una volta individuati i servizi, l'amministrazione dovrà decidere se gestirli direttamente o indirettamente secondo quanto previsto dall'art. 115 del Codice, valutando la ricorrenza di presupposti di economicità e sostenibilità del modello di gestione previsto e più in particolare l'adeguatezza delle risorse interne sul piano scientifico, tecnico, organizzativo, contabile e finanziario.

È chiaro, peraltro, che la scelta del legislatore assume un peso assai rilevante, nel contesto generale dei servizi al pubblico, riguardando quelle istituzioni culturali rispetto alle quali la redditività dei servizi al pubblico, almeno su un piano teorico, è più significativa e rispetto ai quali perciò anche l'interesse dei privati potrebbe essere maggiore. Vi è, inoltre, nella disposizione citata un'ulteriore novità rispetto al passato, che presuppone l'opportunità di distinguere tra attività diverse e prevedere modelli di affidamento diversi. Anche l'accordo stipulato<sup>(63)</sup> dal Ministero con Consip S.p.a. (attraverso l'art. 16, comma 1, D.L. n. 78 del 19 giugno 2015, conv. in L. n. 125 del 6 agosto 2015)<sup>(64)</sup>, va interpretato nel senso di restituire all'amministrazione centrale le attività di progettazione scientifica e culturale, oltre che il compito di assicurare maggiore trasparenza alle procedure selettive per l'affidamento dei servizi e di ottenere un risparmio di spesa attraverso la concentrazione delle procedure in un unico soggetto.

La nuova concezione delle procedure per l'affidamento dei servizi prevede, poi, che le gare vengano bandite sulla base dei progetti culturali elaborati dai musei e dalle istituzioni culturali, che avranno anche il compito di stabilire quali servizi affidare all'esterno o quali gestire in house<sup>(65)</sup>. In una prospettiva più generale, il settore del patrimonio culturale è stato investito, come si sa, da un più ampio intervento di riforma, che in particolare attraverso il decreto del Ministro dei beni e delle attività

culturali del 23 dicembre 2014, ha consentito di ridisegnare struttura e funzioni dei musei(66), con alcune prescrizioni che inevitabilmente coinvolgono le questioni qui trattate. In particolare, un ruolo centrale viene assegnato al Direttore del museo, cui compete, per quanto qui interessa, l'elaborazione, sentito il direttore del Polo museale, "del progetto di gestione del museo comprendente le attività e i servizi di valorizzazione negli istituti e luoghi della cultura di competenza, ivi inclusi i servizi da affidare in concessione, al fine della successiva messa a gara degli stessi.

Al Consiglio di amministrazione, presieduto dal Direttore, (art. 11) spetta, invece, l'approvazione degli strumenti di verifica dei servizi affidati in concessione rispetto ai progetti di valorizzazione predisposti dal direttore del museo, monitorandone la relativa applicazione. Parallelamente, i direttori dei Poli museali regionali elaborano ed approvano, previo parere della Direzione generale Musei, i progetti relativi alle attività e ai servizi di valorizzazione, ivi inclusi i servizi da affidare in concessione, al fine della successiva messa a gara degli stessi.

Con riguardo invece all'amministrazione centrale, il D.P.C.M. n. 171/2014 assegna alla Direzione generale musei (art. 20) "funzioni di indirizzo e controllo in materia di valorizzazione del patrimonio culturale statale, individuando gli strumenti giuridici adeguati ai singoli progetti di valorizzazione ed alle realtà territoriali in essi coinvolte.

La Direzione, prosegue l'art. 20, cura il coordinamento con le Regioni e con gli altri enti pubblici e privati interessati ed offre il necessario sostegno tecnico-amministrativo per l'elaborazione dei criteri di gestione, anche integrata, delle attività di valorizzazione, ai sensi degli artt. 112 e 115 del Codice; elabora linee guida, in conformità con i più elevanti standard internazionali per la individuazione delle forme di gestione delle attività di valorizzazione ai sensi dell'art. 115.

Alla Direzione musei, compete, inoltre, assicurare "il supporto per la predisposizione e l'aggiornamento periodico dei livelli minimi uniformi di qualità dei servizi resi dall'amministrazione, al monitoraggio ed alla revisione della Carta dei servizi, anche con riguardo ai servizi per il pubblico, resi in tutti gli istituti ed i luoghi della cultura dipendenti dal Ministero". È chiaro che quanto detto incide, ad esempio, sul tema dell'integrazione dei servizi al pubblico su base territoriale. In questo caso, infatti, possono darsi diverse ipotesi, a seconda che i servizi debbano essere affidati da un'istituzione dotata di autonomia speciale o invece un'istituzione che afferisce ad un Polo museale regionale. Nel primo caso, infatti, le scelte strategiche rispetto all'erogazione di servizi al pubblico saranno compiute dal direttore del museo; dal direttore del Polo, nel secondo. In entrambi i casi, rimane invece fermo il ruolo della Direzione centrale musei, come sede deputata all'esercizio dei poteri di indirizzo anche rispetto alla definizione di criteri e modalità di gestione e di coordinamento delle diverse competenze, oltre che di verifica della qualità dei servizi erogati. Dal grado di effettività di questo coordinamento dipende, rispetto ai profili qui considerati, la tenuta del disegno organizzativo delineato dalla riforma. Per un verso, dunque, la riforma ha inteso garantire maggiore autonomia ai musei, attribuendo centralità al

ruolo dei Direttori, coerentemente con l'esigenza di differenziazione e flessibilità richiesta dal sistema. D'altro canto, la "centralizzazione" dei musei(67), realizzata attraverso l'attribuzione alla Direzione musei di funzioni decisive, rappresenta il necessario contrappeso all'autonomia riconosciuta alle istituzioni culturali, rispetto a profili cruciali, quale quello dei servizi al pubblico, ma più in generale della relazione pubblico privato, al fine di verificare contenuti, ambiti e modalità della cooperazione.

### **Il regime giuridico dei servizi per il pubblico: tendenza all'omogeneità e necessarie differenziazioni**

Come si è ricordato, una delle caratteristiche principali dei servizi per il pubblico è l'eterogeneità delle attività ad essi riconducibili(68), con le conseguenze che ne derivano in termini di individuazione del regime applicabile. Si è già detto anche di come la progressiva estensione della nozione(69) abbia di fatto comportato la riconduzione ad un unico istituto di attività fortemente diverse le une dalle altre (assimilabili a servizi pubblici o ad attività strumentali della pubblica amministrazione e ad attività economiche). Ne è derivata, specie in dottrina, la prospettazione di inquadramenti diversi(70): a) appalto pubblico di servizi(71) (per le attività di pulizia, vigilanza e biglietteria); b) concessione di beni pubblici, strumentali all'erogazione di un servizio (e dunque mista(72), ad esempio per la gestione dei punti vendita o delle biblioteche); c) concessione di servizi pubblici (ad esempio per l'organizzazione delle mostre e in generale per le attività promozionali)(73).

La disciplina normativa dell'istituto non prevede, invece, modalità di affidamento differenziate, prevedendo un regime omogeneo a prescindere dalle specificità delle attività da affidare(74), qualora l'amministrazione dovesse optare per la gestione integrata, nel qual caso il regime concessorio eserciterebbe una sorta di attrazione nei confronti delle attività strumentali. Ciò è il risultato, in parte, della volontà del legislatore di privilegiare il rapporto concessorio in ragione della sua specificità, tale da consentire al privato margini di profitto maggiori, correlati al rischio di impresa assunto ed agli investimenti necessari per la realizzazione di iniziative gestionali di livello qualitativo apprezzabile(75).

Sul tema della natura dei servizi aggiuntivi e sul relativo regime giuridico, si era pronunciata la Corte di Cassazione con l'ord. n. 12252 del 29 maggio 2009(76).

Nell'impianto del Codice, premetteva la Corte, i servizi per il pubblico sono ricondotti alle attività di valorizzazione, con la conseguenza che occorrerà ricorrere agli istituti per quella pensati ed in particolare alla concessione di servizio pubblico(77). Esaminando nella loro essenzialità i servizi aggiuntivi, si rileva, proseguiva la Corte, che essi costituiscono una modalità, un completamento della fruizione del bene culturale. "L'amministrazione, cui il bene culturale appartiene, ammettendo il pubblico alla sua fruizione, eroga agli utenti un servizio, non diverso da quello dell'istruzione. Trasferendo al privato la messa a disposizione (degli utenti) di servizi, integrativi di quello della fruizione del bene culturale e che potrebbe rendere la stessa P.A., concede il pubblico servizio al privato terzo. Sulla base di tali considerazioni, si

deve ritenere che trattasi di concessione di pubblici servizi, senza confondere le regole disciplinatrici del procedimento di scelta del contraente, con quelle di qualificazione dell'oggetto e della natura del contratto".

D'altronde, l'interpretazione seguita dalla Corte di cassazione pare in linea con i principi del diritto comunitario in materia di appalti e concessioni.

Per l'ordinamento comunitario(78) "la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi (per il resto accomunati sia dall'identica qualificazione in termini di "contratti" che dall'omologia dell'oggetto materiale dell'affidamento) è netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti(79); non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione; non determina, infine, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario. In relazione a quest'ultimo punto, va osservato che se l'amministrazione non paga alcun prezzo, deve escludersi che possa configurarsi un appalto di servizi ai sensi del diritto comunitario(80).

Tale interpretazione trova conferma anche nell'art. 117, comma 5 che fa espresso riferimento alla riscossione di canoni di concessione.

Quella della Corte sarebbe, in fin dei conti, una forzatura interpretativa che intende ricondurre ad un'unità la frammentazione.

Più di recente la Corte di cassazione è tornata sul tema (SS.UU., 9 dicembre 2015, n. 24824), per precisare, come in ipotesi di affidamento integrato di servizi di assistenza in senso proprio e servizi strumentali, le due diverse attività sono riconducibili rispettivamente all'istituto della concessione di servizio pubblico e dell'appalto di pubblico servizio. Tuttavia, come già osservato nell'ordinanza prima richiamata, anche in considerazione del principio di unitarietà della giurisdizione e di concentrazione dei giudizi, può ricorrersi al criterio della prevalenza dell'attività svolta e quindi ricondurre le diverse attività affidate in forma integrata all'unico rapporto concessorio(81). Nello stesso senso, si era espresso il Consiglio di Stato (Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19), ribadendo come, sia nell'art. 115 sia nell'art. 117 del Codice, si parli di forma integrata con riferimento alla "gestione", ossia con riguardo non al dato procedurale della gara, bensì alla modalità di svolgimento dei servizi, in esecuzione di un rapporto di carattere unitario.

### **La visione unitaria dei servizi per il pubblico nella pronuncia del Cons. Stato n. 5773 del 2017**

La pronuncia in commento presenta non pochi motivi di interesse. Il primo risiede certamente nell'oggetto. Il Colosseo rappresenta, infatti, l'emblema stesso di Roma e il mito che lo avvolge lo ha reso il monumento più visitato di Italia. Per questo le problematiche legate alla sua fruizione e valorizzazione(82) assumono ancor più rilevanza, in rapporto alle altrettanto delicate esigenze di tutela.

La vicenda ha ad oggetto una procedura di affidamento bandita da Consip S.p.a., in esecuzione del disciplinare sottoscritto con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT), nell'ambito delle attività di supporto alle amministrazioni assegnate dall'art. 16, comma 1, D.L. n. 78 del 2015 (convertito con L. n. 125 del 2015). Il bando pubblicato sulla G.U.R.I. 15 febbraio 2017, n. 19, riguardava una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza presso i siti del Colosseo, Foro Romano-Palatino e Domus Aurea, della durata di 48 mesi, suddivisa in 2 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore complessivo di euro 45.000.000.

La società D'Uva S.r.l., operante nel settore dei servizi di guida e di informazione ai visitatori dei luoghi di interesse artistico e culturale, anche mediante la progettazione, la realizzazione e la diffusione di sistemi multimediali, impugnava, sul presupposto della immediata lesività, il bando, il disciplinare e la lex specialis di gara (relativamente al lotto 1, servizi di biglietteria). Sostiene, in particolare, la ricorrente che oggetto della procedura di affidamento non sarebbe soltanto il servizio di biglietteria ma anche altre attività riconducibili ai servizi per il pubblico di cui all'art. 117 del Codice<sup>(83)</sup>.

Secondo la ricorrente, ciò comporterebbe una violazione della normativa che assegna un valore centrale al servizio al pubblico e non servente rispetto a quelli di biglietteria e vigilanza, come viceversa appare dalla lettura dei documenti di gara.

Ancora. Nella ricostruzione della ricorrente pare ribaltato il principio per cui i servizi di assistenza vanno affidati mediante concessione, laddove invece i servizi strumentali seguono il regime dell'appalto di servizi.

Non ultimo, il criterio della prevalenza opera nel senso di consentire l'affidamento in forma integrata e dunque in regime di concessione dei servizi strumentali rispetto a quelli più propriamente di assistenza e non viceversa, come invece avvenuto nel caso in esame, in cui si utilizza (per i servizi complessivamente considerati) la forma dell'appalto di servizi.

Insiste la ricorrente, osservando come la procedura richiamata abbia di fatto inficiato le reali potenzialità di valorizzazione del sito, attraverso lo stravolgimento del modello legale, sottraendo servizi tipicamente attinenti alla valorizzazione propriamente intesa (come quelli di guida ed assistenza didattica) al mercato delle imprese operanti in questi ambiti. In particolare, le censure proposte dalla ricorrente riguardano tre profili. In primo luogo, il Ministero avrebbe delegato a Consip non solo lo svolgimento della gara, ma anche l'individuazione delle esigenze da soddisfare attraverso la definizione dell'oggetto contrattuale, con ciò rinunciando al proprio ruolo.

In secondo luogo, sarebbe stato violato l'art. 103 del Codice dei beni culturali, nella misura in cui la retribuzione dei servizi resi dall'appaltatore pare svincolato dalla vendita dei biglietti.

In terzo luogo, come si anticipava, risulterebbe stravolto il modello legale definito agli artt. 115 e 117, che in materia di servizi al pubblico prevede che la gestione indiretta avvenga mediante lo strumento della concessione, perché il trasferimento dei rischi in capo al concessionario rappresenta una sorta di incentivo per la messa a punto di strumenti gestionali effettivamente in grado di migliorare la valorizzazione dei siti.

Viene poi dedotto il vizio di carenza di istruttoria rispetto alla definizione dei prezzi per la fornitura dei supporti necessari allo svolgimento delle attività di video guida.

A fronte del rigetto da parte del Tar dell'istanza cautelare, la ricorrente otteneva parziale accoglimento del ricorso, con l'ord. 25 maggio n. 2214 del Consiglio di Stato.

A fronte dell'inottemperanza di Consip S.p.a., la ricorrente proponeva poi ricorso al Cons. Stato, che, con ordinanza n. 2866 del 6 luglio 2017, accoglieva la domanda di esecuzione, precisando che "i chiarimenti della Consip risultano in parte elusivi dell'ord. n. 2214 del 2017 della Sezione, laddove ricomprendono il "servizio di fornitura, vendita e gestione di radioguide, audio guide/video guide" ed il "servizio di vendita e gestione delle visite guidate" nell'ambito del servizio di biglietteria". La procedura avrebbe dovuto dunque continuare per il solo servizio di biglietteria.

Di diverso avviso il T.A.R. Lazio, (sent. 7 luglio 2017, n. 8009), secondo cui l'oggetto dell'appalto non eccedeva il perimetro dei servizi di biglietteria, dal momento che l'amministrazione avrebbe inteso includere la fornitura dei supporti, vale a dire dell'hardware, delle audio-guide e video-guide e tale scelta sarebbe compatibile con il quadro normativo in materia, trattandosi di un servizio strumentale e non aggiuntivo.

Contro la decisione del Tar, la società D'Uva S.r.l. proponeva ricorso al Consiglio di Stato che, con decreto monocratico del 27 luglio 2017, n. 3186, adottato inaudita altera parte, accoglieva l'istanza cautelare della ricorrente, inibendo la presentazione delle offerte di gara fino al 7 settembre, data della camera di consiglio.

Alla base della decisione in commento è, dunque, la qualificazione delle attività dedotte nell'oggetto dell'appalto come servizi al pubblico ai sensi dell'art. 117, dal momento che da tale qualificazione deriva il regime giuridico applicabile (appalto di servizi o concessione di servizio pubblico). Dalla lettura del capitolato<sup>(84)</sup> emergono due aspetti degni di nota. In primo luogo, i servizi di noleggio e vendita di audio-guide dedotti nell'appalto difficilmente sarebbero configurabili, come pure prospettato da Consip s.p.a., come meri "sotto servizi" di carattere operativo al servizio (principale) di biglietteria. Tali attività devono infatti ricondursi ai servizi di assistenza riconducibili all'elenco di cui all'art. 117, con ciò che poi ne consegue. Il secondo aspetto riguarda la circostanza che il capitolato tecnico non si limita a prevedere la vendita di detti servizi, ma anche la relativa gestione, "ossia un intervento organizzativo incompatibile con l'autonomia operativa e gestionale del concessionario". L'argomento è decisivo, perché incide negativamente sulla possibilità per le imprese interessate di partecipare ad eventuali successive concessioni dei servizi in questione e di poter liberamente ed autonomamente organizzare la gestione del

servizio(85). L'assunzione del rischio di impresa dovrebbe infatti almeno avere come contropartita per il concessionario(86) la piena disponibilità dei poteri di organizzazione, che in questo caso appaiono invece fortemente limitati da quelli dell'appaltatore(87), che tra l'altro appartiene ad un settore diverso (vendita di servizi di biglietteria).

La considerazione, poi, che il contenuto culturale delle visite guidate, il software delle audio -guide o il personale incaricato dell'erogazione del servizio, non rientrino nell'oggetto dell'appalto sembra privo di adeguato rilievo se, come sembra, tali attività non acquistano nel dettato normativo autonoma rilevanza, né concettualmente appaiono scorporabili dal resto in un "rapporto concessorio naturaliter esclusivo".

Sulla base di tali elementi, correttamente, il Consiglio ritiene fondato il nucleo centrale delle censure, volto a stigmatizzare l'avvenuto asservimento dei servizi di valorizzazione rispetto ai servizi strumentali di biglietteria, in antitesi all'opzione suggerita dal legislatore, che considera invece centrale il momento della valorizzazione, integrabile con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria, in una visione unitaria e universale dei servizi per il pubblico, da affidare con il modello concessorio, anche nel rispetto dei principi di economicità e semplificazione delle procedure(88).

### **Servizi per il pubblico e collaborazione pubblico privato: prove di (ri)composizione di interessi eterogenei**

A venticinque anni dalla loro introduzione attraverso la l. Ronchey è da chiedersi se le premesse iniziali dell'istituto siano rimaste immutate. I servizi aggiuntivi nascevano, come ricordato, da un lato, per implementare l'offerta culturale di musei e luoghi della cultura, ampliandone la fruizione e consentendo alle imprese di trarre qualche profitto ed alle amministrazioni di recuperare risorse(89), ma anche (o maggior ragione) per sperimentare forme di collaborazione con il privato per la realizzazione di nuovi modelli di gestione del patrimonio culturale(90).

L'intenzione del legislatore era, infatti, trasferire all'esterno tutte quelle attività che investono le relazioni del museo con il proprio pubblico (la fruizione), ma anche (progressivamente) parte di quelle che riguardano le politiche di valorizzazione in senso proprio (le mostre), e il marketing (le iniziative promozionali e pubblicitarie, le operazioni di prevendita e prenotazioni dei biglietti) per un'offerta culturale complessiva più adeguata ai tempi moderni(91). In questo senso, l'istituzione dei servizi aggiuntivi si inserisce nel più ampio fenomeno che viene descritto "come spostamento graduale del visitatore dalla periferia al centro della pratica museale"(92). Una progressiva attenzione al pubblico derivante, peraltro, non soltanto da un mutamento di prospettiva quanto piuttosto dalla necessità di rendere i musei più attrattivi per i visitatori e indirettamente per i privati(93).

Se, dunque, una delle tendenze più evidenti della disciplina del patrimonio culturale degli ultimi anni è il progressivo aumento della domanda di fruizione, al tempo stesso

l'acquisita consapevolezza della redditività dei beni culturali impone una torsione stessa della nozione di bene culturale come bene di fruizione, nella misura in cui lo sfruttamento commerciale rischia di diventare non completamente compatibile con la destinazione dei beni culturali a servizio del pubblico(94). In questo senso, non v'è dubbio che i servizi al pubblico rimangono un interessante campo di osservazione delle trasformazioni del sistema del patrimonio culturale, del quale mostrano con estrema chiarezza uno dei tratti caratterizzanti. La molteplicità e (non di rado) conflittualità degli interessi coinvolti(95), quello (pubblico) alla destinazione di servizio pubblico del patrimonio culturale e quello (privato) allo sfruttamento commerciale, per quanto qui interessa(96).

Non sempre tali interessi si muovono nella stessa direzione; anzi, non di rado, la soddisfazione dell'uno si oppone ad una piena realizzazione dell'altro. In questo senso, allora, gli strumenti di collaborazione tra pubblico e privato, sia di tipo consensuale (accordi e forme contrattuali) che strutturale (partecipazione a soggetti a composizione mista) dovrebbero diventare la sede ideale di composizione di interessi contrapposti.

La garanzia dell'equilibrio, senza il quale la collaborazione non funziona e finisce inevitabilmente per sbilanciarsi verso una delle due parti, compete, almeno nelle linee essenziali, al legislatore.

Sul punto, pare doversi osservare come l'introduzione dei servizi aggiuntivi sia stata accompagnata, almeno nelle fasi iniziali, da un progressivo sbilanciamento verso il privato, rispetto al quale il pubblico non si è dimostrato capace di assolvere la propria funzione di soggetto programmatore e garante delle regole prima e controllore poi(97), con le conseguenze che si sono ricordate. Troppo spesso, infatti, le riforme consistono in buone idee senza una verifica di fattibilità ex ante e soprattutto di verifica ex post dei risultati(98). Se dunque i servizi per il pubblico potevano inserirsi in quella che è stata definita la rivoluzionaria "scoperta del pubblico"(99), in grado di produrre benefici per tutti gli attori coinvolti, occorre concludere che tale rivoluzione ad oggi non si è ancora compiutamente realizzata. Le riforme realizzate negli ultimi anni, per quanto qui rapidamente accennato e per ciò che concerne in particolare il tema della governance dei musei, mostrano, invece, segnali incoraggianti.

Si muove dall'assunto della necessaria centralità del pubblico, per distinguere funzioni (pubbliche) di regolazione e controllo da funzioni di gestione (eventualmente delegabili al privato), in un'ottica di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale. Su queste premesse è possibile, dunque, rifondare strumenti, contenuti e regole della collaborazione tra pubblico e privato "nel nuovo mondo in cui dimensioni sovranazionali, trasformazioni tecnologiche e il rapporto con i privati e più in generale i soggetti della società civile aprono inediti scenari"(100).

(1) Si rinvia, in proposito, alle considerazioni svolte nei diversi contributi pubblicati su [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2008.

(2) M. Cammelli, Musei e servizi di accoglienza. Ovvero: come due cose sbagliate non facciano una cosa giusta, in [www.aedon.muliono.it](http://www.aedon.muliono.it), 2/2008.

(3) Sui termini generali e sulla nozione di valorizzazione si vedano tra gli altri: L. Bobbio, (a cura di), *Le politiche dei beni culturali in Europa*, Bologna, 1992; L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 651 ss.; Id., *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in questa Rivista, 2005, 98-104; S. Cassese, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in questa Rivista, 1998, 673 ss.; L. Degrassi, (a cura di), *Cultura e Istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008; F. Merusi, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, 1 ss. G. Sciullo, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?*, in [www.aedon.mulino](http://www.aedon.mulino), 2/2006.

(4) Sul tema, si v. L. Casini, *Pubblico e privato*, cit.

(5) Si v., in proposito, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 108 ss.

(6) F. Merusi, *Pubblico e privato*, cit., 1-2.

(7) S. Cassese - L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 81.

(8) Sul tema, si v., in particolare, F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 138; S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss.; M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 173; M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; F. Merusi, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, *Le Regioni*, 2004, 274-275; G. Rossi, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Dir. pubbl.*, 1998, 663. Si v., in proposito, anche il documento di Confindustria in collaborazione con Confcultura, *La valorizzazione della cultura tra stato e mercato*, Roma, 2008, VII, in <http://www.confcultura.it/pdf/205.pdf>.

(9) Cfr., F. Merusi, *Pubblico e privato*, cit., 6.

(10) Distingue, in particolare, tra valorizzazione economica e valorizzazione scientifica, R. Capelli, *Politiche e poietiche per l'arte*, Milano, 2002, 144-148.

(11) Si rinvia, in proposito, a M.S. Giannini, *I beni culturali*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 1033, che evidenziò i tratti distintivi della categoria dei beni culturali, precisando "il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza ma in quanto bene di fruizione".

(12) È chiaro, peraltro, che le attività riconducibili ai servizi aggiuntivi potevano essere già svolte dalle amministrazioni attraverso l'istituto dell'appalto di servizi e che l'introduzione della disposizione richiamata, ha principalmente carattere simbolico e di opposizione alle resistenze delle amministrazioni stesse. Cfr., M. Cammelli, Decentramento ed outsourcing nel settore della cultura: il doppio impasse, in *Dir. pubbl.*, 2002, 270.

(13) 1. Presso gli istituti di cui all'art. 3 sono istituiti i seguenti servizi aggiuntivi, offerti al pubblico a pagamento:

a) servizio editoriale e di vendita riguardante le riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi ed altro materiale informativo;

a-bis) servizi riguardanti i beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito nell'ambito del prestito bibliotecario;

b) servizi di caffetteria, di ristorante, di guardaroba e di vendita di altri beni correlati all'informazione museale.

2. Il Ministro per i beni culturali e ambientali, sentito il Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali, fissa indirizzi, criteri e modalità per la gestione dei servizi, con regolamento da emanare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto;

3. La gestione dei servizi è affidata in concessione, con divieto di subappalto, dal soprintendente o dal capo di istituto competente tre offerte valide, a soggetti privati o ad enti pubblici economici, anche costituenti società o cooperativa;

4. La concessione ha durata quadriennale e può essere rinnovata per una sola volta.

5. I canoni di concessione e le altre somme derivanti dalla applicazione del presente articolo affluiscono ad apposito capitolo dello stato di previsione dell'entrata per essere riassegnati ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero per i beni culturali e ambientali, in misura non inferiore al 50 per cento del loro ammontare, alle soprintendenze per i musei e gli altri istituti di provenienza:

5 bis. Gli introiti previsti relativamente ai musei della L. 30 marzo 1965, n. 340, nonché del relativo regolamento di esecuzione approvato con decreto del Presidente della Repubblica 2 settembre 1971, n. 1249, affluiscono ad apposito capitolo dello stato di previsione dell'entrata per essere riassegnati ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero per i beni culturali e ambientali.

5 ter. Il Ministero per i beni culturali e ambientali può concedere l'uso dei beni dello Stato che abbia in consegna senza alcun'altra autorizzazione. I componenti organi del Ministero per i beni culturali e ambientali determinano il canone dovuto per l'uso dei

suddetti beni, che il concessionario deve versare prima dell'inizio dell'uso. Il soprintendente competente provvede al rilascio delle relative concessioni.

(14) Peraltro solo con l'emanazione del D.M. 24 marzo 1997, n. 139, contenente criteri, indirizzi e modalità di affidamento, le prime convenzioni venivano in effetti attivate.

(15) Il Regolamento emanato con D.M. 24 marzo 1997, n. 129 definiva invece indirizzi, criteri e modalità di istituzione e gestione dei servizi aggiuntivi nei musei e negli altri istituti del Ministero per i beni culturali e ambientali.

(16) Come si è osservato, tre sono gli elementi attorno ai quali si è costruita la trasformazione del settore pubblico, anche quello dei beni culturali, in una prospettiva derivante dalle politiche di New Public Management: autonomia, accountability e orientamento al mercato Cfr., L. Zan, *La gestione del patrimonio culturale. Una prospettiva internazionale*, Bologna, 2014, 29.

(17) L. Zan, *Conservazione e Innovazione nei musei italiani*, Milano, 1999, 3 ss.

(18) D. Jalla, *Il museo contemporaneo. Introduzione al nuovo sistema museale italiano*, Torino, 2003, 95. In proposito, tuttavia, occorre precisare che le politiche volte a migliorare la qualità dell'offerta delle istituzioni culturali dovrebbero muovere da una più puntuale analisi qualitativa e quantitativa dei visitatori, che, invece, in assenza di adeguati strumenti informativi (Osservatorio nazionale sui visitatori dei musei), rischia di essere parziale e di suggerire strategie non sempre del tutto efficaci. In tema, L. Solima, *Il pubblico dei musei. Indagine sulla comunicazione nei musei statali italiani*, Roma, 2000, [http://www.ufficiostudi.beniculturali.it/mibac/export/UfficioStudi/sito-UfficioStudi/Contenuti/Pubblicazioni/Volumi/Tutti-i-volumi/visualizza\\_asset.html\\_1124946180.html](http://www.ufficiostudi.beniculturali.it/mibac/export/UfficioStudi/sito-UfficioStudi/Contenuti/Pubblicazioni/Volumi/Tutti-i-volumi/visualizza_asset.html_1124946180.html); L. Solima - A. Bollo, *I musei e le imprese: indagine sui servizi di assistenza dei musei statali*, Napoli, 2002; e da ultimo, L. Solima, *Sui visitatori dei musei e la tirannia dei numeri*, *Il giornale delle fondazioni*, pubblicato il 15 gennaio 2018, <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/sui-visitatori-dei-musei-e-la-%E2%80%9Ctirannia-dei-numeri%E2%80%9D>.

(19) M. Montella, *Musei e beni culturali. Verso un modello di governance*, Milano, 2003, ristampa, 2005, 268.

(20) C. M. Golinelli, *La valorizzazione del patrimonio culturale. Verso la definizione di un modello di governance*, Milano, 2008, 134.

(21) Sul concetto di creazione di "valore" applicato al patrimonio culturale, ed in particolare sulla multidimensionalità del valore generato dalle istituzioni culturali, v. S. Baia Curioni, *I processi di produzione del valore nei musei*, [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2008.

(22) Sul tema, P. Bilancia, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, Milano, 2005.

(23) Così, T. Montanari, *Privati del patrimonio*, Torino, 2015, 158.

(24) Sul punto, M. Cammelli, *Decentramento ed outsourcing*, cit., 266.

(25) Cfr., L. Casini, *Todo es peregrino y raro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 987 ss. a proposito dell'opera di M. S. Giannini in materia di diritto dei beni culturali.

(26) Così la Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e la revisione del Ministero in base alla disciplina della revisione della spesa, presieduta da Marco D'alberti, la cui relazione finale è consultabile su [http://www.aedon.mulino.it/primopiano/relazione\\_finale\\_commissione\\_beni\\_culturali\\_2013.pdf](http://www.aedon.mulino.it/primopiano/relazione_finale_commissione_beni_culturali_2013.pdf).

(27) M. Cammelli, *Musei e servizi di accoglienza*, cit.

(28) Si v., in proposito, le considerazioni di S. Settis, *Italia s.p.a.*, Torino, 2002 e 2007, spec. 100-101.

(29) Si v. in particolare, *La gestione dei servizi aggiuntivi nei Musei e nei siti archeologici: l'applicazione della Legge Ronchey*, Primo rapporto Nomisma sulla Legge Ronchey, *Autonomia locale e servizi sociali*, 2000, 484 ss., in cui si evidenzia che solo il 26% al momento della rilevazione (2000) avevano stipulato convenzioni per l'affidamento di servizi aggiuntivi. Si tratta, peraltro, dei maggiori musei italiani. L'analisi mostrava però un dato interessante vale a dire che la spesa pro capite per i servizi aggiuntivi risultava essere più alta al Nord rispetto al Sud dove invece i flussi di visitatori e contestualmente le entrate derivanti dalla vendita dei biglietti di ingresso erano più elevate, con la conseguenza che il Sud rappresentava, sotto questo profilo, un'area territoriale dalle enormi potenzialità. Con riferimento, invece, alla tipologia di servizi affidati la libreria e la vendita di oggettistica risultavano presenti ovunque, come pure la biglietteria, mentre il servizio di ristorazione era quello meno diffuso.

(30) La letteratura economica in materia ha in particolare sottolineato la non prevalenza dei servizi aggiuntivi rispetto alle entrate dei musei, assestandosi tra il 2% ed il 10% delle entrate. Cfr., L. Harney, *Museums and the financial mission*, in K. Moore (ed.), *Museum Management*, Routledge, 1994, 135 e 136.

(31) In tema, S. Baia Curioni - L. Forti, *Note sull'esperienza delle concessioni per la gestione del patrimonio culturale in Italia*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 3/2009.

(32) Si v., in proposito, le considerazioni di C. Fuortes, *I servizi aggiuntivi nel sistema museale italiano. Vincoli attuali, obiettivi raggiunti e possibili sviluppi futuri*, *Economia della cultura*, 2, 1999, 197.

- (33) L. Covatta (a cura di), *I beni culturali tra tutela mercato e territorio*, Firenze, 2012, 69.
- (34) L'espressione è di D. Jalla, *Il museo contemporaneo*, cit., 94.
- (35) Per una puntuale analisi dell'evoluzione normativa dei servizi aggiuntivi si rinvia a G. Piperata, *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2008.
- (36) Si v., in proposito, il Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sui nuovi modelli organizzativi per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali del 2006, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 1/2002.
- (37) M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2007.
- (38) Cfr., R. Cappelli, *Il punto di vista delle imprese*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2008.
- (39) M. Cammelli, *Pubblico e privato nei beni culturali. Condizioni di partenza e punti di arrivo*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2007.
- (40) B. Zanardi, *Un patrimonio artistico senza*, Milano, 2013, 97.
- (41) M. Cammelli, *Pubblico e privato*, cit. Cfr., anche R. Capelli, *Politiche e poietiche*, cit., 105.
- (42) L'espressione è di M. Cammelli, *Collaborazioni pubblico privato e regole nella transazione*, in A. Quadro Curzio, M. Fortis, (a cura di), *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2000, 222.
- (43) In un certo senso anche curiosamente, dal momento che la destinazione pubblica è caratteristica intrinseca di ogni museo. Cfr., F. Merusi, *La disciplina giuridica dei musei nella Costituzione tra Stato e Regioni*, in G. Morbidelli, G. Cerrina Feroni, *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Torino, 2010, 28.
- (44) Sempre in un'ottica di rilancio delle politiche di fruizione delle istituzioni culturali si v. il D.M. 28 settembre 2005, n. 122 in materia di fissazione del prezzo di biglietto nei luoghi d'arte e la circolare 5 ottobre 2005.
- (45) Si v., in proposito, P. Carpentieri, *Commento agli artt. 115-117*, in a R. Tamiozzo, (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Commento coordinato*, Milano, 2005, 506 ss., P. Michiara, *Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 393 ss., M. Monteduro, *L'affidamento a terzi dei "servizi aggiuntivi" negli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 427 ss., S. Foa, *Art. 117*, in M. Cammelli (a cura di)

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Bologna, 2004, 459 ss., A.L. Tarasco, Commento all'art. 117, in G. Leone (a cura di), Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, a, Padova, Cedam, 2006, 737 ss., e D. Vaiano, Commento all'art. 117, in G. Trotta, G. Caia e N. Aicardi, (a cura di) Codice dei beni culturali e del paesaggio, in Le nuove leggi civili commentate, 2005, 1457 ss.

(46) Cfr. art. 117 Codice.

(47) Cfr. art. 111 del Codice, in materia di attività di valorizzazione.

(48) Ciò si deve, in particolare, al carattere aperto e dinamico della nozione di valorizzazione. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, in C. Barbati - M. Cammelli - L. Casini - G. Piperata - G. Sciullo, Diritto del patrimonio culturale, Bologna, 2017, 203.

(49) Cfr. art. 115 Codice dei beni culturali.

(50) È il caso, in particolare, di Ales S.p.a. società integralmente partecipata dal Ministero che svolge anche servizi museali. In generale sull'uso delle forme societarie nella gestione del patrimonio culturale, C. Barbati, Arcus s.p.a.: la ricerca di un nuovo soggetto per i beni e le attività culturali, in M. Cammelli, M. Dugato, (a cura di) Studi in tema di società a partecipazione pubblica, Torino, 2008; N. Torrepadula, Le società per la valorizzazione dei beni culturali, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 3/2001. Con la legge di stabilità 2016 Arcus è stata fusa per incorporazione ad Ales. Sul tema si v., inoltre, la pronuncia 15 ottobre 2009 causa C 196/08, Acoset, con cui si ammette la legittimità di affidamenti in house anche ad organismi a partecipazione pubblico privata, purché il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica. Per un commento alla pronuncia ed ai suoi risvolti con riguardo all'ambito dei servizi al pubblico, si v. G. Sciullo, Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2009. Sull'ambito di applicazione del modello in house con riguardo al settore del patrimonio culturale si v., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, e T.A.R. Lazio, Sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

(51) Sul punto, D. Vaiano, Art. 117, cit., 1459.

(52) La sintesi dei lavori della IV Sotto Commissione è disponibile su [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 2/2008. In generale sui lavori della Commissione, M. Montella - P. Dragoni (a cura di), Musei e valorizzazione dei beni culturali. Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione, Macerata, Bologna, 2010.

(53) G. Piperata, La nuova disciplina, cit.

(54) In particolare, sull'insufficienza dei controlli svolti dalle amministrazioni culturali, si v. i risultati dell'indagine svolta dalla Corte dei Conti, delibera 12 dicembre 2005, n. 25, Indagine sulla gestione sui servizi d'assistenza culturale e d'ospitalità per il pubblico negli istituti e luoghi di cultura dello Stato, su [http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/\\_documenti/controllo/sez\\_centrale\\_controllo\\_amm\\_stato/2005/delibera\\_25\\_2005\\_g\\_relazione.pdf](http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2005/delibera_25_2005_g_relazione.pdf), 34.

(55) Si v., in proposito, la sintesi dei lavori della IV Sottocommissione già richiamata.

(56) M. Lipari, I servizi per il pubblico negli istituti della cultura statali. Nuove linee guida del Ministero per i beni e le attività culturali, in G. Morbidelli - G. Cerrina Feroni, I musei, cit., 74.

(57) Si tratta, peraltro, di un principio in precedenza espresso dalla circ. n. 131 del 2005, secondo cui qualunque intervento dovrebbe seguire un'analitica istruttoria volta a fornire gli elementi conoscitivi necessari relativi al contesto di riferimento.

(58) Ancora M. Lipari, *ivi*, 75.

(59) M. Lipari, I servizi per il pubblico, cit., 71.

(60) Proprio la proroga delle concessioni aveva suscitato forti critiche. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, cit., 226.

(61) Sul tema, L. Casini, Ereditare il futuro, Bologna, 2016, 133-140.

(62) Sull'eccessivo ricorso alle concessioni, si era già espressa la Commissione D'Alberti, nella citata relazione 34-35.

(63) In base all'accordo sono stati individuati tre tipi di gare: la prima bandita a luglio 2015 per i servizi di pulizia, facchinaggio e manutenzione del verde; la seconda gara prevista per i primi mesi del 2016 riguarda l'attivazione di un sistema di biglietteria on line; il terzo tipo riguarda procedure aventi ad oggetto servizi per il pubblico.

(64) Art. 16 Misure urgenti per gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica. 1. Al fine di accelerare l'avvio e lo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di cui all'art. 117 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, presso gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica, nonché allo scopo di razionalizzare la spesa pubblica, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi, sulla base di apposite convenzioni per la disciplina dei relativi rapporti, di Consip S.p.a., anche quale centrale di committenza, per lo svolgimento delle relative procedure.

(65) Sul tema, L. Casini, Ereditare il futuro, cit., 137.

(66) Sul tema si v., C. Barbati, *Organizzazioni e soggetti*, in C. Barbati - M. Cammelli - L. Casini - G. Piperata - G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 121 ss.; L. Casini, *Il nuovo statuto giuridico dei musei italiani*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 3/2014; P. Forte, *I musei statali: un primo passo nella giusta direzione*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 1/2015.

(67) Cfr., L. Casini, *Learning by experience"? La riforma del ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 3/2017.

(68) Cfr., G. Piperata, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni: gli artt. 117 e 120*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 3/2008.

(69) Cfr., l'art. 117 del Codice.

"1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico.

2. Rientrano tra i servizi di cui al comma 1: a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro; f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali. 3. I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. 4. La gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall'articolo 115. 5. I canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti ai sensi dell'articolo 110". Il D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25, ha disposto (con l'art. 7, comma 5) che "Al fine di assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico istituiti presso gli istituti ed i luoghi della cultura ai sensi dell'articolo 117 del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, e di consentire il completamento della relativa attività istruttoria e progettuale avviata dal Ministero per i beni e le attività culturali, i rapporti comunque in atto relativi ai medesimi servizi restano efficaci fino alla loro naturale scadenza ovvero, se scaduti, fino all'aggiudicazione delle gare da bandirsi entro il 30 giugno 2010".

(70) Sul tema, M. Monteduro, *L'affidamento a terzi*, cit., par. 3, 456 ss. Si v., ancora i risultati dei lavori della IV Sottocommissione.

(71) Cfr., tra gli altri T. Alibrandi, I musei italiani tra pubblico e privato, in Foro amm., 1995, 2880; S. Foà, Art. 117, in M. Cammelli (a cura di) La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali, Bologna, 2004, 460. In questo senso anche Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 1995, n. 1532.

(72) L. Casini, La valorizzazione dei beni culturali, cit., 676.

(73) Cfr. M. Monteduro, L'affidamento a terzi, cit., 467 ss.

(74) Cfr., art. 117, comma 2 che rinvia alle forme di gestione previste dall'art. 115.

(75) In base all'art. 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, Codice dei contratti pubblici, con la concessione di servizi si riconosce "a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi".

(76) La pronuncia è commentata da G. Piperata, Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi della cultura, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 1/2010.

(77) Cfr., F. Merusi, La disciplina giuridica dei musei, cit., 27 ss.

(78) Ex multis, Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08. [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

(79) Così anche Cons. Stato 4 settembre 2012, n. 4682; Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(80) Cfr., ancora l'ordinanza della Corte.

(81) Cfr., anche le considerazioni de l'Autorità di vigilanza sui lavori, forniture e servizi, deliberazione n. 10 del 6 marzo 2013, "Gare per l'affidamento in concessione di servizi per il pubblico, ex art. 117 del Codice dei beni culturali e di servizi strumentali presso siti culturali nazionali, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

(82) Cfr., ancora R. Cappelli, Politiche e poietiche, 126-131.

(83) Si tratta, in particolare, delle attività di supporto gestionale e di tesoreria; servizio di gestione postazioni di vendita sui siti; servizio di fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide/video-guide; servizio di gestione delle code; servizio di supporto ai controlli di sicurezza; servizio informazioni; servizio di vendita e gestione delle visite guidate; servizio di controllo accessi e uscite; servizi di biglietteria off site; servizio di gestione gruppi. Per la documentazione di gara, <http://consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-biglietteria-e-vigilanza-colosseo-palatino-foro-romano-e-domus-aurea>.

(84) Più nello specifico, l'art. 7.6 (Servizio informazioni) precisa, per quanto qui interessa, che "Il servizio consiste nella erogazione di informazioni ai visitatori nei Siti del Colosseo e del Foro romano-Palatino. Le informazioni saranno erogate sia dal personale operativo previsto nell'appalto sia dai sistemi di cui al paragrafo 9.5. Le informazioni ai visitatori saranno fornite, sia all'esterno dei Siti che all'interno degli stessi ...". Ancora, l'art. 7.7 (Servizio di vendita e gestione delle visite guidate) chiarisce che "Il servizio consiste nella vendita delle visite guidate e nell'organizzazione del calendario giornaliero e orario delle stesse, per i Siti oggetto della gara. Il Fornitore dovrà gestire tutte le visite con richieste provenienti sia da visitatori singoli che da gruppi. Il servizio prevede la gestione sia delle visite guidate richieste alla biglietteria fisica, sia di quelle acquistate sui canali off site". Al riguardo, il successivo art. 7.7.1, relativo alle modalità di erogazione del suddetto servizio, precisa che "Il servizio sarà gestito attraverso la realizzazione di un programma gestionale basato su un database della turnazione di tutte le visite guidate. Il database, realizzato grazie all'infrastruttura informatica di supporto secondo le indicazioni che saranno fornite dall'Amministrazione, dovrà gestire sia le visite a orari fissi sia quelle su richiesta. Le caratteristiche del database dovranno includere a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- elenco delle guide classificate per: tipologia di accreditamento, lingua, disponibilità orarie e giornaliera;
- tipologia di visita;
- itinerari;
- numero persone del gruppo;
- elenco feedback dei visitatori.

Dovrà anche prevedere orari prefissati di visite guidate e relativa copertura e i meccanismi di rotazione e priorità delle guide (first in, first out). Si specifica che il presente appalto non comprende né la fornitura del personale accreditato allo svolgimento del servizio di guida né il contenuto culturale della visita stessa. Pertanto il Fornitore darà un supporto organizzativo e logistico al servizio e si coordinerà con l'Amministrazione o con eventuali terzi. Il Fornitore dovrà dettagliare in Offerta Tecnica, nel Piano di Erogazione dei Servizi, le modalità di gestione del servizio, incluso il personale operativo impiegato nei Siti, per favorire l'incontro tra le guide e i fruitori delle visite guidate. Le visite guidate vendute, dovranno essere gestite nel rispetto degli orari previsti pena l'applicazione delle penali di cui al paragrafo 17.2. La penale sarà applicata in caso di mancata erogazione della visita o di ritardo nell'erogazione per cause dipendenti dall'organizzazione ed esecuzione del servizio di gestione e vendita". Quindi, l'art. 7.10, relativo al "Servizio di gestione gruppi", stabilisce che "La visita di gruppo rappresenta un importante strumento di fruizione dei Siti oggetto della gara. In particolare sia la vendita del titolo di accesso, sia la vendita di eventuali servizi accessori (visite guidate e radioguide), nonché le modalità

di accesso ai Siti, devono prevedere delle procedure in linea con quanto definito al capitolo 13. Nella categoria gruppi si comprendono anche gli studenti delle scuole in uscita didattica".

(85) È chiaro ad esempio, che la fornitura dell'hardware (i.e., dell'apparecchio radiofonico) ad opera dell'appaltatore di fatto non potrà non vincolare - in primo luogo per le caratteristiche tecniche, che dovranno risultare compatibili - l'ipotetico, eventuale futuro concessionario del software.

(86) Ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(87) Ciò emerge, in particolare, dall'art. 7.7.1 del Capitolato, in cui si fa riferimento ad una precisa responsabilità verso l'amministrazione - con pagamento di una penale - laddove le visite guidate vendute, non vengano poi gestite nel rispetto degli orari previsti, subendo cancellazioni o ritardi.

(88) Sotto diverso profilo, tuttavia, la pronuncia in commento suggerisce qualche riflessione con riguardo alla compatibilità del quadro normativo vigente in materia di procedure di affidamento (e della relativa interpretazione giurisprudenziale) con le esigenze legate al rapido e costante sviluppo delle tecnologie, che rispetto ad alcune particolari tipologie di servizi al pubblico pongono problematiche di non scarso rilievo (ad esempio, app audioguida per telefoni).

(89) Sul punto, si v. S. Cassese, I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione, in questa Rivista, 1998, 673 ss.

(90) R. Capelli, Politiche e poietiche, cit., 104.

(91) R. Cappelli, ivi, 110.

(92) Sono parole di K. Schubert, Museo. Storia di un'idea, Milano, 2004, 84.

(93) A ben guardare, occorre distinguere lo "scopo immediato" dei servizi per il pubblico, che consiste nell'agevolare la più ampia fruizione dei servizi essenziali offerti dalle istituzioni culturali con il massimo possibile di agio materiale, dallo "scopo mediato", che consiste invece nel rendere i musei più attrattivi e quindi maggiormente capaci di assolvere la propria funzione. In un ideale circuito virtuoso, un maggiore afflusso di visitatori ciò consentirebbe di recuperare risorse tali da implementare la stessa gamma di servizi offerti e così via. Sul punto, M. Monteduro, L'affidamento a terzi, cit., 430-431.

(94) S. Cassese, Il futuro della disciplina dei beni culturali, in questa Rivista, 2012, 781 ss.

(95) Sul tema, in particolare, L. Casini, Ereditare il futuro, cit., spec. 27-30.

(96) Più in generale, il rapporto tra pubbliche amministrazioni e privati, presenta attualmente una struttura multilaterale. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, cit., 200.

(97) M. Cammelli, Pubblico e privato, cit.

(98) L. Torchia, I nodi della pubblica amministrazione, Napoli, 2016, 13.

(99) Ancora K. Schubert, Museo, cit., 80-97.

## **RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI: APPALTI E CONCESSIONI**

**di Marco Ceruti(\*)**

**D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, Art. 133**

L'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le sole concessioni, mentre ne rimangono quasi interamente estromessi gli appalti. Ciò ingenera *ictu oculi* il paradosso di un dualismo nel dualismo fra giurisdizione amministrativa (sulle procedure d'affidamento dei contratti pubblici) e ordinaria (sull'esecuzione contrattuale) - che accomuna in linea di principio gli appalti e le concessioni -, con l'ulteriore dualismo non solo fra gli appalti e le concessioni, ma anche fra le concessioni di lavori (e/o servizi strumentali) e quelle di beni/servizi pubblici. La giustizia amministrativa più recente richiama la Cassazione, che finisce col decidere - inconsapevolmente - al posto della prima, e rinnega il riparto doppiamente dualistico di giurisdizione. Tale circostanza dimostra la naturale spettanza alla giurisdizione ordinaria della fase esecutiva delle concessioni, di tutte le concessioni (non solo di quelle di lavori e di servizi strumentali). Appalti e concessioni, entrambi fattispecie contrattuali, dovrebbero rientrare ugualmente nella giurisdizione ordinaria, una volta che sia terminata la fase pubblicistica dell'affidamento sulla quale la cognizione compete alla giustizia amministrativa.

Sommario: Premessa: appalti, concessioni e giurisdizione su beni e servizi pubblici - Appalti, concessioni e giurisdizione: il dualismo - Un primo caso giurisprudenziale emblematico del dualismo (e del caos) - Concessioni e giurisdizione: il dualismo nel dualismo - Cenni storici ed evolutivi sul dualismo di giurisdizione - La legislazione nazionale sul dualismo giurisdizionale - La giurisprudenza nazionale sul dualismo:

Corte costituzionale, sentenza n. 204/2004 - Lo stato dell'arte sul caotico riparto di giurisdizione duale - La giurisprudenza recente con riferimento al riparto di giurisdizione sulle concessioni di beni e servizi pubblici: commistione e sincretismo fra giurisdizioni "ripartite" - a) Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380: giurisdizione esclusiva del G.A. su una piscina comunale (riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697). La natura contrattuale delle concessioni e il flebile confine fra beni/servizi pubblici sconfiggono l'assetto doppiamente dualistico del riparto di giurisdizione - b) C.G.A. Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269: giurisdizione ordinaria sulla gestione di un parcheggio multiuso (riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104). L'assimilazione fra concessione di lavori pubblici ed appalti di lavori pubblici rende evidente la necessità di uniformare la disciplina delle concessioni - c) Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539: giurisdizione del giudice ordinario sulla gestione di una struttura sportiva polifunzionale (riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261). Il caos e l'estrema incoerenza - Osservazioni conclusive: il paradosso del dualismo nel dualismo

### **Premessa: appalti, concessioni e giurisdizione su beni e servizi pubblici**

Nell'ordinamento giuridico nazionale appalti e concessioni vivono un complicato rapporto di amore/odio. Circostanza che rende parecchio difficile discernere correttamente le due fattispecie. Ma ciò è solo una parte del problema poiché ad appalti e concessioni sono generalmente dedicate regole diverse in relazione alle procedure di affidamento(1) e - nonostante la diffusa tendenza ad assimilare le due fattispecie alla bisogna - anche in ambito processuale (soprattutto nel riparto di giurisdizione, dove in relazione alle concessioni persiste una certa resistenza della cognizione in capo al giudice amministrativo)(2). Mentre deve constatarsi il medesimo trattamento di appalti e concessioni per le controversie relative alle procedure di affidamento "di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative"(3), lo scenario muta radicalmente per quanto attiene all'esecuzione dei contratti.

Se dunque non può che riaffermarsi la sussistenza della giurisdizione esclusiva, prevista dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. in ordine alla dichiarazione di inefficacia del contratto nel giudizio introdotto per l'annullamento dell'aggiudicazione, parimenti indiscutibile è che tale giurisdizione in nessun modo sia estensibile alla controversia successivamente instaurata tra l'aggiudicatario e l'ente aggiudicante in relazione alla manutenzione del contratto. Là dove non sia in discussione il vizio dell'aggiudicazione si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento

attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato e, conseguentemente, deve darsi atto che ritorna pienamente applicabile l'ordinario criterio di riparto secondo il quale spetta al giudice ordinario conoscere della sorte del contratto, anche le volte in cui su di essa incidano profili delineati nel procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo<sup>(4)</sup>.

Nell'ambito dell'attività negoziale della P.A., pertanto, tutte le controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica alla stipulazione del contratto - inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole dell'evidenza pubblica appartengono al giudice amministrativo, mentre sono devolute al giudice ordinario quelle che radicano le loro ragioni nella fattispecie negoziale successiva - che a partire dalla stipulazione del contratto contempla le vicende dell'(in)adempimento - e riguardano la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono<sup>(5)</sup>. Alla suddetta regola generale, che vuole tutte le controversie sulle procedure di affidamento attribuite alla giurisdizione amministrativa, a prescindere che si tratti di appalto o di concessione, subentra - o meglio, si sovrappone -, per quanto concerne le concessioni, una regolamentazione che crea una serie di criticità interpretative ed applicative.

Il riferimento è ovviamente alla previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva in merito alle vertenze relative alle concessioni di beni e servizi pubblici, salvo che per le questioni di carattere meramente patrimoniale.

L'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per:

- le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche;
- le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità" (enfasi aggiunta).

Com'è evidente, dalla lettera delle disposizioni si evince che la giurisdizione esclusiva attiene alle sole concessioni, mentre ne rimangono quasi interamente estromessi gli

appalti (che non sono certo né concessioni né provvedimenti), ad eccezione della loro fase di affidamento (che però è già ricompresa nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.: v. nota n. 3 supra). Di conseguenza, relativamente alla fase dell'esecuzione contrattuale, appalti e concessioni sono oggetto di un dualismo nel dualismo che, pur se teoricamente ed astrattamente giustificabile per via della diversità ontologica delle fattispecie (comunque contrattuali) in parola, provoca di fatto un differente trattamento nei confronti di una medesima situazione giuridica soggettiva.

Ciò si deve principalmente al travisamento della concessione, la quale in Italia continua ad essere destinataria di preconcetti e pregiudizi che provengono dalla tradizione interna<sup>(6)</sup>. A tal riguardo, infatti, per effetto dei recenti sviluppi emersi nel contesto del diritto europeo (art. 5, par. 1, lett. a) e b), della Dir. 2014/23/UE) e nazionale (art. 3, lett. uu) e vv), del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la natura contrattuale delle concessioni di lavori e/o servizi può dirsi oramai pacifica<sup>(7)</sup>. Per un verso, deve chiarirsi una volta per tutte che le concessioni di lavori e/o servizi non sono né convenzioni accessorie a provvedimenti, né accordi integrativi, tanto meno contratti ad oggetto pubblico nel senso tradizionale dell'espressione.

Viceversa rimane un'incognita in relazione alle concessioni di beni<sup>(8)</sup>. Detta fattispecie, sulla scia del recente passato, è infatti esclusa *expressis verbis* dalla nuova direttiva 2014/23/UE sulle concessioni<sup>(9)</sup>. Attribuire la natura concessoria a tutte le fattispecie che comportano il trasferimento di diritti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili è senz'altro ragionevole, quasi naturale: in realtà, però, si compie un'operazione non proprio diafana dal punto di vista giuridico<sup>(10)</sup>.

La questione ermeneutica sorge dalla constatazione che il confine tra le concessioni di beni e quelle di servizi è assai labile, rendendo così le fattispecie tutt'altro che nitide. Non sempre è agevole stabilire se l'oggetto prevalente dell'affidamento al contraente è costituito dal servizio oppure dal bene, un po' come avviene nel caso dei contratti misti di servizi, forniture, lavori.

Qualcuno potrebbe addirittura giungere a sostenere la superfluità della concessione di beni dato che il bene pubblico, in sé e per sé considerato, non genera alcuna utilitas per il soggetto interessato alla sua concessione; semmai, è l'utilizzo che di quel bene può essere fatto a stimolare l'interesse dei potenziali affidatari (a prescindere che le prestazioni siano rivolte alla stessa P.A. o a soggetti terzi)<sup>(11)</sup>. Aspetto, questo, che, come è oramai appurato e pacifico, non incide affatto sulla qualifica tassonomica in termini di appalto o concessione, essendo solamente l'allocazione del rischio fra le controparti a far assumere questa o quella dicitura. Certo, è alquanto improbabile che il servizio venga svolto direttamente nei confronti della P.A., configurando allora una concessione o un appalto di servizi a seconda del rischio assunto, ma nulla esclude in

astratto che la P.A. possa ritrovarsi a remunerare il contraente per servizi resi a terzi. A seconda che tale remunerazione annulli ogni rischio di domanda e/o di offerta per il gestore, oppure no, si avrà un appalto o una concessione, rispettivamente. Ciò dipende dal fatto che la caratteristica innata, comune a tutta la categoria concessoria per se, è il diritto di gestione (con annesso rischio operativo) del concessionario quale forma di compenso<sup>(12)</sup>.

Insomma, quando viene posta in essere una gestione esternalizzata del bene pubblico, è necessario accertare se la prestazione relativa al bene in questione sia destinata alla P.A. (e.g. una mensa interna per i propri dipendenti) o ad utenti esterni (i.e. i servizi pubblici in senso lato<sup>(13)</sup>).

Una volta individuate queste due alternative, e considerata l'alternativa della locazione, sembra rimanere davvero poco spazio per il tertium genus delle concessioni di beni di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a. La scissione fra servizio pubblico e servizio strumentale è comunque imprescindibile al fine di stabilire se si rientri o meno nella giurisdizione amministrativa esclusiva di cui alla successiva lett. c) del medesimo articolo. Da tutto ciò si desume quanto la convivenza di appalti e concessioni, da un lato, nonché di servizi pubblici e strumentali, dall'altro, infici enormemente ed incontrovertibilmente la certezza del diritto non solo entro la classificazione tassonomica legale, ma anche e soprattutto dal punto di vista del riparto giurisdizionale fra l'autorità giudiziaria ordinaria e quella amministrativa.

La verità inconfutabile è che le concessioni di lavori e/o servizi hanno davvero poco a che vedere con le tradizionali concessioni amministrative conosciute dall'ordinamento nazionale, almeno nel periodo più recente<sup>(14)</sup>. L'imprinting neoliberale apportato dalla disciplina di stampo sovranazionale conduce ad affermare che le concessioni di lavori e/o servizi non costituiscono né un provvedimento amministrativo né un accordo di diritto pubblico, ma piuttosto una figura contrattuale al pari degli appalti (fatte le dovute distinzioni in relazione al fatto che il corrispettivo del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestione o in tale diritto accompagnato da un prezzo).

In questi termini andava e va interpretata l'originaria definizione delle concessioni come contratti che presentano "le stesse caratteristiche di un appalto pubblico" (così è stata tradotta in italiano l'espressione inglese "of the same type as a public contract" di cui alle direttive quadro 2004/17/CE, 2004/18/CE e precedenti)<sup>(15)</sup>, ormai peraltro soppiantata dalla recente riforma del Codice in recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Una simile affermazione trova piena giustificazione nelle righe che seguono, ove vengono brevemente presi in considerazione i principi di diritto enunciati nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Cons. Stato 27 luglio 2016, n. 22<sup>(16)</sup>.

Il merito della decisione dell'Adunanza Plenaria è sicuramente quello di aver chiarificato la confusione esistente in relazione al rito applicabile alle concessioni. A dispetto dell'apparente limpidezza del testo legislativo nel senso della onnicomprensività del rito speciale (destinato a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici), infatti, alcuni giudici avevano comunque sviluppato un trattamento differenziato per le concessioni, applicando il regime ordinario ed escludendole dal dimezzamento dei termini processuali.

Ciò evidenzia inequivocabilmente come nel nostro ordinamento le concessioni siano tuttora oggetto di prassi poco confacenti allo status delle medesime, le quali costituiscono qualcosa di diverso dalle classiche concessioni amministrative conosciute dal diritto nazionale. La diatriba si riverbera sul riparto di giurisdizione in quanto, giova rammentarlo di nuovo, l'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici e per le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio.

Ancorché oggi disciplinati da due commi diversi della medesima norma - art. 133 c.p.a. -, beni e servizi pubblici condividono, quanto a giurisdizione, un percorso evolutivo comune. La ragione di siffatta affinità, come detto, va identificata nella consueta ed anacronistica associazione di entrambe le fattispecie all'antidiluviana figura della concessione amministrativa.

Per quanto riguarda i beni pubblici si rimanda a quanto esposto in precedenza (v. supra), mentre in riferimento al servizio pubblico può evidenziarsi quanto segue.

A fronte di una giurisprudenza favorevole alla teoria c.d. pubblicistica-estensiva che ha incluso nella giurisdizione esclusiva, e quindi nel pubblico servizio, anche le attività meramente strumentali rispetto al soddisfacimento dei bisogni dell'utenza, si è affermata la posizione di chi ritiene che costituisca servizio pubblico solo il diretto soddisfo dell'utenza<sup>(17)</sup>. In via generale, si discute in dottrina se sia ancora attuale la permanenza della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici alla luce degli sviluppi recenti che hanno portato la concessione, ed il contratto di servizio in genere, a staccarsi dal provvedimento amministrativo<sup>(18)</sup>.

Analogo discorso vale con riferimento alle concessioni di beni - ammesso e non concesso che rappresentino un'entità a sé stante<sup>(19)</sup> - ed a quelle di lavori misti a servizi. Come detto, e qui si trova la conferma, tutte le concessioni in qualità di genus abbisognano di un ripensamento all'interno dell'ordinamento nazionale.

Fortunatamente, la giurisprudenza più recente, seppur minoritariamente e sporadicamente, lascia intravedere una certa presa di coscienza da parte dei giudici circa la reale essenza delle concessioni in virtù del diritto positivo. Alcune pronunce sono invero riuscite ad addivenire a un esito ragionevole, pur percorrendo delle vie alquanto traverse e sconnesse(20).

Conviene allora esaminare gli ultimi e più rilevanti arresti giudiziari per rimarcare le statuizioni più interessanti ed indicare la giusta via in vista del corretto inquadramento delle concessioni, senza trascurare le ripercussioni sul riparto di giurisdizione, ove si assiste ad un ingiustificato ed inopinato dualismo fra gli appalti e le concessioni(21).

Dal riconoscimento della posizione di supremazia della P.A., in virtù dell'interesse pubblico, nelle concessioni-contratto (le convenzioni c.d. accessive a provvedimenti), si è progressivamente passati, sotto la spinta dell'Unione Europea, al principio della parità delle armi a disposizione delle parti contraenti nei contratti di concessione. Negli ultimi tempi, grazie agli sviluppi del portato europeo, la situazione ha dunque subito una radicale rivoluzione che, però, in Italia fatica a trovare cittadinanza. Deve quindi effettuarsi una seria ed accurata riflessione sulla opportunità della persistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva in relazione alle concessioni, dove sembra violarsi, tranne che per le questioni di tipo patrimoniale(22), il canone del giudice naturale: è infatti l'autorità giudiziaria ordinaria quella a cui, di regola, spetta e pertiene la cognizione sui diritti soggettivi(23).

### **Appalti, concessioni e giurisdizione: il dualismo**

Nelle pagine introduttive che immediatamente precedono si è anticipato che nel quadro giuridico nazionale gli appalti pubblici, in veste di arché e tòpos del sistema di contrattualistica pubblica, soggiacciono alla normale scissione del sindacato giurisdizionale fra autorità giudiziaria amministrativa (a cui compete la delibazione sulle procedure ad evidenza pubblica) ed ordinaria (il cui dicastero sorge in seguito alla stipulazione di contratti e pertiene alla relativa esecuzione)(24).

Ciò deriva de plano dalla sostanziale bipartizione interna del procedimento propedeutico alla assegnazione di un contratto pubblico(25).

L'assunto è vero tanto per gli appalti quanto per le concessioni.

Tuttavia, mentre i primi rappresentano il "contratto pubblico" per antonomasia, le seconde vengono sovente inquadrate svariando dal "contratto ad oggetto pubblico" al "provvedimento amministrativo", passando per l'accordo ex art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241. Di conseguenza, se la fase ad evidenza pubblica del procedimento di fatto coincide per ambedue le fattispecie (con correlata giurisdizione amministrativa esclusiva(26)), devono viceversa riscontrarsi profonde differenze applicative in ordine

alla fase conclusiva, che dovrebbe essere ispirata da un afflato negoziale (con cognizione del giudice ordinario) a prescindere dalle species. Ed invece ciò vale solo per gli appalti, di contro lasciando spazio a prerogative pubblicistiche nelle concessioni di beni/servizi pubblici, come si darà conto più avanti.

Il risultato che si ottiene da tali premesse è difficile da decifrare. Ma non è tutto.

Per gli appalti, e tutte le altre fattispecie ad essi riconducibili, il riparto di giurisdizione è caratterizzato dal dualismo fra fase pubblica e giurisdizione amministrativa esclusiva, da un lato, e, dall'altro lato, fase negoziale e giurisdizione ordinaria (anche nei pubblici servizi).

Per le concessioni può darsi che detto assetto si limiti alla prima parte della corrispondenza; esistono casi in cui l'esecuzione contrattuale - se così può definirsi - viene ricondotta anch'essa alla giurisdizione amministrativa esclusiva in virtù del retaggio sotteso ad una visione arcaica della concessione quale manifestazione del potere d'imperio della pubblica amministrazione (eccezion fatta per le questioni meramente patrimoniali).

Il che ingenera un dualismo nel dualismo: al riparto giurisdizionale fra autorità giudiziarie incentrato sui diversi segmenti procedurali si aggiunge, nell'ambito dell'esecuzione contrattuale, quello - fenomeno tutto interno alle concessioni di beni e servizi pubblici - che suddivide ulteriormente la cognizione fra le medesime autorità giudiziarie, estendendo il perimetro della giurisdizione amministrativa esclusiva.

Il problema non riguarda tanto la complessità del quadro che si viene a delineare (anche se, trattandosi di accesso alla tutela giurisdizionale, ci si aspetterebbe una maggiore linearità di base), quanto la circostanza che l'individuazione del giudice competente dipende dalla qualifica legale data alla fattispecie concreta. Ebbene, dal momento che, a dispetto del magistero della Corte di Giustizia e delle direttive UE sul public procurement, è assai incerto determinare il reale confine fra appalti e concessioni quando si ha che fare con la prassi quotidiana, il riparto di giurisdizione finirebbe col divenire una questione interpretativa di nomina iuris. Cosa del tutto inaccettabile in uno Stato di diritto. A fortiori se si considera l'enigma della nozione di servizio pubblico.

### **Un primo caso giurisprudenziale emblematico del dualismo (e del caos)**

La conferma di quanto appena illustrato si ritrova nel caso precitato<sup>(27)</sup> che ha impegnato Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, il quale ha annullato senza rinvio la sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903, e che chiama in causa pure il giudice ordinario (in seguito alla declaratoria della sua giurisdizione). La controversia de qua è emblematica di come non dovrebbe svolgersi un'azione giudiziaria. La peculiarità non sta tanto nell'intreccio con un'altra

vicenda parallela<sup>(28)</sup> che ha interessato il medesimo servizio (gestione del servizio della nautica da diporto presso un porto turistico)<sup>(29)</sup> e che ha provocato l'illegittimità derivata dell'affidamento oggetto della decisione in parola<sup>(30)</sup>, quanto nell'ineffabile ed inopinato sviluppo dell'intrico che ha invero prodotto interpretazioni diversissime in relazione ai medesimi concetti.

Il nocciolo della questione concerne in primo luogo la distinzione fra appalti e concessioni, senza dimenticare il servizio pubblico. Il riconoscimento di un appalto, anziché di una concessione, ha comportato, come anticipato, la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (alla fine). A dire il vero, infatti, il giudice amministrativo di primo grado, aveva ravvisato la propria giurisdizione sul presupposto della presenza di un servizio pubblico<sup>(31)</sup>. Dunque, il riferimento è all'"affidamento di un pubblico servizio" di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., nonostante la pronuncia faccia espresso riferimento all'appalto invece che alla concessione.

In appello la statuizione sulla giurisdizione è stata ribaltata. Il Supremo consesso amministrativo ha fondato il proprio convincimento essenzialmente su tre argomentazioni principali:

1) l'affidamento all'origine dei fatti di gara non ha avuto ad oggetto una concessione di servizi ma - al contrario - un appalto di servizi erogato dalla società affidataria nei confronti del solo Comune affidante, senza assunzione da parte della prima del rischio economico afferente alla gestione (pt. 2 della motivazione);

2) quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione, ragione per cui può affermarsi che la modalità della remunerazione è il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi (pt. 3 della motivazione);

3) ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo resta limitata alle sole procedure di affidamento - ivi incluse quelle risarcitorie - e alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, nonché alle sanzioni alternative (pt. 4 della motivazione).

"Conseguentemente, la controversia in questione resterebbe devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario, avendo essa ad oggetto l'impugnativa dell'atto con cui l'amministrazione ha provveduto unilateralmente alla risoluzione di un rapporto contrattuale. Ciò, in quanto il provvedimento solutorio incide su posizioni soggettive di carattere paritetico (quali quelle tipicamente afferenti la fase della

gestione del rapporto contrattuale), in quanto tali demandate alla cognizione dell'A.G.O"<sup>(32)</sup>.

La conclusione maturata dal Consiglio di Stato è stata profondamente condizionata dal fatto che lo stesso ha optato per la classificazione del rapporto in termini di appalto, non concessione (riformando sul punto la decisione di primo grado).

Il profilo dirimente ai fini qualificatori è stato la modalità di remunerazione del servizio: secondo il Consiglio di Stato la controparte della p.a. non sopportava il rischio della gestione economica del servizio espletato (non potendo, in particolare, trarre fonti di remunerazione attraverso fonti di tariffazione a carico dell'utenza) e non rivestiva la qualifica di concessionario della realizzazione e gestione delle opere e dell'area in cui avrebbe espletato il servizio (l'affidamento aveva infatti ad oggetto: i) il servizio di sorveglianza, controlli, etc.; ii) il servizio di prevenzione e pronto intervento in caso di incendi; iii) il servizio di accoglienza ed assistenza).

Per riassumere in breve, l'affidamento non costituiva una concessione di servizio pubblico, bensì un appalto di servizio strumentale.

Come ricordato<sup>(33)</sup>, la dicotomia, che poggia sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale), se condiziona la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non influisce per se sulla distinzione fra appalti e concessioni. È il peculiare rischio operativo del concessionario a contrapporlo all'appaltatore. La pronuncia d'appello riesce a mantenere separati gli aspetti duali della materia e perviene così ad una ponderata interpretazione dei fatti di causa, capovolgendo quanto deciso in primo grado e declinando la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario.

L'esposizione appena terminata dimostra chiaramente l'incertezza del diritto che regna sul riparto di giurisdizione, nel diritto positivo ancor prima che nella giurisprudenza. La permanenza della giurisdizione esclusiva solamente per le concessioni di servizio pubblico<sup>(34)</sup>, e non per gli appalti - siano essi di servizio pubblico ovvero strumentale alla P.A. -, eccettuato il loro affidamento, così come quella insistente sulle (ormai destituite di fondamento) concessioni di beni pubblici, impongono una serie di riflessioni sull'odierno (ma anacronistico) riparto giurisdizionale.

Anche ammettendo che una medesima fattispecie possa risultare oggetto di interpretazioni assolutamente divergenti, non appare ragionevole che in base alla legge il riparto giurisdizionale, al mutare di una singola variabile, finisca col divenire una sorta di incognita. De jure condendo, perciò l'auspicio è che, appurata la natura contrattuale della concessione (al pari dell'appalto) e reciso il legame che la legava al potere amministrativo, andrà sicuramente riformulata la giurisdizione esclusiva sui

beni e servizi pubblici: o includendovi anche gli appalti e i lavori, nonché i servizi strumentali, oppure eliminandola del tutto.

### **Concessioni e giurisdizione: il dualismo nel dualismo**

Da quanto sinora esposto deve desumersi che, ogniqualvolta si riscontri una concessione - anziché un appalto -, sorge l'esigenza d'indagare la tipologia di servizio (pubblico o strumentale) al fine di addivenire alla corretta individuazione del giudice competente. Solo nel caso di servizio pubblico (a cui si associa spesso la presenza di beni pubblici) permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo(35).

Negli altri casi torna a valere la regola di riparto già osservata con riferimento agli appalti, ossia che pertiene alla giurisdizione esclusiva solo la fase preliminare ad evidenza pubblica (inclusi gli effetti di quest'ultima sul contratto), mentre il sindacato sull'esecuzione contrattuale spetta normalmente al giudice ordinario (ad eccezione di alcuni casi ex lege(36)).

Ne deriva, come evidenziato, un dualismo nel dualismo. Non soltanto tra la fase dell'evidenza pubblica (giudice amministrativo) e la fase contrattuale (giudice ordinario), ma, con riguardo alla seconda fase, si assiste altresì alla differenziazione fra la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici (ma non per i lavori(37)) e quella ordinaria sulle questioni meramente patrimoniali. Di conseguenza, si ottiene l'asimmetria fra gli appalti di pubblico servizio o meno (a cui vanno aggiunte le concessioni di lavori e/o di servizi qualora non riguardino il pubblico servizio), da un lato(38), e le concessioni di beni/servizi pubblici, dall'altro(39), con i primi contratti sottoposti al normale criterio della causa petendi e le seconde alla giurisdizione esclusiva(40).

Tale diversità di trattamento, incentrata su un falso presupposto - scilicet la trilateralità o meno del rapporto (ormai del tutto slegato dall'attività d'imperio) -, impone quindi un netto ripensamento della giurisdizione sui pubblici servizi in ossequio al diritto sovranazionale(41). Viene pertanto da chiedersi se tale assetto, parecchio cervelotico e frutto di una concezione superata (essendo oramai caduta la matrice pubblicistica della concessione), sia tuttora valido.

### **Cenni storici ed evolutivi sul dualismo di giurisdizione**

Da sempre la giurisdizione sui servizi e beni pubblici è oggetto di un tira e molla fra giudici amministrativi e giudici civili - con tanto di svariati ricorsi alla Corte costituzionale - che vede entrambe le fazioni poco disposte ad arretrare la propria sfera d'autorità(42). Più per una questione di principio - e di prestigio, se si vuole - che per ragioni concrete.

Tant'è vero che all'atto pratico, come si vedrà a breve, non si perde occasione per ricorrere ad escamotage finalizzati a dichiarare il difetto di giurisdizione, rimandando le questioni dall'altra parte della barricata(43). La responsabilità di aver generato una

simile situazione va equamente ripartita - del resto, trattasi del riparto di giurisdizione (sia consentito il gioco di parole) - fra Corte costituzionale e nomopoieta nazionale.

### **La legislazione nazionale sul dualismo giurisdizionale**

È stata proprio la legge a stabilire un forte legame fra la concessione ed il servizio pubblico<sup>(44)</sup>. In particolare, l'art. 22 della L. 8 giugno 1990, n. 142, poi confluito negli artt. 112 e 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, disponeva che erano da intendersi servizi pubblici locali quelli aventi "per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" (comma 1) e prevedeva, al comma 3, lett. b), che gli enti locali potevano gestire tali servizi dandoli in concessione a terzi, quando sussistessero ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale<sup>(45)</sup>. Detta normativa, com'è noto, è stata poi abrogata e superata dall'applicazione dei principi generali di derivazione europea, con l'avallo della giurisprudenza. Dall'assenza di disposizioni specifiche nell'ordinamento italiano<sup>(46)</sup> consegue l'applicazione della disciplina unionale relativa alle regole concorrenziali minime in tema di evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Il che significa rimuovere il binomio concessione-pubblico servizio, a vantaggio dell'appalto, il quale può assurgere a modalità di espletamento dei servizi pubblici<sup>(47)</sup>.

Se, da un lato, il diritto nazionale ha sicuramente effettuato un passo evolutivo, ampliando la facoltà di scelta a disposizione della p.a. nel perseguimento dell'interesse pubblico, dall'altro, deve all'opposto constatarsi l'arretratezza della codificazione relativa al riparto di giurisdizione, che non ha fatto altrettanto ed è rimasta ferma su posizioni del tutto anacronistiche. Ciò avviene perché il diritto sovranazionale, mentre incide pesantemente sulla disciplina sostanziale (armonizzandone i contenuti a livello continentale), fatica viceversa ad influenzare quella processuale (roccaforte molto più difficile da penetrare). Cosicché nel terzo millennio ci si ritrova a commentare un sistema di riparto giurisdizionale che, nonostante alcune variazioni sul tema, ha mantenuto nel tempo i caratteri originari risalenti al secolo scorso.

Il riferimento è ovviamente alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, la quale sanciva all'art. 5 che "Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici" (comma 1) e che "Resta salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle dei tribunali delle acque pubbliche e del tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle materie indicate negli articoli 140-144 del testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775" (comma 2). Detta norma è stata successivamente riscritta dall'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80<sup>(48)</sup>. Articolo dapprima sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. a), L. 21 luglio 2000, n. 205, (giacché la Corte Costituzionale, con la sent. 17 luglio 2000, n. 292, ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui

istituiva una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno); ed in seguito abrogato dall'art. 4, comma 1, punto 20), dell'Allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.).

Nel mezzo è intervenuta nuovamente la Corte cost., con la sent. 6 luglio 2004, n. 204(49), dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevedeva che fossero devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli" anziché "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché", per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione.

#### **La giurisprudenza nazionale sul dualismo: Corte costituzionale, sentenza n. 204/2004**

La controversia, che ha condotto alla celeberrima pronuncia della Consulta summenzionata, rientrava tra quelle devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto il rapporto tra le case di cura e le strutture private (ambulatori, centri di diagnostica strumentale, etc.) e la USL è sempre stato qualificato di concessione di pubblico servizio. La giurisdizione amministrativa è tradizionalmente contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo(50). Nondimeno, in particolari materie il sindacato del giudice amministrativo, oltre che agli interessi legittimi, viene esteso alla sfera dei diritti soggettivi. La Corte ha ritenuto che la formulazione dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lett. a), L. n. 205 del 2000, confliggesse con i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo(51).

E, pertanto, nell'errata convinzione che la concessione costituisse ancora l'emblema della manifestazione del potere pubblico nell'ambito dei servizi e beni pubblici(52), essa ha in sostanza ripristinato il dettato dell'art. 5 della L. 6 dicembre 19781, n. 1034.

Da qui discende l'attuale formulazione dell'art. 133, comma 1, c.p.a.

Lo stato dell'arte sul caotico riparto di giurisdizione duale

Ed ecco che il legislatore interno, per un verso, e la Consulta, per l'altro, hanno egualmente contribuito a creare il deficitario stato attuale del riparto di giurisdizione in relazione ai contratti pubblici, e segnatamente alle concessioni, per le quali vale un regime diverso rispetto agli appalti. La ragione di siffatto divario, che si materializza in un vero e proprio dualismo nel dualismo (già di per sé caratterizzato dal modello duale del riparto giurisdizionale e viepiù dalla presenza di beni e servizi pubblici, che integrano una ulteriore diramazione nell'intricato discernimento di appalti e concessioni), è l'anacronistica associazione fra concessione e bene/servizio pubblico, che tuttavia lascia inspiegabilmente posto a differenti considerazioni allorché si tratti di affidare lavori e opere pubbliche. Da tutto ciò emerge una impostazione a dir poco confusa e, dunque, non deve affatto stupire che gli operatori del diritto, in primis i giudici, abbiano dato voce a orientamenti contrastanti<sup>(53)</sup>. Com'è assolutamente evidente, è innegabile che le speciose ripartizioni fra giudice ordinario ed amministrativo, fra fase ad evidenza pubblica ed esecuzione contrattuale, fra appalti e concessioni, fra servizio pubblico e strumentale, fra beni e servizi pubblici (oltre ai lavori), provocano un intricato florilegio di elementi tutti compartecipi della scelta del foro competente.

Con buona pace della semplificazione, della giustizia e della certezza del diritto. La giurisprudenza recente con riferimento al riparto di giurisdizione sulle concessioni di beni e servizi pubblici: commistione e sincretismo fra giurisdizioni "ripartite" A riprova di quanto si è venuti dicendo fin qui, può essere utile fornire una panoramica sulla giurisprudenza più recente con riferimento al riparto di giurisdizione in ambito concessorio. La finalità precipua è dimostrare non soltanto la distonia della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, con esclusione di quelle di lavori ed opere pubbliche, ma anche - e soprattutto - la necessità di porre mano al riparto per assicurare una maggior coerenza.

Le pronunce che verranno analizzate sono: **Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380; Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269; Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539**. In ognuna è presente una serie, più o meno consistente, di rinvii alla giurisprudenza della Corte di Cassazione (a dimostrazione della fluidità nella commistione di giudicati).

a) **Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380**: giurisdizione esclusiva del G.A. su una piscina comunale (riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697). La natura contrattuale delle concessioni e il flebile confine fra beni/servizi pubblici sconfessano l'assetto doppiamente dualistico del riparto di giurisdizione "Gli impianti sportivi di proprietà comunale (nella specie, piscina comunale) appartengono al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell'art. 826, ult. comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive, sicché, qualora tali beni siano dati in concessione a privati, restano

devolute al giudice amministrativo le controversie sul rapporto concessorio, inclusa quella sull'inadempimento degli obblighi concessori e la decadenza del concessionario (cfr. Cass. n. 7959/2015 e Cass., SS.UU., n. 10013/2001)(54).

Come è noto, appartengono alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ex art. 133, lett. b), c.p.a. Peraltro, anche configurando il rapporto in esame come concessione di servizi, la controversia apparterebbe alla giurisdizione esclusiva del G.A. ai sensi della successiva norma ex art. 133, lett. c) c.p.a., sostanzialmente sovrapponibile quanto a disciplina".

La sentenza in esame, che riforma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697, decide il ricorso con cui era stato impugnato un provvedimento dirigenziale che, a distanza di circa quattro anni dalla stipula del contratto, revocava la determinazione con la quale era stata disposta l'aggiudicazione della gara(55).

In primo grado il ricorso era stato dichiarato inammissibile per carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo, collocandosi a chiare note nella fase esecutiva del contratto stipulato fra le parti del giudizio e posto che "la giurisprudenza ha costantemente ribadito l'appartenenza alla giurisdizione del Giudice Ordinario delle controversie in tema di appalto pubblico aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore, anche quando la decisione della Stazione Appaltante di recedere o di risolverlo sia adottata con la forma dell'atto amministrativo".

Secondo il T.A.R., le scelte effettuate dall'amministrazione nella fase di esecuzione del contratto d'appalto, quale quella di risolvere il contratto in caso di ritenuto inadempimento, avevano ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non hanno alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione: ridurre il complesso schema di affidamento di strutture sportive e servizi alla mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune non risultava corrispondere alla realtà negoziale dell'operazione posta in essere(56). Come nel caso di Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624(57), anche qui la vicenda ha assunto sembianze completamente diverse in appello, passando da un appalto ad una concessione, con il conseguente riconoscimento della giurisdizione esclusiva. L'appellante contestava la sentenza del T.A.R., deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 133, lett. b), c.p.a. Anzitutto, i giudici di Palazzo Spada hanno rinvenuto una concessione, non un appalto(58). In secondo luogo, gli stessi hanno ritenuto che, a fronte della natura concessoria di un bene pubblico destinato a pubblico servizio (i.e. piscina comunale), la corrispondente controversia circa lo scioglimento unilaterale del contratto spetta al giudice amministrativo. Come visto, la motivazione si limita a riprodurre alcuni precedenti della Corte di cassazione (che, essendo stati

emessi a Sezioni Unite, sono vincolanti sulla giurisdizione, ma non nel merito) e si rivela piuttosto ambigua nell'ancorare la giurisdizione all'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a., così suscitando perplessità sia sulla pertinenza dei precedenti richiamati (ormai superati) sia sull'inquadramento legale della fattispecie (a sottolineare l'obsolescenza della distinzione fra concessione di beni e servizi pubblici).

Ora, è chiaro che il *thema disputandum* riguardasse la risoluzione di un rapporto negoziale, espressione di diritti soggettivi, e che di riflesso fosse da attendersi la giurisdizione ordinaria. La diversa soluzione raggiunta dalla decisione, che rispecchia il quadro nazionale, è dovuta in parte all'erroneità delle premesse (per l'influenza dei precedenti della Corte di cassazione) ed in parte all'arretratezza del sistema legale di riparto (per la permanenza dell'anacronistico nesso fra le concessioni ed i beni/servizi pubblici in vista della giurisdizione esclusiva amministrativa).

Non resta allora che concludere per la correttezza della qualificazione in termini concessori, essendo il rischio operativo posto in carico al concessionario, ma al contempo per la inconsulta differenza di trattamento nei confronti degli appalti (che pare aver indotto il giudice di prime cure ad escogitare un espediente per assegnare la cognizione al giudice ordinario) e dei lavori rispetto ai beni/servizi. Due sono in definitiva i punti da tenere a mente: la natura contrattuale delle concessioni impone di modificare l'assetto del riparto di giurisdizione, da un lato, ed il flebile confine fra beni e servizi pubblici merita anch'esso di essere rivisitato alla luce di quanto esposto.

**b) C.G.A. Sicilia, Sez. giur., 12 agosto 2016, n. 269: giurisdizione ordinaria sulla gestione di un parcheggio multiuso (riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104).** L'assimilazione fra concessione di lavori pubblici ed appalti di lavori pubblici rende evidente la necessità di uniformare la disciplina delle concessioni "La Corte regolatrice (Cass. civ., SS.UU., 20 maggio 2014 n. 11023) ha affermato, invero, che le controversie relative a 'concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica', non diversamente da quelle relative a 'concessione di costruzione di opera pubblica', quando riguardino la fase successiva all'aggiudicazione e alla stipulazione delle relative convenzioni competono alla giurisdizione ordinaria, ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 31 bis, e dell'art. 133, c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1 (orientamento che le SS.UU. avevano già assunto con le decisioni 27 dicembre 2011, n. 28804, e 9 novembre 2012, n. 19391, e hanno più di recente confermato con la pronuncia 6 luglio 2015 n. 13864). La S.C. ha espresso, difatti, la "esigenza di prendere atto (traendone le necessarie conseguenze in tema di riparto di giurisdizioni) dell'avvenuta affermazione, nell'ambito dell'ordinamento comunitario (ove l'art. 1, sub 3, Direttiva 04/18/Ce recita: 'La concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo') e dal suo recepimento nell'ordinamento nazionale (esplicitato, sul piano sostanziale, dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 143 e, con specifico

riferimento al tema del riparto di giurisdizioni, dall'art. 244 del medesimo testo normativo poi trasfuso nell'art. 133 c.p.a.) di una nozione di 'concessione dei lavori pubblici', riducendo ad unità la dicotomia, tralaticciamente tramandata con riferimento all'ordinamento nazionale, tra 'concessione di costruzione di opera pubblica' e 'concessione di gestione o di costruzione e gestione di opera pubblica'. Tale nozione - cui sono estranei profili di autoritarità del potere pubblico nella fase di gestione ed esecuzione del rapporto - include infatti, in unitaria categoria (a sua volta ricompresa insieme con quella degli appalti pubblici nella più generale categoria dell'affidamento di lavori pubblici), non solo i contratti attinenti alla progettazione ed esecuzione dell'opera pubblica, ma, altresì, quelli concernenti anche la relativa gestione funzionale ed economica, che, presentando tutte le caratteristiche dell'appalto pubblico di lavori, sono pienamente assimilabili ai primi, giacché l'affidamento al concessionario della gestione funzionale ed economica dell'opera, non altera l'essenziale natura del rapporto, inserendosi nel relativo sinallagma quale controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (cfr. artt. 1 sub 3 Dir. 04/18/Ce e D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 143)" (sent. n. 11023/2014 cit.). La stessa S.C., ha altresì puntualizzato (SS.UU., 20 maggio 2014, n. 11022) che la nozione normativa di "concessione di lavori", la quale impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni "di gestione" o "di costruzione e di gestione" congiunte, costituisce, in realtà, una nozione da tempo vigente nell'ordinamento (cfr. infatti già la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013 n. 236). Le decisioni in oggetto (v., in particolare, Cass., SS.UU., ord. 19391/12, 4 s.) rimarcano infatti, in modo del tutto convincente (...) che detta nozione non è stata innovativamente introdotta, bensì semplicemente ripresa e confermata dalla Direttiva comunitaria di codificazione n. 2004/18/Ce, poi recepita dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, trovando essa, in realtà, precedente, nella Direttiva comunitaria 93/37/Cee e, la sua fonte originaria, nella Direttiva comunitaria 89/440/Cee.

A tale conclusione conduce univocamente la previsione dell'art. 1, lett. d, di tale ultima Direttiva, che recita "la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di quelle contemplate alla lettera a (appalti di lavori pubblici: n.d.c.), ad eccezione del fatto che la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo", e che, in sede di recepimento, trova rispondenza nella L. n. 109 del 1994, art. 19, comma 2, che alla nozione di "contratto di appalto di lavori pubblici", contrappone quella di "concessione di lavori pubblici", concepita quale categoria unitaria comprendente tutti i "contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice, aventi a oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica" (sent. n. 11022/2014 cit.)".

Com'è evidente, la ricostruzione offerta dalla decisione - sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione - è completamente opposta rispetto a quella appena esaminata nel caso precedente, relativo allo scioglimento della concessione di una piscina comunale.

La sentenza - che riforma T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 30 luglio 2015, n. 2104 - concerne l'inadempimento agli obblighi di una concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione di un parcheggio multipiano realizzato in project financing<sup>(59)</sup>.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, ritenuta la propria giurisdizione rispetto al ricorso principale, accoglieva le domande della società, condannando il Comune ad adottare ogni provvedimento necessario; il ricorso incidentale dell'ente veniva invece dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario.

Il primo giudice ha quindi ravvisato l'esistenza della giurisdizione amministrativa sul ricorso principale, ritenendo che la sua cognizione rientrasse nella giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., nella parte concernente l'esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi<sup>(60)</sup>.

Oltre a dover rimarcare la consueta schizofrenia bipolare che immancabilmente caratterizza le concessioni nell'ordinamento giuridico nazionale<sup>(61)</sup>, deve altresì essere messo in rilievo che, se le concessioni non sono accordi amministrativi ai sensi dell'art. 11, L. n. 241/1990<sup>(62)</sup>, meno che mai possono esserlo alcune sue porzioni. Non è possibile immaginare che all'interno di una concessione si trovi una sorta di appendice di differente natura, che alla veste contrattuale contrappone quella amministrativa. Ciò discende da una cattiva interpretazione della concessione, ancora associata all'esercizio del potere d'imperio e all'idea di "contratto ad oggetto pubblico".

Sicuramente non ha giovato la denominazione della concessione sotto l'ambigua dicitura di "Atto di convenzione per la concessione della progettazione esecutiva, costruzione e gestione del parcheggio multipiano denominato Europa".

Relativamente, invece, al ricorso incidentale proposto dall'amministrazione comunale, volto ad accertare il grave inadempimento della società ricorrente ad un accordo bonario stipulato tra le parti ai sensi dell'art. 240 dell'abrogato D.Lgs. n. 163/2006, il T.A. R. catanese ha ritenuto che esso non rientrasse nella giurisdizione del giudice amministrativo, considerando tale pattuizione - in linea con la ricostruzione operata dal Comune - "una vera e propria transazione di diritto privato" intervenuta nella fase privatistica di esecuzione della convenzione originaria e, dunque, afferente al momento funzionale del rapporto concessorio, con conseguente ascrivibilità alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>(63)</sup>.

Dunque, l'eterogeneità del giudizio espresso sulla giurisdizione è dovuta alla diversità degli atti che hanno originato le domande delle parti. Ciò non toglie che la ricostruzione offerta dal giudice di prime cure pecchi comunque di incoerenza e illogicità nell'identificare - in un articolo della convenzione (rectius: concessione) - un accordo ex art. 11, L. n. 241/1990, a fronte della corretta interpretazione fornita in relazione al successivo accordo bonario.

Sia l'amministrazione appellante sia il Consiglio di Giustizia Amministrativa - sent. 12 agosto 2016, n. 269 - hanno rettamente dedotto che il principio dal quale occorre partire è quello dell'appartenenza alla giurisdizione ordinaria, e non a quella amministrativa, delle controversie relative all'esecuzione delle concessioni riguardanti la costruzione e gestione di opere pubbliche.

Le ragioni sottese ad un simile convincimento sono state le seguenti:

- le clausole di cui la società promotrice lamentava l'inadempimento appartengono alla convenzione di concessione della progettazione, costruzione e gestione del parcheggio;

- l'interpretazione del T.A.R. si è sostanziata in una forzata scissione delle clausole anzidette dal contesto al quale appartengono, essendo stato sezionato "quasi anatomicamente un unico regolamento contrattuale"(64);

- last but not least, la copiosa giurisprudenza della Corte di cassazione sulle concessioni di lavori e opere pubbliche tra il diritto nazionale e sovranazionale.

**Pertanto il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha concluso che "alla giurisdizione amministrativa adita sfugge non solo la cognizione del ricorso incidentale, come è stato già ritenuto dal T.A.R., ma anche quella del ricorso principale".**

Il che impone una serie di considerazioni e riflessioni.

**In primis, come detto, si ottiene un differente trattamento fra le concessioni di lavori e quelle di beni/servizi pubblici sotto il profilo della giurisdizione.**

**In secundis, si ha per vero la sensazione che tale disparità di trattamento nell'ambito di un istituto unitario (anche se il genus è contraddistinto da varie species) derivi più dalla promiscuità della regolazione - in parte legata ai retaggi passati ed in parte aggiornata agli sviluppi recenti - che dalla effettiva diversità delle fattispecie.**

**In tertiis, non si può soprassedere alla necessità di uniformare la disciplina per fattispecie analoghe (piscina comunale e parcheggio multiuso) che finiscono col divenire assoggettate a giudici differenti sulla base di un falso presupposto (concessione di beni/servizi pubblici e concessione per la costruzione e gestione**

**di opere pubbliche), quando invece è piuttosto naturale che una concessione di lavori pubblici inerisca ad una concessione di beni/servizi pubblici.**

**c) Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2016, n. 4539: decidendo sulla gestione di una struttura sportiva polifunzionale (riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261) :** "Emerge, nel caso di specie, la natura negoziale dell'atto impugnato, di modo che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in conformità a quanto statuito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale:

- appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa ad una convenzione avente ad oggetto l'integrale ristrutturazione ed ampliamento di un impianto sportivo comunale (come è, sostanzialmente, nel caso di specie), nonché la sua successiva gestione pluriennale, ove, nella comparazione tra le prestazioni a carico del concessionario, risulti preminente e tale da identificare il vero oggetto del contratto, la realizzazione delle opere rispetto alla gestione degli impianti, che, per il canone richiesto, assume rilievo solo quale mezzo per conseguire, dal lato dell'impresa, la remunerazione necessaria, restando al contempo soddisfatto l'interesse dell'amministrazione al funzionamento dei servizi sportivi (Cass., SS.UU., 6 luglio 2015 n. 13864).
- appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l'affidamento in gestione al concessionario dell'offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune di un canone annuo, non avendo rilievo la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunti), sussistendo piuttosto l'unica categoria della concessione di lavori pubblici, nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario (Cass., SS.UU., 9 novembre 2012 n. 19391)".

Come le altre due già viste, anche la presente decisione - che riforma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 marzo 2016, n. 1261 - fa ampio riferimento alla previa giurisprudenza della Corte di Cassazione e ne trae la propria motivazione per relationem. Inoltre, anche in questo caso si ha il ribaltamento in appello della sentenza di primo grado, che aveva ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa.

La vertenza, sulla quale sono state emesse altre tre sentenze da parte del T.A.R. Campania(65), ha riguardato una concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione di una struttura sportiva polifunzionale.

La paradossalità della situazione è che, delle quattro sentenze emesse dal T.A.R. Campania, solamente una è stata impugnata e riformata, cosicché la giurisdizione

civile si è costituita solo su una delle vicissitudini occorse durante l'esecuzione della concessione. E già qui può constatarsi l'estrema incoerenza sussistente in materia, con il Consiglio di Stato che dichiara il difetto di giurisdizione amministrativa a dispetto di ben tre pronunciamenti del T.A.R. aventi valore di giudicato. Ad ogni modo, nonostante quanto appena messo in evidenza, secondo il Consiglio di Stato le controversie relative a una convenzione per la ristrutturazione di un impianto sportivo comunale, nonché alla sua successiva gestione, ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario poiché attengono alla fase contrattuale e non a quella dell'evidenza pubblica(66). Il principio in sé e per sé considerato non si espone a critiche; senonché occorre considerare il contesto di riferimento. In queste pagine si è mostrato come fattispecie sostanzialmente analoghe (piscina comunale e parcheggio multiuso, a cui si aggiungono ora gli impianti sportivi comunali) siano soggette a diversi regimi in relazione al riparto di giurisdizione per via del fatto che la codificazione include ancora la tradizionale distinzione fra le concessioni di beni e servizi pubblici, da un lato, e quelle di lavori (senza dimenticare gli appalti), dall'altro. Distinzione speciosa, s'è ricordato, in quanto poggiante sull'oramai superata concezione amministrativa della concessione - per di più limitata ai soli beni e servizi pubblici, e non estesa ai lavori - che, sotto l'influsso del diritto europeo, ha lasciato il posto alla matrice contrattuale, provocando l'illogica dicotomia fra i contratti sottoposti all'esame del giudice amministrativo ed i contratti sottoposti all'esame del giudice ordinario.

Da tutto ciò deriva un susseguirsi di decisioni che, anche per l'eccessivo appiattimento sulla giurisprudenza della Corte di cassazione, coinvolge non solo differenti giurisdizioni ma anche differenti modalità di giudizio, con la conseguenziale e pernicioso incertezza del diritto che ne discende ineluttabilmente per gli operatori e gli interpreti.

### **Osservazioni conclusive: il paradosso del dualismo nel dualismo**

Al termine di questo lungo - e, si auspica, interessante- excursus sullo stato del riparto giurisdizionale relativo all'esecuzione dei contratti pubblici, conviene tirare le fila del discorso, consegnando al lettore alcune considerazioni finali.

La presente trattazione si era aperta portando all'attenzione la questione del riparto dualistico fra giurisdizione amministrativa (sulle procedure d'affidamento dei contratti pubblici) e ordinaria (sull'esecuzione contrattuale) - che accomuna in linea di principio gli appalti e le concessioni -, entro il quale è però previsto l'ulteriore dualismo non solo fra gli appalti e le concessioni, ma anche fra le concessioni di lavori (e/o servizi strumentali) e quelle di beni/servizi pubblici. Ciò che ingenera ictu oculi il paradosso di un dualismo nel dualismo. Con la conseguenza che alcune concessioni che, una volta escluse dalla giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., tornano a rientrarvi per effetto dell'art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a. All'assai problematico dualismo fra le procedure di affidamento e

l'esecuzione dei contratti, in relazione a quest'ultima fase contrattuale, si è così aggiunto l'anacronistico dualismo fra appalti e concessioni di beni/servizi pubblici (con quelle di lavori e/o di servizi strumentali trattate invece alla stregua degli appalti).

Per le concessioni, dunque, il dualismo nel dualismo si arricchisce di un ulteriore elemento: beni e servizi pubblici, a dispetto della vaghezza definitoria e delle difficoltà d'inquadramento, sono destinatari di un trattamento diversificato rispetto alle altre concessioni (e agli appalti).

Le concessioni di beni e servizi pubblici finiscono col rientrare nella giurisdizione esclusiva (salvo che per le mere questioni patrimoniali). Storicamente, la ratio sottesa è coincisa con l'antica ed intima connessione fra concessione e interesse pubblico, ma - come dimostra la vicenda delle concessioni di lavori - tale suggestione, implicante una concessione amministrativa quale autentica manifestazione del potere pubblico, ha progressivamente perso dignità giuridica ad appannaggio della moderna natura contrattuale della concessione, il cui discrimen nei confronti degli appalti è dato dal maggior rischio operativo del concessionario (che rende la concessione una forma ancor più "privatizzata" dell'appalto)(67). Delle due l'una: o si destina il medesimo trattamento ad appalti e concessioni, apportando le dovute modifiche alle disposizioni regolanti la giurisdizione - eliminando ogni riferimento alle concessioni o, all'opposto, includendo anche gli appalti ed i lavori e i servizi strumentali -, oppure si compromette inevitabilmente la certezza del diritto, e prim'ancora la sua coerenza, dando adito a notevoli conflitti interpretativi come quelli illustrati nel presente studio.

In aggiunta, deve rilevarsi un eccessivo influsso dei precedenti della Corte di cassazione, soprattutto nei riguardi dei giudici d'appello. È vero che, quando la Cassazione si esprime a Sezioni Unite, la sua funzione nomofilattica diviene di fatto vincolante sulla giurisdizione(68), ma lo smodato ricorso alla giurisprudenza della Cassazione - talvolta attraverso il richiamo di principi di diritto datati e rispecchianti una realtà giuridica non più aderente al diritto vivente - ha prodotto un aggravamento della situazione, importando valutazioni nel merito rivelatesi molto distanti dal pensiero corrente e dal diritto vivente. In proposito si sono riportati vari casi di integrali stravolgimenti fra primo e secondo grado, che sottolineano l'estrema fluidità della materia (ove, alla grande complessità del diritto positivo tra diritto nazionale e sovranazionale, si accompagna la problematicità interpretativa a cavallo fra due differenti giurisdizioni).

Ciò che disvela un caos dove si afferma tutto e il contrario di tutto.

Ecco perché il buon senso imporrebbe una netta semplificazione. La soluzione auspicabile non può che essere la cancellazione della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, con la giurisdizione ordinaria che, dalle questioni patrimoniali, verrebbe estesa all'intera esecuzione contrattuale (salvo per la revisione

dei prezzi e il rinnovo tacito dei contratti, ancora assoggettati alla giurisdizione amministrativa esclusiva; anche qui probabilmente occorrerebbe svolgere una riflessione sull'opportunità di mantenere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Ad onor del vero, alla luce dell'evoluzione conosciuta dal diritto interno che, sotto l'egida della Corte Costituzionale, quanto a cognizione sui diritti soggettivi, ha segnato l'estensione della giurisdizione esclusiva alle sole pretese risarcitorie inerenti all'attività autoritativa della P.A.(69), appare indubbiamente una smentita la previsione di tale ipotesi di giurisdizione esclusiva, dato che le concessioni di beni e servizi pubblici sono ormai contratti a tutti gli effetti.

L'incessante declino della giurisdizione esclusiva, per cui il giudice amministrativo non solo non è il "giudice dell'amministrazione", ma non è nemmeno chiamato a decidere ogni volta che si dibatta sull'interesse pubblico, comporta inevitabilmente l'estromissione delle ipotesi che non abbiano a che fare con l'esercizio della potestà d'imperio. Analogamente agli appalti pubblici - e alle concessioni di lavori - ogni fattispecie che attiene alla fase esecutiva delle concessioni dev'essere devoluta alla giurisdizione ordinaria(70). Non sono ammissibili discrasie per contratti che condividono un'identica natura negoziale, seppure diversamente configurata nell'ambito delle singole figure appartenenti a ciascuna tipologia. Del resto, oltre all'analisi logica, depone in favore di un simile argomento anche l'impianto della giustizia amministrativa(71).

Se, ai sensi dell'art. 1 c.p.a., la giurisdizione amministrativa deve assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, l'art. 2 c.p.a. - in vista del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1, Cost. - riafferma che il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo. Per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, in particolare, l'art. 7, comma 7, sancisce che il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi. In virtù di quanto sopra illustrato, deve concludersi che si tratta di una mera dichiarazione programmatica, svuotata di contenuto dalla giurisprudenza della Consulta, la quale ha unificato la giurisdizione amministrativa intorno alle "controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni", come recita il medesimo art. 7 c.p.a. al primo comma. Dal testo della norma de qua emerge che la giurisdizione amministrativa - sebbene articolata in generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito - consiste essenzialmente nella giurisdizione generale di legittimità, con la competenza del giudice amministrativo in ordine alle controversie relative ad atti, provvedimenti od omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento

del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133 c.p.a., il giudice amministrativo dovrebbe conoscere, pure ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi - secondo l'art. 7, comma 5, c.p.a. -, ma, come visto, giacché la Corte Costituzionale ha ridotto la portata di un simile assunto, ricollegando la giurisdizione amministrativa al potere pubblico, detta disposizione è rimasta sostanzialmente solo sulla carta. Di conseguenza, se non può affatto dirsi attuata l'effettività del processo amministrativo voluta dal c.p.a., viene altresì a mancare il possibile fondamento della giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi pubblici, da considerarsi contratti veri e propri. In particolare, scandagliando sia la legislazione interna, sia la giurisprudenza, sia i contributi menzionati, si nota agevolmente - e piuttosto angosciosamente, quasi in modo kafkiano - che il termine concessione viene utilizzato in diverse e molteplici accezioni. Detta anfibologia provoca importanti aporie nell'attuale sistema di riparto giurisdizionale fra giudici amministrativi, da un lato, ed ordinari, dall'altro. La principale di esse è che la giurisdizione amministrativa esclusiva è fondata su un falso presupposto. La concessione, che un tempo era un provvedimento amministrativo, ora è un contratto. Ciò impone un serio ripensamento della codificazione italiana sul riparto di giurisdizione. È la stessa giurisprudenza a rinnegare il paradosso della doppia dualità nel riparto dualistico attraverso rinvii incrociati fra giudici amministrativi e ordinari, con i secondi che finiscono col decidere - inconsapevolmente - al posto dei primi. Tale circostanza dimostra la naturale spettanza alla giurisdizione ordinaria della fase esecutiva delle concessioni, di tutte le concessioni (non solo di quelle di lavori e di servizi strumentali).

Appalti e concessioni, entrambi fattispecie contrattuali, dovrebbero rientrare ugualmente nella giurisdizione ordinaria, una volta che sia terminata la fase pubblicistica dell'affidamento sulla quale la cognizione compete alla giustizia amministrativa. Diversamente opinando, a distanza di oltre un decennio, occorrerà di nuovo concludere - come già faceva Volpe<sup>(72)</sup> nell'attesa della riforma costituzionale che modifichi il criterio di riparto di giurisdizione basato sulle situazioni giuridiche soggettive e nella speranza, quale operatore del diritto, di potere assistere e partecipare all'evento- che "si sa come il sistema italiano di riparto di giurisdizione si basa su un meccanismo complesso, oltre che inidoneo a perseguire lo scopo per il quale è stato creato; che, si ripete, è quello di individuare, una volta e per sempre, il giudice al quale portare l'esame della controversia. La controversia sulla risoluzione del rapporto instauratosi con l'amministrazione è quasi l'emblema di questa situazione. Solo nell'ipotesi di concessione di pubblici servizi essa dovrebbe essere conosciuta dal giudice amministrativo, in nome di una sorta di feticcio storico costituito dalla concessione. Mentre, invece, si è nell'ambito di un rapporto contrattuale, di diritti e obblighi reciproci, disciplinato da un vero e proprio contratto; dato che quel che si

risolve è il contratto e non il provvedimento a seguito del quale esso è stato stipulato". Citando lo stesso autore: "Intanto, non resta che aspettare" (non un altro decennio, si spera).

(\*) Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Sia consentito rinviare a Le modalità d'aggiudicazione delle concessioni tra vecchio e nuovo ordinamento: riflessioni a margine della recente giurisprudenza nazionale sui servizi, in *Appalti&contratti*, 4, 2017, 31-47.

(2) F. Saitta, Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) specialità della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, 29 ss., sottolinea come "Osservava con la consueta acutezza Massimo Severo Giannini che, nel nostro ordinamento, 'la materia dei contratti ad evidenza pubblica è oggi una delle più discusse e tormentate, ma anche afflitta da singolari confusioni d'idee' e che 'la particolare complicazione della materia riceve un effetto di moltiplicatore per il sistema di giustizia amministrativa fondata sul riparto di giurisdizione'". Dello stesso autore si veda anche *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2016, 323-339.

(3) Art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - c.d. "Codice del processo amministrativo" ("c.p.a").

(4) Cfr. Cass., SS.UU., 28 novembre 2013, n. 26586, e 29 luglio 2013, n. 18190.

In dottrina, di recente, vedasi M. Tiberi, La ricerca del fondamento dell'inefficacia dei contratti ad evidenza pubblica, in *Foro amm. TAR*, 11, 2010, 3729; P. Carpentieri, Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti), in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 664; Simonetti H., Riparare agli errori commessi...Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici, in questa *Rivista*, 12, 2015, 1252 e bibliografia ivi indicata.

(5) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, che annulla senza rinvio T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903, richiamando Cass., SS.UU., 5 aprile 2012, n. 5446, e ord. 5 maggio 2011, n. 9843 (v. infra).

(6) Sia consentito rinviare al mio *La schizofrenia ermeneutica relativa alle concessioni nell'ordinamento giuridico nazionale: problemi di definizione, di disciplina e di prassi*, in *Appalti&Contratti*, 6, 2016, 51-62.

(7) Sulla scorta della *Dir. 2014/23/UE* e del *D.Lgs. n. 50/2016* non è più possibile inquadrare le concessioni quali provvedimenti o accordi amministrativi: mi sia

consentito rinviare a *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in questa Rivista, 6, 2016, 637-648.

(8) Sui beni pubblici - *rectius*: a destinazione pubblica - si rinvia a M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, ed a B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008. Come per la concessione in genere, anche per quella di beni, sembra esservi un certo anacronismo di fondo. Sul punto può essere utile riportare quanto statuito da Cass., SS.UU., 16 settembre 2015, n. 18133 che - facendo eco a Cass., SS.UU., 28 giugno 2006, n. 14865 - ha riprodotto il seguente passo motivazionale: "Costituisce principio pacifico e risalente nella giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*: Cass., SS.UU., 26 febbraio 2003, n. 10157; Cass., SS.UU., 7 maggio 2003, n. 6898; Cass., SS.UU., 16 gennaio 1991, n. 377) che solo l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei Comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici, è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene - entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, quando non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi. Nella figura della concessione-contratto, infatti, la Pubblica Amministrazione è titolare di una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore, in cui la concessione è diretta a produrre i suoi effetti. Qualora, invece, si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato o dei Comuni, il cui godimento sia stato concesso a terzi dietro corrispettivo, al di là del nomen iuris che le parti contraenti abbiano dato al rapporto, viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione e le controversie da esso insorgenti sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario" (3.1.1; enfasi aggiunta).

(9) Cfr. considerando 15 della Dir. 2014/23/UE: "Inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da

parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore". Ad un esame più attento, si intuisce che l'esclusione delle mere concessioni di beni dalla direttiva 2014/23/UE è legata a doppio filo alla regola generale dell'appartenenza delle stesse alle concessioni di servizi e/o lavori, per cui solo eccezionalmente esse possono sottrarsi alla disciplina delle concessioni e confluire nel più ampio concetto di autorizzazioni, ai sensi della direttiva 2006/123/CE relativa alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, oppure in quello di contratti di locazione. Sia consentito rinviare al mio La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale, in pubblicazione su Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario n. 1/2018.

(10) Ad avvalorare tale assunto può essere riportata Cass., SS.UU., 1° luglio 2009, n. 15381, secondo cui la gestione di un servizio pubblico, affidato da una pubblica amministrazione ad un privato, può trovare titolo solo in un atto concessorio, indipendentemente dal nomen iuris - nella specie "contratto di locazione" - che le parti hanno attribuito all'atto col quale è avvenuto l'affidamento: "È consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il principio secondo cui nell'ipotesi in cui la ASL abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, avendo ad oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera (come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. proc. civ.) può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. SS.UU. 14 novembre 2003, n. 17295; 12 giugno 1999, n. 327; 21 luglio 1998, n. 7131; 29 marzo 1994, n. 3075)". A parte il refuso circa l'art. 830 c.c., detta pronuncia sulla giurisdizione pare "provare troppo" attribuendo natura concessoria a tutte le fattispecie che comportano il trasferimento di diritti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili: infatti, quando l'oggetto prevalente dell'affidamento al contraente è costituito dal servizio, non certo dal bene ex se, occorre dare attuazione alla disciplina europea sulla concorrenza (in tal senso è il considerando 15 della nuova Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni: v. nota precedente).

Giova inoltre rammentare che, sempre in linea col summenzionato considerando 15 della Dir. 2014/23/UE, per i contratti di locazione non valgono le disposizioni dettate

in materia concessoria (a cui peraltro deve aggiungersi la giurisdizione in capo al giudice ordinario: v. nt. n. 8 supra).

(11) In tal senso è la Deliberazione ANAC 5/10/2016, n. 1086, relativa all'affidamento in concessione dei servizi connessi alla balneazione sulle spiagge libere del litorale di Roma Capitale nel Municipio Roma X - Lido di Ostia.

(12) Si rinvia, per esempio, alla recente Deliberazione ANAC 23/11/2016, n. 1197, in ordine alla procedura aperta per l'affidamento in concessione - *rectius*: appalto - a terzi di n. 7 nidi comunali indetta da Roma Capitale, dove per l'appunto la fattispecie è stata ricondotta al modello dell'appalto, anziché a quello concessorio.

(13) La dicotomia, che poggia sulla morfologia del rapporto (bilaterale o trilaterale), condiziona la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma non influisce sulla distinzione fra appalti e concessioni: sia consentito rinviare al mio *L'anacronismo della simbiosi tra concessioni e servizi pubblici: trilateralità e altre aporie nell'ordinamento giuridico italiano*, in attesa di pubblicazione.

(14) Sia consentito rinviare al mio *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti&Contratti*, 11, 2016, 22-32.

(15) Cfr. art. 3, commi 11-12, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

(16) La conclusione principale a cui perviene la sentenza citata è che gli artt. 119 e 120 c.p.a. sono applicabili alle procedure di affidamento di servizi in concessione. Ne deriva che alle procedure aventi ad oggetto le concessioni si applica il rito speciale previsto per gli appalti pubblici, con correlato dimezzamento dei termini ordinari di decadenza. Sia consentito rinviare al mio *Alle procedure aventi ad oggetto le concessioni di servizi si applica il rito speciale previsto per gli appalti pubblici* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22), in [www.studiocataldi.it/articoli/28169-concessioni-di-servizi-si-applica-il-rito-previsto-per-gli-appalti-pubblici.asp](http://www.studiocataldi.it/articoli/28169-concessioni-di-servizi-si-applica-il-rito-previsto-per-gli-appalti-pubblici.asp).

(17) Da ultimo è intervenuta Cass., SS.UU., 3 agosto 2006, n. 17573, con nota di R. Giovagnoli, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in questa Rivista, 12, 2006, 1393, il quale fa notare che la tesi cd. privatistica-restrittiva circa la nozione di pubblico servizio - elaborata dalla Cass., SS.UU. nelle precedenti decisioni nn. 71 e 72 del 2000 - "come prestazione diretta a soddisfare i bisogni della collettività, resa da parte di un soggetto, anche privato, che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questo collegato, e che sia sottoposto ad un regime giuridico derogatorio dal diritto comune, è stata condivisa anche dalla giurisprudenza successiva, sia ordinaria che amministrativa, e rappresenta ormai *ius receptum*".

(18) In tal senso si veda A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567, il quale osserva che

"Il processo di contrattualizzazione della concessione di servizi ad opera del diritto comunitario ha condotto, infatti, ad un avvicinamento dei criteri di riparto di giurisdizione del contratto di concessione a quelli tradizionali in materia di appalto pubblico". Secondo l'autore molte delle tradizionali tendenze a pubblicizzare le concessioni (inquadrate dapprima come provvedimenti, poi come accordi amministrativi) e la relativa sfera applicativa (tramite l'inclusione di poteri d'imperio della p.a.) troverebbero spiegazione nella "particolare tipologia del riparto vigente nel nostro ordinamento, saldamente ancorata alla natura degli atti e delle situazioni giuridiche", che ha determinato "alcune forzature nell'interpretazione delle stesse categorie concettuali di diritto sostanziale". In questa prospettiva, l'attuale formulazione dell'art. 133 c.p.a. - unita all'incertezza della ricostruzione sostanziale dello stesso istituto della concessione di servizio pubblico (nonché del concetto di servizio pubblico) - pone alcuni problemi interpretativi che vengono direttamente ad incidere sull'effettività e sulla coerenza del sistema di tutela giurisdizionale in materia di rapporti concessori: in primo luogo, la tradizionale distinzione tra i profili indennitari e gli altri profili concernenti l'esecuzione del rapporto rischia di determinare una pericolosa (e artificiale) segmentazione delle vicende che contraddistinguono, in maniera unitaria, la fase esecutiva del rapporto concessorio e la fase di adempimento delle relative obbligazioni; in secondo luogo, l'esistenza di un duplice criterio di riparto di giurisdizione allorché si configuri un rapporto come appalto di servizio pubblico o come concessione di servizi (regolati dall'art. 120 c.p.a.), ovvero allorché si riconosca la presenza di una concessione di servizio pubblico (regolata dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), accentua la problematicità della mancanza (o dell'instabilità) sul piano sostanziale, di chiari e univoci criteri di distinzione tra gli istituti della concessione di servizio pubblico, della concessione di servizi e dell'appalto di servizio pubblico. L'autore conclude che "sarebbe quindi auspicabile, in una prospettiva de iure condito, una più attenta ricostruzione in chiave paritetica della maggior parte delle potestà che vengono ad incidere sulla fase esecutiva del rapporto" e, in una prospettiva de iure condendo, che "la giurisdizione su tali rapporti andrebbe invece impostata seguendo la distinzione tra "procedura di affidamento" e "fase di esecuzione", in maniera non dissimile da quanto previsto per tutti i contratti pubblici disciplinati dal D.Lgs. n. 163/2006. Il concetto di esecuzione, infatti, meglio si concilia con la struttura bilaterale e obbligatoria del rapporto concessorio. Rispetto alla fase esecutiva potrebbero permanere nell'ambito della giurisdizione esclusiva solo quei poteri effettivamente ricostruibili come poteri autoritativi: e quindi, principalmente, la revoca della "scelta organizzatoria" di procedere all'affidamento della concessione. Tutte le altre vicende esecutive del rapporto convenzionale, poiché afferenti sostanzialmente ad un giudizio sul corretto adempimento di obbligazioni, dovrebbero essere espressamente attribuite al giudice ordinario. Il recesso, la decadenza, la risoluzione per inadempimento, l'applicazione di una penale, l'atto di disdetta riguarderanno sempre - sia negli appalti che nei contratti di concessione - diritti soggettivi nell'esecuzione di un rapporto di diritto comune e

giammai, invece, lesione di interessi legittimi, correlati all'esercizio di un potere. Peraltro, la centralità rivestita dal momento dell'esecuzione trova conferma nel fatto che, proprio al fine di superare le ambiguità insite nella tradizionale formula di riparto in materia di concessioni, il giudice senta talvolta la necessità di richiamare la norma concernente la giurisdizione sugli accordi che attribuisce l'intera fase di "esecuzione" del rapporto al giudice amministrativo. A prescindere, quindi, dal dibattito teorico sulla natura giuridica - autoritativa, negoziale o contrattual-pubblicistica - dello strumento utilizzato, nel momento in cui sorge un'obbligazione si viene a creare uno iato con l'esercizio del pubblico potere che rende assai problematica la stessa previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Rispetto a tale fase, si pone infatti principalmente un problema di adempimento delle obbligazioni, ed è proprio tale elemento che dovrebbe giustificare il naturale radicamento della giurisdizione ordinaria". Un ulteriore elemento da tenere in considerazione, ma che l'autore tralascia, è sicuramente il rischio operativo. In qualità di criterio distintivo delle concessioni dagli appalti, esso pare indirizzare le concessioni medesime verso la giurisdizione civile che, almeno in teoria, sembra più adatta a giudicare su vicende negoziali.

(19) Al riguardo può leggersi, ad esempio, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 25 novembre 2016, n. 1172. Emblematica di quanto anzidetto, in ogni caso, è la c.d. "concessione di valorizzazione", sulla quale si rinvia a L. Mercati, "La valorizzazione del patrimonio pubblico", in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 494 ss.

(20) Mi sia consentito rinviare al mio *Concessioni pubbliche e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653), in *Riv. trim. app.*, 1, 2017, 109-132.

(21) Specialmente nella materia dell'esecuzione contrattuale, ma anche quella dell'affidamento ha richiesto degli aggiustamenti da parte dell'Adunanza Plenaria: v. nota n. 16 supra.

(22) Ma anche qui occorre prestare molta cautela: vedasi Cass., SS.UU., 13 marzo 2015, n. 5074, dove è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo dal momento che "Secondo la giurisprudenza di questa Corte, "in materia di concessioni amministrative, tanto l'art. 113, comma 1, lett. b) del codice del processo amministrativo (approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che la L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 5 (applicabile 'ratione temporis'), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, fatte salve quelle aventi ad oggetto indennità, canoni o altri corrispettivi, non implicano affatto, in queste ultime ipotesi, un regime di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Spettano, infatti, in base ai criteri generali del riparto di giurisdizione, alla giurisdizione ordinaria solo quelle

controversie sui profili in esame che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di ipotesi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi" (Cass. 12 ottobre 2011, n. 20939). Pertanto, poiché l'adozione di un provvedimento di revoca da parte della p.a. è possibile quando il precedente provvedimento risulta inficiato da vizi di merito (per originaria o sopravvenuta inopportunità) e sussiste un interesse pubblico concreto ed attuale, prevalente rispetto al configgente interesse privato, all'eliminazione dell'atto inopportuno, è evidente che nel caso in esame non si controverte semplicemente del diritto ad un corrispettivo, ma della legittimità dell'esercizio del potere discrezionale di revoca che ha caducato il diritto al corrispettivo. Inoltre, l'esame della legittimità del provvedimento di revoca, imponendo al giudice la cognizione delle vicende del rapporto concessorio e, segnatamente, l'esatto contenuto di esso al fine di valutare la legittimità dei poteri discrezionali previsti dalla legge ed esercitati dal Comune sia al momento del riscatto degli impianti sia al momento della revoca di tale riscatto, comporta, anche sotto tale profilo, la giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. ord. s.u. 18 novembre 2008, n. 27336); ciò tanto più che la convenzione di affidamento alla Cerbaie del servizio idrico ha natura di accordo integrativo del contenuto amministrativo di un provvedimento di natura concessoria ed è perciò essa stessa espressione di un potere discrezionale della p.a., con conseguente assoggettamento al sindacato del giudice cui appartiene la cognizione sull'esercizio di tale potere (v. Cass. s.u. ord. 14 gennaio 2014, n. 584)". Nella specie, oltre a doversi ravvisare la solita riproposizione della concessione d'antan - come detto, ora non è più possibile perpetuarla - sotto le sembianze di un accordo amministrativo ex art. 11, L. 7 agosto 1990, n. 241 (che già di per sé avrebbe giustificato la giurisdizione esclusiva), sembra che la giurisdizione amministrativa discenda dalla determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo, non dalla presenza di una concessione di beni/servizi pubblici.

(23) Di contrario avviso è A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4, 2010, 865, la quale sostiene la tesi della giurisdizione unica sul "contratto amministrativo" a tutela delle esigenze del mercato: rifacendosi alla tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento francese in materia di contratti amministrativi - dove il giudice amministrativo è "giudice del contratto di diritto pubblico e della sua esecuzione" -, propugna la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella fase della gestione contrattuale per l'attuazione del principio di effettività.

(24) Cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 4 agosto 2016, n. 940: "Come noto, secondo consolidato orientamento - dal quale non vi è ragione per discostarsi -, nel settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione e, in particolare, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la cognizione dei comportamenti e degli

atti assunti prima dell'aggiudicazione della gara e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. La Pubblica Amministrazione è, infatti, soggetta a regole dettate nell'interesse pubblico per la scelta dell'altro contraente, con applicazione però delle norme di diritto privato dopo l'instaurazione del rapporto negoziale, fonte di diritti soggettivi e di correlativi obblighi fra le parti. A tale differente linea concettuale corrisponde il riparto di giurisdizione, che assegna al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva per le controversie "relative a procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolti da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (...)" (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), mentre spetta al giudice ordinario la cognizione su controversie, attinenti alla fase esecutiva del contratto (ex multis: Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14; Id., Sez. V, 25 novembre 2015, n. 5356; Id., 31 dicembre 2014, n. 6455; Id., 27 ottobre 2014, n. 5290; Id., Sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312; Id., Sez. V, 14 maggio 2010, n. 2959; Id., 10 febbraio 2010, n. 691; Id., Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 30 dicembre 2015, n. 1066; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 8 novembre 2013, n. 704; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 dicembre 2011, n. 2932; T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 marzo 2010, n. 1213; Cass., SS.UU., 14 maggio 2015, n. 9861, ord.; Id., SS.UU., 23 luglio 2013, n. 17858; Id., SS.UU., 24 maggio 2013, n. 12901; Id., SS.UU., 3 maggio 2013, n. 10298; Id., SS.UU., 23 novembre 2012, n. 20729). Nel caso in esame, peraltro, l'effetto del provvedimento impugnato e di cui è chiesto l'annullamento, è analogo al recesso dal contratto in conseguenza della mancata volontà della parte contrattuale (le società ricorrenti) di accettare le condizioni contrattuali poste in contratto e il cui rispetto è stato chiesto dall'Amministrazione intimata" (corsivo originale). Detta interpretazione è stata estesa dagli appalti ai contratti pubblici in generale (v. note nn. 4-5 supra). Ma per le concessioni, ancora oggetto di suggestioni pubblicistiche, sembrano valere regole diverse.

(25) Cfr. Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, pt. 4 dir. e, soprattutto, 23 novembre 2007, n. 401, ptt. 6.7-6.8 dir., ove la Consulta rileva "che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase - che ha inizio

con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) - l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale".

(26) Tanto da prevedere l'inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6008, e Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, Sezioni riunite, par. 22 novembre 2016, n. 1223.

(27) V. nota n. 5 supra.

(28) Si tratta della sentenza di Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488 (con cui è stato accolto l'appello proposto avverso la sentenza del T.A.R. Calabria, Catanzaro, 24 novembre 2011, n. 1422).

(29) Il Consiglio di Stato ha sancito l'illegittimità sia della revoca del precedente affidamento a società mista sia della successiva "autoconcessione", da parte dell'ente comunale, della gestione del porto turistico. In detta delibera si affermava che "il porto rappresenta un'attività di servizio pubblico volta a promuovere lo sviluppo economico e civile". Secondo il Comune la gestione diretta dei servizi pubblici locali sarebbe sempre consentita agli enti locali, perché nessuna norma imporrebbe di affidarli all'esterno. Il T.A.R., pur negando la natura di pubblico servizio, ha accolto in parte il ricorso, ritenendo, da un lato, legittima la revoca della concessione alla società mista e il diniego di rinnovo della concessione demaniale marittima, e, dall'altro lato, illegittima l'internalizzazione del servizio e l'auto-affidamento della concessione al Comune. Il Consiglio di Stato, ritenendo prioritario risolvere la questione se il servizio di gestione dei porti turistici possa essere o meno qualificato un servizio pubblico locale, e, in caso affermativo, un servizio di rilevanza economica, ha deciso che la risposta debba essere affermativa e che pertanto fosse errata la premessa di fondo su cui si basava la sentenza appellata, che qualificava la gestione dei porti come un servizio non pubblico, di tipo imprenditoriale.

(30) Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, fornisce una ricostruzione diversa dal precedente sopraccitato alla nota n. 26: "Il punto è che l'affidamento che costituiva oggetto del ricorso definito da questo Consiglio con la richiamata sentenza n. 6488/2012 non coincide con quello all'origine della presente decisione, né la qualificazione operata con tale decisione inficia la - diversa - qualificazione come contratto di appalto di servizi dell'affidamento a suo tempo disposto in favore della società Mercatore. Ed infatti:

- nel caso deciso con la sentenza n. 6488, cit., venivano in rilievo gli atti con cui il Comune aveva deciso di internalizzare il servizio, superando il pregresso modello di affidamento a una società mista (la Porto di Tropea S.p.a.) alla quale sarebbe stata conferita la realizzazione e la gestione del porto attraverso il ricorso al modello concessorio;

- al contrario, nel caso che qui ricorre, vengono in rilievo gli atti con cui il Comune ha dapprima deciso di internalizzare la gestione del porto (rilasciando a sé stesso la concessione e affidando temporaneamente i servizi di nautica da diporto a un soggetto esterno individuato con procedura negoziata - la Mercatore s.r.l., appunto) e, in seguito, è tornato sui propri passi, determinando 'la cessazione del servizio espletato in appalto dalla Mercatore s.r.l.' (atto di appello, pag. 7)".

(31) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 11 settembre 2013, n. 903: "Il Collegio, in via preliminare, ritiene di soffermarsi sull'eccezione di giurisdizione sollevata dal Comune di Tropea. Il Comune di Tropea richiama l'art. 133 co.1 lett. e) c.p.a. che, riproducendo sostanzialmente quanto previsto dall'art. 33 comma 2 lett. d) D.Lgs. n. 80/1998, limita la giurisdizione esclusiva alle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, con esclusione, dunque, delle controversie attinenti alla fase dell'esecuzione di natura tipicamente privatistica. L'eccezione è infondata. In primo luogo l'art. 133, comma 1, lett. e) richiamato dalla ricorrente, trova applicazione per l'affidamento di un appalto di pubblico servizio mentre, nel caso di specie, viene in rilievo l'affidamento di un pubblico servizio e, specificamente, la gestione del porto turistico e dei servizi connessi. Sulla natura di pubblico servizio della gestione del porto turistico si è pronunciato, nel caso in esame, il Consiglio di Stato, Sez. VI, che, con sentenza n.6448/2012, condivisa da questo Collegio, in riforma della sentenza T.A.R. n. 1422/2011, ha qualificato il servizio da nautica di porto quale servizio pubblico locale di rilevanza economica. In tale senso depone, infatti, l'articolo unico del D.M. 31 dicembre 1983 che, al n. 14, elenca tra i servizi pubblici locali i 'servizi turistici diversi: stabilimenti balneari, approdi turistici e simili', così confermando che la gestione del porto turistico ben può essere considerato un servizio pubblico locale. La natura di servizio pubblico, peraltro, non è esclusa dal fatto che il porto turistico non è utilizzato da una collettività indifferenziata, ma da una fascia ristretta di utenti, atteso che si tratta comunque di un servizio rivolto ad un numero indeterminato di soggetti, verso corrispettivo. Nel caso in esame, la giurisdizione del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., si radica per il fatto che l'amministrazione resistente con il provvedimento impugnato ha esercitato un potere unilaterale di chiaro stampo autoritativo in quanto non previsto in alcuna fonte negoziale intercorsa tra le parti. L'eccezione pertanto deve essere respinta".

(32) Cfr. pt. 2 della motivazione di Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624, che al pt. 4.2 prosegue: "Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno altresì affermato che con la sottoscrizione del contratto si instaura tra le parti un vincolo negoziale iure privatorum comportante che tutte le controversie attinenti alla sua esecuzione devono ascrivere alla giurisdizione ordinaria - configurabile quando si discuta sia della esistenza giuridica delle obbligazioni gravanti su ciascuno dei contraenti sia del come il contratto vada eseguito tra le parti -; appartengono, invece, al G.A. tutte quelle controversie che attengono alla fase preliminare - antecedente e prodromica al

contratto - inerente alla formazione della volontà di contrarre da parte dell'amministrazione (o del concessionario) ed alla scelta del contraente privato in base alle regole cd. dell'evidenza pubblica (id., ord. 5 maggio 2011, n. 9843). Si tratta di statuizioni certamente applicabili alla vicenda di causa atteso che (a prescindere dal carattere non perspicuo dei nomina iuris utilizzati dal Comune appellante) gli atti impugnati in primo grado sono intervenuti con valenza sostanzialmente risolutiva sugli esiti negoziali dell'aggiudicazione disposta in favore della Mercatore s.r.l. nel novembre del 2011 e hanno, quindi, inciso su una fattispecie caratterizzata da rapporti paritetici".

(33) V. nota n. 13 supra.

(34) A differenza di quelle di mero servizio alla p.a., pur ammissibili, che ne rimarrebbero escluse.

(35) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421 - con nota di Moliterni A., Il giudice dei servizi pubblici e l'"araba fenice" del criterio dell'interesse pubblico, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2014, 148 -, laddove si statuisce che relativamente al riparto di giurisdizione sulle concessioni "non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., SS.UU., 8 agosto 1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9 maggio 2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, comma 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso

dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. È proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti agli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività" (pt. 2.7 dir.).

(36) Cfr. art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.

(37) Per Cass., SS.UU., 28 novembre 2013, n. 26586, "la gestione funzionale ed economica dell'opera, infatti, non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma, come previsto nella specie, riveste il ruolo della controprestazione principale e tipica a favore del concessionario, sì che le controversie relative alla fase di esecuzione appartengono pienamente alla giurisdizione ordinaria". Sul punto vedasi F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: problemi aperti cit.*, 329-330 e P. Fimiani, *Giurisdizione e concessione di lavori pubblici*, nota a Cass., SS.UU., 14 febbraio 2008 n. 3518, in questa Rivista, 6, 2008, 732 (la S.C. ha affermato che l'equiparazione, rispetto alla giurisdizione, delle concessioni di opere pubbliche agli appalti, con conseguente assoggettamento alla regola generale di riparto tra diritti soggettivi e interessi legittimi, effettuata dall'art. 31 bis della L. n. 109/1994, concerne solo le concessioni di costruzioni e non anche le concessioni di costruzione e gestione, da cui deriva un rapporto non assimilabile all'appalto, sostanziandosi la gestione in un'attività autonoma che presuppone la costruzione dell'opera e trovando il concessionario compenso alla propria attività nella successiva gestione). Osserva il Trib. Monza, Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 197, pt. 2.1 dir., che "il criterio di radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia di duplice natura, essendo connesso ad un profilo oggettivo (le procedure di affidamento" di lavori, servizi e forniture) e ad uno soggettivo (la procedura deve essere svolta da un soggetto tenuto all'applicazione delle norme comunitarie ovvero al rispetto delle norme statali e regionali in materia di evidenza pubblica): può, quindi, ragionevolmente sostenersi che, sotto un profilo soggettivo, l'art. 244 si applichi non solo alle amministrazioni pubbliche tradizionalmente intese ma anche ai soggetti privati obbligati a seguire le regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente come nel caso dei privati che fruiscono di pubblici finanziamenti, delle società a partecipazione pubblica, delle imprese pubbliche e degli organismi di diritto pubblico

mentre, sotto il profilo oggettivo, il riferimento alle "procedure di affidamento" porta a ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma, accanto agli appalti tradizionalmente intesi, anche le concessioni, il cottimo fiduciario e la trattativa privata procedimentalizzata ex art. 56 del D.Lgs. n. 163/2006, il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le aste elettroniche, il project financing (oggetto della presente analisi) ed i sistemi dinamici di acquisizione. Non di meno, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende a tutte - ma allo stesso tempo solo a quelle - le controversie legate alla fase pubblicistica dell'appalto, tale da intendersi come quella fase intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, laddove restano attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla fase meramente esecutiva... l'orientamento che esclude che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo possa estendersi anche alla fase successiva all'espletamento della procedura pubblica di individuazione del contraente, oltre che pienamente logico e coerente in sé in quanto demanda al giudice normalmente investito dell'esame e della tutela dei diritti soggettivi la cognizione dei vizi di un rapporto negoziale regolamentato da norme esclusivamente privatistiche, è stato recentemente rafforzato dalla giurisprudenza di legittimità che, con la pronuncia n. 11023/2014 emanata in data 20 maggio 2014, ha nuovamente ribadito che "la nozione normativa di concessione di lavori pubblici, che impone il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione anche per le concessioni di gestione o di costruzione e di gestione, si rinviene - prima ancora che nella direttiva comunitaria di codificazione del 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE (poi recepita dall'art. 3, comma 11, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e nella Direttiva 14 giugno 1993 n. 93/37/CEE - nell'art. 1, lett. d), della direttiva 18 luglio 1989 n. 89/440/CEE, sicché non può invocarsi la violazione del principio della perpetuatio iurisdictionis per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione a controversie di tale natura che risultino instaurate anteriormente alla citata direttiva di codificazione e al suddetto D.Lgs. n. 163 del 2006". In una tale situazione sarebbe irragionevole estendere anche alla fase esecutiva, che si esplica a valle dell'avvenuta stipulazione di un rapporto obbligatorio regolamentato da regole e principi di natura privatistica, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la cui sede propria è rappresentata dalla fase "preparatoria" e propedeutica alla stipulazione del contratto in quanto finalizzata alla scelta del "miglior contraente" possibile. E la decisione in argomento ha tenuto a precisare che in senso contrario non poteva richiamarsi quanto in illo tempore statuito dall'art. 23-bis della L. n. 1034/1971, come introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000 (ora v. artt. 119 e 120 del D.Lgs. n. 104/2010: cfr. nota n. 16 supra), "in quanto idoneo a disciplinare solo il rito applicabile dinanzi al giudice amministrativo e non già ad introdurre una modifica sul riparto della giurisdizione in materia, presupponendo, e non certamente fondando, la giurisdizione del giudice amministrativo".

(38) Difforme è il Lodo arbitrale CRIES C. Com. Cagliari, 7 luglio 1994, in Riv. giur. Sarda, 1996, 698.

(39) V. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 maggio 2003, n. 299, in Foro amm. TAR, 2003, 1707.

(40) V. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 28 novembre 2001, n. 1501 (conf.: Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2001, n. 2518). Relativamente al servizio di pubblica illuminazione è stata esclusa la presenza di un servizio pubblico sulla base dell'onerosità del contratto per il Comune, sul quale ricadeva l'onere di pagare il corrispettivo del servizio. Pertanto, secondo il giudice, si configurava un appalto - non una concessione - di servizio strumentale, e, a conferma della simbiosi tutta italiana fra concessione e servizio pubblico, ha desunto che la controversia relativa alla risoluzione del rapporto esulasse dall'ipotesi della risoluzione di un rapporto di affidamento di pubblico servizio, con la conseguenza che non spettava alla giurisdizione del giudice amministrativo. In dottrina vedasi C. Volpe, Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema, in questa Rivista, 2005, 563.

(41) Si pensi che in tema di riserve, secondo la giurisprudenza, le controversie devono essere devolute alla cognizione del giudice ordinario trattandosi di contestazioni insorte nella fase di esecuzione del contratto (ex multis, Cass., SS.UU., 6 maggio 2005, n. 9391; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3318; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 3 giugno 2003, n. 3130 e T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 2 ottobre 2001, n. 583). Ma che cosa accade se si rientra nel pubblico servizio? Sono questioni meramente patrimoniali (giudice ordinario) o radicano la propria ratio altrove (giurisdizione esclusiva)?

(42) Di "lotta per il riparto" parla G. De Giorgi Cezzi, Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione, in Dir. proc. amm., 3, 2000, 696. F. Fracchia, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?, in Servizi pubblici e appalti, 4, 2004, 799 ss., osserva come "l'argomentare volto a salvare o a censurare l'allargamento della giurisdizione esclusiva sotto il profilo della sua compatibilità con la Costituzione sia spesso risultato strettamente intrecciato con l'analisi dei confini della materia forse più importante devoluta alla giurisdizione esclusiva dalle recenti riforme e, cioè, quella dei servizi pubblici. In particolare, il Consiglio di Stato aveva avallato (Ad. plen. n. 1/2000, cit., peraltro occupandosi del d.lg. n. 80/1998) la tesi della compatibilità con la Costituzione dell'allargamento della giurisdizione esclusiva proponendo una lettura estensiva della nozione di servizio pubblico, da intendere nel suo "significato potenzialmente più vasto", tale da ricomprendervi tutto quanto "attiene allo svolgimento dell'attività amministrativa, per ogni suo aspetto". La S.C., invece, aveva giudicato l'art. 103 Cost. come norma che impedisce una "indiscriminata estensione" della giurisdizione esclusiva (Cass., SS.UU., 30 marzo 2000, n. 72), mostrando di

aderire all'interpretazione secondo cui il servizio "è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse sociale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali" (v. altresì Cass., SS.UU., 2 novembre 2001, n. 14032). Va tra l'altro osservato che tale specificità del servizio pubblico è stata di recente riproposta dalla Cassazione che, occupandosi dei "rapporti individuali di utenza" cui faceva riferimento l'art. 33, D.Lgs. n. 80/1998 censurato dalla Corte costituzionale, ha avuto modo di osservare che il servizio pubblico "è la complessa relazione che si instaura tra il soggetto che organizza un'offerta pubblica di prestazioni predefinite nei suoi caratteri attraverso un vero e proprio programma di servizio, il quale la rende doverosa per gli utenti" (Cass., SS.UU., 16 aprile 2004, n. 7265)". Per una rassegna sulla giurisprudenza in parola si rinvia a G. Montedoro, Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, 75, e V. Palmieri, Giurisdizione ed esecuzione dei contratti stipulati dalla p.a., in *Foro amm. CDS*, 9, 2006, 2476. Interessanti annotazioni, con particolare riferimento alla distinzione fra appalti e concessioni, si trovano in G. Caputi, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici nella recente giurisprudenza amministrativa. Riflessioni a margine delle sentenze Consiglio di Stato n. 2461 del 2005 e T.A.R. Campania n. 19740 del 2004, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, 212.

(43) Secondo T.R.G.A. Trento 16 gennaio 2017, n. 15, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a., per rientrare in quella del giudice ordinario, la controversia avente ad oggetto l'affidamento, da parte della Autostrada del Brennero S.p.a., della sub-concessione della gestione del servizio di ristoro e di attività commerciali connesse presso un'area di servizio autostradale, ossia una fattispecie che non è qualificabile come un servizio pubblico.

(44) Al tema è stato dedicato un volume collettaneo che ha cercato di illustrare le questioni dogmatiche apertes in subiecta materia: si tratta di G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

(45) Non è possibile elencare in questa sede tutte le fonti del diritto che hanno interessato la materia, anche perché le concessioni amministrative sono un istituto plurisecolare che affonda le proprie radici addirittura nel diritto romano (cfr. P. Lepore, "A proposito del fenomeno delle "concessioni amministrative" nell'esperienza romana", in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 90 ss.): si rinvia alla lettura di G. Palliggiano, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali* (disponibile on line all'indirizzo: [http://www.tuttocamere.it/files/studi/Palliggiano\\_Giugno\\_2009.pdf](http://www.tuttocamere.it/files/studi/Palliggiano_Giugno_2009.pdf)).

(46) Salvo che per le discipline settoriali relative alla distribuzione di gas naturale, alla distribuzione di energia elettrica, alla gestione delle farmacie comunali ed al trasporto ferroviario regionale.

(47) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537: "l'elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell'individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluyente quanto alla configurazione dell'appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale". "In conclusione, si può affermare che non tutti i servizi pubblici locali devono o possono essere affidati tramite concessione, ch     possibile siano prestati nelle forme di appalto (si pensi alle gare per il servizio di trasporto con remunerazione c.d. net cost), e non tutte le concessioni di servizi sono servizi pubblici locali (per esempio, la distribuzione di bevande e alimenti negli istituti scolastici, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 20 maggio 2011, n. 3019)": cos  il parere dell'AVCP - ora ANAC - 20 giugno 2012 (AG 5/12). In dottrina si veda C. Calvieri, Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali ex esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale, in *federalismi.it*, n. 17/2007.

(48) Il testo della riforma - per effetto della delega contenuta nella L. 15 marzo 1997, n. 59 -   stato il seguente:

"1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:

a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le societ  di capitali anche di trasformazione urbana;

b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi;

c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi;

d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;

e) riguardanti le attivit  e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidit .

3. All'articolo 5, primo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sono soppresse le parole: 'o di servizi'."

(49) Con note di F. Fracchia, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo cit. - ove si legge che "Là dove manca il potere non c'è giurisdizione (non solo esclusiva, ma anche di legittimità) del giudice amministrativo" - e C. Delle Donne, Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi, in Giust. civ., 10, 2004, 2237, nonché a P. Lotti, Giurisdizione amministrativa e servizi pubblici nella sentenza 204/2004, in questa Rivista, 11, 2004, 1276; Travi A., La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in Foro it., 10, 2004, 2598; F. Satta, La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, in Foro amm. CDS., 7/8, 2004, 1908; C.E. Gallo, La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti, ibidem, 1903; C. Medici - M. Rossetti, Riparto di giurisdizione, due passi avanti ed uno indietro, in Dir. e giust., 2004, 29, 22; R. Villata, Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale, in Dir. proc. amm., 3, 2004, 832; L. Torchia, Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

(50) Riprendendo alcune indicazioni del Cons. Stato (Sez. V, n. 2440 del 1999) e della Cass. (SS.UU., 18 aprile 2002, n. 5640), il giudice a quo osservava come sia proprio la "costituzione del vincolo obbligatorio" a segnare lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella dell'autorità giudiziaria ordinaria sul presupposto della tendenziale uguaglianza tra le parti nella fase successiva alla costituzione del vincolo, regolata dalle norme del diritto privato. Conseguentemente, a suo avviso, l'assegnazione indiscriminata alla cognizione del giudice amministrativo di diritti soggettivi, oltre alla progressiva creazione di un diritto civile speciale, avrebbe violato anche l'art. 3 Cost., sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza - per la creazione di una posizione di privilegio della pubblica amministrazione - nonché del principio di ragionevolezza, venendo a creare un "inutile doppione" del giudice ordinario e insieme a disperdere il patrimonio di esperienze ed attitudini di questi, per giunta in un momento storico caratterizzato dalla regressione del momento autoritativo nel rapporto tra apparato pubblico e società civile.

(51) "Ed infatti, non soltanto (e non tanto) il riferimento ad una materia (i pubblici servizi) dai confini non compiutamente delimitati (se non in relazione all'ipotesi di concessione prevista fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), quanto, e soprattutto, quello a 'tutte le controversie' ricadenti in tale settore rende evidente che la 'materia' così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, inammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di quel

generico pubblico interesse che è naturaliter presente nel settore dei pubblici servizi. Ma, in tal modo, viene a mancare il necessario rapporto di species a genus che l'art. 103 Cost. esige allorché contempla, come 'particolari', rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale conclusione è avvalorata dalla circostanza che il comma 2 della norma individua esemplificativamente ('in particolare') controversie, quale quella incardinata davanti al giudice a quo, nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità: e certamente le ipotesi specificamente censurate (lettere b ed e) sono tali da non resistere al vaglio di costituzionalità in quanto non soltanto (come le altre contemplate dal comma 2) travolte dalla censura che investe la previsione di 'tutte le controversie in materia di pubblici servizi', ma anche perché, ex se, integrano ipotesi nelle quali tali controversie non vedono, normalmente, coinvolta la pubblica amministrazione-autorità. La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990): sicché, conclusivamente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 'tutte le controversie in materia di pubblici servizi' anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere c e d). Va altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 2 della norma in esame" (pt. 3.4.2 in diritto).

(52) La sentenza in esame è del luglio 2004, quindi successiva alla Dir. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (OJ L 134, 30 aprile 2004, 1-113) e alla Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (OJ L 134, 30 aprile 2004, 114-240), le quali cristallizzavano la definizione della concessione di lavoro e/o servizi in termini contrattuali, come quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori/servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di lavori/servizi consiste

unicamente nel diritto di gestire i lavori/servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Definizione recepita dapprima dall'art. 3, comma 1, nn. 11-12 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed oggi contenuta nell'art. 3, lett. uu) e vv), D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

(53) In aggiunta a tutti gli esempi già illustrati e a quelli che si esporranno a breve, si segnalano i seguenti due. Per Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2005, n. 3672 - con nota di T. Bonetti, La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in Giorn. dir. amm., 3, 2006, 291 - l'accertamento, la riscossione e la liquidazione di tributi locali svolti da società a capitale pubblico maggioritario, ai sensi degli artt. 52 e 53 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, non costituiscono appalto di servizi, ma distinte e disgiunte attività, cui è applicabile il regime dei servizi pubblici locali per espresso rinvio normativo. E, trattandosi di fattispecie che si presenta "sostanzialmente unitaria", appartiene al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la potestà di conoscere una azione intesa ad ottenere la declaratoria di nullità della concessione-convenzione, regolante il servizio pubblico sui generis di elaborazione e gestione dell'anagrafe tributaria comunale, anche a seguito della pronuncia della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204. Secondo Cass., SS.UU., 5 dicembre 2011, n. 25927, ord. - con nota di G.F. Nicodemo, Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il g.a. conosce solo degli interessi legittimi, in questa Rivista, 4, 2012, 401, ai sensi dell'art. 5 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (v. ora l'art. 133, lett. b, c.p.a.), la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concessioni pubbliche sussiste solo nel caso in cui la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità amministrativa di riconoscere il diritto preteso dal concessionario, coinvolga anche il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, residuando invece la giurisdizione ordinaria per i diritti soggettivi slegati dall'esercizio del potere amministrativo.

(54) Cass., SS.UU., 20 aprile 2015, n. 7959, dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo, ribadisce il principio (già in SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013) secondo cui "gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile del Comune ai sensi dell'art. 826 c.c., u.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse proprio dell'intera collettività allo svolgimento delle attività sportive che in essi hanno luogo. Ne consegue che, qualora tali beni siano trasferiti nella disponibilità di privati perché ne facciano determinati usi mediante concessione amministrativa (che costituisce il solo strumento con cui tale trasferimento può essere realizzato), restano devolute al giudice amministrativo le controversie connesse al rapporto concessorio, per tali dovendosi intendere anche quelle nelle quali siano in contestazione i limiti delle facoltà da riconoscersi alle parti in base all'atto di concessione" (corsivo originale). Per Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013, "in tema di concessione in uso esclusivo a privati di beni demaniali, il giudice ordinario (ferma la sua competenza giurisdizionale limitatamente alla materia delle

indennità, dei canoni e degli altri corrispettivi afferenti al rapporto di concessione amministrativa di beni e servizi pubblici a norma dell'art. 5, secondo comma, legge 6 dicembre 1971 n. 1034) conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti da rapporti di natura privatistica, che accedono a quello di concessione - come il rapporto di appalto o di sub-concessione costituitosi fra il concessionario ed il terzo per l'esercizio del pubblico servizio o l'utilizzazione del bene pubblico - quando l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa quindi ravvisarsi alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo. Quando, invece, l'Amministrazione è in qualche modo partecipe del rapporto di sub-concessione, per averlo espressamente previsto ed autorizzato nello schema del rapporto concessorio, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui all'art. 5, primo comma, legge n. 1034 del 1971 (SS.UU. 19 febbraio 1992 n. 2056; in senso conforme 8 novembre 1997 n. 11028 e 6 agosto 1998 n. 7710)". Questi rinvii "a cascata" dimostrano inequivocabilmente come un principio di diritto - per di più inesatto - relativo ad una fattispecie, per mezzo di progressivi adattamenti, finisca a regolare un diverso caso di specie a distanza di quindici anni (con la concessione che nel frattempo ha subito una metamorfosi). Peraltro non convince nemmeno il principio in sé, secondo cui solo il rapporto diretto fra p.a. e concessionario costituisce concessione di pubblico servizio, spettante alla giurisdizione amministrativa esclusiva, mentre tutto ciò che ne fuoriesce, non costituendo né concessione né pubblico servizio, apparterebbe al giudice ordinario. Come ripetuto a più riprese, non sussiste alcun binomio concessione-pubblico servizio e questo dato è pacifico sin dal pionieristico studio di U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393-425, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 591 ss.

(55) Si richiedeva l'annullamento della Determinazione del Dirigente del Settore Servizi Sociali del Comune, avente ad oggetto "Esercizio del potere di autotutela esecutiva ex art. 823, secondo comma del codice civile. Dichiarazione di nullità e/o inefficacia sopravvenuta del contratto del 24 agosto 2010 rep. n. 1437 e contestuale ordine di rilascio delle strutture sportive comunali e di assistenza delle forze di polizia municipale". La determinazione comunale di revoca dell'aggiudicazione della gara era stata emessa in esito alla nota con la quale l'amministrazione comunale aveva diffidato la società ad adempiere puntualmente gli impegni assunti con il contratto del 24 agosto 2010, con l'avvertimento che il mancato adempimento avrebbe comportato la risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 c.c., con il correlato obbligo a restituire tutti gli impianti sportivi affidati in gestione. Il presunto inadempimento da parte della società sarebbe stato cagionato dal mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento temporaneo per effetto di alcuni recessi all'interno dell'ATI.

(56) Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 maggio 2015, n. 697: "In proposito, peraltro, non coglie nel segno il tentativo di parte ricorrente di inquadrare la questione

controversa sotto lo schema qualificatorio della mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune (...). Invero, l'intero assetto dell'operazione negoziale posta in essere fra le parti aveva ad oggetto un articolato appalto per l'attribuzione in gestione delle strutture sportive comunali, da realizzarsi, però, unitamente alla esecuzione di un articolato programma organizzativo di servizi, recante la previsione, inter alia, di specifiche assunzioni di impegni contrattuali per l'apertura giornaliera delle menzionate strutture, la garanzia della presenza di istruttori sportivi iscritti alle relative federazioni, la custodia attiva degli impianti. Ridurre tale complesso schema di affidamento di strutture sportive e servizi alla mera concessione di beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile del Comune non risulta corrispondere alla realtà negoziale dell'operazione posta in essere, costituendo, in ultima analisi, una qualificazione priva di fondamento della fattispecie in esame, proposta a meri fini di supporto della scelta del giudice adito sul piano della sua giurisdizione, così come ritenuta. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, venendo in rilievo, in estrema sintesi, una controversia sulla risoluzione di un contratto di appalto per inadempimento dell'appaltatore, relativa a posizioni di diritto soggettivo tanto nel petitum che nella causa petendi, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice Amministrativo in favore della sussistenza, nel caso di specie, della giurisdizione del Giudice Ordinario".

(57) V. par. n. 1 supra.

(58) Cfr. pt. 1 dir.: "l'oggetto del contratto è incentrato esclusivamente sulla gestione delle strutture sportive e l'emolumento previsto a carico del Comune è qualificato come contributo annuo di gestione, non rappresentando, dunque, il prezzo di un servizio, ma il concorso alle spese di gestione della struttura medesima. Alla luce di tali dati, ricavabili dalla semplice lettura degli atti di affidamento, si deve ritenere che l'affidamento in esame ricada nell'ambito dell'affidamento di concessione di beni pubblici, pur connotato da obblighi da espletarsi a carico dell'affidatario a favore della collettività, afferenti alla diversa figura giuridica della concessione di servizi".

(59) In breve, la società ricorrente si doleva dell'inadempimento comunale agli obblighi di inibire in maniera assoluta il parcheggio lungo le vie prospicienti il parcheggio e di promuovere tutte le iniziative opportune per consentire la regolamentazione della sosta superficiale (e.g. interventi di rimozione dei veicoli in sosta vietata). Il Comune proponeva, invece, un autonomo ricorso incidentale volto ad accertare il grave inadempimento della società ricorrente per non avere essa realizzato tutti gli stalli interni al parcheggio previsti.

(60) A detta del T.A.R. catanese, "non venendo qui in considerazione una valutazione della concessione quanto una pattuizione ad essa aggiuntiva, complementare ed accessoria, idonea di per sé ad integrare un accordo procedimentale ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990", si sarebbe trattato di "un vero e proprio accordo negoziale, stipulato nel perseguimento del pubblico interesse, volto a determinare il contenuto

discrezionale di provvedimenti amministrativi che il Comune - nell'esercizio dei propri poteri di regolamentazione della circolazione nei centri abitati, di cui all'art. 7 del Codice della strada (D.Lgs. n. 285/1992) - si è impegnato ad adottare ex art. 11 della l. n. 241/1990" (enfasi aggiunta).

(61) V. nota n. 6 supra.

(62) V. nota n. 7 supra.

(63) Cfr. pt. 5 della motivazione: "L'art. 133, comma 1, lett. e), punto 1), del cod. proc. amm., infatti, nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 'le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture', si riferisce al solo segmento pubblicistico di scelta del concessionario (comprendente tutta quella serie di atti e attività prodromiche alla stipulazione del relativo contratto) e non anche alla successiva fase di esecuzione del discendente rapporto contrattuale - nell'ambito della quale il soggetto pubblico agisce (almeno di norma) alla stregua di un privato committente - dove resta, invece, operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, quale giudice dei diritti al quale spetta di verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative" (corsivo originale).

(64) Cfr. pt. 8b della motivazione: "Le dette clausole non integrano, difatti, un accordo a sé (fosse pure una pattuizione solo 'aggiuntiva, complementare e accessoria', come si è espresso il T.A.R.), giustificato da una propria causa, bensì costituiscono nulla più che un elemento della concreta causa giuridica propria della concessione di costruzione e gestione dell'opera, causa al di fuori della quale gli obblighi di cui si lamenta l'inadempimento non presenterebbero alcun senso compiuto".

(65) Ossia: T.A.R. Napoli, Sez. II, 16 marzo 2009, n. 1475, 25 marzo 2010, n. 1627, e 24 aprile 2015, n. 2385. La società ricorrente, risultata concessionaria dopo gara pubblica svolta nel 2006, infatti, ha presentato diverse diffide ed azioni giudiziarie per censurare il comportamento inerte del Comune dopo la stipulazione del contratto. Il commissario ad acta nominato dal T.A.R. provvedeva a riavviare l'intera procedura espropriativa sin dalla dichiarazione di pubblica utilità; tuttavia essendo passati oltre nove anni dall'avvio del procedimento e ben sette dalla prima concessione-contratto, l'originaria convenzione era ormai da rivedere sia sulla durata che sui prezzi (essendo mutato tutto il quadro economico-finanziario) ed inoltre il Comune avrebbe anche dovuto rilasciare la garanzia fideiussoria per permettere la stipula del mutuo con il Credito Sportivo.

(66) "Considerato che il Comune appellante, con il primo motivo proposto, ha prospettato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (violazione artt. 3, 142 e 143 cod. appalti; art. 133 c.p.a.), in quanto con il ricorso instaurativo del giudizio di I grado si lamenta la non disposta modifica delle condizioni economiche contrattuali, in punto di rideterminazione del costo di costruzione e di prolungamento

della durata della concessione, richiedendosi un riequilibrio del sinallagma contrattuale; di modo che, nella prospettazione dell'appellante, la presente controversia attiene pienamente al rapporto contrattuale 'a valle dell'aggiudicazione'", il Consiglio di Stato ha ritenuto "la fondatezza del motivo proposto, posto che le controversie afferenti alla fase di esecuzione di un contratto sono devolute, salvo tassative eccezioni - non ricorrenti nel caso di specie - stabilite dall'art. 133, comma 1, lett. e), nn. 1 e 2, alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., nn. 17858/2013 e 12901/2013; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 14/2014; Sez. V, n. 5356/2015)".

(67) Sono lontani i tempi della ricostruzione della concessione in termini pubblicitici fatta da U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi cit.* (soprattutto perché alla nota n. 24 rifiutava l'idea che il criterio distintivo fra appalti e concessioni fosse il rischio assunto dalla controparte privata della p.a., salvo poi rifiutare alla nota n. 29 il rimedio della eccessiva onerosità delle concessioni in contrapposizione al dogma dell'equilibrio delle prestazioni all'interno degli appalti).

(68) Sul punto R. De Nictolis, *La tecnica di redazione delle decisioni del giudice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), tiene a precisare che "Sono di fatto vincolanti le statuizioni della Cassazione a sezioni unite in tema di giurisdizione, atteso che le sentenze del Consiglio di Stato possono essere cassate dalle sezioni unite per motivi di giurisdizione".

(69) Si veda, da ultimo, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 22 novembre 2016, n. 951: "Il risarcimento del danno non è una materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio; tale principio, già enunciato dalla Cassazione nella vigenza dell'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998, è ritenuto ancora valido pur dopo l'emanazione del c.p.a., negandosi dalle SS.UU. (ord. n. 6595/2011; Idem, n. 1162/2015) che in detto codice la tutela risarcitoria sia configurata come un'autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva. Poco conta che le fattispecie tenute presenti dalla Corte riguardassero altre materie, in quanto il principio enunciato ha chiaramente carattere generale e può essere applicato anche al di fuori dei casi contemplati. Non può quindi farsi applicazione del comma sesto dell'art. 30 c.p.a., secondo il quale "Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo". Nel caso in esame non vi è lesione di interessi legittimi, vertendosi in fattispecie che attiene alla fase esecutiva (nonostante i tentativi della ricorrente di inquadrarla come fattispecie che in qualche modo attiene alla fase anteriore all'aggiudicazione), né in relazione a tale fase è possibile invocare la nozione di giurisdizione esclusiva, che riguarda le sole "procedure di affidamento" degli appalti (art. 133, comma primo, lett. e, punto 1)".

(70) F. Saitta, Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la (persistente) specialità della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, 29 ss., osserva che "Tanto per restare ai contratti ad evidenza pubblica, infatti, ci sembra ancor oggi innegabile che, una volta determinatasi la volontà amministrativa nella scelta del contraente, questa si riversa nel negozio, che, così come resta soggetto alle regole del codice civile sul versante sostanziale, deve restare tale anche su quello della tutela, nel senso che l'esecuzione del contratto, consistendo nell'adempimento delle reciproche prestazioni ivi previste secondo le regole privatistiche, non può che restare assoggettata alla cognizione del giudice ordinario. Affermare che il giudice amministrativo è il giudice della funzione amministrativa non vuol dire, quindi, estendere la sua giurisdizione, in modo del tutto generalizzato, a controversie che con tale funzione "hanno un nesso solo indiretto", non essendovi alcuna valida ragione per sottoporre ad un giudice particolare un'amministrazione pubblica che faccia fundamentalmente uso della propria capacità di diritto comune".

(71) P. Malanetto, La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (18/4/2018).

(72) C. Volpe, Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema, in questa Rivista, 2005, 577 (corsivi aggiunti).

## **CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME - CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E PROTEZIONE DELLA COSTA**

**Matteo Timo(\*)**

**La Corte costituzionale torna sul tema delle concessioni balneari ribadendo tanto l'illegittimità di disposizioni legislative regionali che ricalchino, anche nella loro intenzione, norme nazionali in materie riservate alla potestà legislativa dello Stato, quanto la necessità di una procedura selettiva per l'aggiudicazione dei beni del demanio marittimo.**

Sommario: Premessa - L'oggetto della questione di legittimità - La normativa statale in materia di concessioni demaniali marittime - Analisi del decisum della Corte costituzionale

### **Premessa**

Con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla materia delle concessioni di beni annoverati nel demanio marittimo dello Stato, nonché sui relativi regimi amministrativi di assenso, offrendo l'occasione per

procedere all'esame di un istituto assai travagliato del diritto pubblico italiano e costituito dalla concessione demaniale marittima, con specifico riferimento a quella rilasciata a fine turistico-ricreativo.

Si tratta, invero, di un atto amministrativo connotato da una spiccata interdisciplinarietà che assume rilievo in prospettiva di due considerazioni: da un lato, dell'inevitabile implicazione economica scaturente dal godimento di un bene demaniale e, dunque, dall'inclusione del procedimento concessorio nel novero delle attività di mercato assoggettate al rispetto delle regole concorrenziali; dall'altro lato, dall'imprescindibile valenza ambientale e paesaggistica dei beni concessi e, in particolare, della "spiaggia". Quest'ultimo aspetto assume un carattere di estrema attualità, atteso che non solo la Corte costituzionale è stata chiamata a sindacare la conformità di una legge regionale di disciplina della costa rispetto la tutela della concorrenza, ma altresì la Corte di giustizia e i giudici amministrativi hanno sovente avuto modo di applicare la disciplina italiana tra molteplici dubbi di conformità nei confronti del diritto dell'Unione europea. Delle due considerazioni alle quali si faceva cenno poche righe sopra, solo una appare far riferimento a un quadro normativo generale e pregnante: questo è rappresentato dal corpus di regole europee e nazionali a presidio della concorrenza c.d. "per il mercato". All'opposto si rileva come il secondo interesse, quello culturale-paesaggistico, non abbia mai usufruito di una regolamentazione uniforme a livello nazionale. Le zone costiere italiane non dispongono di una disciplina generale, bensì esse si collocano tra la regolamentazione del demanio marittimo e le norme "particolari" a presidio del paesaggio(1): peraltro, entrambe le normative da ultimo citate risentono di uno spiccato riparto di competenze Stato-regioni(2). L'art. 117 Cost. non menziona, tuttavia, il paesaggio: per il vero, la dottrina prevalente(3) riconnette il paesaggio ai beni culturali, la cui tutela, in virtù dello stesso art. 117 Cost., è riservata alla legge statale, mentre la disciplina della valorizzazione concorre con la legislazione regionale(4).

Nel caso di specie, la norma statale di riferimento si esaurisce, nella sostanza, nell'art. 1, 254° comma, della legge finanziaria per il 2007(5), in virtù del quale le Regioni sono chiamate, nel redigere i piani di utilizzazione delle aree demaniali marittime, a individuare il "corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili" e a definire le modalità e la collocazione dei varchi per il libero e gratuito accesso alla battigia antistante l'area concessa.

Sotto il profilo della tutela della costa, altresì, il codice della navigazione(6), all'art. 37, 2° comma, dispone che per il rilascio di nuove concessioni balneari dev'essere data preferenza al concessionario che assicuri la realizzazione di "attrezzature non fisse e completamente amovibili"(7): l'amministrazione concedente deve non solo esperire una gara alla luce dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma deve assicurare che il concessionario selezionato non realizzi opere in grado di alterare

irrimediabilmente l'area concessa. Il bene demaniale "spiaggia" - anche attesa la sua elevata redditività(8) e l'essenziale intersezione con le libertà economiche - reperisce la sua regolamentazione, almeno in parte, entro la potestà legislativa riservata dello Stato in materia di concorrenza, ma deve interfacciarsi, altresì, con la devoluzione di competenze normative in favore delle regioni e di competenze amministrative attribuite, in generale, alle amministrazioni comunali dall'art. 118 Cost. D'altronde, il discorso diviene maggiormente articolato alla luce della necessaria preservazione della costa: in ultima analisi, la protezione effettiva(9) del litorale è stata demandata alla legislazione regionale e alla conseguente pianificazione, anche di livello comunale(10). In questa prospettiva, al sopraggiungere di leggi regionali, si è accompagnata una quantomeno incerta politica legislativa nazionale, gravata da dubbi di non conformità al diritto comunitario, rappresentati da una procedura d'infrazione e da un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Se la legislazione statale sembra essere stata di recente condotta al rispetto della concorrenza, le regole sulla pianificazione costiera - ispirate a un uso sostenibile e conservativo delle aree balneari - potrebbero nella sostanza riproporre quegli automatismi e quelle preferenze(11) per il concessionario uscente che il diritto dell'Unione europea inibisce.

Prima che sia puntualmente analizzata la pronuncia n. 40/2017, un'ultima considerazione di carattere generale attiene al parametro guida impiegato dalla Corte costituzionale. La Consulta ammette che il regime concessorio dei beni demaniali - anche quando, come nella questione di legittimità oggetto del giudizio, attiene alla tutela e all'uso del bene stesso - interferisce con più materie, spettanti alla potestà sia statale sia regionale(12): subito dopo, la Corte chiarisce che "particolare rilevanza" deve essere attribuita ai principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento sulla scorta della normativa comunitaria e nazionale.

Il principio di diritto non è nuovo nel panorama della giurisprudenza costituzionale. Tanto è vero che lo stesso Giudice delle leggi esplicitamente richiama il proprio precedente di cui alla sentenza 18 luglio 2011, n. 213, in cui ebbe modo di sancire il principio oggi riaffermato: "la disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale, atteso che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale". Ogni qualvolta venga predisposto un assetto normativo che disciplini l'accesso al godimento del bene demaniale questo deve essere riservato alla legislazione esclusiva statale: le regioni, nel dettare la regolamentazione delle materie correlate (tra le quali tutela ed uso), devono conformarsi alla normativa nazionale.

### **L'oggetto della questione di legittimità**

La Corte costituzionale viene chiamata a pronunciarsi - su ricorso promosso in via principale dal Presidente del Consiglio dei Ministri - sulla legittimità costituzionale

dell'art. 14, commi 8 e 9, legge regionale Puglia 17/2015(13) in riferimento all'art. 117, 1° comma e 2° comma, lett. e), Cost. Come si evince dalla ricostruzione operata in fatto, con l'impugnata L.R. n. 17/2015 la Regione Puglia ha inteso regolare la ripartizione delle funzioni amministrative inerenti alla gestione del demanio marittimo e delle zone di mare territoriale, distinguendo le funzioni conferite alle amministrazioni comunali da quelle rimaste in capo alla stessa Regione. All'art. 1, 2° comma, la legge regionale specifica che la finalità primaria della disciplina è quella di assicurare la "gestione integrata della costa", intesa quale "concorso della pluralità di interessi pubblici, ai diversi livelli territoriali, nella valutazione delle azioni programmatiche finalizzate all'uso, alla valorizzazione e alla tutela del bene demaniale marittimo".

Al successivo 4° comma, dello stesso art. 1, si definiscono i principi cui si deve conformare l'azione regionale in materia di demanio marittimo: spiccano per importanza le lettere a), b) e c) dedicate rispettivamente alla "salvaguardia, tutela e uso eco-sostenibile dell'ambiente", alla "pianificazione dell'area costiera" e alla "accessibilità ai beni del demanio marittimo e al mare territoriale per la loro libera fruizione anche ai disabili". Emerge con evidenza che la disposizione esaminata e quelle successive - dedicate alla pianificazione regionale (Piano regionale delle coste - PRC) e alla pianificazione comunale (Piani comunali delle coste - PCC) - non sono dirette all'immediata regolamentazione economica della materia, bensì a quella volta alla preservazione del patrimonio litoraneo regionale. Tuttavia, la stessa legge, quantomeno indirettamente, lambisce, circoscrivendolo, l'accesso allo sfruttamento del demanio marittimo.

Siffatta osservazione corrisponde al contenuto delle censure sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato e dirette ai commi 8° e 9° dell'art. 14. In particolare, la difesa erariale addivene ad un'interpretazione del 8° comma volta alla riaffermazione dell'abrogato "diritto di insistenza" di cui all'art. 37 codice della navigazione: la norma regionale, ad avviso del ricorrente, nel confermare la titolarità di almeno il 50% delle concessioni in essere, determinerebbe un vantaggio competitivo a favore del concessionario esistente. L'Avvocatura dello Stato, sul punto, ricorda come il citato art. 37, 2° comma, c. nav. sia stato abrogato a seguito di procedura d'infrazione: la reintroduzione della norma sarebbe, dunque, contrastante sia con il diritto europeo primario (art. 49 TFUE) sia con una disposizione derivata (art. 12 della c.d. "direttiva servizi"(14)). Questi, da un lato, assicurano la libertà di stabilimento e il principio generale di concorrenza e, dall'altro, vietano automatismi e preferenze nelle procedure di selezione dei concessionari. Il seguente 9° comma - norma che si limita a ribadire la proroga delle concessioni demaniali ope legis sancita dal legislatore statale - viene censurata dalla parte ricorrente, oltre che alla luce dei menzionati artt. 49 TFUE e 12 Dir. 2006/123/CE, anche per il fatto che il comma in esame ripropone una norma statale oggetto di rinvio pregiudiziale e ritenuta dalla Corte di giustizia(15) ostativa alla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea. La difesa statale ricorda,

altresì, che la concorrenza costituisce principio trasversale nella regolamentazione europea del regime amministrativo concessorio, tanto da essere da ultimo richiamata anche nella direttiva 2014/23/UE(16) in materia di contratti pubblici di concessione. In senso opposto, la Regione Puglia appronta la difesa delle norme impugnate evidenziando come le medesime rientrino nel più ampio disegno attuativo della pianificazione regionale delle coste imposta dalla stessa legge statale di cui al citato art. 1, 254° comma, legge finanziaria per il 2007. In ordine al 8° comma, la difesa regionale chiarisce come la disposizione, nell'assicurare arenili di libera fruizione nella misura del 60% della linea di costa, abbia dovuto ridurre (ove necessario) l'ammontare spaziale delle concessioni precedentemente rilasciate. A tal fine, il 8° comma dispone che i PCC debbano procedere ad una riduzione (rectius revoca parziale ex art. 42 c. nav.) di tutte le concessioni sino al 50%: enunciato normativo che, applicandosi a tutti i concessionari e non prevedendo il rilascio di nuovi titoli, non costituirebbe creazione di alcuna barriera all'accesso al mercato.

In ordine al 9° comma, la Regione Puglia - a quanto si desume dalle considerazioni in fatto(17) - si è limitata a ribadire che la disposizione, riproducendo la corrispondente norma statale, debba essere letta in combinato disposto con il precedente 8° comma: afferma la Regione che, preso atto della legge nazionale che impedisce la revoca totale delle concessioni in vigore sino al 2020, anche la legge regionale ha dovuto rimarcare il divieto al fine di evitare che il riassetto operato dal 8° comma comportasse la caducazione di taluna concessione. Così enucleate le contrapposte ragioni dello Stato e della Regione Puglia, la Corte è pervenuta alla declaratoria di illegittimità costituzionale del 8° comma, secondo periodo, e del 9° comma; infondata è stata ritenuta la questione sollevata in merito al 8° comma, primo periodo.

### **La normativa statale in materia di concessioni demaniali marittime**

L'originaria regolamentazione della concessione balneare si rinveniva quasi esclusivamente negli artt. 28 e segg. c. nav., il cui scopo primario era l'assoggettamento a regole pubblicistiche delle attività di sfruttamento del litorale. Siffatte disposizioni erano la diretta specificazione di quanto statuito pochi giorni prima dal legislatore civile (si ricorda che tanto il codice della navigazione quanto il codice civile recano la data del marzo 1942). Tanto la disciplina civilistica quanto quella della navigazione scontano il fatto di essere state concepite con carattere di estrema generalità, dettato probabilmente dal contesto storico ed economico in cui i due codici furono redatti: vale a dirsi, in una concezione della spiaggia come luogo dedito prevalentemente alla marineria e alla cantieristica, attività umane concentrate nei centri urbani. Tuttavia, sin dalla metà del Secolo scorso, è stato evidente il ruolo economico giocato dalla costa nello sviluppo e nella fioritura di svariate attività economiche e, in particolare, dell'impresa turistica e dell'itticoltura, determinando l'emergere di taluni aspetti problematici connessi allo sfruttamento del litorale. È palese che si tratti d'interessi conflittuali, necessitanti di una normativa che garantisca

un bilanciamento delle opposte esigenze: simile ponderazione, legislativa prim'ancora che amministrativa, d'interessi contrapposti non si presenta come d'intuitiva risoluzione già al solo rilevare che ogni attività umana sulla spiaggia può lederne il pregio paesaggistico. Per quanto più strettamente attiene al tema che ci occupa, si nota che la stessa vocazione turistica sempre più muta la sua consistenza: oggi non è certo possibile affermare che la migliore fruizione della costa s'identifichi necessariamente con quella fornita dallo "stabilimento balneare", in quanto un'ampia porzione di coloro che usufruiscono del mare a fini vacanzieri o ricreativi predilige la spiaggia "incontaminata", priva di particolari strutture di servizio.

Di tutti questi fattori deve tenere conto il regime amministrativo del demanio marittimo: senza dubbio è necessario, ora come nel 1942, un titolo concessorio per il godimento della spiaggia(18), ma ciò che è mutato è la valutazione di quelle "esigenze del pubblico uso" che l'art. 36 c. nav. pone a condizione del godimento e uso esclusivo del bene demaniale marittimo.

Una prima considerazione attiene al fatto che lo stesso legislatore ha provveduto a declinare le ipotesi in cui la concessione d'uso(19), dettata in generale dal menzionato art. 36 c. nav., si estende al settore turistico: individuazione quest'ultima compiuta per il tramite dall'art. 1, D.L. n. 400/1993. Si deve, in più, notare come la concessione demaniale non sia annoverata nella disciplina di cui al codice dei contratti pubblici(20), nonostante questo ricomprenda talune tipologie di atti concessori: ad ogni modo, non è possibile negare che il diritto dell'Unione europea abbia esteso la tutela del mercato anche agli atti amministrativi qualificati come concessione. Da un lato, se le Dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE(21) regolavano uniformemente i contratti pubblici, solo con la Dir. 2014/23/UE l'Unione europea, nel ridisciplinare la materia degli appalti, vi ha ricompreso anche le concessioni(22). In siffatto senso si può notare una tendenza del diritto europeo a estendere le regole pro-concorrenziali(23) anche all'atto concessorio: sicuramente a quello equiparato al contratto pubblico, ma si vedrà anche alla concessione demaniale non disciplinata, tuttavia, dalla Dir. 2014/23/UE(24). Non a caso, ove il codice dei contratti pubblici non trova applicazione, nondimeno non può essere ammessa una procedura non rispettosa delle libertà dei Trattati e, in particolare, della libertà di stabilimento e del divieto di discriminazione fra operatori economici: ne consegue che le pubbliche amministrazioni debbono conformarsi alle regole concorrenziali al momento della scelta del concessionario. La scarsità della risorsa e la sensibilità degli interessi in gioco impone alle autorità pubbliche di non poter assentire ogni istanza volta ad ottenere il godimento del bene demaniale e, altresì, impedisce che gli operatori già titolari di concessione siano preferiti agli altri attori del mercato.

Questi principi sono richiamati anche dalla formulazione del 1° comma, art. 37 c. nav., ove si precisa che "è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua

utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico". Se l'amministrazione concedente deve scegliere il proponente che offra il progetto "migliore" in termini non solo di sfruttamento, ma anche di perseguimento dell'interesse pubblico, è evidente che l'amministrazione dovrà avviare una procedura selettiva. Se così fosse stato, stando alla lettera dell'articolo riportato, si sarebbe potuto affermare che la materia delle concessioni demaniali marittime rientrasse appieno nel concetto di evidenza pubblica<sup>(25)</sup>. All'opposto, la normativa originaria inseriva due vistose deroghe al principio concorsuale: per un verso, l'art. 37, 2° comma, c. nav. enucleava un criterio di preferenza, in sede di rinnovo, per il concessionario uscente (c.d. "diritto d'insistenza"); per altro verso, era previsto dal 2° comma<sup>(26)</sup> dell'art. 1, D.L. n. 400/1993 il cosiddetto "rinnovo automatico"<sup>(27)</sup> delle concessioni alla scadenza del primo periodo sessennale, nonché la possibilità di ottenere il rinnovo stesso ad ogni ulteriore scadenza. È del tutto evidente che il combinato disposto dell'art. 37, 2° comma, c. nav. e dell'art. 1, 2° comma, D.L. n. 400/1993 determinasse l'insorgenza sostanziale di una concessione perpetua<sup>(28)</sup>: l'imprenditore turistico-stabilimento balneare poteva automaticamente accedere a periodi di rinnovo e, in caso di procedura selettiva, si vedeva avvantaggiato rispetto agli altri offerenti. Particolarmente insidioso, poiché distorsivo della libera concorrenza, il diritto d'insistenza è sempre stato studiato con la "lente d'ingrandimento" dalla dottrina che, nell'incuranza del legislatore, ne ha sovente evidenziato le conseguenze patologiche, consistenti nell'edificare barriere all'accesso al mercato del turismo balneare. Peraltro, pare corretto rimarcare che, anche nella vigenza dell'originaria formulazione, gli effetti "protezionistici" dell'art. 37 c. nav. erano, talvolta, inibiti dal giudice amministrativo<sup>(29)</sup>. Nonostante la possibilità di profilare un'interpretazione circoscrivente, la Commissione europea aveva ritenuto non conforme al diritto comunitario la normativa nazionale avviando la già menzionata procedura d'infrazione (n. 2008/4908) nei confronti della Repubblica italiana, seguita da una seconda comunicazione d'infrazione complementare<sup>(30)</sup>, attesa la non esaustiva armonizzazione della regolamentazione interna successivamente alla prima comunicazione. Invero, senza voler qui esaurire l'annoso e controverso tema dei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione europea e quelli degli Stati membri circa la disciplina delle concessioni demaniali marittime, si evidenzia che la notifica della procedura d'infrazione ha aperto una fase decennale di instabilità in cui si inserisce pienamente anche la sentenza n. 40 del 2017 della Corte costituzionale in commento.

Al fine di conformare il dettato dell'art. 37 c. nav. alle osservazioni originariamente formulate dalla Commissione, il Governo italiano, in un primo momento, ricorreva alla decretazione d'urgenza abrogando il periodo "incriminato" dell'articolo in esame<sup>(31)</sup>: alla soppressione del diritto d'insistenza sopravviveva il meccanismo del rinnovo automatico e proprio in ordine a quest'ultimo sopraggiungevano le

osservazioni integrative della Commissione<sup>(32)</sup>, incentrate sulla contrarietà di siffatto istituto con l'art. 12<sup>(33)</sup> della c.d. "Direttiva servizi"<sup>(34)</sup>. Con l'art. 11 della legge comunitaria per il 2010<sup>(35)</sup>, il Parlamento abrogava il 2° comma, art. 1, D.L. n. 400/1993, ma lasciava in vigore una discutibile disposizione recata proprio da quel decreto legge del 2009 che era stato causa della comunicazione complementare della Commissione. Il D.L. n. 194/2009, all'art. 1, 18° comma, continuava a prevedere che le concessioni demaniali marittime in essere alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legge (quindi all'anno 2009) sarebbero state prorogate ope legis sino al 31 dicembre 2020.

L'intervento del legislatore nazionale trovava la sua esplicita motivazione nella norma stessa: la ratio sottesa alla proroga "per legge" era da rinvenirsi nella necessità di garantire l'operatività delle concessioni in essere nelle more dell'emanazione di una nuova disciplina generale e organica della materia<sup>(36)</sup>. Di avviso diametralmente opposto è stata la Corte di giustizia<sup>(37)</sup>, la quale è giunta ad affermare che l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE<sup>(38)</sup> osta a una misura nazionale che preveda l'automatica proroga del titolo concessorio, in assenza di qualsiasi procedura selettiva di valutazione degli operatori economici offerenti<sup>(39)</sup>. Il dato di maggior interesse, desumibile dalla pronuncia menzionata, è quello di aver appurato che il bene demaniale marittimo può essere risorsa naturale limitata (accertamento concreto che spetta, invero, al giudice nazionale) e che il conferimento in godimento dello stesso non può sottrarsi allo svolgimento di una procedura competitiva come richiesto dalla direttiva Bolkestein<sup>(40)</sup>.

La Corte di giustizia, puntualmente recepita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>(41)</sup>, non sembra aver fatto breccia nel Parlamento italiano che, in sede di conversione dell'art. 24, D.L. 24 giugno 2016, n. 113<sup>(42)</sup>, ha aggiunto un comma 3°septies che ribadisce la validità dei rapporti concessori già instaurati e pendenti in base all'art. 1, 18° comma, del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, nuovamente giustificando l'intervento con la necessità di attendere il riordino della materia.

Parte della giurisprudenza amministrativa non ha preso in considerazione la norma del 2016, bensì ha fondato anche le più recenti pronunce<sup>(43)</sup> con immediato riferimento alla sentenza della Corte di giustizia. A quanto consta, al momento in cui si scrive, solamente il Tribunale amministrativo per la Lombardia (27 aprile 2017, n. 959) ha preso in esame l'art. 24, comma 3°septies, D.L. n. 113/2016, giungendo a dichiararne la disapplicazione per contrasto con il diritto dell'Unione europea. Entrambe le prese di posizione del giudice amministrativo rendono impossibile avvallare una lettura non orientata alla giurisprudenza europea. In sostanza, se le concessioni demaniali non sono ipso iure venute meno (per ovvie ragioni di buona fruizione del demanio), è parimenti vero che le amministrazioni competenti

dovrebbero sollecitamente avviare le procedure per il rinnovo, senza che i concessionari uscenti possano opporre alcuna proroga legale al 2020.

### **Analisi del decusum della Corte costituzionale**

La Corte costituzionale, preso atto del quadro normativo nazionale com'è stato delineato nel paragrafo precedente, ha condotto l'esame delle due disposizioni impugnate essenzialmente alla luce dei criteri di riparto delle competenze legislative Stato-regioni. La Consulta non entra nel merito delle conseguenze del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il Giudice delle leggi si limita a menzionare<sup>(44)</sup> l'interpretazione europea nella ricostruzione del corpus normativo vigente in materia di concessioni demaniali marittime, mentre subito dopo passa a chiarire il criterio cui è improntata l'intera decisione. Quest'ultimo si identifica nel richiamo al citato precedente di cui alla sentenza 213/2011: l'istituto giuridico del demanio marittimo si connota per l'intersecarsi di molteplici potestà legislative nazionali e regionali, tra le quali spicca la tutela della concorrenza di competenza riservata allo Stato.

Individuato siffatto criterio, la Corte dapprima conduce l'esame del 8° comma, primo periodo, affermando che il medesimo deve essere letto in combinato disposto con il precedente 5° comma dello stesso art. 14. Atteso che il citato 5° comma - nel dare applicazione all'art. 1, 254° comma, L. n. 296/2006 - riserva alla libera balneazione almeno il 60% del demanio marittimo di ogni comune, il 8° comma, primo periodo, deve essere inteso come strumentale a simile disposizione: il periodo in esame si limita a imporre la riduzione delle concessioni in essere (nel limite massimo del 50% per ognuna di esse) sino al raggiungimento della quota di libera fruibilità del litorale. Pertanto, l'enunciato, lungi dall'essere una riproposizione del diritto di insistenza, si traduce in una revoca parziale delle concessioni senza prevederne delle nuove: la relativa questione è, conseguentemente, dichiarata infondata.

Pienamente condivisibili sono le argomentazioni della Corte. Le concessioni interessate dal primo periodo non traggono alcun beneficio dall'applicazione della norma stessa: non a caso, simili concessioni non ricevono un vantaggio competitivo dalla riorganizzazione del litorale pugliese, bensì ne subiscono un detrimento.

Infatti, all'opposto di quanto vorrebbe la tesi statale, esse non sono destinatarie di un "novello" diritto d'insistenza: la loro durata non è prorogata, i concessionari non sono e non saranno favoriti ad altri operatori economici e, per converso, l'estensione spaziale del lotto viene ridotta, sacrificando una prerogativa economica a favore del sovraordinato interesse paesaggistico-ambientale.

A conclusioni opposte giunge la Consulta in merito al 8° comma, secondo periodo, e al 9° comma dell'art. 14, ritenendoli entrambi costituzionalmente illegittimi.

La prima delle due disposizioni si presenta come una sorta di regime transitorio volto a sopperire a quelle ipotesi ove alcune delle concessioni in essere si trovino in contrasto con il piano comunale delle coste (a seguito delle riduzioni operate ai sensi del 5° comma): in tale frangente, il secondo periodo del 8° comma, autorizza lo stesso PCC, anche in deroga al 5° comma, all'individuazione di zone nelle quali traslare o variare i titoli concessori non conformabili al piano costiero.

Il secondo periodo - seguendo le motivazioni della Corte<sup>(45)</sup> - si presenta come individuazione di ulteriori aree demaniali, diverse da quelle originarie, da assegnare in concessione: il Giudice delle leggi, richiamando un precedente del Consiglio di Stato<sup>(46)</sup>, chiarisce che tale procedimento è equiparabile al rilascio di una nuova concessione e che deve avvenire nel rispetto del principio di evidenza pubblica.

Sostanzialmente, il 8° comma, secondo periodo, introduce un istituto simile, ma non eguale (attesa la non identità dell'area demaniale concessa), al vecchio diritto d'insistenza: ad ogni modo - benché la Corte accenni alla violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. - il Giudice delle leggi ritiene che sia stata, altresì, invasa la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost. Ciò che maggiormente interessa la Corte non è tanto la potenziale deroga alle regole pro-concorrenziali di cui alla direttiva servizi, quanto che, in ogni caso, la regolamentazione dell'ingresso degli operatori economici in certo settore di mercato è materia riservata alla legislazione Statale: la norma regionale che assegna nuovi ritagli di litorale a compensazione di quelli sottratti nell'attuazione del PCC è intrinsecamente illegittima, indipendentemente dal fatto che simile assegnazione impedisca (come effettivamente fa) o meno una selezione libera, pubblica e trasparente.

Quest'ultima specificazione è essenziale al fine di ribadire il divieto per i legislatori regionali di regolare il libero mercato: infatti, la disposizione censurata è costituzionalmente illegittima proprio per la violazione del riparto delle potestà legislative. All'opposto, il riferimento di per sé al diritto dell'Unione europea non necessariamente esige una declaratoria di illegittimità: è risaputo, infatti, che la disposizione interna configgente con quella comunitaria immediatamente efficace (effetto diretto o self-executing) non sia incostituzionale, ma che semplicemente vada disapplicata. Ne è conferma il fatto che in tal senso si sia pronunciato, con la menzionata sentenza, il T.A.R. Lombardia<sup>(47)</sup> in relazione al D.L. n. 113/2016.

Con maggior puntualità, la questione di legittimità del 9° comma è dichiarata fondata in riferimento al solo art. 117, 2° comma, lett. e), Cost. La Corte, richiamata la sua consolidata giurisprudenza<sup>(48)</sup>, afferma che anche la semplice novazione di una disposizione statale ad opera di una legge regionale comporti un'illegittima intrusione nella sfera riservata allo Stato: a maggior ragione che il 9° comma, nel riprodurre il D.L. n. 194/2009, ne amplia il contenuto estendendo la proroga anche alle concessioni rilasciate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge.

La Corte, pertanto, esegue una valutazione formale della disposizione censurata, senza analizzare il portato della stessa e, soprattutto, senza specificare che la norma statale di riferimento, come visto poco sopra, è stata ritenuta incompatibile con il diritto europeo dalla Corte di giustizia. Se l'operato della Consulta appare corretto, anche alla luce delle considerazioni che si delineavano poc'anzi tra declaratoria di illegittimità e disapplicazione, non sembra privo di pregio affermare che la sentenza in rassegna avrebbe potuto spendere alcune righe di motivazione anche su questi argomenti.

Infatti, preso atto della tendenza del legislatore statale - e nel pieno rispetto formale dell'art. 117, 2° comma, Cost. - a riaffermare regole in materia di concessioni marittime discordanti con l'ordinamento dell'Unione europea, non sarebbe stato infruttuoso un monito della Corte costituzionale al rispetto del 1° comma dell'art. 117 Cost., fornendo così un saldo ancoraggio all'attività di disapplicazione che il giudice amministrativo ha già avviato.

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Rochette, Challenge, dialogue, action... Recent developments in the protection of coastal zones in Italy, in *J Coastal Conserv* (2009), 13:131-139.

(2) Il tema s'inserisce nel più ampio contesto del riparto delle potestà legislative in materia di patrimonio culturale e, segnatamente, si riferisce a quella componente del patrimonio medesimo rappresentata dal paesaggio. Quest'ultimo rinviene un primo riferimento nell'art. 9 Cost., il quale assegna la tutela del paesaggio, al pari di quella del patrimonio storico-artistico, alla Repubblica, intesa nella sua complessità quale "stato-ordinamento" (ex multis, Merusi, Articolo 9, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, 1975, Bologna, 434).

(3) Da ultimo, Piperata, Paesaggio, in Barbati-Cammelli-Casini-Piperata-Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 252 e seg.

(4) Ad ogni modo, come si accennava nel testo, il riparto è reso complesso dall'assenza di un quadro normativo unitario a livello nazionale: tuttavia, come si vedrà nel prosieguo della disamina, la Corte, al fine di dirimere la questione di legittimità, ha impiegato le puntuali regole costituzionali sul riparto legislativo in materia di tutela della concorrenza e non quelle in materia di patrimonio culturale.

(5) L. 27 dicembre 2006, n. 296.

(6) R.D. 30 marzo 1942, n. 327.

(7) Disposizione che, come ha osservato la giurisprudenza, è posta a tutela dell'ambiente costiero: vedi T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 24 febbraio 2016, n. 319.

- (8) A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2013, 2, 437 e seg.
- (9) Peraltro, anche la pianificazione paesaggistica (artt. 135, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) è di livello regionale: i piani paesaggistici (o i piani urbanistico-territoriali con valenza paesaggistica) sono redatti dalle Regioni, che operano congiuntamente al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo solo in ordine alla componente della pianificazione attinente ai beni paesaggistici in senso stretto: si rinvia a Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, VII ed., Milano, 2014, 75 e seg., e a Comporti, *Piani paesaggistici*, in *Encicl. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 1047 e seg.
- (10) Pianificazione disposta dal menzionato art. 6, 3° comma, D.L. n. 400/1993. In proposito, Angelone, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessine e diritto di insistenza*, in *Dir. Turismo*, 2008, 3.
- (11) D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. e Appalti*, 2011, 5, 599 e seg.
- (12) Punto 4 considerato in diritto.
- (13) L.R. Puglia 14 aprile 2015, n. 17, "Disciplina della tutela e dell'uso della costa".
- (14) Dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE.
- (15) Corte giust. U.E., causa C-67/15, 14 luglio 2016, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, 4, I, 385.
- (16) Dir. 26 febbraio 2014, 2014/23/UE.
- (17) Pronuncia in rassegna, punto 2.
- (18) Balocco, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giur. It.*, 2011, 2.
- (19) Sulla nozione di concessione v. D'Orsogna, op. cit.
- (20) D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.
- (21) Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2013, 392 e seg. e Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Torino, 2012, 81 e seg.
- (22) Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 5, 1095 e seg.; Id., *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2016, 187. La medesima legge delega di recepimento [L. 28 gennaio 2016, n. 11: ex multis, si vedano Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2016, 512 e seg. e Mozzati, *Commento alla direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di lavori e di servizi*, in P.M. Vipiana (a cura di), *Le direttive UE del 2014*

in tema di appalti pubblici e concessioni, Atti del Convegno svoltosi il 23 marzo 2015 ad Alessandria, in POLIS Working Papers (<http://polis.unipmn.it>), 2015, n. 221, 41 e segg.], all'art. 3, ha imposto l'adozione di un unico "codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione".

(23) Benetazzo, Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 25.

(24) Nesi-Righi, Osservazioni sulla sentenza della Corte giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 14 luglio 2016, in c-458/14 e c-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2016, 11.

(25) Benetazzo, Concessione di beni pubblici e tutela della concorrenza, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7-8, 1463 e seg.

(26) Inserito dalla L. 16 marzo 2001, n. 88.

(27) Gruner, L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea, in *Foro amm. CdS*, 2010, 3, 678 e seg.

(28) Angelone, op. cit.

(29) Il Consiglio di Stato era giunto a limitare la portata dell'insistenza, da un lato, ai soli casi in cui la stessa fosse stata prevista per legge o per contratto (Cons. di Stato, 28 maggio 2002, n. 6764, Perfetti, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 2, 621 e seg. In senso critico, Alesio, Il diritto di insistenza secondo la giurisprudenza amministrativa. Opinioni non conformi su una "prelazione atipica", in *Dir. e Giust.*, 2003, 3 36 e seg. Si veda anche Cassese, op. cit.) e, dall'altro lato, all'ipotesi in cui vi fosse un'equipollenza tra le varie offerte (Gruner, op. cit.).

(30) De Benedetto-Di Lascito, La regolazione del demanio marittimo in Italia e in Spagna: problemi, riforme e prospettive, in *Riv. Giur. Ed.*, 2014, 1, 28 e seg.

(31) Il D.L. 30 settembre 2009, n. 194, convertito in L. 26 febbraio 2010, n. 25.

(32) Balocco, op. cit.

(33) Didonna, Commento a T.A.R. Calabria, 23 novembre 2011, n. 833, in *Corr. Merito*, 2012, n. 1.

(34) *Dir. n. 2006/123/CE*, cit.: Parisio, Direttiva Bolkestein", silenzio-assenso, d.i.a., "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 15, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 9, 2978 e seg.

(35) L. 15 dicembre 2011 n. 217.

(36) Intento quest'ultimo riconosciuto tanto dalla Corte costituzionale (sent. 213/2011, cit.), quanto dal Consiglio di Stato (Cons. di Stato, 27 dicembre 2012, n. 6682: Magri, "Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E., in Riv. Giur. Ed., 2016, 4, 359 e seg.).

(37) Corte giust. U.E., 14 luglio 2016, n. 458, annotata da Bellitti, La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, in Giorn. Dir. Amm., 2017, 1, 60 e seg. e da Di Giovanni, Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2016, 3-4, 912 e seg.

(38) Magri, op. cit.

(39) Gli Stati possono tenere conto di motivi imperativi d'interesse generale, esclusivamente in sede di redazione delle regole della procedura selettiva, per tutelare il legittimo affidamento dell'operatore.

(40) Corte giust. U.E. 458/2016, punto 49.

(41) Cons. di Stato, 13 aprile 2017, n. 1763. In senso analogo, Cons. di Stato, 10 aprile 2017, nn. 1659, 1658, 1654, 1653 e 1652. Tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(42) L. 7 agosto 2016, n. 160.

(43) T.A.R. Lazio, Roma, 9 maggio 2017, n. 5574, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(44) Punto 3 considerato in diritto.

(45) Punto 5 considerato in diritto.

(46) Cons. di Stato, 28 gennaio 2014, n. 432, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(47) T.A.R. Lombardia n. 959/2017, cit.

(48) Corte cost., 9 ottobre 2015, n. 195; 9 febbraio 2011, n. 35; 14 febbraio 2013, n. 18, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).