

Questa pubblicazione s’inserisce nell’ambito della collaborazione tra l’Università degli Studi di Perugia e il Centro Europe Direct del Comune di Terni, una delle 49 “antenne” cofinanziate dalla Commissione Europea in Italia, per incentivare il dialogo tra i cittadini e l’Unione.

In questo caso specifico Europe Direct e Università condividono l’obiettivo di informare i cittadini, anche tramite gli enti locali, sulle attività dell’Unione Europea ed in particolare su uno strumento adottato dalla Commissione europea il 29 aprile del 2013: la Guida europea per l’affidamento e la gestione dei servizi d’interesse economico e dei servizi sociali.

Su questo argomento si è tenuto un seminario il 10 ottobre del 2013, realizzato in collaborazione tra Regione Umbria, Università degli Studi di Perugia e con il supporto del Centro Europe Direct di Terni.

Considerato l’interesse riscontrato da parte degli enti territoriali, Europe Direct Terni ha ritenuto di dar seguito al seminario, sostenendo la presente pubblicazione per la realizzazione della quale la Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Perugia ha messo a disposizione le proprie competenze, così da poter condividere e diffondere in maniera più mirata le informazioni e gli approfondimenti .

La collaborazione tra Europe Direct Terni e Università di Perugia proseguirà, nell’ambito di uno specifico accordo quadro sottoscritto nel 2013, con molte altre iniziative di comunicazione e di approfondimento su tematiche riguardanti l’integrazione europea, a partire dalle Elezioni per il Parlamento Europeo del 2014 e dal progetto Fise (Finestra sull’Europa) che coinvolge direttamente gli studenti in un’esperienza di formazione e comunicazione.

Europe Direct Comune di Terni – Via Roma 40 – Terni
Tel. 0744.432108 – 0744.549527
Web: www.europedirect.comune.terni.it
e-mail: europedirect@comune.terni.it
Twitter: @europedirectTR

GLI ENTI TERRITORIALI DI FRONTE ALLA SFIDA DELLA MODERNIZZAZIONE DI APPALTI E AIUTI DI STATO

Indice

Introduzione. Appalti e aiuti di stato quale strumento di crescita territoriale nella strategia Europa 2020.....	p. 1
Aiuti di Stato e Servizi di interesse generale	p. 6
Il nuovo pacchetto di norme in materia di aiuti di stato nei servizi d'interesse economico generale (SIEG)	p.14
Il rischio operativo di gestione come criterio distintivo tra appalto e concessione	p.20
Il rispetto dei principi europei nell'affidamento dei "servizi esclusi": il caso dei servizi legali	p.28
L'esperienza del Comune di Foligno nella concessione degli impianti sportivi e degli asili nido	p.33
Comune di Spoleto: finanza di progetto nell'affidamento del servizio di mensa scolastica	p.42
Legenda degli acronimi ed abbreviazioni	p.51
Riferimenti normativi.....	p.52
Riferimenti alla giurisprudenza, europea e nazionale, e ad ulteriori atti a carattere non normativo	p.53

Introduzione

Appalti e aiuti di stato quale strumento di crescita territoriale nella strategia Europa 2020

Prof. Fabio Raspadori

In questo volume sono pubblicate le relazioni del seminario tenutosi il 10 ottobre 2013 a Foligno, sul tema: “Appalti, concessioni e aiuti di Stato: una Guida europea per l’affidamento e la gestione dei servizi di interesse economico e dei servizi sociali di interesse generale”.

L’incontro si colloca nell’ambito dell’ Accordo di collaborazione tra l’Università degli Studi di Perugia e la Regione dell’Umbria, per la realizzazione di attività di studio e ricerca sulla partecipazione delle Regioni all’Unione europea. L’iniziativa, avviata nel 2012, si inquadra nel POR-FESR Umbria 2007-2013.

L’Accordo rappresenta una felice esperienza in cui due enti pubblici, che perseguono differenti finalità - il governo del territorio, la Regione; l’alta formazione accademica, l’Università - hanno trovato nella ricerca e nelle sue concrete applicazioni, un punto di incontro di comune interesse, capace di apportare benefici effetti ad entrambi e, più in generale, alla comunità sociale del territorio.

A completare il quadro della proficua collaborazione tra enti pubblici, concorre il fatto che la pubblicazione del volume è finanziata da Europe Direct del Comune di Terni, che costituisce un’antenna della Commissione europea sul territorio. L’obiettivo che Europe Direct si propone di perseguire è la diffusione della conoscenza sulle attività dell’Unione europea, che sono molto più prossime agli interessi dei cittadini e della società civile di quanto normalmente si pensi.

Nel caso dei temi trattati in questa sede, i soggetti più direttamente interessati sono gli enti territoriali (regioni, province, comuni e gli altri enti pubblici con competenze localizzate). Per gli appalti, infatti, essi costituiscono la categoria più numerosa tra le amministrazioni aggiudicatrici; ed anche per quel che concerne gli aiuti di stato, gli enti territoriali concedono spesso compensazioni per la prestazione fornite da

privati. Contratti pubblici e aiuti che frequentemente gli enti del territorio utilizzano come strumenti per fornire ai cittadini servizi di interesse generale. Servizi che in molti casi si preferisce vengano erogati da soggetti privati, viste la vastità di compiti che ricadono sulle amministrazioni pubbliche e le ridotte disponibilità che queste ultime hanno sia in termini di risorse finanziarie che di strutture operative.

E' evidente, quindi, che a cascata i destinatari finali delle disposizioni europee, sia in materia di appalti sia di aiuti di stato, sono le imprese ed i cittadini.

Oggetto specifico del seminario e delle relative relazioni è – come anticipato - la Guida europea per l'affidamento e la gestione dei servizi di interesse economico e dei servizi sociali di interesse generale, adottata dalla Commissione europea il 29 aprile 2013.

Si tratta di un rapporto elaborato dai servizi della Commissione europea con lo scopo di fornire chiarimenti, semplici e concisi, in materia di aiuti di Stato e di appalti pubblici, con particolare riferimento ai cosiddetti servizi di interesse economico generale (SIEG) e ai servizi sociali di interesse generale (SSIG). La Guida non è un atto normativo, ma un semplice strumento interpretativo, che non impegna la Commissione europea in quanto istituzione. Tuttavia, è sicuramente un utile ausilio rivolto alle autorità pubbliche nazionali e territoriali, nonché alle organizzazioni della società civile chiamate ad applicare o ad interpretare le norme europee (in questo caso consistenti nel cosiddetto “Pacchetto Almunia” del dicembre 2011), che disciplinano i modi attraverso i quali i SIEG e i SSIG possono essere erogati e finanziati.

Intervenire sulla qualità degli aiuti pubblici alle imprese e dei contratti pubblici costituisce un aspetto di straordinaria importanza per favorire sani e duraturi processi di sviluppo. In questo senso, la Commissione europea ha più volte sottolineato come l'impiego efficace di appalti ed aiuti pubblici contribuirà a raggiungere gli obiettivi della Strategia Europa 2020 (Comunicazione sulla Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE COM(2012) 209 final, 8/5/2012; Comunicato stampa, Modernizzare gli appalti pubblici europei per sostenere la crescita e l'occupazione, IP/11/1580 20/12/2011). Quest'ultima, come noto, rappresenta la

piattaforma attraverso la quale l'Unione europea e gli Stati membri intendono trasformare, in questo decennio, l'Europa in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva, capace di raggiungere alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.

Per comprendere l'importanza dei due strumenti ai quali ci riferiamo, basti ricordare che gli aiuti di Stato erogati nell'Unione europea (dati 2010) ammontano complessivamente a circa 1.200 miliardi di euro, pari a circa l'11% del PIL complessivo di tutti e 28 i paesi membri. Mentre per gli appalti (dati 2011), la spesa pubblica per acquisti di beni e servizi e per la realizzazione di lavori si aggira intorno al 20% del PIL complessivo (ossia circa 2.000 miliardi di euro).

In termini qualitativi, relativamente agli aiuti di stato, la Commissione ha sottolineato (nella Comunicazione del maggio 2012 sulla modernizzazione) che gli aiuti "buoni" – ossia, ben indirizzati e ben gestiti - hanno la capacità di stimolare l'innovazione, le tecnologie verdi, il capitale umano, la crescita, l'occupazione e la competitività europea. Per realizzare questo risultato bisogna evitare che il sostegno pubblico venga utilizzato esclusivamente per conservare l'esistente. Il giusto approccio consiste nell'impiegare le risorse pubbliche per favorire processi di sviluppo capaci di reggere alle nuove sfide della globalizzazione e della modernità, che oggi chiamano in causa tutti, comprese le piccole imprese e le amministrazioni locali. Ed è questa impostazione che si ritrova nel nuovo "pacchetto Almunia", che contiene le norme dell'Unione sugli aiuti di Stato, concepite espressamente quali strumento per perseguire gli obiettivi della Strategia 2020.

Anche per i contratti pubblici, una loro modernizzazione e armonizzazione apporterebbe enormi vantaggi. Si pensi agli appalti elettronici – presenti in misura molto modesta nell'UE (in Italia ammontano solo al 4%) – che se venissero impiegati per tutte le tipologie di gara, comporterebbero un risparmio di oltre 100 miliardi di euro e renderebbero i rapporti tra la Pubblica amministrazione ed il mercato più trasparenti, sicuri ed efficienti. Ugualmente, consistenti risparmi e accelerazioni nell'erogazione della spesa pubblica si possono ottenere grazie alla semplificazione delle procedure di assegnazione, che costituisce un altro obiettivo al quale punta la nuova normativa europea in materia di appalti (Proposta di direttiva sugli appalti pubblici, COM(2011)896; Proposta di direttiva sugli appalti nei "settori

speciali” COM(2011)895; Proposta di direttiva sui contratti di concessione, COM(2011)897).

Venendo più specificamente alle relazioni presentate nel volume, il *focus* è sulle concrete applicazioni del regime europeo in materia di aiuti di stato e appalti per i SIEG ed i SSIG da parte degli enti locali. Applicazione che, come anticipato, è resa più agevole e sicura grazie alle delucidazioni contenute nella Guida della Commissione, che, infatti, si propone quale strumento operativo e pratico. Dopo una breve parte introduttiva, la Guida è strutturata secondo lo schema di domande e risposte: ben 237 quesiti ed altrettante spiegazioni. Relativamente ai contenuti, il rapporto in primo luogo chiarisce i concetti di SIEG e SSIG; quindi fornisce delle pratiche indicazioni per capire quando si applicano le norme sugli aiuti di stato ai SIEG e quali procedure e requisiti devono rispettare i SIEG non soggetti ad esenzione. Quindi, è trattato il tema delle norme relative agli appalti pubblici e alle concessioni e quello della concomitante applicazione delle norme europee sugli aiuti di stato. Vengono poi chiarite alcune questioni generali relative a specifiche disposizioni relative al mercato interno (libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) e, conseguentemente, è affrontato il punto dell'applicazione ai SIEG e ai SSIG della direttiva "servizi".

Come risulterà evidente dai contributi pubblicati nel volume, l'analisi della Guida presentata un grande interesse soprattutto per gli amministratori di enti locali. Questo per diverse ragioni.

In primo luogo, la Guida evidenzia in maniera chiara come la conoscenza della normativa e dei principi di diritto dell'Unione europea sia attualmente una competenza dalla quale non si può prescindere nella gestione dei beni pubblici.

Quindi, per quel che riguarda gli aiuti di Stato, evidenzia come l'entità esigua di un aiuto o le dimensioni modeste del beneficiario, non escludono il manifestarsi di effetti rilevanti per il diritto della Unione europea (si veda, in particolare la risposta alla domanda 36). Questi aspetti sono affrontati nei contributi del dott. Massimo Bartoli su “Aiuti di Stato e servizi di interesse

generale” e in quello della dott.ssa Doriana Lucaferri sulle “Novità in tema di Servizi d'Interesse Economico Generale (SIEG)”

Un altro punto rilevante, che quotidianamente si pone agli amministratori che devono predisporre un bando di gara o un contratto di concessione, è quello di stabilire se l'attività oggetto del provvedimento si configura come economica o no, o se ci si trova di fronte ad un appalto oppure ad una concessione.

Su questi quesiti forniscono delle risposte le relazioni della dott.ssa Laura Berionni, sul “Rischio operativo di gestione come criterio distintivo tra appalto e concessione” e della dott.ssa Ilenia Filippetti sul “Rispetto dei principi europei nell'affidamento dei “servizi esclusi”: il caso dei “servizi legali”.

Infine, quali esemplificazioni di come le tematiche in oggetto si declinino sul territorio umbro, il volume propone i contributi della dott.ssa Lucia Ferranti su “L'esperienza del Comune di Foligno nella concessione degli impianti sportivi e degli asili nido”; e della dott.ssa Roberta Grappasonni su “Finanza di progetto nell'affidamento di un servizio di mensa scolastica”.

Il volume è completato da una legenda sulle sigle utilizzare nei testi e da una bibliografia che riassume i numerosi atti e documenti ai quali si fa riferimento nei contributi.

L'obbiettivo principale del seminario e dei relativi atti è offrire un servizio agli operatori del settore per rendere più chiara la normativa in materia. Speriamo di esserci riusciti.

1. I Servizi di interesse generale nel diritto dell'Unione europea

Da parte di Bruxelles, almeno fino agli anni '80 del secolo scorso, è valsa la prassi di non interferire con le scelte nazionali sulla disciplina dei servizi pubblici, solitamente affidati a monopoli statali o ad imprese con diritti speciali o esclusivi. Ciò, malgrado la presenza nei trattati istitutivi, ossia sin dal 1957, dell'articolo 86, paragrafo 2, Trattato CE (ora art. 106, par. 2 del TFUE).

Siffatta disposizione, invariata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, menziona esplicitamente i Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG), delineandone alcuni elementi essenziali e prevedendo una specifica deroga alla normativa dettata in tema di concorrenza, qualora questa possa rivelarsi d'intralcio allo svolgimento della loro missione.

Successivamente all'adozione dell'Atto Unico europeo (1986) e del Trattato di Maastricht (1992), corrispondenti al completamento del mercato comune, la UE, nel perseguire l'apertura di settori importanti della vita economica alle regole sulla concorrenza e alle libertà di circolazione, ha inevitabilmente affrontato la materia dei servizi pubblici.

Proprio in quegli anni la Commissione europea e la Corte di giustizia europea, nell'esercizio delle rispettive funzioni, iniziano a scrutinare la legittimità delle attribuzioni statali di quei diritti speciali o esclusivi a favore delle imprese incaricate dell'erogazione dei servizi in questione. In particolare, l'attenzione si concentra su quella vasta gamma di interventi pubblici, spesso trasferimenti finanziari, a beneficio delle imprese incaricate di Servizi di Interesse Generale (SIG) e volti a compensare gli Obblighi di Servizio Pubblico (OSP) che queste sono tenute a rispettare.

Di conseguenza, il monitoraggio sulle attività degli Stati membri non può più esimersi dalla valutazione della congruità di tali misure, affidata dal Trattato alla Commissione, con le regole predisposte in materia di Aiuti di Stato (AS). Sono proprio le numerose decisioni adottate sul tema dall'esecutivo europeo, unitamente agli orientamenti giurisprudenziali della Corte (questi ultimi spesso emersi in occasione di ricorsi presentati contro le stesse decisioni della Commissione) a delineare la configurazione del *framework* giuridico entro cui collocare l'intera materia.

2. Le nozioni di SIG, SIEG e SSIG presentate nella Guida

Piuttosto che quello di “servizio pubblico”, il diritto europeo utilizza il concetto di SIG. La Guida lo presenta come comprensivo di quei servizi “*che le autorità pubbliche degli Stati membri a livello nazionale, regionale o locale considerano di interesse generale e pertanto sono oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico*”, obblighi che si vengono a creare in capo al fornitore in base ad uno specifico atto d’incarico.

Con tale atto si affida la fornitura del servizio all’impresa interessata, specificandone la natura del compito, il campo di applicazione e le condizioni operative. È inoltre necessario un atto di concessione di servizio pubblico per definire gli obblighi reciproci dell’impresa e dell’autorità pubblica. In mancanza di tale atto, la *mission* del fornitore non è conoscibile e non può esserne calcolato il congruo livello di compensazione.

Il Protocollo n. 26 del TFUE, pur non definendone il concetto, introduce la nozione di SIG, comprensiva sia dei servizi di natura economica che non (questi ultimi non soggetti ad alcuna specifica normativa UE, né alle regole europee dettate in materia di concorrenza).

Il concetto di SIEG è utilizzato, oltre che nel citato Protocollo, negli articoli 14 e 106, paragrafo 2, del TFUE¹, ma in nessuna di tali disposizioni ne viene definito il significato. La Guida ricorda come questi servizi siano “*(...) attività economiche i cui risultati contribuiscono all’interesse pubblico generale (...)*” che, senza l’intervento statale, non potrebbero essere svolte se non a condizioni differenti, e peggiori, in termini di “*qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale*”.

Il diritto primario dell’UE, in ragione dei “valori comuni” incorporati nei SIEG, disciplina l’esercizio di una specifica competenza concorrente. Questa viene articolata mantenendo la responsabilità degli organi statali di individuare, erogare e finanziare tali servizi, prevedendo allo stesso tempo una distinta azione europea volta a disciplinarne i principi e le condizioni.

¹ Si ricorda inoltre come la Carta dei diritti fondamentali dell’UE garantisca, all’art. 36, il diritto all’accesso ai SIEG come direttamente discendente dalla cittadinanza europea.

La Guida ricorda come il diritto dell'UE non imponga la designazione formale di “*un compito o un servizio di interesse economico generale*”, fatta eccezione per i casi previsti dal diritto derivato (come per i servizi universali dei settori delle poste e delle telecomunicazioni). Se il contenuto essenziale di un SIEG, ossia gli obblighi di servizio pubblico, è chiaramente identificato, non sarà nemmeno necessario denominarlo in tal modo. Non spetta nemmeno alla Commissione fornire un qualche “*elenco di criteri*” volto a determinare il carattere d'interesse generale di un servizio, dovendo questo essere definito dalle autorità statali.

Gli unici limiti alla discrezionalità interna sono quelli imposti dal diritto della UE e dal c.d. “*errore manifesto di valutazione*”. Sotto il primo aspetto, gli Stati membri dovranno tener conto dei settori che sono stati armonizzati a livello di Unione. In tali ambiti il margine di manovra interno nell'individuazione e creazione di SIEG non potrà configgere, ma eventualmente solo ampliare e migliorarne il contenuto, con le norme che governano tale armonizzazione².

Per ciò che concerne il controllo dell'errore manifesto, la Guida fornisce alcuni esempi tratti dalla prassi decisionale della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. In generale, tra gli errori maggiormente frequenti, spiccano sia la mancata presenza, nel servizio “compensato”, di un interesse economico generale con specificità differenti rispetto ad altre attività economiche, così come il carattere affatto pubblico del servizio stesso.

Per evitare errori di valutazione, la Guida suggerisce inoltre che, in presenza di altre imprese non affidatarie di un SIEG, ma in grado di fornire il servizio secondo *standard* e condizioni compatibili con l'interesse pubblico, non sarebbe necessaria alcuna attività statale. Nel caso poi in cui vi sia la certezza che il mercato potrà fornire tali servizi, anche in un momento successivo, la Guida consiglia di stipulare atti d'incarico limitati nel tempo. Quanto detto per i SIEG vale anche per i Servizi sociali d'interesse generale (SSIG) di carattere economico. Tali servizi possono avere una connotazione economica o meno a seconda dell'attività effettivamente svolta. In generale,

² Attualmente si tratta dei mercati del trasporto, delle comunicazioni elettroniche, di quello postale e dell'energia elettrica e del gas.

il solo fatto di poter classificare un'attività come "sociale" non è di per sé sufficiente ad escluderla dalla qualificazione di attività economica ai sensi del diritto UE. Tale concetto, consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, comprende infatti ogni “attività consistente nell’offerta di beni e/o di servizi in un determinato mercato”.

3. La nozione di Aiuto di Stato e la sua attinenza con i SIEG

Resta ora da capire quando e se la compensazione concessa alla imprese per gli OSP possa costituire o meno un AS.

Per “Aiuto di Stato” si intende ogni agevolazione pubblica, con specifico trasferimento di risorse, verso una singola impresa in grado di generare, in capo a questa, un vantaggio con effetti distorsivi sulla libera concorrenza e gli scambi intra - UE. Tale agevolazione non deve necessariamente assumere la forma di una sovvenzione, potendo manifestarsi in svariate ed eterogenee modalità, dai benefici fiscali alle garanzie sul capitale, tanto per citare due classici esempi.

I Trattati istitutivi, come è noto, sanciscono il principio generale del divieto di concessione di aiuti di Stato. Pur tuttavia, tale principio viene contemplato solo in termini relativi, prefigurando, negli artt. 107-109 del TFUE, specifiche deroghe e, di conseguenza, regole procedurali relative al controllo sulle misure concedibili. Viene inoltre contemplata la possibilità di creare categorie di interventi pubblici esenti da forme di controllo *ex ante* da parte della Commissione, di regola chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del progetto di aiuto con il mercato unico.

Alcune agevolazioni, in ragione della loro esiguità, ricadono nel c.d. “regime *de minimis*” che li sottrae, prevedendo specifiche soglie, dalla suddetta procedura di notifica configurandoli come “non aiuti”. Proprio per i SIEG, il regolamento 360/2012 della Commissione stabilisce la soglia massima dei 500.000 euro per un triennio.

Le regole europee sugli AS si applicano soltanto alle "imprese", nozione comprensiva di qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica non rilevando, in tal senso, né lo *status* giuridico del beneficiario (pubblico, privato, *profit* oppure *non profit*) né le modalità di supporto. La Guida fornisce numerosi esempi su cosa debba intendersi per attività economica e

non economica. Nel secondo caso, vengono segnalate in particolare le attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri.

L'esiguità dell'agevolazione, a meno che non si rimanga sotto la soglia *de minimis*, non è di per sé sufficiente a scongiurare la presenza di un aiuto. Lo stesso può dirsi per la dimensione locale del servizio. In generale, l'incidenza sugli scambi non dipende dal carattere locale del servizio, così come l'entità di un aiuto o le dimensioni modeste del soggetto beneficiario non escludono, di per sé, eventuali effetti sugli scambi tra Stati membri. Anche un aiuto di importo ridotto può favorire, aumentandola, l'offerta di servizi da parte di un fornitore, rendendo più difficile per i concorrenti europei competere sul mercato locale.

Su tali tematiche, la Guida illustra numerosi casi sia di servizi locali che, a giudizio della Commissione, hanno prodotto effetti sugli scambi intra – UE, sia casi ad impatto nullo.

4. L'evoluzione della giurisprudenza europea fino al caso *Altmark*

In tema di rapporto tra SIEG e AS, il dibattito giurisprudenziale europeo ha oscillato, nel corso degli anni, tra due criteri confliggenti: quello dell'aiuto e quello della compensazione.

Secondo il primo criterio, ogni compensazione stanziata per i SIEG è potenzialmente un AS, da valutarsi sempre secondo l'art. 107 del TFUE. In base al secondo criterio, tale esame andrebbe invece circoscritto ai soli casi di sovra – compensazione.

Nel ricorso contro la decisione della Commissione *La Poste* del 1985 (*FFSA* del 1997, ed analogamente nel caso *SIC* del 2000), il Tribunale di primo grado ha adottato il primo dei due criteri sopra menzionati, correggendo l'impostazione della Commissione che, nelle relative decisioni, aveva applicato direttamente l'art 106, par. 2 del TFUE.

Il Tribunale ha in tal senso evidenziato che ogni compensazione deve essere innanzitutto valutata alla luce dell'art. 107 del TFUE e, solo nel caso si rilevi la presenza di un SIEG, scrutinata in base ai requisiti posti dall'art. 106, par. 2.

Proprio l'art. 106 pone specifici parametri di necessità e proporzionalità, esigendo che non vi sia sovra – compensazione. Ciò significa che

l'agevolazione statale per l'erogazione di SIEG non deve essere utilizzata a sostegno di attività sottoposte, o sottoponibili, integralmente ad un regime concorrenziale, laddove il beneficiario operi anche in settori economici ulteriori rispetto ai servizi di interesse generale. Per formulare quindi un giudizio di merito, occorre poter risalire alla separazione contabile delle diverse attività svolte dall'impresa beneficiaria (aspetto ben evidenziato da parte della Commissione nella decisione *Simet* del 2013).

Nella sentenza *Ferring* del 2001 viene invece adottato il criterio della compensazione. Corollario è una concezione di AS più "ristretta", da intendersi solo quale vantaggio diretto o indiretto ad una determinata impresa. Quando l'ammontare dei costi addizionali (per la fornitura del SIEG) equivale al supporto statale, viene rilevata l'assenza di un vantaggio effettivo per l'impresa beneficiaria. Tale intervento statale nel mercato, economicamente "neutro", basterebbe quindi ad escludere la presenza di un aiuto vietato *ex* articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

Va comunque osservato come un'applicazione integrale di tale principio possa comportare dei problemi di carattere applicativo. Ad esempio, non appare sempre possibile determinare a priori il volume dei costi complessivi che un'impresa andrà a sostenere, essendo al massimo conoscibile, in via preventiva, solo l'ammontare di quelli fissi.

Le scelte operate della Corte di giustizia europea nel caso *Altmark* del 2003 sembrano porre fine alla *querelle* fra i due criteri interpretativi. Viene sì confermato l'approccio della sentenza *Ferring* ma viene altresì approntata una definizione più rigorosa dei suoi parametri applicativi. La considerazione dell'agevolazione statale quale contropartita diretta a compensare gli OSP non è più automatica, ma viene subordinata all'ossequio di quattro condizioni cumulative, il cui mancato rispetto permetterà di qualificare la misura come AS ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE.

Tali condizioni sono: 1) "effettività" (presenza di un atto di incarico in cui siano specificato gli OSP); 2) "trasparenza" (i parametri di calcolo della compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente); "proporzionalità" (la compensazione non dovrà eccedere la copertura dei costi originati dall'adempimento degli OSP, tenuto conto degli introiti relativi agli stessi e di un margine di utile ragionevole); 4)

“*efficienza*” (scelta dell’operatore con procedura di selezione pubblica, altrimenti determinare il livello della compensazione sulla base di un’analisi dei costi di un’impresa media, gestita in modo efficiente, in considerazione del parametro della proporzionalità).

Sul tema, la Guida elenca una lunga serie di casi che, a giudizio della Commissione, hanno rispettato queste quattro condizioni, ma di queste vengono successivamente esaminate, più in particolare, quelle della “*effettività*” e della “*efficienza*”.

La prima questione viene vagliata soprattutto attraverso l’illustrazione delle varie modalità di conferimento degli “atti d’incarico”, anche in ragione dei possibili attori coinvolti.

La condizione “*efficienza*” presenta invece, come già evidenziato dalla letteratura sul caso *Altmark*, qualche elemento di maggiore complessità. La Guida ricorda, a tal proposito, come la Comunicazione del “nuovo pacchetto SIEG” affermi che la “*remunerazione di mercato generalmente accettata*” costituisca il miglior parametro di riferimento per determinare l’importo della compensazione di un’impresa efficiente. Tuttavia, non vengono forniti ulteriori dettagli su come tale parametro possa venire determinato, dipendendo fortemente dalle peculiarità di ciascuna specifica situazione. La Guida si limita, sul punto, a sconsigliare ogni ipotesi di determinazione basata unicamente sulla certificazione di “*esperti*”.

Rispetto al concetto di “*costi di un’impresa media, gestita in modo efficiente*”, la Guida ammette, presentando specifici esempi, che gli Stati membri hanno la possibilità di utilizzare un costo di riferimento prestabilito, purché possano giustificarlo. Tale valore deve essere il risultato di un calcolo attendibile, basato su dati solidi e corrispondente ai valori del mercato.

5. Conclusioni

La relazione tra SIEG e AS appare altamente significativa anche per le scelte politiche e procedurali degli enti locali. Ciò soprattutto per l’eventualità che agevolazioni di importo minimo e servizi svolti in ambito locale possano produrre effetti sugli scambi intra – UE, unitamente alla possibilità di qualificare come “*economiche*” le attività svolte da imprese *non profit*.

Molto probabilmente, l'attuale crisi congiunturale e la conseguente restrizione quantitativa degli stanziamenti pubblici determineranno, anche nel comparto in esame, una forte razionalizzazione verso il miglioramento degli *standard* qualitativi.

Nel frattempo, al di là delle armonizzazioni effettuate, ogni Stato europeo continua ad individuare e definire i propri servizi pubblici in funzione delle sue specifiche tradizioni ed istituzioni. Ne consegue ancora una sostanziale eterogeneità a partire dai termini e dai concetti utilizzati, fino ai livelli territoriali competenti, alla natura commerciale o meno dei singoli servizi, alle modalità organizzative e, infine, alle tipologie di attori in gioco (pubblici, privati, misti o associativi).

**Il nuovo pacchetto di norme in materia di aiuti di stato nei
servizi d'interesse economico generale (SIEG)**

Doriana Lucaferri

1. Premessa

Il 20 dicembre 2011, la Commissione europea ha adottato il nuovo pacchetto di norme sugli aiuti di Stato nei Servizi di Interesse Economico Generale, comunemente denominato “pacchetto SIEG”, che sostituisce il “pacchetto Monti-Kroes” del luglio 2005.

Il nuovo pacchetto concerne gli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di oneri di servizio pubblico nei servizi pubblici di rilevanza economica (tali servizi coincidono con i SIEG, mutando solo la denominazione: SIEG secondo la terminologia europea, servizi pubblici economici secondo la terminologia nazionale).

Le nuove disposizioni chiariscono i principi fondamentali in materia di aiuti di Stato nei SIEG, introducendo un approccio proporzionato e diversificato, attraverso l’inserimento di norme semplificate per quei SIEG di portata ridotta, o che perseguono un obiettivo sociale, con effetti limitati sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri.

Allo stesso tempo le nuove norme prevedono una valutazione dettagliata per quelle misure che potrebbero avere un maggiore impatto sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri.

I nuovi strumenti normativi sono i seguenti: la *Comunicazione 2012/C8/02* (denominata nella Guida la *Comunicazione*); la *Decisione 2012/21/UE* (denominata nella Guida la *Decisione*); la *Comunicazione 2012/C 8/03* (denominata nella Guida la *Disciplina*); il *Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione*, (qui denominato “*De minimis SIEG*”).

2. Gli strumenti del “nuovo pacchetto SIEG”

2.1 La Comunicazione

La Comunicazione chiarisce i concetti principali in materia di aiuti di Stato rilevanti per i SIEG allo scopo di facilitare l'applicazione delle pertinenti norme. Tra le nozioni principali spiccano quelle di aiuto e di servizio di interesse economico generale, di attività economica e di servizi sociali. Viene inoltre affrontato il tema della convergenza tra procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e assenza di aiuti.

2.2 La Decisione

La Decisione esenta le Autorità pubbliche dall'obbligo di notificare alla Commissione le compensazioni di servizio pubblico per talune categorie di SIEG, ha un campo di applicazione più esteso rispetto alla precedente.

L'esenzione si applica infatti ad ambiti che comprendono ospedali, edilizia sociale e una gamma di servizi sociali tassativamente elencati (SIEG rispondenti ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili), che sono ora esentati dall'obbligo di notifica indipendentemente dalla quantità della compensazione che ricevono, a condizione che essi soddisfino tutte le condizioni della decisione. Ciò in considerazione del fatto che tali servizi sociali, anche se forniti in un contesto economico, hanno spesso caratteristiche specifiche che li distinguono da altri servizi ad orientamento più commerciale.

2.3 La riduzione degli oneri amministrativi ai sensi della Decisione

L'effetto principale del cambiamento precedentemente evidenziato è una significativa riduzione degli oneri amministrativi per le autorità che concedono compensazioni per i servizi sociali, in quanto non avranno più l'onere di notifica di tali misure alla Commissione.

Al di fuori dei citati campi di intervento, ovvero per le compensazioni relative ad altre attività di interesse economico generale, la esenzione si fonda su una soglia massima di compensazione.

La soglia che fa scattare l'esenzione dalla notifica è scesa, rispetto alla precedente decisione, da 30 a 15 milioni di euro, per non sottrarre al controllo della Commissione contratti molto consistenti in settori importanti del mercato interno. Rispetto alle regole previste nella precedente Decisione è stata eliminata la disposizione che legava la soglia di compensazione annua al fatturato (inferiore a € 100 milioni) delle imprese cui veniva conferito il SIEG.

La Decisione del “nuovo pacchetto SIEG” disciplina anche il periodo transitorio:

- I regimi di aiuto concessi prima dell'entrata in vigore della nuova Decisione, ma conformi a quella del 2005, continuano ad essere compatibili con il mercato interno ed esenti dalla notifica per un ulteriore periodo di 2 anni;
- i regimi di aiuto che sono stati concessi prima dell'entrata in vigore della nuova Decisione, incompatibili con quella del

2005 ma che soddisfano le condizioni dell'attuale, sono compatibili ed esenti da notifica.

2.4 La Disciplina

La Disciplina si applica a tutti i conferimenti che non rientrano nell'ambito di applicazione della Decisione di esenzione. Tali casi devono essere notificati alla Commissione e possono essere dichiarati compatibili se soddisfano i criteri specificati nella stessa Disciplina.

Il quadro riveduto introduce un approccio proporzionato sottoponendo ad un esame più attento i casi di aiuti di grandi dimensioni, con effetti transfrontalieri più rilevanti.

La disciplina pone l'accento sulla necessità che gli Stati membri, nel definire le compensazioni per oneri di servizio pubblico, introducano incentivi a favore di una prestazione efficiente di SIEG di elevata qualità.

2.5 Il Regolamento

Il Regolamento n. 360/2012 integra, relativamente al comparto SIEG, la normativa europea sugli aiuti *de minimis*. Tale strumento fissa una soglia massima al di sotto della quale ogni compensazione viene considerata non discorsiva delle regole sulla concorrenza. Nello specifico, l'importo *de minimis* per i SIEG è fissato a 500.000 euro per impresa su un arco di tre anni. Questo ridurrà gli oneri burocratici per i piccoli servizi di interesse economico generale, realizzando una concreta semplificazione per i servizi locali.

3. Alcune specifiche innovazioni introdotte dal “nuovo pacchetto SIEG”

3.1 Metodo di calcolo della compensazione

Al fine di valutare meglio il costo economico di oneri di servizio pubblico e di fissare l'importo della compensazione a un livello che garantisca la migliore allocazione delle risorse, è stata introdotta una nuova metodologia per determinare l'importo della compensazione: la metodologia del costo netto evitato.

Il costo degli obblighi di servizio pubblico è calcolato come differenza tra il costo netto di una società di gestione di un SIEG e il costo netto che l'azienda stessa affronterebbe se operasse senza un obbligo di servizio

pubblico. Metodologie alternative sono ammesse quando la citata metodologia non è realizzabile o opportuna.

Il nuovo pacchetto ha inoltre introdotto meccanismi- basati su criteri obiettivi e misurabili - che prevedano, ex ante, una riduzione della compensazione qualora l'impresa non soddisfi gli obiettivi indicati nell'atto d'incarico ovvero un aumento della stessa compensazione nel caso in cui gli obiettivi siano superati.

3.2 Efficienza

Secondo le nuove regole gli Stati membri sono tenuti ad introdurre incentivi per la fornitura efficiente di SIEG di alto livello, a meno che l'uso di tali incentivi non sia irrealizzabile o inopportuno. Guadagni di efficienza devono essere in ogni caso realizzati senza pregiudicare la qualità del servizio fornito.

La Commissione può, inoltre, chiedere agli Stati membri di adottare misure per ridurre gli effetti anticoncorrenziali di determinate compensazioni che hanno forti probabilità di falsare la concorrenza nel mercato interno.

Tra le innovazioni relative all'efficienza si rileva quella relativa alla necessità di svolgere una consultazione pubblica o utilizzare qualsiasi altro strumento appropriato per prendere in considerazione gli interessi degli utenti e dei fornitori, prima di affidare oneri di servizio pubblico. Tale requisito non è richiesto quando si possa dimostrare che una nuova consultazione non porterà alcun significativo valore aggiunto a una consultazione tenutasi di recente sullo stesso tema.

Per i casi che potrebbero comportare distorsioni della concorrenza particolarmente gravi, la Commissione europea procede ad una analisi dettagliata del suo impatto sulla concorrenza, valutando se si può porre rimedio alle distorsioni attraverso ulteriori condizioni o impegni a carico degli Stati membri.

3.3 Opportune misure

In relazione alle “opportune misure”, per quanto riguarda i regimi di interesse economico generale esistenti, la Comunicazione ha previsto che:

- 1) gli Stati membri pubblicano entro il 31 gennaio 2013 l'elenco dei regimi di aiuto esistenti concernenti compensazioni degli obblighi di servizio pubblico che devono essere adeguati alla Comunicazione stessa;

2) che li adeguino effettivamente entro il 31 gennaio 2014.

Entro il 29 febbraio 2012 gli Stati membri dovevano confermare alla Commissione la propria accettazione delle opportune misure proposte. Le Autorità italiane hanno provveduto a fornire tale conferma alla Commissione.

4. Il ruolo del Dipartimento per le politiche europee nell'applicazione delle norme europee in materia di aiuti di Stato nei SIEG

Al Dipartimento per le politiche europee è fatto carico di monitorare la puntuale attuazione degli obblighi che scaturiscono dalla applicazione delle vigenti regole in materia di aiuti di Stato applicate alla gestione dei SIEG. Infatti, l'articolo 47 della Legge 4/6/2010 n. 96 prevede che:

1. *“Il Ministro per le politiche europee, nell'ambito delle competenze di cui all'articolo 57 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, assicura l'adempimento degli obblighi di monitoraggio e informazione alla Commissione europea derivanti da disposizioni dell'Unione europea in materia di Servizi di interesse economico generale, ivi inclusa la predisposizione delle relazioni periodiche triennali di cui all'articolo 8 della decisione 2005/842/CE della Commissione, del 28 novembre 2005.*
2. *Con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri sono stabilite le modalità attuative del comma 1.*
3. *Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri, ne' minori entrate a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate svolgono le attività previste dal presente articolo con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.”.*

La norma fa riferimento alla decisione 2005/842/CE, del 2005, (concernente gli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di oneri di servizio pubblico esenti da notifica), la quale è adesso abrogata e sostituita dalla decisione 2012/21/UE, del 20 dicembre 2011.

Con il nuovo pacchetto, l'obbligo di relazione è biennale ed è previsto sia dalla nuova Decisione di esenzione che dalla nuova Disciplina, le quali impongono di trasmettere alla Commissione europea, entro il 30 giugno

2014, una relazione sulla attuazione della Decisione, e una relazione sulla attuazione della Disciplina:

- la Decisione, all'articolo 9, prevede l'obbligo di relazione degli SM, il cui contenuto minimo è più dettagliato di quanto previsto in precedenza e la cui periodicità è biennale e non più triennale;
- la Disciplina, al punto 62, impone l'obbligo di relazione (biennale) anche per gli aiuti sotto forma di compensazione soggetti a previa notifica.

Al fine di consentire alle amministrazioni di settore un adeguato adempimento degli obblighi derivanti dalla normativa SIEG, il Dipartimento politiche europee, già all'indomani della data di adozione del pacchetto SIEG, ha diffuso le nuove disposizioni a tutti i soggetti a vario titolo interessati dalle nuove regole, con particolare riguardo alle amministrazioni competenti a porre in essere gli adempimenti stessi.

In particolare presso il Dipartimento si sono tenute riunioni per l'esame dei margini di applicabilità della normativa europea SIEG a taluni servizi pubblici, quali ad esempio edilizia residenziale pubblica, gestione idrica integrata, gestione integrata dei rifiuti, servizio sanitario e assistenza all'infanzia.

Per ciò che concerne l'obbligo di relazione, che deve essere adempiuto entro il 30 giugno 2014 il Dipartimento ha provveduto a coinvolgere tutti i livelli di governo (Regioni Province e Comuni), nei quali si concretizza la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, il cui compito sarà, tra l'altro, quello di individuare i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi.

Il rischio operativo di gestione come criterio distintivo tra appalto e concessione

Il presente contributo si concentra sulla modalità di affidamento mediante concessione di servizi ed in particolare si propone di chiarirne i tratti distintivi che consentono di distinguerla da un appalto di servizi. In materia, le ultime pronunce della Corte di giustizia europea, così come la proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, focalizzano l'attenzione sull'elemento del rischio operativo di gestione, quale elemento caratterizzante il "modello concessorio" e a cui far riferimento per distinguerlo dal "modello appaltizio".

1. Il fondamento e l'importanza della distinzione tra appalto e concessione

Dalle nozioni di appalto pubblico di servizi e di concessione di servizi, definite, rispettivamente, al n. 2, lett. a) e d), e al n. 3 dell'art. 1 della direttiva 2004/18, risulta che la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura del servizio. La concessione è un *contratto* che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico, ad eccezione del corrispettivo spettante all'aggiudicatore per la fornitura del servizio. Questo è previsto in entrambi i casi, ma con una differenza sostanziale. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo.

La distinzione rileva non solo per una questione formale, ma sostanziale, perché sono sottoposti a due diversi regimi giuridici.³ Al momento, in materia di concessioni, mancando una direttiva dell'Unione europea *ad hoc*, le autorità pubbliche che aggiudicano una concessione di servizi devono rispettare le disposizioni e i principi essenziali del diritto dell'Unione e in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

³ In proposito si veda Guida, sez. 4.2. n. 200, p.96.

1.1 Il rispetto dei “principi” nelle concessioni di servizi

Per quanto riguarda gli obblighi che derivano dai principi di trasparenza e non discriminazione si rimanda alla Guida, sez. 4, p. 99, n.202. e p.108 n. 215. Ulteriori indicazioni sono state fornite nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000 (in GUCE C-121 del 29 aprile 2000).

Sembra invece interessante accennare a due recentissime sentenze del Consiglio di Stato che chiariscono quali disposizioni debbono ritenersi applicabili alle concessioni in quanto espressione di principi: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n. 13; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 6 agosto 2013 n. 19.

Lo stesso art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici prevede che l'affidamento delle concessioni di servizi non può essere sottratto ai principi espressi dal TFUE in tema di concorrenza ed ai principi generali relativi ai contratti pubblici. Il problema è allora capire quali *norme*, in quanto diretta espressione di *principi*, si applicano anche alle concessioni. Come viene giustamente rilevato nelle adunanze plenarie *supra* citate, da un lato tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali; dall'altro, tuttavia, non si può sostenere l'applicazione di tutte le norme delle direttive (e del Codice) alle concessioni, in quanto espressamente escluse. La soluzione individuata dal Consiglio di Stato è quella di “verificare” la *ratio* della norma in questione, cioè la sua natura: nel caso di una norma meramente procedurale non potrà sostenersi l'applicazione anche alle concessioni, mentre nel caso di una norma che per sua natura si ricollega o enuncia un principio generale, si dovrà ritenere applicabile a tutti i contratti pubblici. Nel caso di specie, ad esempio, il Consiglio di Stato afferma l'applicabilità alle concessioni di servizi di specifiche disposizioni del Codice in quanto diretta attuazione di principi generali desumibili dal Codice stesso e dei principi generali del procedimento amministrativo, quali imparzialità e trasparenza. Si tratta in particolare degli art. 84, comma 4, relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice e comma 10, relativo ai tempi di nomina della commissione, nelle prima pronuncia; dell'art. 75, relativo

alla commisurazione della garanzia a corredo dell'offerta e dell' art. 69, relativo a particolari condizioni di esecuzione del contratto, nella seconda pronuncia. Al di là del caso specifico, il messaggio da cogliere è quello per cui alle concessioni di servizi si applicano anche le norme di dettaglio del Codice quando queste sono espressione di principi generali e ad essi riconducibili e quindi l'art. 30 del Codice non va letto in modo "puro e semplice", ammettendo soltanto l'applicazione delle disposizioni espressamente richiamante.

2. La centralità dell'elemento del rischio

L'accento posto sull'aspetto del corrispettivo quale elemento differenziante può essere tradotto in altri termini affermando che il «modello concessorio» di aggiudicazione differisce dal modello detto «appaltizio», in quanto la remunerazione, nel modello concessorio, non è garantita dall'amministrazione aggiudicatrice, bensì dagli importi riscossi presso gli utenti. Mentre l'appalto ha per oggetto la prestazione di servizi in favore dell'amministrazione verso un determinato corrispettivo e l'appaltatore ha quindi una ragionevole **certezza** di un determinato guadagno, la concessione ha per oggetto un servizio reso in favore dell'utenza, sulla base di un piano economico finanziario che prevede un determinato equilibrio alla luce di stime legate all'utilizzo del servizio da parte dell'utenza; il concessionario **non ha quindi la certezza** del suo *income*, che potrebbe aumentare o ridursi a seconda di diversi ed imprevedibili fattori.

Dunque, se è vero che la modalità di remunerazione è uno degli elementi determinanti per la qualificazione di una concessione di servizi, dalla giurisprudenza europea risulta indispensabile che il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. Il mancato trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione dei servizi, indica che l'operazione in parola rappresenta un appalto pubblico di servizi e non una concessione di servizi. Ne deriva l'insufficienza del solo aspetto "remunerazione": in assenza di rischio, anche un modello in cui è l'utenza e non l'amministrazione a remunerare il concessionario, si configura come appalto e non come concessione.

Il caso del trasporto pubblico locale ne rappresenta un esempio emblematico; si riportano di seguito due pronunce giurisprudenziali che evidenziano la rilevanza dell'elemento "rischio" ai fini della configurazione del contratto:

1. Sentenza Corte di giustizia europea, 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA contro Latgales plānošanas reģions*, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di trasporto pubblico mediante autobus. Nonostante il servizio sia reso a favore dell'utenza e si preveda il pagamento di una tariffa, la Corte, sostenendo l'assenza di rischio⁴, configura il modello in questione come appaltizio, con la conseguenza di applicazione della specifica normativa.⁵

2. Consiglio di Stato, sez. V, 3 Maggio 2012, n. 2531. Affidamento di un servizio di trasporto pubblico urbano. Il contratto di servizio prevede l'erogazione, da parte dell'ente affidante, di un corrispettivo annuo. Ad avviso del Consiglio di Stato la previsione di siffatta remunerazione fa venir meno la presenza di un rischio trasferito in capo al singolo operatore, pertanto si tratta di contratti che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto.

La qualificazione ha implicazioni sostanziali rispetto alla disciplina applicabile: l'art. 23 del Codice degli Appalti, esclude dall'applicazione del Codice medesimo gli "appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus[...]". Questo si applica in conformità alla normativa dell'Unione europea che ne definisce il campo operativo. L'art. 5 del Regolamento 23 ottobre 2007, n. 1370 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, specifica che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o direttiva 2004/18/CE

⁴ Una parte del corrispettivo consiste nel diritto di gestire i servizi di trasporto pubblico, ma al contempo l'amministrazione aggiudicatrice versa una somma pecuniaria a titolo di compensazione e, inoltre, le disposizioni di diritto pubblico che disciplinano la prestazione del servizio nonché le clausole contrattuali, limitano ulteriormente il rischio di gestione del servizio.

⁵ Vale la pena di precisare che in presenza di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia esiste una normativa europea di riferimento anche per le concessioni, pertanto qualora si qualificasse come concessione non vengono chiamati in causa solo i principi del TFUE, ma anche il Reg. CE 1370/2007. Nel caso di appalto si applica la direttiva n.17/2004.)

per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive”. Pertanto, le disposizioni del regolamento n. 1370/07 si applicano “solamente nel caso in cui i contratti di servizio pubblico per la fornitura e gestione di servizi di trasporto di passeggeri assumono la forma di concessione di servizi”. Diversamente, “ossia se i detti contratti assumono la forma dell’appalto pubblico, ad essi si applicano le disposizioni di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE . In altre parole, l’applicabilità della normativa sugli appalti in caso di trasporto pubblico mediante autobus non dipende dalla circostanza che il servizio sia reso ad una platea indifferenziata di utenti o a specifici destinatari, bensì dalla forma (appalto o concessione) del contratto stipulato dall’Amministrazione per l’affidamento del servizio medesimo: qualora il rischio sia a carico dell’impresa, la fattispecie sarà configurabile come concessione ed il servizio potrà essere affidato direttamente ai sensi dell’art. 5 del regolamento n. 1370/2007; qualora, invece, l’impresa non supporti l’alea connessa alla gestione del servizio, la situazione dovrà essere posta sotto l’egida della disciplina degli appalti pubblici, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive.

3. Definizione e quantificazione del rischio

Posto che il rischio operativo di gestione è l’elemento chiave che consente di distinguere una concessione di servizi da un appalto di servizi, è importante capire in che cosa consiste e quando può ritenersi sussistente. Il rischio di gestione deve essere inteso come **rischio di esposizione all’alea del mercato** il quale può tradursi in:

1. rischio di concorrenza da parte di altri operatori,
2. rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi,
3. rischio d’insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti,
4. rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate

5. rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio

Nella proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione⁶ i principi vengono formalizzati nei termini seguenti (art. 2, comma 2): “Il diritto di gestire i lavori o i servizi di cui al paragrafo 1, punti 2), 4) e 7), comporta sempre il trasferimento al concessionario del rischio operativo sostanziale. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo sostanziale *nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi oggetto della concessione*. Tale rischio economico può assumere una delle due forme seguenti: (a) il rischio relativo all'uso dei lavori o alla domanda di prestazione del servizio; oppure (b) il rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti.

Nel caso della concessione il corrispettivo consiste nel diritto di gestire il servizio da solo o accompagnato da un prezzo. Se dunque il diritto di gestire può essere accompagnato da una compensazione economica da parte dell'amministrazione al concessionario, bisognerà definire il quando e il *quantum*, dato che, comunque, questo prezzo non potrà essere tale da eliminare il rischio di gestione.⁷ Non esistono criteri oggettivi che consentono di stabilire quando un certo livello di compensazione comporta l'eliminazione del rischio di gestione. L'esistenza di un rischio significativo può essere verificata solo caso per caso. I rischi da prendere in considerazione sono quelli legati alla fornitura del servizio o alla messa a disposizione e all'utilizzo dell'opera, in particolare il rischio legato alla domanda. Si può ritenere in linea di principio che l'operatore si assuma notevoli rischi operativi quando esiste incertezza riguardo al rendimento dell'investimento sostenuto per fornire il servizio.

L'assenza di rischio significativo, per il fatto che la compensazione ha raggiunto importi che hanno eliminato o reso irrilevante il rischio di gestione, implica la riqualficazione del contratto di concessione di servizi

⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.COM (2011) 897 def.

⁷ Cfr. Guida, sez. 4, punto 221, p.111

in appalto di servizi con le conseguenze giuridiche che ne derivano (ossia la possibilità di annullamento del contratto in caso di violazione del diritto degli appalti pubblici).

Con riferimento al rischio operativo di gestione – ed in particolare rispetto al *quantum* -la Corte di giustizia europea ha introdotto la possibilità di una maggiore flessibilità quando i servizi in questione siano servizi pubblici. “È normale che **alcuni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità**, siano disciplinati da normative che possono avere per effetto di limitare i rischi economici che si corrono. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici devono conservare la possibilità, agendo in buona fede, di assicurare la prestazione dei servizi attraverso una concessione, qualora esse reputino che si tratti del modo migliore per assicurare il servizio pubblico in oggetto, e ciò anche qualora il rischio legato alla gestione sia molto ridotto. A tal proposito va ricordato che, quando la remunerazione del prestatore proviene esclusivamente da terzi, il trasferimento da parte dell’amministrazione aggiudicatrice di un rischio di gestione «molto ridotto» è sufficiente per poter ritenere sussistente una concessione di servizi.” Un esempio significativo di questo orientamento è rappresentato dalla causa *Stadler*, sentenza della Corte di giustizia europea del 20 marzo 2011, avente ad oggetto l’affidamento del servizio di soccorso con autoambulanze.⁸ In questo caso il prestatore di servizi non viene remunerato né dall’amministrazione pubblica, né direttamente dall’utenza, ma dagli enti previdenziali degli assicurati fruitori del servizio, in forma rateizzata e a cadenza regolare. Il prestatore è tenuto per legge ad avvalersi di tale erogazione in base all’ammontare preventivamente contrattato (e soggetto ad eventuale conguaglio), pertanto il rischio d’impresa si presenta sostanzialmente limitato. Nonostante questo la Corte qualifica l’affidamento come concessione di servizi, affermando che non rileva il quantum del rischio, ma la sola sussistenza di un’area legata al mercato. Sulla base dei “5 indicatori” *supra* elencati, la Corte rileva la sussistenza di un rischio di gestione, anche se minimo, tale da legittimare il ricorso al modello concessorio.

⁸ Causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contro Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*.

4. Applicazione concomitante delle norme in materia di aiuti di stato e delle norme relative agli appalti pubblici e alle concessioni di servizi ai SIEG

Quanto detto consente di risolvere agevolmente un ultimo punto messo in luce dalla Guida (punto. n. 219 pag. 111), che si ricollega anche alla materia aiuti di stato: è possibile per il concessionario di un SIEG ricevere un aiuto di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico per coprire i costi effettivi del compito di servizio pubblico di cui è incaricato?

Se uno Stato membro, o altro ente pubblico, decide che un ente è incaricato di un servizio d'interesse economico generale, tale ente può beneficiare di una compensazione degli obblighi di servizio pubblico se le entrate che ottiene dalla gestione del SIEG non sono sufficienti per coprire i costi. La compensazione non può essere superiore ai costi netti effettivamente sostenuti, ivi compreso un margine di utile ragionevole. In base alle norme relative agli appalti pubblici e alle concessioni, la nozione di concessione di servizio non è in contrasto con l'erogazione di un aiuto di Stato se il concessionario continua ad assumersi il notevole rischio operativo connesso alla fornitura del servizio. Se l'aiuto elimina il rischio connesso alla fornitura del servizio o lo rende irrilevante, il contratto in questione si configurerebbe come appalto pubblico di servizio.

Il rispetto dei principi europei nell'affidamento dei “servizi esclusi”: il caso dei servizi legali

1. I principi europei per l'affidamento dei servizi esclusi

All'interno della Guida viene rilevato che, in via generale, quando un'amministrazione aggiudicatrice decide di indire un appalto pubblico di servizi, tale appalto rientra nel campo di applicazione della Direttiva 2004/18/CE se si raggiungono le pertinenti soglie economiche di applicazione. Gli appalti dei cc.dd. "servizi esclusi", tuttavia – anche quando di valore superiore alla soglia comunitaria – non sono soggetti a tutte le disposizioni delle direttive comunitarie vigenti in materia di appalti pubblici: a tali servizi si applica, infatti, un numero molto limitato di norme, pur essendo in ogni caso soggetti ai principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea, tra i quali vanno ricordati, in particolare, l'obbligo di trattare gli operatori economici in modo identico e non discriminatorio, nonché l'obbligo di rispettare il principio della trasparenza. L'elenco dei servizi di cui all'Allegato II B alla Direttiva 2004/18/CE comprende, infatti, alcune categorie di servizi che hanno una minore probabilità di suscitare, presso gli offerenti di altri Stati membri, un interesse transfrontaliero; all'interno di tale elenco sono compresi anche i *servizi legali*. L'elenco dei servizi di cui all'Allegato II B della Direttiva 2004/18/CE si basa, a sua volta, sul CPV (*Common Procurement Vocabulary*, Vocabolario comune per gli appalti), che costituisce un sistema di classificazione unico per gli appalti pubblici volto ad unificare i riferimenti utilizzati dalle amministrazioni appaltanti per la descrizione dell'oggetto degli appalti. Più in particolare, il predetto Allegato II B prende in considerazione, per quanto concerne i *servizi legali*, i CPV da 79100000-5 a 79140000-7.

2. L'affidamento dei servizi legali

All'interno della Guida viene sottolineato che anche i membri di una professione liberale possono costituire un'impresa ai fini del rispetto delle regole europee in materia di tutela della concorrenza e, a conforto, viene espressamente richiamata anche la conforme giurisprudenza comunitaria⁹. Sulla base di tale linea di principio, anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha avuto modo di sottolineare che sono sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi compresi nell'Allegato II

⁹ Corte di giustizia europea, Cause riunite da C-180/98 a C-184/98, richiamata in Guida *cit.*, p. 35.

B, tra i quali figurano anche i servizi legali¹⁰. L’Autorità per la vigilanza ha peraltro posto in evidenza la stretta contiguità tra le due diverse figure dell’appalto di servizi legali, da un lato, e del contratto di prestazione d’opera intellettuale di cui agli artt. 2230 c.c. segg. dall’altro, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà assolvere, volta per volta, all’onere della corretta qualificazione giuridica delle varie fattispecie. L’Autorità sottolinea inoltre che il patrocinio legale, ovvero sia il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, è inquadrabile nell’ambito della prestazione d’opera intellettuale, poiché il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede qualcosa in più, ovvero sia “*un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa*”¹¹.

3. Le clausole da inserire nei documenti della gara

Una delle maggiori difficoltà che le stazioni appaltanti si trovano ad affrontare nell’affidamento di appalti per lo svolgimento di servizi legali è quella relativa alla necessità di coniugare la generale disciplina che regola gli appalti pubblici con la specifica normativa relativa all’esercizio della professione forense, anche tenuto conto della recente adozione della Legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante la *Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense*.

Per quanto riguarda la redazione dei documenti di gara, appare senz’altro opportuno inserire nella declaratoria dell’oggetto dell’appalto – con la quale vengono definite le caratteristiche ed i requisiti per l’affidamento del contratto, ai sensi dell’art. 68 del D.lgs. n. 163/2006 – anche l’espresso rinvio alla Categoria 21 (*Servizi legali*) di cui all’Allegato II B al medesimo D.lgs. n. 163/2006, con il riferimento allo specifico numero del CPV. Parimenti, appare opportuno che nella documentazione di gara venga tracciato, con chiarezza, il quadro normativo di riferimento, con l’espresso richiamo anche agli artt. 20 e 65 del D.lgs. n. 163/2006. Ai fini dello svolgimento della procedura trovano inoltre applicazione le indicazioni fornite dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2006/C-179/02 relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici». Si deve peraltro sottolineare che, in base al c.d. *principio di*

¹⁰ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, recante le *Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell’articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*.

¹¹ *Ibidem*

*autovincolo*¹², all'appalto si applicheranno anche le altre specifiche disposizioni espressamente richiamate dalle varie stazioni appaltanti nella documentazione di gara. Ed, ancora per ciò che concerne la definizione del quadro normativo per la prestazione dei servizi legali, sarà opportuno ricordare, all'interno della documentazione di gara, che – ai sensi dell'art. 27, comma 3 del D.lgs. n. 163/2006, applicabile alla generalità dei contratti esclusi – le stazioni appaltanti stabiliscono, volta per volta, quando è ammesso (o, per converso, quando non è ammesso) il subappalto: ne consegue pertanto che, allorché la stazione appaltante intenda non ammettere il subappalto, essa dovrà darne compiuta ed attenta motivazione nella documentazione di gara.

Per quanto concerne il profilo “soggettivo”, è stato affermato che, in una procedura per l'affidamento di servizi di consulenza legale, non è conforme alla normativa la previsione dei documenti di gara che vieti la partecipazione dei raggruppamenti temporanei di professionisti, consentendo allo stesso tempo quella degli studi associati: stante il principio della personalità della prestazione professionale, non è infatti ravvisabile alcuna ontologica e rilevante differenza tra le due figure in esame che possa giustificare un diverso regime giuridico ai fini dell'ammissione alla gara¹³.

Nelle clausole dedicate all'importo dell'appalto è poi sempre necessario inserire la specificazione degli oneri per la sicurezza “da interferenza” anche quando tali oneri risultino di importo pari a “zero”. Per lo svolgimento dei servizi legali potrebbe quindi essere possibile escludere preventivamente – ma sempre esplicitamente – la predisposizione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze (DUVRI) e la conseguente stima dei costi, trattandosi di servizi di natura intellettuale, ancorché effettuati presso la stazione appaltante¹⁴.

Ci si potrebbe chiedere quale sia la pubblicità da effettuare per l'affidamento dei predetti servizi legali (e, più in generale, per l'affidamento dei servizi di cui all'Allegato II B). A tale proposito, è stato osservato che la riconducibilità di un servizio all'Allegato II B della Direttiva 2004/18/CE (trasfuso anche nel Codice dei contratti pubblici) non esonera le

¹² Sul principio dell'autovincolo cfr. anche Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676, che richiama Cons. St., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981.

¹³ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 4 del 14 gennaio 2010.

¹⁴ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 3 del 5 marzo 2008, relativa a *Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture. Predisposizione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e determinazione dei costi della sicurezza.*

amministrazioni dall'applicazione dei principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale, con particolare riferimento al principio di pubblicità, espressione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione¹⁵. In questo quadro, è senz'altro pacifico che la pubblicità andrà necessariamente effettuata per quanto concerne l'avviso sui risultati della procedura disciplinato dall'art. 65 del D.lgs. n. 163/2006, in forza del rinvio testuale a tale norma contenuto nell'art. 27 del medesimo Decreto legislativo. Per quanto concerne invece la necessità di effettuare la pubblicità dell'indizione della gara, è stato sottolineato che – sebbene i servizi rientranti nell'Allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara, in virtù del già richiamato principio di autovincolo – nondimeno, allorché il valore dell'appalto sia decisamente superiore alla soglia comunitaria, sarà opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (al quale è correlato il principio di pubblicità) anch'esso espressamente richiamato dal dall'art. 27 del D.lgs. 163/2006¹⁶.

È infine pacifico che i servizi legali possono essere affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 1 del D.lgs. n. 163/2006. A tale proposito, si può tuttavia notare che – alla luce di quanto evidenziato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici¹⁷ e considerato che il prodotto dei servizi legali si sostanzia in un'attività (ovverosia in un *facere*) – tale attività può essere legittimamente valutata, *in parte*, anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità dei concorrenti così come emergenti dai *curricula* professionali allegati all'offerta¹⁸. Le offerte

¹⁵ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 25 del 8 marzo 2012, che richiama Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943, Cons. St., sez. V, 22 aprile 2008, n. 1856, Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 2007, n. 5217, Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369 e T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 5 febbraio 2008, n. 951.

¹⁶ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 102 del 5 novembre 2009.

¹⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, recante le *Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture* (si veda, in particolare, quanto chiarito al punto 4.4 - *Possibilità di prevedere elementi di natura "soggettiva"*).

¹⁸ In giurisprudenza si veda, in senso conforme, anche Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837, Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626, Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933 e Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191. In senso conforme cfr., altresì, Autorità per

pervenute dovranno essere poi valutate da una Commissione giudicatrice – che dovrà essere nominata dalla stazione appaltante nel rispetto dell’art. 84 del D.lgs. n. 163/2006¹⁹ ed altresì nel rispetto di quanto disposto all’art. 35-*bis* del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – e la valutazione dovrà essere effettuata sulla base dei criteri di valutazione, dei pesi e del metodo indicati negli atti di gara per un punteggio complessivo pari a massimo 100 punti, ordinati in relazione all’importanza ad essi assegnata.

4. L’importanza della pubblicità

In conclusione, appare utile evidenziare come, nella *Guida*, viene ampiamente posto in risalto il fatto che anche i contratti che abbiano ad oggetto servizi esclusi – e, tra di essi, anche i contratti per l’affidamento di *Servizi legali* – possono assumere un interesse transfrontaliero quando siano idonei a suscitare un potenziale interesse per gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri dello spazio economico europeo. Quando tale interesse transfrontaliero sia ravvisabile, l’autorità pubblica sarà tenuta a rispettare i principi contenuti nel Trattato di Funzionamento dell’Unione Europea (trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione ecc.), e dovrà quindi effettuare idonee forme di pubblicità affinché i fornitori di servizi operanti nell’Unione Europea abbiano la possibilità di esprimere il loro interesse e possano effettivamente presentare un’offerta.

la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, parere di *precontenzioso* n. 97 del 13 maggio 2010.

¹⁹ Con riguardo alla consimile fattispecie delle concessioni di servizi cfr. Cons. St., Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13.

L'esperienza del Comune di Foligno nella concessione degli impianti sportivi e degli asili nido

Lucia Ferranti

1. L'esperienza del Comune di Foligno

Il presente contributo illustra l'esperienza del Comune di Foligno, al fine di declinare i contenuti della Guida su un piano prettamente operativo. In particolare il Comune di Foligno, nel corso degli ultimi anni, ha fatto frequente ricorso allo strumento della “*concessione di servizio*” per l'affidamento di vari servizi: culturali, sociali, educativi e sportivi. Pertanto, la relazione che segue fornisce un esempio concreto di applicazione dei principi affermati dalla Guida nella sezione 4.2 “Prestazione di un SSIG conferito a un terzo con pagamento di un corrispettivo”.

Il ricorso alla concessione si è rivelato un utile strumento per consentire l'attivazione di nuovi servizi nonostante le minori risorse economiche disponibili o per “esternalizzare” servizi per i quali non era più possibile operare mediante gestione diretta.

Lo strumento della concessione non deve essere considerato come un'ipotesi residuale rispetto all'appalto, in quanto l'ingresso del privato nella gestione di alcune tipologie di servizi, che dispone di una maggiore autonomia imprenditoriale, si è rivelata, nella maggior parte dei casi, una scelta più che soddisfacente, in grado di consentire una maggiore flessibilità e diversificazione dell'offerta.

Le esperienze di seguito illustrate hanno ad oggetto due casi di affidamento in concessione relativi a: strutture per l'infanzia e polo sportivo di Santo Pietro in Foligno. L'esame delle due concessioni ci consente di cogliere alcune peculiarità e problematiche comuni.

2. L'affidamento in concessione della struttura per l'infanzia

Il Comune disponeva di un immobile che era stato utilizzato temporaneamente come scuola materna; da qui l'intenzione di istituire un nuovo servizio per la prima infanzia, più flessibile in termini di orario rispetto ai nidi gestiti direttamente dall'Ente.

Il Comune ha proceduto all'assegnazione attraverso un gara, in cui erano state fissate rette massime per i servizi di base, ribassabili in sede di gara. La determinazione delle rette per i servizi complementari e per quelli aggiuntivi eventualmente proposti, invece, era lasciata alla libera determinazione del concessionario, conformemente a quanto previsto dalla Guida: "La direttiva 2004/18/CE offre un'ampia serie di possibilità per determinare le specifiche. Spetta alle autorità pubbliche avvalersi di tali possibilità esigendo che i candidati formulino un concetto di servizio su misura, in modo da offrire la migliore prestazione possibile, con il livello di qualità richiesto."²⁰

3. L'affidamento in concessione del polo sportivo di Santo Pietro

Nel 2011, al scadere della precedente concessione, è stata bandita una nuova gara per l'affidamento del polo sportivo di Santo Pietro, costituito da impianti di diversa tipologia (piscina coperta, piscina scoperta, palazzetto dello sport e palestre annesse al palazzetto). Si trattava quindi di affrontare la gara già conoscendo le criticità e le peculiarità del servizio.

Contestualmente, ci si è trovati di fronte all'esigenza di dover eseguire una serie di interventi di risanamento conservativo, di manutenzione delle strutture e degli impianti tecnologici, alcuni dei quali anche di una certa importanza. Relativamente a tali aspetti, il Comune ha programmato un intervento di manutenzione straordinaria da eseguirsi a sue spese, mentre È stata posta a carico del concessionario l'esecuzione di tre interventi di manutenzione e risanamento conservativo sulla base di progetti definitivi predisposti dai tecnici del Comune.

Anche in questo caso il Comune ha stabilito le tariffe base per le diverse tipologie di servizio, alcune delle quali soggette a ribasso.

Relativamente alle tariffe, è stata riservata al concessionario la libera determinazione delle tariffe per le proprie iniziative conformemente al progetto di gestione presentato in sede di gara.

²⁰ Cfr. Guida, sez. 4.2, punto 203, p.100.

4. Il Piano Economico Finanziario posto a base di gara

In entrambi i casi è stato preliminarmente predisposto un Piano Economico Finanziario (PEF) di massima o conto economico della gestione.

Il PEF predisposto dall'amministrazione consente, sulla base della stima dei costi e delle entrate, di verificare l'equilibrio economico-finanziario della gestione in modo da valutare la necessità di stabilire un prezzo a favore del concessionario o al contrario di richiedere allo stesso il pagamento di un canone.

L'art. 30 del D.lgs. 163/2006 prevede, infatti, conformemente alle direttive europee ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che il soggetto concedente possa stabilire anche un prezzo in favore del concessionario qualora venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori alla somma dei costi del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero quando sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

La redazione del PEF presenta molto spesso margini di aleatorietà e di rischio soprattutto per le concessioni nuove, dove non sono disponibili dati storici, né è determinabile il flusso della domanda.

Ciò che caratterizza le concessioni di servizio rispetto agli appalti è il trasferimento al concessionario del rischio d'impresa, quindi nel caso in cui l'Ente concedente corrisponda un prezzo capace di eliminare tale rischio non si è più in presenza di una concessione. Il rischio, tuttavia, deve essere valutato considerando che l'obiettivo finale deve essere quello di un servizio qualitativamente adeguato che non gravi eccessivamente sull'utenza.

Conseguentemente, adeguata attenzione va data nel porre a carico del concessionario prestazioni a garanzia della qualità dei servizi, o investimenti, in assenza di una attenta verifica della sostenibilità economica, al fine di evitare un possibile insuccesso dell'iniziativa. La predisposizione del PEF deve individuare un punto di equilibrio, al fine di garantire contemporaneamente qualità del servizio e fattibilità della gestione in capo al concessionario, con un'analisi obiettiva dei costi che la qualità stabilita implica.

Altra funzione del PEF da porre a base di gara è la stima del valore della concessione.

L'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici con Deliberazione n. 92 del 07/11/2012 ha evidenziato che il valore della concessione è dato, oltre che dal prezzo eventualmente previsto a favore del concessionario, anche dalle previsioni in ordine ai ricavi da utenza, sulla base di un puntuale piano economico finanziario.

La corretta stima del valore di un servizio affidato in concessione e, di conseguenza, l'ammontare del relativo contratto, assume un particolare rilievo sotto molteplici aspetti:

- per una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio;
- come presupposto essenziale, insieme alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, per individuare i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi da richiedere ai concorrenti.

Con riferimento ai requisiti di qualità che possono essere integrati nell'aggiudicazione di una concessione di SSIG ed alla definizione delle specifiche tecniche, si rimanda alla Guida, sez. 4.2, punto 204, p.100.

4.1 Il Piano Economico Finanziario per la struttura per l'infanzia

Per la struttura per l'infanzia le stime economico-finanziarie sono state fatte con riferimento all'ipotesi a "struttura piena", per i servizi base, ossia, tenendo conto del numero massimo di utenti che la struttura poteva contenere. Tale impostazione, però, presentava evidenti limiti dati dalla mancata previsione del flusso della domanda nel tempo, invero difficile da quantificare trattandosi di un nuovo servizio.

Le stime predisposte hanno comunque evidenziato un certo margine operativo tale da consentire un sostanziale equilibrio economico finanziario senza la necessità di prevedere un prezzo ulteriore a favore del concessionario, oltre all'incameramento delle tariffe di utenza. La struttura è stata concessa gratuitamente non essendovi margine per la richiesta di un canone.

4.2 Il Piano Economico Finanziario per il polo sportivo

Per il polo sportivo i calcoli sono stati effettuati in base ai costi fissi e alle entrate desunte dalla media dei dati degli anni precedenti; includendo, oltre ai costi fissi (utenze, tasse, etc.) e agli investimenti richiesti (i lavori di manutenzione stimati in base ai progetti definitivi), anche il costo della manutenzione periodica sia degli immobili che degli impianti.

Tra le entrate, oltre agli introiti derivati dalle tariffe, sono stati stimati i ricavi connessi al bar ristoro da attivarsi all'interno della struttura e gli incassi relativi alla gestione degli spazi pubblicitari.

In base alle stime, il Comune ha stabilito un prezzo a favore del concessionario, ribassabile in sede di gara, dati gli alti costi di gestione e le spese di investimento posti a carico dello stesso. Questo non ha comunque messo in discussione il rischio d'impresa in capo al concessionario, secondo quanto stabilito dalla Guida, sez. 5, punto 219, p. 111: "l'affidatario può beneficiare di una compensazione degli obblighi di servizio pubblico se le entrate che ottiene dalla gestione del SIEG non sono sufficienti per coprire i costi. La compensazione non può essere superiore ai costi netti effettivamente sostenuti, ivi compreso un margine di utile ragionevole. Inoltre deve risultare che questo continua ad assumersi il notevole rischio operativo connesso alla fornitura del servizio."

5. La concessione del polo sportivo come contratto misto

Passando alla natura degli atti concessori, nel caso del polo sportivo il contratto posto in essere ha assunto la fattispecie del c.d. contratto misto, comprendendo sia la concessione di servizio che l'esecuzione di lavori, con obbligo di verificare in termini di prevalenza la natura del contratto.

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con Deliberazione n. 84 del 10 ottobre 2012, conformemente alla giurisprudenza formatasi sull'argomento²¹, ha rilevato che "per quanto concerne la distinzione tra

²¹ Cons.St., sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2804; Cons.St., Sez. V, 11 agosto 2010 n. 5620; Cass., Sez. U., 12 maggio 2008, n.11656.

concessione di servizi e concessione di lavori, al cospetto di fattispecie miste nelle quali si contempla anche l'esecuzione di lavori, congiuntamente alla gestione del servizio, vige la regola dell'assorbimento, che privilegia la disciplina della prestazione prevalente; si sarà in presenza di una concessione di lavori pubblici nel caso in cui il servizio risulti strumentale, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, rispetto alla costruzione dell'opera o, viceversa, si sarà in presenza di una concessione di pubblico servizio nel caso in cui i lavori abbiano carattere di accessorialità rispetto al servizio."

La concessione del polo sportivo, essendo i lavori meramente complementari alla gestione del servizio, non poteva che essere qualificata come concessione di servizio.

6. La qualificazione dei concorrenti per la concessione del Polo Sportivo

Ai fini della qualificazione dei concorrenti negli appalti misti, l'art. 15 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede che "L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture previste in contratto".

Per la partecipazione alla gara sono stati richiesti, quindi, sia i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi relativi alla gestione di un polo sportivo (fatturato specifico in riferimento alla gestione di impianti sportivi aventi caratteristiche analoghe a quelli oggetto della gara, pregresse esperienze di gestione), sia i requisiti di qualificazione ai sensi dell'art. 40 del Codice dei Contratti e del D.P.R 207/2010 per l'esecuzione dei lavori, prescrivendo altresì che il concorrente singolo, in possesso solo dei requisiti relativi alla gestione del servizio, avrebbe potuto associare come mandante un'impresa avente i requisiti relativi all'esecuzione dei lavori, ovvero procedere all'affidamento dei lavori a terzi nel rispetto dell'art. 32 comma 1 lett. f) del Codice dei Contratti. Tale articolo estende l'applicabilità delle norme del codice anche al concessionario di servizi nell'affidamento dei

lavori pubblici quando questi siano strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano poi di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice.

7. Il ruolo del PEF in gara

Per ambedue le concessioni illustrate è stato richiesto ai concorrenti di corredare l'offerta con un proprio Piano Economico Finanziario relativo a tutta la durata contrattuale, nel quale fossero evidenziati i costi, anche degli eventuali servizi aggiuntivi offerti e le relative entrate.

La richiesta è conforme all'art. 143, comma 7 del medesimo codice (riferito alle concessioni di lavori pubblici) ove viene precisato che l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico finanziario che si riferisca a tutto l'arco temporale della concessione.

Attraverso la redazione del PEF il concorrente è chiamato a valutare le proprie scelte imprenditoriali verificandone la sostenibilità in termini economico-finanziari, in relazione all'eventuale ribasso offerto per le tariffe o al ribasso offerto al prezzo posto a base di gara, nonché in riferimento alle maggiori spese ed entrate derivanti dai servizi complementari o aggiuntivi eventualmente offerti.

Richiedere ai concorrenti la stesura di un proprio PEF significa avere concorrenti la cui offerta (sia qualitativa sia economica) è stata ponderata in termini economici e di fattibilità nell'ambito di una strategia complessiva dell'impresa, consentendo poi all'Ente di valutare la congruità dell'offerta nel suo complesso.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2010 n. 653 ben definisce il ruolo del PEF: "Rappresentando il documento giustificativo della sostenibilità economico finanziaria della offerta, il piano non si sostituisce alla offerta, ma ne costituisce un documento di supporto nella valutazione della congruità della stessa, ossia della idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività oggetto di concessione."

Nel richiedere ai concorrenti di allegare il PEF ai documenti di gara si è posto il problema di come articolare la procedura di verifica e definire la natura di tale adempimento.

Ci si è inoltre domandati se fosse opportuno inserire clausole di esclusione in caso di PEF parziale e carente.

La sopracitata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V , 10 febbraio 2010 n. 653 rileva che non può essere sanzionata con l'esclusione l'offerta conforme alla normativa di gara alla quale sia allegato un PEF che presenti irregolarità od anomalie non tali, tuttavia, da alterare in maniera significativa l'attendibilità e la sostenibilità economico-finanziaria del progetto.

Il Collegio evidenzia inoltre come il piano economico-finanziario non si configuri come un documento intangibile ed immutabile ma, al pari delle giustificazioni preventive o delle giustificazioni presentate in sede di anomalia della offerta, è suscettibile di specificazioni, chiarimenti, limitate integrazioni ed aggiustamenti, ritenendo il valore del contraddittorio e delle giustificazioni quali mezzi utili per sviluppare la indagine con piena cognizione di causa.

Sono così applicabili alla verifica del PEF gli stessi principi che sono stati codificati dalla giurisprudenza²² in ordine ai limiti delle rimodulazioni e integrazioni delle giustificazioni, in base ai quali è consentito ai concorrenti di poter rimodulare singole voci di costo, senza però incidere né sull'importo globale dell'offerta presentata, né sui singoli prezzi unitari offerti in sede di gara, sussistendo il divieto di stravolgere l'offerta originaria.

Tenuto conto di quanto sopra, nei documenti di gara è stato previsto un iter di verifica del PEF al pari di quello di verifica delle giustificazioni, prevedendo il contraddittorio con il concorrente e consentendo la produzione di chiarimenti ed integrazioni.

La valutazione del PEF in una concessione di servizi presenta comunque delle criticità date dalla sostanziale indeterminabilità preventiva della domanda. Se è facile, infatti, evidenziare la mancanza o la sottostima di alcuni elementi di costo, la previsione delle entrate operata dal concorrente

²² Cons. St., Sez. IV, 19.6.2006 n.3657; Cons.St., Sez. VI, 8.4.2004 n.1999

in base al flusso della domanda dallo stesso prevista, ha margini di aleatorietà spesso non contestabili né suscettibili di valutazioni negative rientrando, tali previsioni, nel rischio che il concessionario intende assumere. Sul punto, la Guida non fornisce indicazioni, limitandosi a riconoscere una significativa discrezionalità in capo all'affidante al fine di stabilire i criteri di selezione e di aggiudicazione, per “garantire che il contraente scelto disponga di una capacità adeguata per eseguire il servizio secondo i parametri di qualità definiti dall'appalto”.²³

In conclusione, va osservato che la Guida rappresenta un utilissimo strumento per muoversi nella complessa normativa dell'affidamento dei servizi. La Guida rappresenta un organico studio degli elementi distintivi dei Servizi di Interesse Economico Generale e Servizi Sociali di Interesse Generale e, superata l'iniziale diffidenza in ordine alla sua utilità pratica per le stazioni appaltanti, costituisce un importante contributo nel definire limiti e discrezionalità dell'azione amministrativa nell'affidamento delle concessioni di servizio, sottratte per espressa dell'art. 30 del D.lgs. 163/2006 dall'applicazione del medesimo decreto, fornendo una organica disamina dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea applicabili alla materia.

²³ Cfr. Guida, sez. 4.2, punto 204, p.101.

Comune di Spoleto: finanza di progetto nell'affidamento del servizio di mensa scolastica

Roberta Grappasonni

1. Oggetto della proposta

L'esperienza del Comune di Spoleto di seguito descritta rappresenta un esempio peculiare di affidamento dei servizi ai quali si riferisce la Guida. Si tratta in particolare del servizio di **ristorazione collettiva** (mensa scolastica e mensa per due centri diurni di accoglienza) – oggetto principale dell'affidamento - ed altri servizi a vocazione sociale previsti nel medesimo progetto. In particolare: la **Piattaforma e mercato a km 0** (realizzazione di un mercato agroalimentare a km 0 aperto al pubblico, dal quale il Concessionario reperisce gran parte delle derrate alimentari per il servizio mensa); **lo Sportello Interculturale** (servizio volto ad orientare e fornire risposte allo straniero alle richieste di permesso e carta di soggiorno, cittadinanza e asilo politico); **l'Agenzia di intermediazione sociale all'abitare e portierato sociale** (servizio volto a facilitare l'accesso alla casa da parte di soggetti in situazione di disagio); **il Banco recupero eccedenze alimentari** (servizio volto a contribuire alla risoluzione dei problemi della fame e della povertà, mediante la raccolta e la successiva distribuzione delle eccedenze alimentari).

Con la presente relazione si cercherà di rappresentare le “problematiche” riscontrate e, in qualche modo risolte, nella costruzione del percorso che ha portato ad individuare il concessionario, e di evidenziare i vantaggi di cui il Comune ha beneficiato grazie all'operazione della finanza di progetto. Va inoltre sottolineato che l'esperienza in questione fornisce un ottimo esempio in risposta ad un problema evidenziato dalla Guida stessa: “*com'è possibile conciliare le norme relative agli appalti pubblici con la necessità delle autorità pubbliche di stimolare soluzioni innovative che rispondano alle esigenze complesse degli utenti dei SSIG?*”²⁴

²⁴ Cfr. Guida, sez. 4.2, punto 214, p.108.

2. Distinzione tra finanza di progetto nei lavori e finanza di progetto nei servizi

L'art. 278 del D.P.R. 207/2010 estende la finanza di progetto anche ai servizi nell'ambito delle forme di partenariato pubblico-privato.²⁵ Pertanto tale strumento deve essere distinto con riferimento all'oggetto, a seconda che si tratti di lavori o di servizi, dato che sono sottoposte a due diverse discipline. La distinzione non è così chiara come sembrerebbe, dal momento che nella finanza di progetto lavori c'è sempre la componente servizi (ovvero la gestione del servizio afferente ai lavori svolti che va a remunerare l'investimento), mentre nella finanza di progetto ex art. 278 potrebbe non esserci affatto una prestazione di lavori e quindi si può configurare tanto un *project* di servizi "puro", quanto un *project* comprendente anche l'esecuzione di lavori, restando necessari per lo svolgimento dei servizi.

Tradotto in altre parole, ciò significa che fatta eccezione per la finanza di progetto di servizi pura, nella finanza di progetto in cui è presente una componente lavori, occorre verificare se i lavori stessi sono da considerarsi strumentali e funzionali allo svolgimento del servizio, inteso come prestazione prevalente o, viceversa, se l'interesse dell'Ente è la realizzazione dell'opera, pertanto la gestione della stessa diventa strumentale al suo finanziamento.

La distinzione non è di poco conto visto che da essa deriva la scelta della corretta procedura da applicare.

La chiave di lettura che ci consente di risolvere la problematica dei contratti misti, ci viene fornita sia dal Codice dei contratti con l'art. 14, che dalla giurisprudenza ormai consolidata in materia (ad es. *Consiglio di Stato del 14/04/2008, n. 1600*: "*la differenza tra le ipotesi della concessione di lavori pubblici e quella della concessione di servizi pubblici va rinvenuta nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera*).]

²⁵ La Guida affronta il tema di partenariato pubblico-privato, nella sez. 4.2, punto 212, p.106, in particolare specificando "*in quale misura le norme relative agli appalti pubblici si applicano ai partenariati pubblico-privato (PPP)*".

3. Natura dei servizi costituenti il progetto: il rischio d'impresa

L'intera operazione si è dimostrata per il Comune un indispensabile strumento per soddisfare gli interessi della collettività a costi contenuti; non si è arrivati all'azzeramento totale dei costi per una scelta politica di tipo sociale, che vede l'applicazione di tariffe agevolate in funzione del reddito, tariffe che non sono di mercato.

Al fine di garantire l'equilibrio finanziario del progetto, il Piano economico e finanziario (PEF) prevede la corresponsione al Concessionario da parte del Comune della quota parte del costo del pasto non versata dagli utenti in virtù della suddetta agevolazione.

Visto il tema portante del seminario, c'è da chiedersi se questo intervento del Comune va in qualche modo ad incidere sul rischio d'impresa e quindi sulla natura propria dell'istituto concessorio. Analoga domanda la si è posta il Comune medesimo in fase di valutazione della proposta, giungendo alla conclusione che la contribuzione del Comune, quale compensazione indotta per aver imposto tariffe non di mercato, non altera quello che il 7° considerando alla proposta di direttiva comunitaria sulle concessioni definisce come **“rischio operativo sostanziale”**, in quanto l'agevolazione non è per il concessionario ma per l'utente, infatti:

- **permane il rischio dello squilibrio tra domanda e offerta, in quanto non viene garantito alcun numero minimo di pasti;**
- **permane anche il rischio di insolvenza degli utenti, in quanto non si interviene nella copertura di eventuali morosi;**

Diretta conseguenza dei due rischi sopra citati è quello della mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate. E' altresì presente il rischio di responsabilità dei danni derivanti da inesatta prestazione del servizio, aggravata dalle clausole contrattuali relative alle penali.

D'altronde lo stesso 7° considerando, ultimo periodo, precisa che *“alcuni accordi interamente pagati dall'amministrazione aggiudicatrice si configurano comunque come concessioni qualora il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti dipendono dall'effettiva domanda”*.

4. La valutazione delle proposte

Trattandosi di una finanza di progetto su iniziativa del privato, quindi al di fuori degli strumenti di programmazione propri dell'ente locale, una prima valutazione che è stata effettuata è quella volta a verificare l'interesse dell'amministrazione ad avvalersi del servizio proposto dal privato, quindi perché non era previsto o non era programmato o se era organizzato e gestito con modalità totalmente diverse.

La giurisprudenza ha riconosciuto all'organo amministrativo competente alla valutazione della proposta un ampio potere discrezionale²⁶.

Questo tipo di valutazione di natura politica è stata supportata da un'istruttoria tecnica, svolta dalle varie direzioni coinvolte, finalizzata alla verifica della fattibilità da un punto di vista tecnico.

Essendo stata presentata una sola proposta, la nomina a promotore del proponente²⁷ non ha visto sub procedimenti di comparazione tra più proposte ex comma 3 dell'art. 278 del D.P.R. 207/2010. .

5. Documenti costituenti la proposta

Fra i vari documenti costituenti la proposta elencati all'art. 278, c. 1 del D.P.R. 207/2010, sembra utile soffermarsi su alcuni di essi:

a) *“gli elementi di cui all'articolo 83 del codice dei contratti”*. Tali elementi fanno riferimento ai criteri di aggiudicazione, la cui previsione nell'art. 278 è innovativa rispetto all'attuale disciplina della finanza nei lavori.

Innanzitutto c'è da chiedersi se detti elementi devono essere presi in considerazione per la valutazione comparativa delle proposte di cui al comma 3 dell'art. 278 (laddove ovviamente siano pervenute più proposte) o, invece, per la valutazione delle offerte pervenute per la scelta del concessionario. Forse, visto che lo stesso comma 3 individua i profili in

²⁶ Consiglio di Stato, sez. V - 5 luglio 2012 n. 3932 e 8 febbraio 2011 n. 843.

²⁷ Fin quando la proposta non è dichiarata di pubblico interesse, colui che la presenta non è ancora promotore ai sensi dell'art. 278 ma proponente.

base ai quali valutare la proposta, “gli elementi di cui all'articolo 83” devono essere presi in considerazione nella scelta del concessionario.

In ogni caso, non mettendo in dubbio l'onestà e l'imparzialità dei proponenti, l'Amministrazione è chiamata a verificare che i criteri proposti siano ragionevoli, congrui, obiettivi e che rispettino i principi comunitari di imparzialità, proporzionalità, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione, richiamati all'art. 2 del Codice dei contratti conformemente alla direttiva 18/2004/CE. .

b) *“le garanzie offerte all'amministrazione aggiudicatrice”*. In questo caso il richiamo non è chiaro, in quanto l'art. 278 del D.P.R. nulla dice in merito. Analoga previsione non risulta essere contenuta negli artt. 152 e ss. del Codice dei contratti che disciplinano la finanza di lavori, mentre era presente nell'art. 37-bis della legge 109/94 (poi abrogata dal Codice dei contratti); a tal proposito può essere utile richiamare una sentenza del TAR Sicilia del 2004 n. 1358 in cui i Giudici hanno ritenuto non sufficiente la mera dichiarazione di assunzione di impegno da parte del promotore a presentare le cauzioni e garanzie che saranno richieste dalla stazione appaltante in caso di indizione della gara, in quanto, per non perdere l'efficacia della previsione normativa, occorre specificare la tipologia delle garanzie offerte.

Considerato che il comma 5 dell'art. 278 dispone che “per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del Codice e del Regolamento attuativo (DPR 207/2010) in quanto compatibili”, verranno di seguito richiamate quelle compatibili in materia di garanzie.

Sicuramente lo sono le garanzie tipiche di una procedura di appalto ex Codice dei contratti: la cauzione provvisoria di cui all'art. 75, da prestarsi in sede di gara a garanzia della stipula del contratto; la cauzione definitiva ex art. 113 a copertura degli oneri per il mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni contrattuali. Ci sono poi le polizze RCT da richiedersi in funzione della particolare natura dell'oggetto di affidamento.

Le garanzie proprie di una finanza di progetto nei lavori sono richiamate nell'art. 153, al comma 13, nel quale si dispone che *“le offerte sono corredate [...] da un'ulteriore cauzione pari al 2,5% del valore*

dell'investimento come desumibile dallo studio di fattibilità. [...]. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, il concessionario deve presentare una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, pari al 10% del costo annuo di gestione”.

Visto che l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 278 dispone che “*le proposte indicano l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'art. 153, comma 9 del codice*”, è molto probabile che il promotore dovrà prevedere anche la cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento.

Forse dubbia è la cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera di cui all'art. 153, comma 13 del Codice, che ha un senso nella finanza di lavori dove l'oggetto contrattuale vede una fase di progettazione definitiva/esecutiva, una fase di realizzazione dei lavori ed una di gestione dell'opera. Diversamente, nella finanza di progetto di servizi pura ex art. 278 l'obbligazione contrattuale si limita alla gestione dei servizi, pertanto detta cauzione potrebbe sembrare un duplicato della definitiva.

6. La scelta del concessionario

Il comma 4 dell'art.278, per la scelta del concessionario, rinvia all'art. 30, comma 3 del Codice dei contratti: una procedura molto snella, analoga a quella degli affidamenti in economia a mezzo cottimo fiduciario, ma che trasferisce sulla stazione appaltante l'oneroso compito di individuare “gli almeno” cinque operatori economici da invitare, nonché la disciplina da applicare alla procedura di scelta del concessionario.

L'assenza di una disciplina di dettaglio lascia all'Amministrazione un margine di discrezionalità nelle scelte da adottare, ma questa “*libertà*” ha il suo rovescio della medaglia nella motivazione: la discrezionalità trova un limite nell'obbligo di motivazione. Quanto meno l'attività di un soggetto pubblico è vincolata ad un automatismo di azioni dettate dalla norma, quanto più la stessa deve essere motivata, poiché la motivazione diventa l'indicatore dell'efficienza, della regolarità dell'azione amministrativa.

A fronte di tali considerazioni, l'Amministrazione comunale ha scelto la via più garantista pubblicando un bando di gara con procedura aperta ed autovincolandosi alla disciplina disposta dal Codice dei contratti e dal Regolamento per l'affidamento dei servizi.

Questa scelta è stata maturata sia in considerazione dell'importo globale del progetto, che ammonta a circa 9 milioni di euro, che in conseguenza della concreta difficoltà ad individuare quali articoli del Codice devono essere richiamati nel bando in quanto diretta espressione dei principi generali di cui al succitato art. 30.

Di fronte alla complessità rappresentata dai 257 articoli del Codice e dai 359 del Regolamento, per le stazioni appaltanti locali non è così scontato selezionare le disposizioni da applicare distinguendo quelle *“di diretta espressione dei principi generali”*, rispetto a quelle *“di natura procedurale”*.

In questo la giurisprudenza ci è stata d'aiuto in quanto, oltre ad indicarci il metodo, con varie sentenze in materia di concessioni di servizi (fra le quali l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 13 del 7 maggio 2013) è entrata nel merito individuando proprio gli articoli da richiamare nei documenti di gara, come l'art. 75 sulla cauzione provvisoria e l'art. 84 sulla nomina della commissione giudicatrice. Si segnala anche la recentissima sentenza n. 1380/2013 con la quale il TAR Toscana sostiene la non applicabilità alle concessioni di servizi dell'art. 115 in materia di revisione prezzi.

Però rispetto agli affidamenti in concessione l'art. 278, al comma 5 prevede qualcosa in più: *“per tutto quanto non espressamente regolato dal presente articolo si applicano le disposizioni del codice e del regolamento in quanto compatibili”*, rimettendo di fatto alla stazione appaltante l'interpretazione di quanto sia *“compatibile”* e quindi applicabile.

Quanto alle modalità di pubblicazione è stata garantita la pubblicità a livello europeo (GUUE) e nazionale (Albo e sito web della stazione appaltante ed Osservatorio Regionale).

A proposito dei mezzi di pubblicità da garantire ad un bando per l'affidamento di una concessione di servizi, si segnala che il Consiglio di Stato ha ritenuto che *“si possa legittimamente fare a meno della pubblicazione del bando anche nella Gazzetta Ufficiale [...] non*

costituendo, detta modalità di pubblicazione, una condizione irrinunciabile a garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e di adeguata pubblicità” (Cons. St., sentenza n. 3843 del 2/07/2012; Cons. St., V, n. 2709/2011).

Occorre aggiungere che laddove la stazione appaltante decida di non pubblicare sulla GURI, è bene precisare nel bando a quale modalità di pubblicazione si deve far riferimento per la decorrenza del termine di scadenza per la presentazione delle offerte, considerato che l’art. 66 del Codice dei contratti lega detta decorrenza proprio dalla pubblicazione sulla GURI.

7. I vantaggi della finanza di progetto nella mensa scolastica e negli altri servizi proposti

Il progetto ha una valenza molto ampia che abbraccia settori diversi; accanto a servizi già gestiti, come ad esempio la mensa scolastica, si propone l’introduzione di servizi nuovi ad alto impatto sociale quali il mercato a km 0, il Banco recupero eccedenze alimentari e l’Agenzia di intermediazione sociale all’abitare e portierato sociale.

Dal punto di vista economico, sicuramente, il vantaggio è stato ben visibile in quanto l’abbattimento di alcuni costi vivi per il Comune e l’eliminazione del rischio morosità (dai 20.000 ai 40.000 euro annui) ha portato ad un risparmio del 10% circa e quindi ~~ei~~ ha permesso di non procedere a ritocchi in rialzo delle tariffe mensa.

Un altro rilevante vantaggio è quello dello sviluppo locale: il concessionario è riuscito in una operazione di non facile realizzazione quel’è il mercato a km 0, grazie anche all’idea di fare del mercatino la piattaforma da cui reperire una importante percentuale di derrate alimentari. Questo servizio va inoltre a riempire un “vuoto” della città, rispondendo alla domanda del piccolo produttore di essere valorizzato e conosciuto, alla richiesta del cittadino di avere a disposizione prodotti a km 0 e all’esigenza del Comune a far crescere il tessuto economico ma anche di valorizzare la cultura locale attraverso anche la produzione tipica agroalimentare.

8. Conclusioni

Come nell'esperienza di finanza di progetto descritta nella relazione, sovente gli enti locali si trovano a dover affrontare la problematica dell'affidamento in concessione di servizi pubblici locali che prevedono una compensazione economica da parte della stazione appaltante al concessionario al fine di garantire l'equilibrio del PEF.

Sebbene il D.lgs. 163/2006, all'art. 30, preveda la possibilità del "supporto" economico da parte del soggetto concedente nell'ipotesi di imposizione a praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli di mercato, il rischio di naufragare in un aiuto di stato è alla porta.

La Guida rappresenta un utile punto di riferimento per la soluzione di tali problematiche sia perché, fornendo risposte a domande frequenti, chiarisce importanti concetti, sia perché dalla lettura d'insieme del documento, trapela un chiaro messaggio: nel settore dei contratti pubblici (lavori, servizi e forniture), per la soluzione delle varie problematiche occorre sempre far riferimento ai principi generali sanciti dall'art. 2 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (*"le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza"*).

Legenda degli acronimi e delle abbreviazioni

AS	Aiuti di Stato
AVCP	Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
CE	Comunità europea

COM	Commissione europea
Cons. St.	Consiglio di Stato
CPV	Common Procurement Vocabulary
D.lgs.	Decreto legislativo
Det.	Determinazione
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica
DUVRI	Documento unico di valutazione dei rischi da interferenze
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
GUIDA	Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno, Documento di lavoro dei servizi della Commissione - SWD(2013) 53 final/2
GUUE	Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea
GURI	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
OSP	Obblighi di servizio pubblico
PEF	Piano economico e finanziario
POR - FESR	Programma operativo regionale – Fondo europeo di sviluppo regionale
Reg.	Regolamento dell'Unione europea
SIEG	Servizi di interesse economico generale
SIG	Servizi di interesse generale
SSIG	Servizi sociali di interesse generale
TAR	Tribunale amministrativo regionale
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
UE	Unione Europea

Riferimenti

Commissione europea, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di*

appalti pubblici e di mercato interno, SWD(2013) 53 final/2, Bruxelles, 29.4.2013.

Per maggiori informazioni sul seminario svoltosi a Foligno il 10 ottobre 2013 è possibile consultare il sito:

<http://www.appalti.regione.umbria.it/mediacenter/fe/articoli/appalti-concessioni-e-aiuti-di-stato.html>

Riferimenti normativi

- TFUE, *Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 115/47, 9.5.2008.
- “Pacchetto Almunia”: Decisione 2012/21/UE (GUUE C8 dell'11.1.2012) riguardante *l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*; Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, del 25 aprile 2012, *relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale (pubblicato nella GUUE L 114/8, del 26.4.2012)*.
- Direttiva 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*, detta anche “direttiva classica” in quanto si applica ai settori ordinari.
- Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le *procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali* ed opera dunque nei c.d. “settori speciali”.
- *Proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione* COM(2011)897

- Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE
- Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010 n. 207, *Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”
- Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai *servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia*

Riferimenti alla giurisprudenza, europea e nazionale, e ad ulteriori atti a carattere non normativo

Su aiuti di stato e servizi di interesse generale:

- Comunicazione della Commissione, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE*, COM(2012) 209 final, Bruxelles, 8.5.2012
- Pacchetto “Almunia”: Comunicazione della Commissione *sulla applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale 2012/C 8/02* (GUUE C8 dell’11.1.2012); Comunicazione della Commissione, *recante Disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, 2012/C 8/03 (GUUE C 8 dell’11.01.2012).
- Cesi – Europe Academy, *Fornire Servizi Pubblici di qualità in Europa sulla base dei valori del Protocollo 26 TUE e TFUE*, Bruxelles, 2012, versione consultabile alle pag. Web <http://www.cesi.org/seminares/seminares.html>
www.actionpublique.eu
- Decisione della Commissione Aiuti di Stato SA.33037 (2012/C) (ex 2011/N) – Italia Compensazione retroattiva di SIMET SpA per l’esercizio di servizi di trasporto pubblico dal 1987 al 2003;

- Corte di giustizia europea, *Causa C-126/01, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. GEMO SA, Raccolta, p. I-13769, punti 94-95*
- Corte di giustizia europea, sentenza del 22 novembre 2001, *Ferring SA contro Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), causa C-53/00, Raccolta, p. I-9067;*
- Corte di giustizia europea , Sentenza del 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, in presenza di: Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, causa C-280/2000, Raccolta, p. I-07747.*
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 27 febbraio 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) e Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) contro Commissione, causa T-106/95, Raccolta 1997, p. II-229;*
- Sentenza del Tribunale di primo grado del 10 maggio 2000, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA contro Commissione, causa T-46/1997, Raccolta 2000, p. II-2125;*

Sulle concessioni di servizi:

- *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario.* Testo pubblicato sulla GUCE C 121 del 29 aprile 2000
- Corte di giustizia europea, 20 marzo 2011, *Causa C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contro Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*

Sulla distinzione tra concessione di servizi e concessione di lavori:

- Cons. St., sez. V, 11 settembre 2000 n. 4795;

- Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2805.
- Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600;
- T.A.R. Lombardia, sez. I, Sent., 11 febbraio 2011, n. 450;
- Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011 n. 1784.

Sulla qualificazione del servizio di mensa scolastica come concessione ed il rischio d'impresa :

- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, *recante Deliberazione AVCP n. 22 Adunanza del 8 maggio 2013 - Fascicolo n. 2422/2012*;
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, *recante Deliberazione AVCP n. 47 del 04/05/2011 - rif. VISF/GE/10/67664 e giurisprudenza ivi richiamata*;

Sulla natura di servizio pubblico locale della mensa scolastica:

- Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6529;
- T.A.R. Toscana, Sez. I, Sentenza 11 aprile 2013, n. 559.

Sull'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti alle concessioni di servizi:

- Cons. St., Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n. 13;
- Cons. St., Adunanza plenaria, 6 agosto 2013 n. 19.

Sul PEF.:

- Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, servizi e forniture -Deliberazione n. 9 del 25 febbraio 2010
- Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, servizi e forniture - Deliberazione n. 92 del 07/11/2012;
- Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2010 n. 653

Sui contratti misti:

- Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, servizi e forniture - Deliberazione n. 84 del 10 ottobre 2012
- Cons. St. sez. III, 3 febbraio 2012 n. 630
- Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2804
- Cons. St., Sez. V, 11 agosto 2010 n. 5620
- Cass., Sez. U., 12 maggio 2008, n.11656
- Parere Avvocatura dello Stato 3/10/2012 prot.380591: Criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione nella disciplina dei contratti misti

Sull'affidamento del servizio di trasporto pubblico:

- Corte di giustizia europea, 10 novembre 2011, *Norma-A SIA e Dekom SIA contro Latgales plānošanas reģions*
- Cons. St., sez. V, 3 Maggio 2012, n. 2531

Sulla qualificazione dei professionisti legali come "imprese":

- Corte di giustizia europea, Cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri*, Raccolta 2000, pag. I-6451

Sull'applicazione della normativa sugli appalti pubblici anche ai servizi legali:

- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, *Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*

Sul principio dell'autovincolo:

- Cons. St., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981
- Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676

Sulla partecipazione alle procedure per l'affidamento dei servizi legali in forma di raggruppamento temporaneo:

- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 4 del 14 gennaio 2010

Sugli oneri per la sicurezza negli appalti di servizi:

- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 3 del 5 marzo 2008, relativa a *Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture*

Sugli obblighi di pubblicità:

- Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369
- Cons. St. sez. VI, 8 ottobre 2007, n. 5217
- T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 5 febbraio 2008, n. 951
- Cons. St., sez. V, 22 aprile 2008, n. 1856
- Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 102 del 5 novembre 2009
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Deliberazione n. 25 del 8 marzo 2012

Sulla possibilità di prevedere elementi di natura “soggettiva” per l'affidamento di servizi legali:

- Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837
- Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626
- Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933
- Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, parere di *precontenzioso* n. 97 del 13 maggio 2010
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Determinazione n. 7 del 24 novembre 2011, recante le

Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture

Sulla nomina della Commissione giudicatrice:

- Cons. St., Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13

Sulla discrezionalità dell'organo competente nella valutazione della proposta:

- Cons. St., sez. V, - 5 luglio 2012 n. 3932;
- Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2011 n. 843;
- Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008, n. 2355;
- Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287.

Bibliografia

CINTIOLI F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, Federalismi.it 11/2012;

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo. Cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 313-327;

HANCHER L. (et al.), *EU State Aids* (4th ed.), Sweet & Maxwell, Londra, 2012; cap 3;

PROSSER T., *Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?*, European Public Law, 2005, p. 546 ss.

Notizie sugli autori

FABIO RASPADORI. Professore associato di diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Perugia.

Responsabile scientifico del progetto "Regioni - Unione europea" (ReUe), stipulato tra la Regione Umbria ed il Dipartimento Istituzioni e Società dell'Università di Perugia.

MASSIMO BARTOLI. Phd in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Firenze. Assegnista di ricerca nel progetto "Regioni - Unione europea" (ReUe), stipulato tra la Regione Umbria ed il Dipartimento Istituzioni e Società dell'Università di Perugia.

DORIANA LUCAFERRI. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche Comunitarie, Ufficio concorrenza, appalti e aiuti di Stato, Servizio concorrenza e aiuti di Stato.

LAURA BERIONNI. Dottoranda in Scienze della politica, Università degli studi di Perugia. Borsista di ricerca nel progetto "Regioni - Unione europea" (ReUe), stipulato tra la Regione Umbria ed il Dipartimento Istituzioni e Società dell'Università di Perugia.

ILENIA FILIPPETTI. Direzione regionale Risorsa Umbria. Federalismo, risorse finanziarie, umane e strumentali - Servizio Provveditorato, Gare e Contratti. Responsabile della Sezione Monitoraggio appalti di servizi e forniture.

LUCIA FERRANTI. Comune di Foligno, Area Servizi Generali, Servizio Appalti e Contratti.

ROBERTA GRAPPASONNI. Comune di Spoleto, Servizio Provveditorato, Ufficio Gare.