

In termini generali risulta ormai consolidata, benché si tratti di nozione lungamente dibattuta specie nella prospettiva di diritto interno, l'opinione, di matrice comunitaria, e ben concettualizzata a fare tempo almeno dalla comunicazione interpretativa in data 12 aprile 2000 della Commissione delle Comunità europee, secondo cui il vero discrimen tra concessione ed appalto vada ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio; in particolare, dunque, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio. In coerenza con tale elaborazione, l'art. 30 del codice dei contratti pubblici, al secondo comma, stabilisce che «nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio». Recentemente la giurisprudenza comunitaria è tornata ad affermare che la differenza tra un appalto di servizi ed una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura, nel senso che la seconda è configurabile allorché il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione del servizio (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, caso Acoset). Anche la giurisprudenza nazionale ha qualificato come concessione il rapporto con cui viene affidata da una Azienda sanitaria ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso ospedaliero (Cass., Sez. Un., 1 luglio 2008, n. 17937). Il versamento, da parte del concessionario, di un canone annuo, come pure l'obbligo di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali non sono elementi tali da modificare il profilo causale della concessione di servizi; ed anzi, seppure con altra finalità, l'art. 32, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede la possibilità che il concessionario di servizi pubblici sia chiamato a svolgere lavori strettamente strumentali alla gestione del servizio, che divengono di proprietà della Amministrazione aggiudicatrice. Conseguentemente la procedura di valutazione comparativa concorrenziale, informale, ha seguito la disciplina minimale contenuta nel già citato art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006. Le direttive "appalti" hanno tendenzialmente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi; solamente l'affidamento della concessione, come del resto si desume dall'art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici, non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di tutela della concorrenza. Tali principi, specificati dall'art. 30 nella trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, riguardano, più propriamente, la procedura di scelta del contraente, come dimostra anche la loro declinazione in collegamento con la previsione di una gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, e con predeterminazione dei criteri selettivi, e non estendono la loro portata alla verifica della serietà contenutistica dell'offerta economica.