

Massime per Atto Ricercato: Deliberazione n. 47 del 04/05/2011 - rif. VISF/GE/10/67664

Deliberazione n. 47 del 04/05/2011 - rif. VISF/GE/10/67664 d.lgs 163/06 Articoli 1, 30 - Codici 1.1, 30.1

Il discriminen tra la fattispecie giuridica dell'appalto e quella della concessione può essere individuato nel fatto che nel contratto di concessione il corrispettivo dell'erogazione del servizio consiste unicamente nel diritto di gestire il servizio, avendo come vantaggio la possibilità di esigere un prezzo dall'utenza, oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo (v. artt. 3, comma 12 e 30, comma 2, D.Lgs. 163/06; si veda anche l'art. 1, n. 4 della direttiva 2004/18/CE ed, ex multis, Tar Lombardia - Milano, Sez. III, n. 2580/2007). Secondo l'orientamento giurisprudenziale nazionale l'elemento identificativo discriminante è da ravvisarsi nel fatto che nell'appalto di servizi le prestazioni sono rese in favore dell'Amministrazione, mentre nella concessione di servizi s'instaura un rapporto trilaterale, tra l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti. In particolare, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione compensare in toto l'attività svolta dal privato (cfr. TAR Liguria, Sez. II, sentenza n. 39/2009; Cons. St., Sez. V, n. 1623/2009; Cons. St., Sez. V, n. 4270/2007). Alla luce della tradizione giuridica italiana più recente - che preferisce partire dall'analisi della sussistenza di specifici contenuti nel rapporto di concessione, ossia dalla c.d. "trilateralità" del rapporto affidante-affidatario-utente e dall'eventualità di un prezzo da corrispondere nell'erogazione del servizio (indipendentemente dalla circostanza che esso sia a pieno carico dell'utenza ovvero parzialmente coperto dalla pubblica amministrazione) - nell'affidamento del servizio di refezione scolastica in esame, pertanto, non può ravvisarsi un vero e proprio appalto, bensì una concessione di servizi atteso che si instaura il rapporto trilaterale anzidetto, sicché, una volta affidata la gestione del servizio, il concessionario agisce in luogo dell'Amministrazione fornendo i pasti a terzi dietro compenso (cfr. Cons. St., Sez. VI, n. 4890/2009; Cons. St., Sez. VI n.3333/2006). Si deve, comunque, osservare che rispetto all'orientamento giurisprudenziale sopra evidenziato, la Corte Europea e la giurisprudenza comunitaria (cfr. ex multis la sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH) riconoscono generalmente il suddetto discriminen anche nel "fattore rischio" connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività, che nella concessione grava sul soggetto concessionario a fronte della richiesta di un prezzo all'utenza (cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE del 29.04.2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944 rubricata "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori"). Con riferimento all'assunzione dell'alea da parte dell'affidatario è stato chiarito che "[...] per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario [...]" (CGE sent. del 10.09.2009, n. C-206/2008). Sull'argomento di recente anche la Corte di Cassazione ha osservato che "la linea di demarcazione è netta [...] l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario" (cfr. Cass. S.U., ord. n. 12252/2009). Conclusivamente, si osserva che il destinatario ultimo del servizio pubblico è l'utenza, la quale paga un ticket al concessionario, il quale, a sua volta, trattiene il suddetto ticket quale remunerazione del servizio gestito (quindi vi è trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione); inoltre, il valore del servizio non è "predeterminabile, se non in via presuntiva, in quanto condizionato dalla domanda effettiva", pertanto, vi è assunzione del rischio di gestione in capo all'aggiudicatario. In altri termini, il concessionario non è in grado di procedere ad un calcolo preciso del flusso totale di utenti che usufruiranno di fatto del servizio e dunque, in ultima analisi, non è possibile all'affidatario determinare con certezza gli effettivi flussi di cassa derivanti dall'erogazione del servizio.