



Azienda Multiservizi intercomunale
Imola

i servizi pubblici locali

evoluzione e prospettive

a cura di Giuseppe Caia

Relazioni di:
Aldo Bardusco
Alberto Maffei Alberti
Giuseppe Sanviti

Introduzioni di:
Giulio Ghetti
Gianfranco Romagnoli



CONCESSIONE DI PUBBLICI SERVIZI E PLURALITÀ DI PRODUTTORI

Roberto Cavallo Perin

1. In altra occasione ⁽¹⁾ si è tentato di individuare l'oggetto della concessione di pubblico servizio e gli effetti giuridici che scaturiscono da tale atto della Pubblica Amministrazione, cercando di definire che cosa l'Amministrazione attribuisca al concessionario con l'atto in esame. La questione pare ricollegarsi agli ultimi interventi di questo convegno, poiché anche la concessione in esame è qualificabile come collaborazione di terzi alla erogazione di un pubblico servizio, distinguendosi tuttavia per peculiarità proprie dall'appalto, dalla società per azioni, dai consorzi di enti pubblici, che abbiano ad oggetto la gestione di un pubblico servizio.

L'affermarsi nel nostro ordinamento delle regole di concorrenza fra produttori è da più parti identificata con l'utilizzazione della concessione a terzi come mezzo di gestione dei servizi pubblici, dimenticando tuttavia che la Pubblica Amministrazione instaura quasi sempre rapporti con un solo concessionario e per un periodo di tempo sufficiente a negare ogni concorrenza fra produttori ⁽²⁾.

L'affermazione di una pluralità di concessionari e la definizione dell'oggetto della concessione di pubblico servizio nel nostro ordinamento paiono allo stato dell'analisi questioni strettamente connesse, che pare di interesse offrire come ipotesi che attendono ulteriore verifica e approfondimento.

⁽¹⁾ *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, comunicazione al Convegno *La concessione di pubblico servizio* (Santa Margherita Ligure 26-27 marzo 1993), in *Dir. amm.*, 1994, fasc. 1.

⁽²⁾ La motivazione addotta è di compensare nel tempo gli investimenti che l'Amministrazione intende accollare al concessionario, ma si dimentica che l'ammortamento è questione contabile, non incompatibile con una successione di concessionari, né con un bando di gara che richieda, tra i requisiti dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un piano di ammortamento degli investimenti.

2. Si consenta di riassumere i risultati dell'analisi sull'oggetto e sugli effetti giuridici dell'atto di concessione di pubblico servizio, rinviando per affermazioni più circostanziate all'indicata precedente occasione.

Si è chiarito che non sempre al concessionario sono attribuiti poteri pubblici ed "eventuale e non essenziale" è l'asserito carattere monopolistico dell'attività di erogazione del servizio pubblico ⁽³⁾.

Tale impostazione critica correttamente ricorda che l'ordinamento riconosce a tutti la titolarità della libertà di iniziativa economica e privata (art. 41, c. 1, Cost.) ed ancor più quella di svolgere attività non imprenditoriali (es.: artt. 38, ult. comma; 33, c. 1, Cost.) anche ove la stessa attività sia erogata dalla Pubblica Amministrazione come servizio pubblico.

L'affermazione comune secondo la quale l'Amministrazione concede a terzi la gestione di un servizio, appare dunque giuridicamente non esatta, poiché l'Amministrazione non può "concedere" a terzi ciò che l'ordinamento già riconosce a questi come facoltà volta alla "produzione di beni e servizi" (art. 22, c. 1) che in assenza di un regime di monopolio è affermata in capo a tutti come diritto di libertà.

Si comprende perché una volta eliminata la possibilità di attribuire alla concessione l'effetto traslativo di consentire a terzi un'attività (servizio o funzione) riservata alla Pubblica Amministrazione, i rapporti con il concessionario possono più agevolmente aprirsi alla configurazione della concessione-contratto, ovvero alla più radicale affermazione della natura solo contrattuale dell'atto di attribuzione a terzi del servizio pubblico.

Oltre alla ricordata vicenda traslativa di attività monopolistica, o di funzioni strumentali all'erogazione del servizio pubblico, non è chiaro se la definizione della concessione come "atto organizzatorio" indichi una vicenda traslativa, ovvero costitutiva dell'atto di concessione.

Si afferma che l'Amministrazione con l'atto di concessione

⁽³⁾ G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 424; da ultimo: A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, p. 87; D. SORACE, C. MARZUOLI voce *Concessioni amministrative del Digesto (discipl. pubbl.)*, vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 298; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981, p. 334.

realizza al tempo stesso una "scissione fra la titolarità dell'attività, che rimane all'ente di direzione, e l'esercizio della stessa che si trasferisce al concessionario" ⁽⁴⁾ fermo restando che non si verifica alcuna imputazione al concedente di attività o rischi d'impresa, i quali permangono in capo al concessionario, poiché la concessione non trasferisce al terzo un'attività, ma unicamente con essa l'amministrazione "si serve dell'attività di quest'ultimo" ⁽⁵⁾.

Analogamente con la tesi del concessionario come "sostituto dell'amministrazione" ⁽⁶⁾ si afferma che l'attività è propria del concessionario, anche se incide su interessi dell'Amministrazione Pubblica che con la concessione sono affidati alla cura di un terzo ad essa estranea, fondando così una legittimazione giuridica del concessionario ad agire "per lo svolgimento di una altrui sfera di competenza" ⁽⁷⁾, istituzionalmente attribuita alla competenza della Pubblica Amministrazione.

È possibile affermare che l'atto di concessione produca l'effetto costitutivo della qualità di organo pubblico, o di legittimazione del terzo ad agire per la soddisfazione di interessi della Pubblica Amministrazione, definizioni giuridicamente necessarie a consentire "lo svolgimento di un'altrui sfera di competenza".

Le due tesi hanno in comune l'individuazione di una vicenda costitutiva dell'atto di concessione di servizio pubblico (della qualità di ufficio pubblico, o della legittimazione del terzo a svolgere compiti dell'Amministrazione) da cui deriva la possibilità per il terzo concessionario di divenire gestore del pubblico servizio, cioè destinatario dei limiti pubblicistici che definiscono l'attività di servizio pubblico (programma, ecc.).

La qualità giuridica indicata che il terzo acquisisce in forza

⁽⁴⁾ La tesi come è noto è di M.S. GIANNINI, la cui ultima formulazione la si trova in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 147; da ultimo G. CAIA, *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, vol. II, Bologna, 1993, p. 754.

⁽⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 131.

⁽⁶⁾ G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, p. 235 ss., poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 359 ss.; nonché secondo diversa prospettazione si veda già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., p. 235. Cfr.: Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, p. 3405; Cass. sez. un. 90/12221; 91/12966; 92/3359.

⁽⁷⁾ G. MIELE, *Op. loc. cit.*

dell'atto di concessione lo distingue giuridicamente da qualsiasi altro produttore, da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che non è titolare del servizio pubblico.

3. Oltre l'indicata vicenda costitutiva occorre rilevare che il concessionario con l'atto di concessione diviene destinatario (beneficiario) di un bene economicamente rilevante, poiché, quanto meno per i servizi a carattere imprenditoriale, nel confronto con i concorrenti egli ha assunto immediatamente una differente e considerevole posizione di mercato.

Se nell'ipotesi di monopolio (di diritto, naturale, o di fatto) il concessionario dal nulla ottiene una considerevole e protetta situazione di mercato, in assenza di esso questi perviene comunque ad acquisirne altra, sommando così alla propria originaria posizione di mercato quella della Pubblica Amministrazione.

All'Amministrazione Pubblica continua a rivolgersi una considerevole massa di utenti, poiché nonostante le critiche alla sua inefficienza vi è una scelta degli utenti in ragione delle norme giuridiche che disciplinano il pubblico servizio che costringono la Pubblica Amministrazione ad osservare un livello di "garanzie" per l'utenza (continuità, sicurezza, imparzialità, qualità media, trasparenza, ecc.) che è normalmente superiore a quello imposto a qualsiasi operatore privato.

Proprio la diversa disciplina giuridica prevista per la Pubblica Amministrazione (perseguire unicamente interessi pubblici) rispetto a quella degli operatori privati (fini di lucro, ovvero interessi relativi ad un determinato gruppo di persone), nonché le diverse "garanzie" d'organizzazione e "trasparenza" imposte all'azione pubblica, sono oggettivamente maggiori vincoli all'operato pubblico che caratterizzano l'offerta della Pubblica Amministrazione e determinano la scelta degli utenti.

Ma al di là della corretta interpretazione delle ragioni che garantiscono alla Pubblica Amministrazione una parte considerevole della domanda di servizi, è indubbio che la stessa persista e che proprio in ragione di essa gli operatori intendono divenire concessionari.

Tale domanda degli utenti giuridicamente può essere restituita alla libera iniziativa degli operatori privati e alle norme che ne regolano l'attività solo con un atto di dismissione del ser-

vizio pubblico ⁽⁸⁾ poiché sino a quando la Pubblica Amministrazione mantiene l'atto di assunzione del pubblico servizio la domanda che spontaneamente ad essa si rivolge deve trovare soddisfazione secondo le "garanzie" di erogazione che tale qualificazione giuridica comporta, cioè secondo quei limiti dettati dalla disciplina che contraddistingue il servizio pubblico da qualsiasi altra intrapresa nel settore.

L'atto di concessione non vale dismissione, poiché la scelta di tale forma di gestione presuppone l'assunzione del servizio secondo la disciplina pubblica che lo definisce e che trova precisazione nella determinazione del "programma" idoneo a soddisfare i bisogni sociali degli utenti.

Il concessionario si distingue dunque da qualsiasi altro operatore privato sia perché egli è destinatario di una domanda di servizi che da tempo si rivolge all'Amministrazione Pubblica, sia perché a differenza del primo "non è libero nella definizione del programma di erogazione del servizio", dovendo osservare quello stabilito dall'ente pubblico territoriale.

L'atto di concessione in esame pare dunque lo strumento giuridico indicato dall'ordinamento anche per costituire in capo al terzo quella legittimazione a ricevere i limiti d'attività che, indipendentemente dalle forme di gestione, individuano e distinguono il servizio pubblico da qualsiasi altra attività presente nel settore, cui segue la vicenda traslativa a favore del concessionario della domanda degli utenti che si rivolge alla Pubblica Amministrazione, vicenda che non può mutare le posizioni giuridiche ("garanzie") degli utenti stante l'effetto realizzato dalla vicenda costitutiva sopra indicata che (solo impropriamente) "trasferisce" al concessionario quei vincoli d'attività che permangono anche in capo all'Amministrazione nel caso di gestione diretta del servizio pubblico.

4. Relativamente alla natura giuridica dell'atto di concessione a terzi e alla disciplina ad essa applicabile è possibile indicare le seguenti linee di sviluppo.

⁽⁸⁾ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, pp. 17-18, ove, in altra prospettiva di ricerca, individua l'atto di concessione come mezzo giuridico di regolazione amministrativa della libertà di accesso al mercato.

Dopo aver negato ogni carattere autoritativo all'atto di concessione si è venuta affermando l'idea della concessione-contratto ⁽⁹⁾, cui è succeduta la tesi del contratto di diritto pubblico ⁽¹⁰⁾, sino a giungere ad inquadrare la concessione a terzi di cui all'art. 22, c. 3, lett. b) della legge 8 giugno 1990, n. 142 fra gli accordi o secondo altri fra i "contratti amministrativi" ⁽¹¹⁾ di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'atto di concessione è emanato dall'Amministrazione a seguito dell'accoglimento di proposte (offerte), presentate dai candidati che partecipano al procedimento su invito dell'Amministrazione, sicché è parso agevole ritenere che ai sensi dell'art. 265 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 ⁽¹²⁾ si abbia una definizione di accordo sostitutivo di provvedimento ai sensi dell'art. 11, c. 1, della legge n. 241 del 1990, cit. ⁽¹³⁾.

Agli atti in esame si ritiene applicabile la disciplina ivi indicata che estende ad essi i principi del c.c. in materia di obbligazioni e contratti, in quanto siano con essi compatibili (art. 11, c. 2, cit.) ed in tal senso la giurisprudenza si era già espressa anteriormente alla legge n. 241 del 1990, cit. con riferimento alla disciplina sull'annullabilità ⁽¹⁴⁾, ovvero della forma scritta ⁽¹⁵⁾.

⁽⁹⁾ Da ultimo, contrari alla configurazione della concessione come atto autoritativo: D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative del Digesto (discipl. pubbl.)*, cit., 288-293; cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, pp. 257-261. Per la riduzione della concessione di pubblici servizi ad un contratto di appalto: E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa* in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 376; soluzione del contratto di diritto privato ripresa poi da: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981, 306 ss., pp. 316-317. Critici ed a favore di un duplice rapporto giuridico (di concessione e contrattuale) D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative* in *Digesto (discipl. pubbl.)*, cit., p. 299; cfr. A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi*, cit., p. 87.

⁽¹⁰⁾ G. PERICU, *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, 1993, p. 1390.

⁽¹¹⁾ F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 35.

⁽¹²⁾ "I contratti con i quali gli enti locali concedono all'industria privata... i servizi indicati all'art. 1" del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

⁽¹³⁾ G. PERICU, *op. loc. cit.*

⁽¹⁴⁾ Cfr. per caso di convalida del rapporto per volontaria esecuzione *ex art.* 1444, c. 2, si veda: Cass. n. 79/3553.

⁽¹⁵⁾ Ai sensi dell'art. 11, c. 2, l. n. 241 del 1990, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 606/1982, *Foro amm.*, 82, I, p. 1472, stabilisce l'inefficacia del principio della proroga tacita del rapporto di concessione, perché il consenso dell'Amministrazione deve essere manifestato espressamente in forma scritta.

È noto che l'applicazione dei principi stabiliti dal c.c. per le obbligazioni ed i contratti non è di ostacolo alla cessazione del rapporto di concessione per atto unilaterale della Pubblica Amministrazione ("recesso") per motivi di pubblico interesse (art. 11, c. 3, che prevede un indennizzo).

Infine la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo parrebbe confermata nella materia, superando il limite delle "indennità, canoni o altri corrispettivi" (art. 5, legge 6 dicembre 1971, n. 1034).

5. Le tesi sopra esposte sull'oggetto e sugli effetti della concessione di pubblico servizio non paiono incompatibili con le più recenti analisi sulla natura giuridica dell'atto di concessione, poiché la disciplina dell'accordo sostitutivo di provvedimento pare idonea a produrre sia l'effetto costitutivo di legittimazione del terzo concessionario, sia quello traslativo della domanda di utenti che spontaneamente (o in regime di monopolio) si rivolge alla Pubblica Amministrazione.

Ma un'ultima considerazione pare di rilievo. La giurisprudenza ha ritenuto che ove si tratti di servizio pubblico non riservato in esclusiva all'Amministrazione, la stessa può ricorrere ad una pluralità di concessionari ⁽¹⁶⁾. Il principio tuttavia pare subire le influenze del diritto comunitario con riferimento alla disciplina che consente eccezioni all'integrale applicazione delle regole stabilite dal Trattato a favore della concorrenza.

L'art. 90, § 2 del Trattato CEE sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, o aventi carattere di monopolio fiscale, alle norme del Trattato "ed in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

La disposizione è normalmente interpretata come deroga alla precedente (artt. 90, § 1) che impone agli Stati membri di non emanare, né mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche, o di quelle cui sono riconosciuti "diritti speciali ed esclusivi", nessuna misura contraria al Trattato stesso, in particolare

⁽¹⁶⁾ Con riferimento al servizio di acqua potabile: Trib. Sup.re Acque pubbl., sentenza n. 4/1986, in *Cons. St.* 86, II, 118.

per il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità (art. 7) e per la disciplina a favore della concorrenza (art. 85-94).

L'ambito della deroga (art. 90, § 2, cit.), definita dal limite di un ostacolo per gli imprenditori a perseguire le specifiche missioni ad essi affidate (di servizi d'interesse economico generale), è stata interpretata dalla Corte giustizia europea nel senso di negare qualsiasi posizione di privilegio (diritti esclusivi) ove le imprese possano disporre di altri mezzi, conformi al Trattato, che siano tecnicamente ed economicamente utili a raggiungere le "missioni" ad esse affidate ⁽¹⁷⁾.

In base ai principi enunciati dal diritto comunitario è possibile affermare che anche nel caso di servizi riservati in esclusiva vi è un dovere dell'Amministrazione di procedere ad affidare a più di un concessionario la soddisfazione della domanda che si rivolge alla Pubblica Amministrazione nei limiti in cui la pluralità di imprese non osti al raggiungimento della missione ad essa affidata (qualità nell'erogazione del servizio pubblico all'utenza).

In tal senso pare conseguente ritenere che l'Amministrazione nella scelta del concessionario ⁽¹⁸⁾, ma ancor prima nella individuazione delle forme di gestione dei servizi pubblici, deve accogliere soluzioni conformi alle regole comunitarie sulla concorrenza, non solo delimitando congruamente la durata del rapporto con una singola impresa concessionaria, ma anche predisponendo un programma di erogazione del servizio che consenta soluzioni tecniche ed economiche utili a mantenere un minimo di concorrenza fra le imprese, cui sia stata affidata la missione di erogare un servizio pubblico.

Pare possibile affermare che l'osservanza delle regole comunitarie sulla concorrenza non deve necessariamente essere illimitata, né deve intervenire unicamente fra imprese concessionarie, ben potendo l'alternativa essere costituita da altro ente

⁽¹⁷⁾ G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, comunicazione al convegno *La concessione di pubblico servizio* (S. Margherita Ligure, 26-27 marzo 1993), poi in *Dir. amm.*, 1994 cfr. M. RAMAJOLI, *Concessioni di servizio pubblico e diritto comunitario*, ivi, poi in *Dir. amm.*, 1993; nonché le comunicazioni di E. BRUTI LIBERATI e di L. PISCITELLI nel medesimo convegno.

⁽¹⁸⁾ Cfr. F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, comunicazione al convegno *La concessione di pubblico servizio* (S. Margherita Ligure, 26-27 marzo 1993), poi *amplius* in *Dir. amm.*, 1993, p. 367 ss.

investito della missione di erogare lo stesso servizio pubblico (azienda speciale, s.p.a., gestione diretta).

La deroga agli indicati principi comunitari è ammessa in ragione di valutazioni tecniche od economiche che rendono impossibile o economicamente svantaggiosa per l'Amministrazione una gestione del servizio con una pluralità di operatori, secondo una valutazione che appare sindacabile in base alle regole che disciplinano il vizio di eccesso di potere (difetto o insufficienza di motivazione, o di istruttoria, o contraddizione fra presupposti e dispositivo, ecc.).

La disciplina comunitaria è limitata alle imprese, cioè ai servizi pubblici con carattere imprenditoriale, ma non si può escludere che le stesse ragioni di opportunità sociale, che hanno indotto l'Amministrazione a disporre la concessione a terzi possano costituire il fondamento per l'illegittimità dell'attribuzione ad un unico soggetto terzo dell'erogazione di un servizio sociale, escludendo in tal modo la partecipazione di altre organizzazioni senza scopo di lucro.