

Nota di commento alla sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, 3 maggio 2012 n. 2531

La sentenza in argomento affronta la nota tematica inerente le **differenze fra appalto e concessione di servizi**, con particolare riferimento all'ipotesi di **affidamento di autolinea per il trasporto mediante autobus**.

Il Consiglio di Stato, nell'individuare i **criteri distintivi** fra i due istituti, afferma che, mentre nella concessione "l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo"; nell'appalto, invece, "le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese".

La sentenza, quindi, in linea con la costante giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato – Sez. V, 11.8.2010 n. 5620; Sez. VI, 15.11.2005 n. 6368 e 15.5.2002 n. 2634) e comunitaria (Corte Giustizia CE – Sez. III, 10.3.2011 n. 274 e Sez. I, 13.10.2005 n. 458), traccia il *discrimen* tra le due fattispecie (appalto e concessione) sulla base del cd "**rischio di gestione**", così avvalorando l'interpretazione contenuta nell'articolo 3 del Codice degli Appalti il quale, al comma 12, definisce la "concessione di servizi" come un "contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi (cd. "concessione pura" n.d.r.) o in tale diritto accompagnato da un prezzo (cd. "concessione impura" n.d.r.)".

Il concessionario, quindi, viene remunerato con la possibilità di gestire il servizio e di percepire i canoni dagli utenti, assumendosi il rischio economico connesso alla gestione.

L'appaltatore, invece, viene remunerato direttamente dall'amministrazione committente, sulla quale gravano sia il prezzo sia la responsabilità di gestione.

Nella fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato l'impresa controinteressata aveva sottoscritto con l'amministrazione comunale un contratto di servizio avente ad oggetto l'affidamento di un servizio di trasporto pubblico urbano mediante autobus, con la previsione dell'erogazione, da parte dell'ente affidante, di un **corrispettivo** annuo.

Nella sentenza si afferma, quindi, che in presenza di uno “**specifico contratto di servizio ove si impongono specifici oneri e determinate remunerazioni**, previste con riguardo al singolo operatore”, il rischio viene meno e ci troviamo di fronte a “**contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d’appalto**” e non, come avvenuto nel caso in esame, mediante affidamento diretto.

A questo proposito il Supremo Consesso affronta e risolve la questione, di notevole interesse per gli operatori del settore del trasporto pubblico locale, relativa all’interpretazione dell’art. 23 del Codice degli Appalti, il quale esclude dall’applicazione del Codice medesimo gli “appalti delle stazioni appaltanti relativi alla prestazione di un servizio al pubblico di autotrasporto mediante autobus, già esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE in virtù dell’articolo 2, paragrafo 4, della stessa”.

Orbene, il Giudice di primo grado (TAR Catanzaro), seguendo l’orientamento di altri Tribunali Amministrativi Regionali (TAR Lombardia, Brescia, 19 aprile 2007 n. 410; TAR Lombardia, Milano, sez. III; 22 giugno 2006 n. 1493 e, da ultimo, TAR Veneto, sez. I, 21 aprile 2010 n. 1500) aveva sostenuto che “la norma di cui all’art. 23 tende a sottrarre all’applicazione della disciplina comunitaria in tema di appalti le ipotesi di “... *servizio pubblico degli autobus, offerto ad un pubblico indifferenziato che vi accede mediante il semplice pagamento del biglietto*”, escludendo da tale novero servizi quali gli scuolabus, in quanto comportano modalità di accesso non indiscriminato”.

Secondo il TAR, quindi, alla fattispecie (avente ad oggetto un servizio di trasporto pubblico urbano, reso indistintamente alla collettività) si sarebbe dovuto applicare il regolamento CE 23 ottobre 2007 n. 1370/2007, il cui articolo 5 riconosce alle autorità competenti la facoltà di ricorrere all’affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico per la fornitura e gestione di servizi di trasporto di passeggeri.

Il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza di primo grado, ha chiarito che il citato art. 23 d.lvo n. 163/2006 “**si applica in conformità alla normativa comunitaria che ne definisce il campo operativo**” e che “l’art. 5 del Regolamento 23 ottobre 2007, n. 1370 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, che abroga i regolamenti

del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, e che definisce tale campo operativo, specifica che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o direttiva 2004/18/CE 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 (alle quali è stata data attuazione nell'ordinamento interno con il cd. Codice appalti, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163)”.

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**