

**IL RAPPORTO CONTRATTUALE TRA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA  
E GESTORE DEL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE\***

*\*Il presente scritto riprende le considerazioni svolte durante una lezione del Master avanzato di II livello in “Contratti pubblici e servizi pubblici” in corso di svolgimento presso la SPISA Scuola di specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica. Il contributo scientifico sarà pubblicato nel volume “Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica” di Giuseppe Caia, Massimo Calcagnile, Enrico Carloni, Fabrizio Figorilli, Pasquale Principato e Dario Simeoli, Editoriale Scientifica, Napoli, in corso di pubblicazione.*

**Sommario:** 1. I servizi di interesse economico generale tra diritto pubblico e diritto dei contratti – 2. Concessione, organizzazione pubblica e regolazione dei mercati – 3. Il «contratto di servizio» nel codice dei contratti pubblici e nella disciplina dei servizi di interesse economico generale – 4. Concessione e appalto di servizi di interesse economico generale: principio di preferenza per la concessione e sussidiarietà economica – 5. Rischio operativo, compensazioni economiche e aiuti di Stato – 6. Durata del rapporto – 7. Il contenuto ‘regolatorio’ del contratto di servizio – 7.1. Regolazione tariffaria e servizi infrastrutturali – 7.2. Regolazione sulla qualità – 8. Le vicende del rapporto: modifiche, revisione, risoluzione, recesso e subentro. – 9. Società in house e miste – 10. Proposta ricostruttiva: dal contratto a ‘oggetto’ pubblico al contratto ‘regolato’.

**1. I servizi di interesse economico generale tra diritto pubblico e diritto dei contratti.**

Lo studio del rapporto intercorrente fra la pubblica amministrazione e il gestore di un servizio pubblico affonda le sue radici nelle vicende storiche che hanno influenzato la nascita della scienza giuspubblicistica, come branca autonoma dal diritto civile<sup>1</sup>.

L’istituto della concessione ha avuto un rilievo centrale, tanto nell’opera di edificazione del sistema di diritto pubblico (quale figura esemplare di atto amministrativo<sup>2</sup>), quanto nell’analisi critica della sua trasformazione, rappresentando uno degli indici più significativi della ‘rottura’ del paradigma epistemologico incentrato sull’imperatività dell’azione amministrativa. La sua parabola, infatti, è intimamente intrecciata con l’evoluzione dei rapporti tra sistema politico e sistema economico.

Teorizzata sotto l’influsso dell’idealismo giuridico tedesco<sup>3</sup> quale alternativa pubblicistica al contratto, la concessione rifletteva l’esigenza pratica di dotare l’amministrazione di capacità

---

<sup>1</sup> Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, a cura di S. Cassese, II ed., Milano, 2003, 13 ss.; AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, A. J. D. A., n. 7/2013, 407 ss.; GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Madrid, 2007, (traduzione italiana), Milano, 2010.

<sup>2</sup> Cfr., ex plurimis, ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, p. 275 ss.; RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 76 ss.; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa a cura di MIELE, Padova, 1960, p. 335 e p. 565 ss.; SANTI ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1928, p. 84 ss.; MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, Barbera, 1882, II, p. 505 ss., e GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, II (1891), n. 232, p. 461 ss. e ID., vol. III;

<sup>3</sup> Cfr. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, a cura di HEYEN, Berlin, 1981, I, p. 30, secondo cui: «veri contratti dello Stato nel campo del diritto pubblico non sono assolutamente concepibili».

giuridiche speciali, tali da rendere il rapporto con l'interlocutore privato modificabile e revocabile unilateralmente, senza obbligo di indennizzo. Si intendeva così agevolare, nella fase di 'unificazione amministrativa' del nascente Stato italiano, la realizzazione delle infrastrutture necessarie all'ammodernamento del Paese, precludendo all'impresa privata di sfruttare la struttura monopolistica dei principali servizi pubblici locali. La 'pubblicizzazione' dei rapporti negoziali dell'Amministrazione rifletteva la convinzione, all'epoca assai radicata, dell'inconciliabilità tra lo strumento contrattuale e il perseguimento di interessi generali<sup>4</sup>.

Il moto inverso della 'depubblicizzazione' della concessione – accompagnata dalla concomitante rielaborazione dogmatica del diritto amministrativo in chiave «meno autoritativa» e più «paritaria» – ha coinciso con il fenomeno della riduzione dello spazio occupato dallo Stato a vantaggio dell'iniziativa privata. Il partenariato pubblico-privato (di cui la concessione, come si dirà, rappresenta la principale espressione di diritto positivo) riflette infatti le logiche proprie della «sussidiarietà economica»<sup>5</sup>: l'Amministrazione, da operatore diretto nel mercato, retrocede a regolatore dello stesso, riconoscendo ai privati la capacità di realizzare le missioni di interesse pubblico.

Questi brevi cenni introduttivi confermano come gli ordinamenti non vivano in una dimensione atemporale, bensì siano impregnati della storia sociale e politica<sup>6</sup>, i cui rivolgimenti si riflettono necessariamente sui costrutti giuridici.

Il presente capitolo è così strutturato: verranno preliminarmente ripercorsi i principali snodi, concettuali e normativi, delle concessioni di servizio pubblico; seguirà poi l'analisi e la sistematizzazione dell'attuale disciplina positiva in materia di «contratto di servizio»; nella parte finale, sulla base degli spunti raccolti, si formulerà un'ipotesi ricostruttiva della categoria del 'contratto regolato'.

## **2. Concessione, organizzazione pubblica e regolazione dei mercati.**

La letteratura in materia di concessioni è ricchissima, e non vi è aspetto che non sia stato esaminato attentamente, dalla struttura morfologica alle dinamiche funzionali. La stessa denominazione è stata impiegata per contraddistinguere, non un singolo tipo, bensì un'intera categoria di atti, assai differenti per contenuto ed effetti.

---

<sup>4</sup> Sul tema generale del diritto privato della pubblica amministrazione, cfr. la monografia di A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, 2016, Napoli.

<sup>5</sup> MOSCARINI, Sussidiarietà e libertà economiche, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, I, Milano, 1999, 245 ss. CERULLI IRELLI, «Sussidiarietà (dir. amm.)», in *Enc. giur., Agg.*, Roma, 2003; D'ATENA, Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana, *RiDPC*, 1997, 603 ss; PASTORI, Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale in *Studi in onore di G. Berti*, II, Napoli, 2005, 1753 ss.

<sup>6</sup> ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, 35 ss.

Il nucleo più affidabile delle fattispecie ritenute concessorie è quello chiamato a soddisfare due specifiche esigenze regolative, il cui studio è stato tradizionalmente associato alla trattazione dedicata ai servizi pubblici: da un lato, l'accesso ad utilità scarse, e perciò riservate ai poteri pubblici; dall'altro, lo svolgimento di attività economiche erogate (o suscettibili di essere erogate) dietro corrispettivo su di un dato mercato, e che non sarebbero svolte senza un intervento pubblico, oppure lo sarebbero ma a condizioni non soddisfacenti in termini di accessibilità.

Al di là dei controversi dati di struttura – alcuni prospettando la presenza di un potere pubblicistico unilaterale, altri propendendo per una ricostruzione in chiave contrattuale di tutto il fascio di rapporti che lega l'amministrazione concedente al concessionario, altri ancora invocando l'accordo amministrativo, quale figura pubblicistica consensuale – le diverse ricostruzioni teoriche della concessione sono state sino a tempi recenti accomunate da una medesima struttura logico-argomentativa.

Con l'atto di concessione viene trasferito o costituito iure pubblico il titolo giuridico necessario per l'esercizio di attività economiche 'riservate' ai poteri pubblici. L'oggetto di pertinenza pubblica di cui la concessione dispone a vantaggio del privato – che vede così incrementata la propria dotazione giuridica – comporta ordinariamente l'attribuzione di diritti esclusivi o speciali, fonti di posizioni economicamente dominanti.

Nella primigenia concezione della figura, è centrale il profilo organizzatorio della delega di posizioni proprie e tipiche dell'amministrazione<sup>7</sup>. Il concessionario viene considerato alla stregua di un agente esterno della pubblica amministrazione («organo indiretto» secondo alcune note massime giurisprudenziali<sup>8</sup>), cui soltanto vanno imputati i risultati ultimi del suo operato<sup>9</sup>.

L'accostamento concettuale tra la concessione e l'investitura in una pubblica funzione giustificava il mantenimento, in capo al concedente, di importanti poteri di indirizzo e controllo sul soggetto incaricato. Mentre nel contratto ad evidenza pubblica il pubblico interesse doveva necessariamente essere tradotto e fatto oggetto di apposite clausole, restando altrimenti confinato nella sfera dei motivi irrilevanti, nel rapporto concessorio i poteri esorbitanti del concedente garantivano, in via diretta e con maggiore speditezza, l'assolvimento della pubblica missione.

La costruzione 'pubblicistica' della concessione era il portato di una precisa vicenda storica e

---

<sup>7</sup> GIANNINI, *Dir. Amm.*, cit., 254 ss., 142; *Id.*, *Istituzioni*, cit., 92-93; VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 71-72; ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 459 ss., in particolare 510, 512.

<sup>8</sup> Corte di Cassazione, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221.

<sup>9</sup> Venivano denominati «servizi pubblici impropri» le attività imputabili all'amministrazione ma che, tuttavia, erano prestate da privati: cfr. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. ORLANDO, VI, pt. I, Milano, 1930, 613 ss.

politica<sup>10</sup>: a partire dal primo ventennio del secolo scorso, lo Stato cessava di essere mero garante della proprietà privata e del libero scambio; l'Amministrazione, incaricata dell'opera di redistribuzione del surplus sociale, estendeva per la prima volta i propri compiti allo svolgimento di attività «industriali e commerciali».

Il ribaltamento del postulato liberale incentrato sulla 'separazione' tra economia e politica – determinato soprattutto dall'aumento esponenziale della domanda collettiva di servizi pubblici (seguito all'allargamento del suffragio), dalla crisi economica provocata dal crollo del mercato borsistico del 1929, e poi dall'impellente esigenza politica di ridurre, negli anni della 'ricostruzione', gli squilibri sociali generati dai due conflitti bellici mondiali – dava vita ad un nuovo assetto dei rapporti economici. Lo Stato si faceva imprenditore e coordinatore della vita economica, assumendo il controllo di settori rilevanti della produzione; correlativamente, l'organizzazione pubblica raggiungeva dimensioni relevantissime, anche nel campo dell'assistenza e della previdenza.

Il modello dell'economia mista si consolida nel sistema giuridico-costituzionale del 1948, lungo la seguente direttrice: l'iniziativa economica privata, libera e garantita, può essere affiancata dalla produzione pubblica di beni e servizi; il mercato, pur rimanendo il principale dispositivo di circolazione e distribuzione della ricchezza, può essere a talune condizioni soppiantato da logiche regolatorie extra-mercantili; il regime dei servizi pubblici è contraddistinto dal principio organizzativo della riserva originaria, attraverso cui viene posto un limite alla possibilità per i privati di appropriarsi di alcuni beni oppure di svolgere attività di impresa in particolari settori<sup>11</sup>; la pianificazione urbanistica conforma la proprietà fondiaria per «assicurarne la funzione sociale».

Su queste basi, si comprende bene come l'allontanamento della concessione dal modello definitorio pubblicistico sia stato a sua volta determinato dalla mutata interazione tra sistema giuridico e sistema economico, realizzatasi a partire dall'ultimo ventennio del secolo scorso<sup>12</sup>.

La transizione verso la «nuova costituzione economica»<sup>13</sup> – guidata dal processo di integrazione europea e di interconnessione globale – è contrassegnata dal regresso dei poteri pubblici nella produzione di beni e servizi in favore del mercato organizzato su base concorrenziale, anche nei settori strategici per l'innanzi gestiti in regime di privativa dai pubblici poteri o da loro concessionari. Alla riduzione della produzione pubblica si è accompagnata anche la «disintermediazione

---

<sup>10</sup> Cfr. F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, Regole e Mercato, II, a cura di M. Rispoli Farina - A. Sciarrone Alibrandi - E. Tonelli, Torino 2016; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008.

<sup>11</sup> Come poi avvenuto nei settori dei trasporti marittimi e aerei, della telefonia e della radiodiffusione, delle miniere e delle acque, dell'energia.

<sup>12</sup> CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in RiDPC, 1996, 579 ss.; POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e «privilegi» dell'amministrazione*, ivi, 1995, 361.

<sup>13</sup> Con tale espressione intendendosi il complesso di istituti e norme che disciplinano i rapporti tra Stato e mercato: cfr. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021.

finanziaria» dello Stato, le cui scelte dimensionali relative alla spesa pubblica sono state incisivamente limitate dall'ordinamento europeo<sup>14</sup>.

La nuova disciplina dei «servizi di interesse economico generale»<sup>15</sup> (di seguito: 'SIEG') si ispira ora al modello dell'economia sociale di mercato<sup>16</sup>, il quale propugna una sorta di convergenza tra capitalismo e obiettivi sociali. Gli scopi di interesse generale devono, salvo oggettivi impedimenti, essere realizzati sfruttando l'efficienza allocativa dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. La teoria della regolazione economica (la cui principale base ideologica è l'ordoliberalismo tedesco) assume, infatti, che i fallimenti sociali dell'economia non siano ascrivibili al mercato, bensì al suo mancato funzionamento. Prima di battere la strada della riserva ai poteri pubblici, occorre quindi verificare la possibilità che le disfunzioni e i fallimenti di mercato siano semplicemente 'corretti', suscitando forzatamente gli esiti funzionali del mercato mancante o non funzionante, attraverso la regolazione economica (ipotesi quest'ultima che può essere assimilata alla tradizionale figura dei "servizi di pubblica utilità"). L'attribuzione di diritti esclusivi, con correlative barriere all'ingresso, è consentita solo allorquando i medesimi scopi non siano affatto realizzabili attraverso l'azione dei mercati sia pure regolati. Ciò accade: quando si tratta di promuovere finalità che non possono essere conseguite, con accettabili standard di benessere sociale; quando la spontaneità stessa del mercato agisca come fattore anticoncorrenziale; ovvero ancora quando l'attività non sia per nulla appetibile per le imprese private<sup>17</sup>.

I servizi pubblici non rappresentano più un modello 'alternativo' e liberamente opzionabile rispetto al mercato dei servizi rivolti al pubblico (art. 57 TFUE), di cui costituiscono invece una deroga circostanziata, potendo essere esentati dall'applicazione delle disposizioni sulla concorrenza nei soli limiti in cui ciò sia essenziale per adempiere alla specifica missione loro affidata<sup>18</sup>.

Ad un controllo direttivo dei pubblici poteri si sostituisce un controllo 'correttivo', che combina gli elementi positivi della competizione economica con il perseguimento delle istanze sociali. Il 'dosaggio' tra regolazione e concorrenza dipende dalle caratteristiche dello specifico settore economico: il servizio pubblico non va associato, aprioristicamente, né ad un determinato regime economico (monopolistico o concorrenziale), né ad uno specifico modello organizzativo (pubblico o privato).

Questa nuova e dirompente logica sistemica ha sottoposto la relazione concessoria tra

---

<sup>14</sup> cfr. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2022.

<sup>15</sup> Secondo la denominazione del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea: art. 106.

<sup>16</sup> Cfr. l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea.

<sup>17</sup> Cfr. LIBERTINI, «Concorrenza», in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2011.

<sup>18</sup> Il regime speciale dei diritti speciali ed esclusivi è ammesso unicamente ove necessario all'equilibrio tecnico o economico del servizio universale (ex plurimis: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 19 maggio 1993, C-320/1990, *Regie des Postes*; 7 dicembre 2000, n. C324/98, *Telefonadress GmbH*).

Amministrazione e gestore del SIEG ad una integrale rivisitazione, nel segno della: contendibilità, contrattualizzazione e trasparenza delle relazioni finanziarie.

All'individuazione fiduciaria del gestore è stato sostituito il principio per cui anche il titolo concessorio deve essere esposto al confronto concorrenziale con il ricorso a procedure simili a quelle previste per gli appalti. La contendibilità dei mercati costituisce un importante correttivo al conferimento di diritti esclusivi: la gara è, infatti, un sucedaneo del mercato perché l'impresa non è libera di dettare le proprie condizioni, restando legata a quelle risultanti dal confronto competitivo<sup>19</sup>. La relazione tra concedente e concessionario del servizio viene regolata da un atto consensuale, volto a definire lo scambio tra assets, compensazioni economiche e obblighi di servizio pubblico<sup>20</sup>. Il «contratto di servizio», introdotto dalla disciplina comunitaria dei servizi di trasporto (a partire dal regolamento CEE n. 1191/1969<sup>21</sup>), è la figura giuridica che ha guidato la transizione dagli assetti monopolistici dell'economia mista a quelli dei mercati regolati<sup>22</sup>. Gli «obblighi di servizio pubblico» – quelli che «l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni» (art. 2, par. 1, della citata direttiva) – sono posti in relazione sinallagmatica con le compensazioni economiche gravanti sull'Amministrazione<sup>23</sup>.

Il complesso delle relazioni finanziarie tra ente pubblico e organismo incaricato del SIEG<sup>24</sup>, in conformità al principio di neutralità tra proprietà pubblica e privata, deve poter essere rilevato e misurato nei suoi effetti, al fine di verificare il rispetto del divieto degli aiuti di Stato e di evitare l'acquisizione di vantaggi competitivi non proporzionati rispetto alla missione perseguita.

Trasparenza e vincolatività dei reciproci impegni assunti sono volti, da un lato, a garantire il controllo della scelta dei pubblici poteri nazionali di sottrarre un settore (o anche solo una parte di settore) di

---

<sup>19</sup> Su questi aspetti TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016. Il principio si afferma anche nel settore delle concessioni di beni (art. 12 della direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE).

<sup>20</sup> Sul tema, MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010. Cfr. anche: D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, DPb, 1999, 371; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 84.

<sup>21</sup> Modificato dal regolamento CEE n. 1893/1991. Il Regolamento del 1991 è stato poi a sua volta modificato dal Regolamento n. 1370/2007 che ha confermato la centralità del contratto di servizio nella regolazione dei rapporti tra l'amministrazione e il gestore.

<sup>22</sup> BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2014.

<sup>23</sup> Nell'ordinamento italiano, il contratto di servizio si afferma con una certa rapidità nella prima metà degli anni Novanta, sia nel quadro delle discipline settoriali dei servizi a rete, sia nella disciplina generale dei servizi pubblici locali, quale formula definitoria dell'atto che l'Amministrazione stipula con il soggetto che assume l'incarico di esercitare l'attività e di erogare le prestazioni. Segnatamente, a livello interno, la figura del contratto di servizio ha trovato riconoscimenti: i) per regolare l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionali e locali (d.lgs. n. 422 del 1997); ii) nel settore della distribuzione del gas naturale (dal d.lgs. n. 164 del 2000); iii) nel settore del servizio idrico integrato; iv) nel settore dei servizi pubblici locali, anche privi di rilevanza economica, e per la gestione delle reti (ad opera dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001; 113 e 113-bis del d.lg. n. 267 del 2000); v) in materia di servizio pubblico radiotelevisivo. Riconducibile allo stesso fenomeno di generalizzata 'contrattualizzazione' dei rapporti tra Amministrazione e gestori di servizi pubblici, è poi la figura del «contratto di programma» (stipulato con Poste Italiane s.p.a.).

<sup>24</sup> Le relazioni finanziarie comprendono: a) il ripiano di perdite di esercizio; b) i conferimenti in capitale sociale o dotazione; c) i conferimenti a fondo perduto o i prestiti a condizioni privilegiate; d) la concessione di vantaggi finanziari sotto forma di non percezione dei benefici o di non restituzione dei crediti; e) la rinuncia ad una remunerazione normale delle risorse pubbliche impiegate; f) la compensazione di oneri imposti dai poteri pubblici.

attività economica al dispiegarsi pieno della logica concorrenziale e, dall'altro, al raggiungimento di migliori standard.

L'ulteriore evoluzione della figura concessoria è segnata dalle politiche europee in materia di partenariato pubblico-privato.

Mentre i primi interventi del diritto europeo nel campo dei SIEG sono stati ispirati soprattutto dall'esigenza della costruzione del mercato unico europeo, a partire dagli anni duemila, la generalizzata contrazione degli investimenti pubblici e il vincolo dettato dal risanamento del bilancio pubblico hanno alimentato un interesse crescente verso modelli alternativi di finanziamento di opere e servizi pubblici, in grado di coinvolgere le risorse conoscitive, tecniche ed economiche dei privati per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e servizi economici.

Il paradigma del partenariato pubblico-privato (ideato sotto la spinta della movimento di riforme del c.d. «New Public Management»<sup>25</sup>) indica una partnership finanziaria e operativa con il mercato, dove il partner privato fornisce un servizio al pubblico, 'in luogo', ma sotto il controllo, del partner pubblico, a fronte di un corrispettivo legato al risultato. Il modello è stato pensato soprattutto per realizzare investimenti senza incrementare il livello di indebitamento pubblico, nonché per conseguire obiettivi microeconomici legati al rispetto dei tempi e dei costi e maggiore qualità<sup>26</sup>.

La finalità della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è quella di garantire lo sviluppo dei PPP – il cui termine, è bene precisare, descrive un'operazione economica che può realizzarsi attraverso diversi 'tipi' contrattuali, tra i quali la figura eminente è, per l'appunto, la concessione – in condizioni di concorrenza effettiva e di chiarezza giuridica. Al di là dei singoli interventi di settore, la materia non era mai stata attinta dal diritto europeo – se non per affermare che anche le concessioni erano soggette alle norme e ai principi generali del trattato – in ossequio alle logiche prettamente nazionali che da sempre l'hanno contraddistinta<sup>27</sup>).

Il contratto di concessione – fuoriuscendo dal recinto dei servizi di interesse economico generale (il PPP può riguardare, infatti, anche servizi strumentali alla p.a.) – è divenuto lo strumento generale per favorire la mobilitazione delle risorse e delle competenze private in vista del conseguimento di

---

<sup>25</sup> Avviata tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 nel Regno Unito, in Australia, nella Nuova Zelanda e poi diffusa in numerosi paesi dell'Ocse.

<sup>26</sup> La figura viene tratteggiata nei suoi elementi caratteristici a partire dai seguenti documenti europei: il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e della concessioni, COM (2004), la Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 26 ottobre 2006, 2006/2043, la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati.

<sup>27</sup> Nella precedente normativa europea del 2004, era regolato esclusivamente l'affidamento della concessione di lavori, mentre le concessioni di servizi – pur essendo definite come «contratti» – erano soggette solo ai principi generali della materia e, a livello interno, all'obbligo di una gara informale. Ciò aveva determinato molta incertezza circa l'identificazione delle regole in materia di appalti applicabili alle concessioni in quanto espressione di principi generali: cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 maggio 2013, n. 13.

obiettivi pubblici, in termini di più elevata efficienza operativa. La capacità della concessione di ridurre i costi a parità di risultato, come si vedrà, è legata all'esternalizzazione del rischio realizzativo e gestionale che costituisce il tratto definitorio caratteristico della figura.

Il ricorso al PPP ha ricevuto un rinnovato impulso dalle recenti politiche congiunturali. Prima la crisi finanziaria, poi quella pandemica, hanno visto lo Stato disimpegnarsi dal ruolo meramente regolatorio per assumere la veste di prestatore di ultima istanza, di assuntore di garanzie e di rischi, di promotore di politiche industriali<sup>28</sup>. Il Recovery fund inverte (temporaneamente) il principio di limitazione dell'indebitamento pubblico e il dogma del divieto di aiuti di Stato alle imprese<sup>29</sup>.

Nel quadro delle ingenti risorse economiche pubbliche messe in campo – che, aumentando il debito pubblico, devono essere utilizzate per investimenti produttivi di lungo periodo – il PPP è chiamato a veicolare una convergente azione dei capitali privati, il cui effetto leva sia in grado di aumentare l'impatto del Piano stesso<sup>30</sup>.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 23 (di seguito: Codice dei contratti pubblici)<sup>31</sup>, attraverso un profondo riordino sistematico della materia, intende rimediare all'utilizzo limitato e residuale del PPP, contraddistinto sinora da un approccio mirato solo a sopperire alla carenza di capitali pubblici e ad ovviare surrettiziamente alle misure restrittive della finanza pubblica, senza un'efficiente allocazione dei rischi e una reale propensione all'innovazione. In funzione della valorizzazione del PPP come strumento per generare valore per la società, il Codice vuole stimolare l'esercizio di una committenza dinamica, basata sull'attitudine manageriale alla negoziazione e non sull'applicazione meccanica di norme. Le procedure rigide cedono il passo alla flessibilità quando occorre realizzare operazioni complesse, connotate da lunga durata, incertezza e investimenti specifici talora irrecuperabili.

Il superamento delle cause della scarsa incidenza del PPP sul totale degli investimenti pubblici totali e l'obiettivo di rendere la figura più attrattiva per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali, sono state perseguite: i) sul piano della certezza del diritto, fornendo un quadro chiaro del riparto dei rischi; ii) sul piano della specializzazione degli enti concedenti, accordando a questi

---

<sup>28</sup> Cfr. G. Napolitano, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012;

<sup>29</sup> F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021.

<sup>29</sup> Il Piano generale di intervento Recovery Fund ha trovato attuazione con il regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il c.d. Dispositivo per la ripresa e la resilienza, assegnando agli Stati membri la data del 30 aprile 2021 per la presentazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza, che dovevano essere valutati dalla Commissione entro due mesi sulla base di undici criteri indicati dall'art. 19 del regolamento. L'Italia è la prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU, il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Il solo RRF garantisce risorse per 191,48 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021-2026, delle quali 68,88 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto e 122,6 prestiti, mentre il REACT viene finanziato con 13,5 miliardi.

<sup>30</sup> Su questi aspetti, Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2022, 441 ss.

<sup>31</sup> L'intervento normativo figura tra le riforme abilitanti in materia di semplificazione e concorrenza del PNRR.



ultimi la possibilità di avvalersi di un apposito organismo consultivo; iii) sul piano della semplificazione, attraverso una maggiore flessibilità delle procedure e la digitalizzazione; iv) sul piano dell'esecuzione, prestando maggiore attenzione al regime delle sopravvenienze; v) sul piano degli incentivi all'investimento privato.

### **3. Il «contratto di servizio» nel codice dei contratti pubblici e nella disciplina dei servizi di interesse economico generale.**

La disciplina della relazione contrattuale tra amministrazione pubblica e gestore del servizio pubblico risulta oggi dalla combinazione di due corpi normativi: la contrattualistica pubblica e la regolazione dei servizi di interesse economico generale.

Il Codice dei contratti pubblici disciplina: le fasi strategiche di programmazione e progettazione; le procedure di aggiudicazione; la causa e il piano di ripartizione dei rischi del contratto concessorio; la gestione delle sopravvenienze e, in particolare, i meccanismi rimediali che consentono la modifica dei contratti durante il periodo di efficacia e le cause di cessazione anticipata del vincolo contrattuale. Alla disciplina dei servizi economici generali va invece fatto riferimento – oltre che, ovviamente, per i profili precipuamente organizzativi del servizio (criteri di perimetrazione dell'intervento pubblico; modalità di gestione; definizione degli ambiti territoriali ottimali e omogenei; disciplina delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali; metodologia tariffaria) – per quanto concerne il «contenuto regolatorio» del contratto di servizio (come sarà approfondito nel prosieguo).

A quest'ultimo riguardo, il principale punto di riferimento normativo è rappresentato dal decreto legislativo n. 201 del 2022, che contiene una disciplina «generale» dei servizi prestati a livello locale, dettando uno statuto organico dotato di sistematicità interna e sorretto da principi aventi forza espansiva. Il decreto, tuttavia, come è emerso negli altri capitoli, non esaurisce la disciplina, in quanto, pur puntando al riassetto della materia, non ha inteso regolare l'intera gamma dei rapporti. La 'generalità' delle sue previsioni sottende cioè la 'specialità' delle altre norme di settore<sup>32</sup>.

Una riflessione va dedicata alla ricomprensione della materia dei SIEG nella cornice legale della contrattualistica pubblica.

Secondo un diffuso orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, il contratto di concessione di servizi – come delineato dal diritto europeo, da ultimo con la direttiva europea del 2014 – avrebbe dovuto

---

<sup>32</sup> Si pensi alle normative di settore concernenti: il servizio idrico integrato e il servizio di gestione integrata dei rifiuti di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni; il trasporto pubblico locale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni; il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, e successive modificazioni; il servizio di distribuzione del gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e successive modificazioni; il servizio farmaceutico, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

distinguersi dalla concessione di servizio pubblico rilevante per l'ordinamento nazionale (da ricondursi piuttosto all'accordo amministrativo<sup>33</sup> o alla c.d. «concessione-contratto»).

I dubbi erano alimentati dal Codice dei contratti pubblici previgente (di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016), che non contemplava alcuna disciplina di coordinamento con la materia dei servizi pubblici e dei mercati regolati in generale.

Il nuovo Codice del 2023 ha, sul punto, fornito un importante chiarimento sistematico. L'art. 176, comma 2, del Codice stabilisce infatti che: «[a]lle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applicano le norme della presente Parte, ferme restando le specifiche esclusioni previste dal codice. Per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, nonché le altre norme speciali di settore».

È oggi dunque indiscutibile che oggetto del contratto di concessione possano essere sia i servizi di interesse economico generale rivolti alla collettività – e si tratterà delle attività economiche assunte dalle amministrazioni nell'ambito delle rispettive competenze perché altrimenti non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o lo sarebbero ma a condizioni politicamente non soddisfacenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza –, sia i servizi 'strumentali' volti a soddisfare il fabbisogno interno dell'amministrazione concedente, con uno strumento alternativo all'appalto di servizi<sup>34</sup>.

Fanno eccezione soltanto i contratti di concessione stipulati in alcuni mercati regolamentati, per i quali non si applicano le norme della direttiva<sup>35</sup>.

Non sono interessati dalla disciplina del Codice dei contratti pubblici neppure i regimi di autorizzazione per l'accesso ad un'attività economica. Ai sensi della direttiva 2006/123/CE, le concessioni vengono qualificate come «autorizzazioni», in quanto costituiscono atti formali che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica. La citata direttiva si riferisce, tuttavia, alle concessioni che non vertono su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore (come avviene per il contratto di concessione di servizi di cui alla direttiva 2014/23), bensì sulla mera autorizzazione all'esercizio di un'attività economica il cui accesso sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. Esorbitano dal campo di applicazione della nuova disciplina tutti i servizi non economici di interesse

---

<sup>33</sup> Cfr., sia pure con riguardo al quadro normativo anteriore alla direttiva del 2014, F. FRACCHIA, Concessione amministrativa, in Enc. dir., Ann., I, Milano, 2007, p. 260.

<sup>34</sup> Cfr. L. Bertonazzi-R. Villata, Servizi di interesse economico generale, in Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale, cit., vol. II, p. 1857 ss., secondo cui la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico si porrebbero tra loro in un rapporto di *genus ad speciem* che ricalcherebbe la distinzione comunitaria tra i servizi di cui all'art. 57 TFUE e i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE.

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 181, comma 2, del Codice, la disciplina sulle concessioni non si applica altresì alle concessioni di cui agli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

generale (art. 181, comma 1, del Codice), in quanto estranei alla concorrenza ed al mercato. Si tratta, tuttavia, di un ambiti oramai ristretti, riconducibili alle prerogative statali tradizionali (polizia, giustizia regimi legali di sicurezza sociale), e alle attività intrinsecamente non economiche (scuola dell'obbligo, previdenza sociale, e così via)<sup>36</sup>. La verifica se esista o meno un mercato per determinati beni e servizi dipende dal modo in cui tali servizi vengono organizzati all'interno dell'ordinamento nazionale, in funzione di scelte di politica economica<sup>37</sup>. La Corte di Giustizia, seguendo un approccio restrittivo, ha precisato che la disciplina derogatoria di detti servizi deve contribuire «effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio»<sup>38</sup>.

#### **4. Concessione e appalto di servizi di interesse economico generale; il principio di preferenza per la concessione e sussidiarietà economica**

Il decreto n. 201 del 2022 non ha abbandonato la denominazione di «contratto di servizio». Tale espressione, tuttavia, designa ora soltanto una operazione economica, la quale si realizza principalmente attraverso due 'tipi' contrattuali: la concessione, in via ordinaria, e l'appalto, in via residuale.

L'art. 15 del decreto n. 201 del 2022 recita, infatti: «[g]li enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore».

La disposizione appena citata impone, in primo luogo, di chiarire la distinzione tra concessione e appalto; in secondo luogo, di evidenziare quali siano le ragioni della 'preferenza' normativa per lo schema concessorio.

Il contenuto del contratto di concessione – identificato dalle prestazioni e qualificato dalla causa<sup>39</sup> – risulta dalle seguenti espressioni definitorie: il partner pubblico affida ad un operatore economico, selezionato mediante gara, la fornitura e la gestione di un servizio, remunerandolo unicamente attraverso «il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto» ovvero con tale diritto «accompagnato da un prezzo», e sempreché il concessionario si assuma il «rischio operativo legato alla gestione dei

---

<sup>36</sup> Corte di Giustizia, 27 settembre 1988, causa C-263/86, Stato Belga c. Humbel e Edel; Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, Poucet e Pistre c. AGF e Cancava; Corte di Giustizia, 7 dicembre 1993, causa C-109/92, Wirth c. Landeshauptstadt Hannover.

<sup>37</sup> ALBANESE, Servizi sociali, in Trattato di diritto amministrativo europeo, a cura di CHITI e GRECO, Milano, 2007, parte II, 1906. CIVITARESE MATTEUCCI, Servizi sanitari, mercato e 'modello sociale europeo', in Mercato, Concorrenza, Regole, 2009, 179.

<sup>38</sup> Corte Di Giustizia, Sez. V, sent. 14 dicembre 2014, in causa C-113/13, A.S.L. n. 5 Spezzino e altri c. San Lorenzo Soc. coop. Sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus

<sup>39</sup> Sul tema generale, cfr. ROPPO, Il contratto, Milano, 2011, 319.

servizi»<sup>40</sup>.

Il contratto tra autorità pubblica concedente e impresa pubblica incaricata della gestione dei servizi di interesse economico generale dà corpo ad una relazione sinallagmatica priva di riscontri nel codice civile: lo “scambio” avviene tra l’amministrazione concedente – che, somministra al mandatario i mezzi necessari per l’esecuzione del mandato (segnatamente: diritti speciali o esclusivi, assets, compensazioni economiche) – ed il gestore concessionario che si obbliga a fornire prestazioni conformi a determinati livelli quantitativi e qualitativi.

La concessione di servizi incorpora, dunque, un piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto all’appalto di servizi: mentre l’appaltatore – obbligandosi ad una mera prestazione di servizi – assume esclusivamente il rischio di costruzione (legato, ad esempio, al reperimento e all’apprestamento dei materiali, al ritardo nei tempi di consegna, all’aumento dei costi, agli inconvenienti di tipo tecnico nella fornitura del servizio, alla messa in opera degli elementi costruttivi secondo i dettami della tecnica); il concessionario di servizi pubblici – obbligandosi invece alla ‘gestione’ del servizio – assume il rischio esterno legato al volume della domanda espressa dall’utilizzatore finale, le cui fluttuazioni incidono direttamente sui profitti del concessionario (rischio di domanda), oppure quello legato alla capacità di soddisfare gli standard prestazionali qualitativi e quantitativi pattuiti (rischio di disponibilità), o entrambi<sup>41</sup>.

La modalità di remunerazione dell’operatore (il fatto cioè che il concessionario riceve in contropartita soltanto il diritto allo sfruttamento economico del servizio) costituisce soltanto uno degli elementi per stabilire se vi è stata traslazione del rischio operativo, il quale deve essere confermato dall’assetto negoziale complessivo. Il rischio può, ad esempio, risultare azzerato se la strutturazione economico-finanziaria dell’operazione contempla garanzie di copertura integrale dei costi e di conseguimento di un accettabile utile di impresa.

Va poi rimarcato che la traslazione del rischio operativo non incide sulla qualificazione del contratto di concessione in termini di commutatività (e non di aleatorietà): il rischio assunto dall’operatore economico è pur sempre quello economico legato al costo della prestazione dovuta ovvero al valore e all’utilità della prestazione attesa, e non quello giuridico contraddistinto dall’originaria incertezza

---

<sup>40</sup> Cfr. la definizione contenuta all’allegato I.1. del Codice dei contratti pubblici.

<sup>41</sup> Il rischio di gestione economica, anche prima della direttiva del 2014, era stato riconosciuto dalla giurisprudenza europea come l’elemento caratterizzante la concessione (Corte giust. 10 novembre 2011, causa C-348/10; 10 marzo 2011, causa C-274/09; 10 settembre 2009, causa C-206/08). Esso deve essere inteso come l’esposizione dell’impresa all’alea del mercato, che può tradursi nel rischio: a) di concorrenza da parte di altri operatori; b) di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi; c) d’insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti; d) di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate; e) di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio (CGUE Eurawasser, cit., punto 67; sentenza Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, cit., punto 37). In dottrina, MAURO, La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 5, 2011, 1183 ss.; GOISIS, Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali, in dir. amm., 2015, 4, 743.

circa l'esistenza oggettiva della prestazione.

In definitiva, la distinzione tra appalto e concessione di servizi va spiegata – non (come si riteneva in passato) in funzione del carattere provvedimentale dell'attività o della vicenda di trasferimento di pubblici poteri, e neppure della destinazione agli utenti della prestazione, bensì – in relazione all'assetto negoziale di ripartizione dei rischi.

Difettando la traslazione del rischio operativo, la fattispecie va qualificata in termini di appalto di servizi o misto (come chiarisce ora chiaramente l'art. 177, comma 6, del Codice dei contratti).

La preferenza normativa per la concessione è coerente con il modello organizzativo della «sussidiarietà economica», secondo cui l'azione dei poteri pubblici deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali. Modello al quale si ispira l'intero impianto del decreto legislativo n. 201 del 2022, con riguardo, soprattutto, alla perimetrazione del servizio pubblico, alle limitazioni nell'istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi, all'alternativa tra autoproduzione ed esternalizzazione.

La realizzazione, la riqualificazione e l'ammodernamento delle infrastrutture impiegate per la erogazione dei SIEG richiede un modello di 'governance collaborativa', in grado di mobilitare la capacità ideativa, le risorse e la propensione alla efficienza degli operatori privati. Capacità di innovazione e continuità di investimento possono essere meglio alimentate dal PPP e, soprattutto, dal meccanismo della proposta a iniziativa privata (art. 193 del Codice dei contratti pubblici)<sup>42</sup>. La scelta di utilizzare il PPP deve basarsi, oltre che sulla possibilità di attrarre risorse finanziarie private, anche sul coinvolgimento delle competenze (manageriali e tecniche) del settore privato.

La preferenza per la concessione è complementare alla logica strategica del procurement, quale strumento per generare e incrementare 'valore' per la società: in termini economici (perché le infrastrutture pubbliche sono un fattore di attrazione degli investimenti privati), sociali (per rendere sostenibili e tecnologicamente avanzate le infrastrutture dove si erogano servizi pubblici) e ambientali<sup>43</sup>.

A questi fini, il Codice dei contratti pubblici dedica particolare attenzione alle fasi di programmazione, definizione degli obiettivi e valutazione preliminare di fattibilità e convenienza da parte dell'ente concedente (necessaria affinché gli operatori economici possano avere contezza con anticipo del fabbisogno pubblico), anche attraverso la predisposizione di un adeguato supporto tecnico<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Sul ruolo delle collaborazione pubblico-privato, per risolvere le sfide contemporanee, cfr. Mazzucato, *Mission Economy: A Moonshot Guide to Changing Capitalism*, 2021.

<sup>43</sup> Sulla funzione strategica del PPP, cfr. Vecchi-Leone, *Creare Partnership pubblico privato*, Milano, 2020, 215 ss.

<sup>44</sup> L'art. 175, primo comma, introduce il programma triennale del PPP. Al comma 2 dello stesso art. 175, è contenuta la previsione secondo la quale il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e

## 5. Rischio operativo, compensazioni economiche e aiuti di Stato.

L'allocazione del rischio operativo costituisce l'ubi consistam della definizione di concessione.

È necessario declinarne i principali elementi definitivi.

Il primo connotato del rischio operativo è «l'effettività» della sua allocazione al partner privato. Il concessionario, in particolare, assume il rischio solo nel caso in cui, in «condizioni operative normali», non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione<sup>45</sup>.

Il rischio concessorio, ad esempio, risulta azzerato quando la strutturazione economico-finanziaria dell'operazione contempla garanzie di copertura integrale dei costi e garanzie di sicuro conseguimento di un utile di impresa. A questi fini, deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Il rischio operativo – in quanto conseguenza economica di un evento incerto – è quello che deriva da fattori posti al di fuori del controllo delle parti (come la sopravvenienza di accadimenti imprevisi, oppure la manifestazione di circostanze preesistenti ma ignote alle parti): le condotte legate a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico non sono ovviamente determinanti ai fini della qualificazione del rapporto come concessione<sup>46</sup>.

Sul piano tipologico, va ricordato che: per rischio dal lato della domanda, si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto; per rischio dal lato dell'offerta, si intende il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto.

Il tipo di rischio traslato è strettamente correlato alla modalità di remunerazione dell'operazione economica e alle esigenze concretamente sottese allo specifico PPP<sup>47</sup>. Il rischio deve poi essere

---

fattibilità, la quale si deve incentrare sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private e sulla possibilità di ottimizzare il rapporto costi e benefici, nonché sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. È previsto il rilascio del parere obbligatorio (di concerto con RGS) ma non vincolante nei casi di progetti di PPP di interesse statale finanziati con contributi a carico dello Stato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro. Al DIPE è altresì affidato il monitoraggio delle operazioni di PPP, unitamente al Ministero dell'economia e delle finanze-Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato istituito presso la Ragioneria generale dello Stato, mediante il quale gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere le informazioni sui contratti stipulati.

<sup>45</sup> La parte del rischio trasferita al operatore economico deve comportare una «reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile»

<sup>46</sup> Si tratta di un aspetto chiarito dall'art. 177, comma 3, del Codice dei contratti e dal ventesimo 'Considerando' della direttiva 2014/23.

<sup>47</sup> Le opere suscettibili di realizzazione mediante strumenti alternativi all'appalto sono ricomprese in tre categorie: opere calde, opere tiepide, opere fredde. Le prime sono quelle dotate di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione. Le seconde sono quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono, tuttavia, ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico. Le opere c.d. "fredde" sono, infine, quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (ospedali, carceri, scuole et similia).

allocato in capo al soggetto meglio in grado di controllarlo e gestirlo (principio del controllo).

Una prima configurazione della concessione è quella in cui i proventi della gestione, derivanti dalla tariffa corrisposta dagli utenti del servizio, costituiscono la principale fonte di remunerazione del concessionario. All'interno di questa struttura contrattuale – sovente utilizzata per la realizzazione e gestione di infrastrutture suscettibili di sfruttamento economico<sup>48</sup> – l'operatore economico assume integralmente il rischio di domanda. Non è richiesto necessariamente che gli utenti beneficiari del servizio siano anche quelli che ne sopportano i relativi costi, in quanto si possono avere fattispecie in cui il costo del servizio è remunerato dalla pubblica amministrazione sulla base del rilevamento dell'uso effettivo (c.d. 'shadow toll').

Senonché, non per tutti i progetti dotati di una 'naturale' capacità di generare ricavi commerciali è possibile la traslazione del rischio dal lato della sola domanda.

Nell'ipotesi di grandi infrastrutture di tipo economico di nuova realizzazione (c.d. 'greenfield'), ad esempio, la domanda può essere difficilmente stimabile. Il rischio della domanda potrebbe allora essere trattenuto (in tutto o in parte) in capo all'ente concedente, il quale potrebbe utilizzare i ricavi dalla gestione del servizio per pagare parte o tutto il canone di disponibilità (con traslazione del rischio lato offerta). Una soluzione alternativa consiste nel prevedere un volume di ricavi prudenziale e l'erogazione di un contributo a fondo perduto accompagnato da un meccanismo di revenue sharing che consenta la retrocessione di una parte dei ricavi (qualora il volume di domanda sia superiore al previsto)<sup>49</sup>.

Va poi considerato che anche l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a condizioni non di mercato può rendere critica la traslazione del rischio di domanda, in quanto l'operatore economico deve fronteggiare una domanda rigida, che limita le sue strategie imprenditoriali. In alcuni casi, i costi della gestione di servizi pubblici potrebbero poi non essere in alcun modo trasferiti al mercato (scuole, pubblici uffici, ospedali).

Nelle ipotesi da ultimo citate, è quindi necessario strutturare la concessione con un canone di disponibilità, volto a remunerare i costi dell'investimento e delle manutenzioni, nonché i capitali investiti (debito ed equity). Perché il rischio risulti effettivamente traslato dal lato dell'offerta, il contratto deve prevedere che il predetto corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, con un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata

---

<sup>48</sup> Autostrade e superstrade, parcheggi, trasporto pubblico locale (tramvie, peoplemover, metropolitane), porti e strutture annesse (terminali crocieristici e piattaforme logistiche), impianti per lo smaltimento dei rifiuti, impianti per la produzione di energia.

<sup>49</sup> Cfr. Vecchi-Leone, *Creare Partnership pubblico privato*, Milano, 2020, 109 ss.; vedi anche VECCHI, *Rischio operativo*, con le nuove regole vita più difficile ai project financing italiani, specie quelli con canone della Pa, in *Dossier-Direttive concessioni*, Edilizia e territorio, n. 3, 2014, pp. 20 e ss.

prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi<sup>50</sup>. È fondamentale, quindi, la chiara definizione dei parametri contrattuali con i quali valutare la 'disponibilità' dell'opera o del servizio.

Va la pena osservare che, nella vigenza del decreto legislativo n. 50 del 2016, si registravano dubbi in relazione alla possibilità di estendere la nuova disciplina anche alle opere c.d. 'fredde'<sup>51</sup>, stante l'equivocità del dettato normativo<sup>52</sup>. Sul punto, il decreto legislativo n. 36 del 2023, conformemente alla direttiva europea – che consente la traslazione del rischio operativo anche soltanto dal lato dell'offerta, prescindendo dalla struttura «trilaterale» del rapporto – estende in modo chiaro la concessione anche ai progetti nei quali l'operatore privato fornisca direttamente servizi alla pubblica amministrazione, traendo la propria remunerazione principalmente dai pagamenti della pubblica amministrazione.

Nell'ipotesi in cui l'operazione non possa da sola conseguire l'equilibrio economico e finanziario è ammesso un intervento pubblico di sostegno (quale: l'erogazione di un contributo in conto capitale a riduzione del costo di investimento; l'erogazione di un contributo in conto gestione a incremento delle tariffe applicate all'utenza; l'allungamento della durata di gestione; il conferimento di patrimonio immobiliare da alienare o da valorizzare). L'ente concedente non può però sollevare l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, ad esempio garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati, basando la remunerazione su un calcolo tariffario che copra integralmente i costi e gli investimenti del concessionario, ovvero prevedendo una garanzia pubblica per il recupero degli investimenti e dei costi a piè di lista durante tutto l'arco della concessione (cfr. l'art. 177, comma 6).

La corretta allocazione dei rischi tra amministrazioni e concessionario è importante anche ai fini contabili<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. l'art. 177, comma 4, del Codice dei contratti.

<sup>51</sup> Basti pensare ai servizi rivolti a migliorare l'efficienza amministrativa, dove il privato potrebbe essere remunerato dall'amministrazione attraverso una quota del minor costo assicurato dal servizio offerto (global management di uffici pubblici, energy management)

<sup>52</sup> L'art. 165, 1 comma, del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nella parte in cui stabiliva che «la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato» – sembrava circoscrivere la figura al solo rischio di domanda, e quindi ai soli servizi in grado di finanziarsi prevalentemente con i corrispettivi pagati dagli utenti per l'utilizzazione del servizio reso dal privato. Per l'opinione secondo cui, nonostante le indicazioni normative frammentarie e contraddittorie, era preferibile l'interpretazione che consentisse all'amministrazione concedente di rendersi l'acquirente principale dei servizi forniti dal concessionario (concessione di servizi «all'amministrazione»), perché conforme alla direttiva europea, sia consentito rinviare a Simeoli, Concessioni e servizi di interesse economico generale, in Trattato dei contratti pubblici, a cura di De Nictolis e M.A. Sandulli, Milano, 2019.

<sup>53</sup> Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 e le regole SEC95 Per quanto riguarda la contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP e il conseguente impatto su deficit e debito pubblico, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat (v. Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 di Eurostat (ed. 2016), paragrafo VI.4, e ss.mm.ii.).



È noto che, a partire dalla decisione Eurostat del 2004, gli Stati membri, ricorrendo determinate condizioni, possono non classificare come debito pubblico i relativi costi delle operazioni di partenariato. Si prevede, in particolare, che, al fine della determinazione dell'indebitamento pubblico, l'iscrizione dei beni oggetto di tali operazioni siano registrabile fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (off balance) a condizione che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato.

La direttiva europea del 2014, pur chiedendo di prendere in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, definisce il requisito della traslazione del rischio operativo in termini qualitativi, senza prefissare un limite all'ammontare della contribuzione pubblica<sup>54</sup>.

Cionondimeno, il previgente Codice del 2016 aveva elevato il 'tetto' Eurostat a requisito del tipo contrattuale<sup>55</sup>.

Il decreto legislativo n. 36 del 2023 ha invece optato per una chiara distinzione tra i profili civilistici e contabili (art. 177, comma 7). Ai fini della qualificazione del contratto in termini concessori, non viene più dettato alcun limite quantitativo al valore monetario del rischio che la concessione deve trasferire all'operatore privato.

In sostanza, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat, non esclude che l'operazione economica possa essere qualificata concessoria ai fini dell'applicazione della relativa normativa sulle procedure di aggiudicazione e di esecuzione, ma implica solo il divieto di contabilizzazione fuori bilancio. Evenienza tutt'altro che residuale in caso di SIEG, dove la garanzia di universalità del servizio pubblico pone il problema della copertura degli obblighi di servizio pubblico posti in capo agli operatori – quelli cioè di fornire prestazioni che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso – ogni volta che i corrispettivi ricevuti dagli utenti non siano sufficienti a pareggiare i costi generati dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. ancora il 20° Considerando della direttiva 2014/23/UE. Il Valore Attuale Netto (VAN) è un indicatore finanziario che rappresenta, in termini monetari, la ricchezza incrementale generata dall'investimento, espressa come se fosse immediatamente disponibile nell'istante in cui viene effettuata la valutazione.

<sup>55</sup> Si stabiliva (all'art. 165, comma 2) che, ai fini del conseguimento dell'equilibrio economico finanziario, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo (anche nella forma della cessione di beni immobili), il cui valore – sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione – non potesse essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Il contributo pubblico massimo possibile era stato portato, a seguito del correttivo (D.Lgs 19 aprile 2017, n. 56), dal 30% al 49%

<sup>56</sup> In termini generali, i meccanismi di finanziamento di tali oneri possono consistere: in trasferimenti finanziari a carico del bilancio pubblico (e quindi della fiscalità generale); nell'istituzione del monopolio (riconoscendo diritti speciali o esclusivi e, quindi, esentando l'operatore, in tutto o in parte, dalle pressioni concorrenziali sui prezzi praticati ai clienti); nel ricorso a meccanismi di perequazione tariffaria; ovvero nella costituzione di un fondo alimentato da tutti gli operatori del settore.

Una ulteriore puntualizzazione riguarda i rapporti tra compensazioni, aiuti di Stato e traslazione del rischio operativo.

Secondo la direttiva europea, il rischio operativo può inoltre essere limitato – sin dall’inizio – nei «settori con tariffe regolamentate», mediante «accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale»<sup>57</sup>.

La contropartita offerta dalle autorità nazionali all’impresa gravata dell’obbligo può comportare vantaggi economici sovradimensionati e, in quanto tali, discriminatori. La Corte di Giustizia ha escluso che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi aiuto di stato, ove non ecceda i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l’assolvimento degli obblighi di servizio pubblico<sup>58</sup>. Quattro sono le condizioni che devono cumulativamente coesistere affinché una misura compensativa possa non qualificarsi aiuto di Stato: l’impresa beneficiaria deve essere stata effettivamente incaricata dell’adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi derivanti dall’adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole; infine, quando la scelta dell’impresa da incaricare dell’esecuzione di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata mediante una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un’analisi dei costi che dovrebbe sostenere un’impresa media, gestita in modo efficiente<sup>59</sup>.

Ebbene, gli assunti della giurisprudenza europea in materia di aiuti di Stato vanno distinti dalla traslazione del rischio operativo. Anche se sussistono i presupposti per escludere che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi un aiuto di stato, cionondimeno l’operatore economico deve risultare effettivamente esposto al rischio dal lato della domanda (salvaguardando il nesso che deve intercorrere tra la remunerazione e l’effettivo volume di utilizzo), o dal lato dell’offerta, o entrambi.

Alla luce delle riflessioni sopra svolte, è evidente come la valutazione preliminare sulla efficiente allocazione del rischio operativo sia centrale.

Il rischio operativo, a questo riguardo, deve essere considerato e commisurato alla luce di due profili

---

<sup>57</sup> Così il considerando n. 19 della direttiva 2014/23.

<sup>58</sup> Corte di Giustizia UE, 22 novembre 2001, C-53/00, Ferring.

<sup>59</sup> Corte di Giustizia UE, 24 luglio 2003, C-280/2000, Altmark GmbH. M. BOCCACCIO, Compensazione degli obblighi di servizio pubblico e aiuti di stato: una analisi economica, in Riv. dir. fin., 4, 2012, 459 ss.

di analisi, economico e finanziario: il primo fornisce indicazioni sulla capacità del progetto di generare o distruggere valore; il secondo concerne la valutazione dello strumento di finanziamento più conveniente e adeguato.

L'equilibrio sussiste quanto i ricavi (attesi) del progetto sono in grado di coprire i costi operativi, i costi di investimento e di remunerare il capitale di debito e di rischio (con un margine di utile sostanzialmente rapportato al costo del denaro).

In sede di definizione degli oneri da compensare, l'amministrazione concedente dovrà verificare: il livello di ricavi stimati dall'operatore per le operazioni a tariffazione sull'utenza, affinché non siano sottostimati; i costi di gestione e di investimento, affinché non siano sovra-stimati; il rendimento atteso sul capitale investito e il costo del finanziamento, affinché non siano sovrastimati rispetto ai valori di mercato per operazioni caratterizzate da un profilo analogo di rischiosità<sup>60</sup>.

Il calcolo trasparente dei corrispettivi a copertura degli obblighi di servizio pubblico, onde verificarne la sostenibilità finanziaria, è essenziale anche ai fini della confrontabilità delle offerte economiche (in sede di gara) e quale incentivo alla efficienza, dal momento che in caso di sovra-compensazione aumenta il rischio di sussidi incrociati a danno della parte dei servizi non onerati<sup>61</sup>.

Quanto alla possibilità, per conseguire l'equilibrio economico-finanziario, di sfruttare commercialmente asset remunerativi, l'art. 182, comma 3, lettera a), del Codice dei contratti pubblici, al fine di prevenire comportamenti opportunistici, stabilisce che: «Gli enti concedenti [...] precisano nel contratto di concessione che i beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento».

## **6. Durata del rapporto.**

L'effettività della traslazione del rischio trova riscontro nella disciplina della durata delle concessioni. Durate temporali sovradimensionate possono infatti generare benefici impropri per il concessionario, oltre che limitare la contendibilità dei servizi.

Ai sensi dell'articolo 19 del decreto n. 201 del 2022, «[...] la durata dell'affidamento è fissata dall'ente locale e dagli altri enti competenti in funzione della prestazione richiesta, in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti proposti dall'affidatario e comunque in misura

---

<sup>60</sup> Cfr. VECCHI, Le valutazioni di fattibilità, finanziabilità e sostenibilità delle operazioni di PPP, 2010 SDA Bocconi, Milano; Vecchi, Hellowell, «The cost-efficiency of Private Finance in Public healthcare: Evidence from the UK and Italy», Mecosan, 71, 2009; Shaoul, «A critical financial analysis of the private finance initiative: selecting a financing method or reallocating economic wealth?», Critical Perspectives on Accounting, 16, pp. 441-471, 2005V.

<sup>61</sup> CERUTI, Aiuti di stato e compensazione retroattiva di servizio pubblico: l'aiuto è incompatibile con il mercato interno se c'è il rischio di sovracompensazione, in Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario, 6, 2016, 1618.

non superiore al periodo necessario ad ammortizzare gli investimenti previsti in sede di affidamento e indicati nel contratto di servizio [...]».L'articolo aggiunge che «[n]el caso di affidamento a società in house di servizi pubblici locali non a rete, la durata dello stesso non può essere superiore a cinque anni, fatta salva la possibilità per l'ente affidante di dare conto, nella deliberazione di affidamento [...] delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti, secondo quanto asseverato nel piano economico-finanziario [...]».

La norma va coordinata con l'art. 178 del Codice dei contratti, il cui comma 2 stabilisce che la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può «ragionevolmente prevedere» che «il concessionario recuperi gli investimenti effettuati insieme con un ritorno sul capitale investito», precisando che deve tenersi conto «degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale».

Per quanto non sia prescritto espressamente, è evidente che la durata del contratto deve essere definita anche considerando la durata media dei finanziamenti bancari per il progetto e, per progetti a elevata intensità tecnologica, la vita utile della tecnologia.

Il comma 5 dell'art. 178 puntualizza inoltre che la durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione (di cui all'art. 192 del Codice dei contratti). I contratti aggiudicati senza gara, in violazione del diritto della concorrenza (di cui all'art. 186, comma 2, del Codice dei contratti), non sono invece in nessun caso prorogabili.

Per il caso di cessazione anticipata, sono previste misure di riequilibrio patrimoniale (per le quali si fa rinvio al successivo paragrafo 8).

## **7. Il contenuto 'regolatorio' del contratto di servizio.**

Il decreto legislativo n. 201 del 2022 prescrive i requisiti di contenuto del contratto di servizio (art. 24, comma 3).

Il fondamento di tale previsione è distante – non solo dalla forma codicistica rispondente alla funzione della pubblicità notizia, dichiarativa e costitutiva, ma anche – dal c.d. «neoformalismo di protezione», con il quale la disciplina consumeristica impone al professionista l'impiego di una specifica 'forma-contenuto' attraverso cui veicolare tutte le informazioni necessarie al consumatore, al fine di conferire incontestabilità e univocità al regolamento contrattuale e di riequilibrare una fisiologica condizione di disparità contrattuale<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Sul tema, cfr., ex plurimis, S. Pagliantini, Neoformalismo contrattuale, Enc. dir. Annali, V, Milano, 2012; E. Fazio,

Come sarà più ampiamente argomentato nella parte finale del capitolo, il contratto di servizio costituisce il ‘veicolo’ giuridico attraverso cui le misure di regolazione economica e sociale dei SIEG divengono prescrizioni vincolanti tra le parti.

I requisiti di contenuto possono essere così ordinati:

- i) i servizi offerti alla collettività, a cui si riferiscono i seguenti profili disciplinari: obblighi di servizio pubblico; indicatori e livelli ambientali, qualitativi e quantitativi delle prestazioni; struttura, livelli e modalità di aggiornamento delle tariffe e dei prezzi a carico dell’utenza;
- ii) le condizioni economiche del rapporto, a cui si riferiscono i seguenti profili disciplinari: modalità di determinazione delle eventuali compensazioni economiche a copertura degli obblighi di servizio pubblico; garanzie finanziarie e assicurative; periodo di validità del rapporto; diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti; programma degli investimenti e il piano economico-finanziario;
- iii) l’individuazione e gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali destinati alla gestione del servizio pubblico;
- iv) il monitoraggio, a cui si riferiscono i seguenti profili disciplinari: strumenti per la verifica del corretto adempimento degli obblighi contrattuali; obblighi di informazione e di rendicontazione nei confronti dell’ente affidante;
- v) le sopravvenienze, a cui si riferiscono i seguenti profili disciplinari: previsione delle penalità e delle ipotesi di risoluzione del contratto in caso di grave e ripetuta violazione degli obblighi contrattuali o di altri inadempimenti che precludono la prosecuzione del rapporto; disciplina del recesso e delle conseguenze derivanti da ogni ipotesi di cessazione anticipata dell’affidamento, nonché i criteri per la determinazione degli indennizzi;
- vi) la tutela dell’utenza, a cui si riferiscono i seguenti profili disciplinari: modalità di risoluzione delle controversie con gli utenti; indicazione delle modalità per proporre reclamo nei confronti dei gestori, nonché delle modalità e dei tempi con i quali devono essere comunicati i relativi esiti agli utenti; modalità di ristoro dell’utenza, in caso di violazione dei livelli qualitativi del servizio e delle condizioni generali del contratto.

I contenuti regolatori – dalla legge soltanto enunciati – sono dettati, nei principali settori economici, dalle autorità indipendenti di regolazione, il cui potere di prescrivere regole generali e astratte, idonee a innovare l’ordinamento giuridico, appartiene al novero delle fonti di produzione giuridica<sup>63</sup>.

La recedente tendenza degli atti di fonte secondaria, adottati nell’esercizio della funzione regolatoria,

---

Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale, Milano 2011.

<sup>63</sup> Si tratta di regolamenti esecutivi o di attuazione se la materia è disciplinata dalla legge; altrimenti, di regolamenti indipendenti. Cfr. sul tema POLITI, Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti, in Enc. giur.; NICODEMO, Gli atti normativi delle autorità indipendenti, Padova, 2002. FOÀ, I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti, Torino, 2002, 133 ss.

a porsi quale fonte eteronoma del contratto (condizionando in vario modo lo svolgimento dell'autonomia privata<sup>64</sup>) ha posto il problema delle condizioni in presenza delle quali fonti subprimarie siano abilitate a disciplinare un campo costituzionalmente riservato alla competenza delle leggi o degli atti aventi forza di legge<sup>65</sup>.

Senza dubbio la fonte amministrativa secondaria deve necessariamente operare su espressa delega del legislatore. La necessaria intermediazione della legge si desume dalla riserva relativa di cui agli articoli 41 e 42 cost., che consente (sia pure a date condizioni) di accordare al potere amministrativo la prerogativa di incidere sui diritti di proprietà e di iniziativa economica<sup>66</sup>, nonché dalle disposizioni del codice civile. L'art. 1372 c.c., nell'attribuire "forza di legge" alla manifestazione di volontà sorretta da comune intenzione, esclude la possibilità di modificare "in via amministrativa" l'assetto di interessi stabilito dalle parti, salvo che tale potere non sia previsto dalla legge (art. 1374 c.c.) ovvero prefigurato nell'accordo stesso. In definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la "conformazione amministrativa" del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti<sup>67</sup>. L'art. 1339 c.c., secondo il consolidato orientamento interpretativo, si riferisce non soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto, ma anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata<sup>68</sup>.

La delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi a che da un corredo 'minimo' di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto, in virtù del quale «non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2011).

---

<sup>64</sup> Nella misura in cui: dettano il procedimento di formazione del contratto e le modalità di informazione precontrattuale; prescrivono forme ad substantiam e requisiti di forma-contenuto; integrano il contenuto del regolamento (spesso con riguardo anche alle variabili economiche dello scambio); impongono il compimento di negozi giuridici o ne vietano la stipulazione; disciplinano il comportamento da tenersi nella fase esecutiva.

<sup>65</sup> Su questi temi, sia consentito rinviare a Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, (voce) in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2014.

<sup>66</sup> Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997; A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, 134 ss.; da ultimo, ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 191 ss.

<sup>67</sup> Tar Lombardia Milano, III sezione, n. 683/2013, che in ragione di ciò ha ritenuto che nessuna norma attribuisse al regolatore il potere di incidere sull'oggetto e sugli effetti del contratto di fornitura nei termini fissati dal c.d. sistema indennitario di cui alla nota 238.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 27 luglio 2011 n. 16401; Cass. 30 luglio 2009 n. 17746; Cass., Sez. I, 29 settembre 2004, n. 19531. In dottrina, MAUGERI, Art. 1339, in *Commentario Gabrielli, Dei contratti in generale (artt. 1321-1349)*, a cura di NAVARRETTA e ORESTANO, Torino, 2011, 508 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 1339*, in *Comm. cc. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 233.

Per le stesse ragioni, deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione ab externo sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa.

Esula dall'indagine del presente scritto verificare quali siano le sanzioni civilistiche ricollegate dall'ordinamento alla violazione delle prescrizioni regolatorie (in particolare con riguardo al rapporto di utenza).

Basti segnalare che l'inadempimento degli obblighi entrati a far parte coattivamente del regolamento negoziale, se del caso innescando il consueto dispositivo della sostituzione automatica delle clausole difformi, dà luogo a responsabilità. Per contro, la violazione delle prescrizione regolatorie a contenuto meramente proibitivo (nel senso di negare rilevanza agli atti di autonomia che le abbiano violate), ovvero introducenti regole di mero comportamento, in mancanza di una sanzione legislativa espressa, pone la delicata questione delle nullità virtuali<sup>69</sup>.

Secondo la giurisprudenza civile, mentre l'integrazione regolatoria può sempre operare in presenza di norme dispositive (che le stesse parti, con il loro accordo, potrebbero decidere di non osservare), rispetto a norme imperative si richiede un'espressa attribuzione del potere di derogare alle stesse<sup>70</sup>. Ai fini dell'integrazione di cui all'art. 1339 c.c., occorre poi l'imposizione di un precetto specifico che possa innestarsi come clausola del regolamento negoziale.

In giurisprudenza, si è posto il problema della possibile concorrenza, in caso di violazioni degli obblighi contrattuali, di rimedi pubblicistici accanto a quelli tradizionali civilistici. Secondo il Consiglio di Stato, quando il contratto rappresenta una componente del processo regolatorio, l'inadempimento delle relative obbligazioni non assume rilievo soltanto sul piano delle relazioni intersoggettive, bensì è idoneo a ripercuotersi sul funzionamento dell'intero mercato. L'inadeguatezza dei tradizionali rimedi civilistici 'interni' alle ragioni del contratto rende necessario l'esercizio di poteri correttivi pubblicistici idonei ad estendere il proprio raggio d'azione al di là dello stretto perimetro definito dall'interesse delle parti<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Si rinvia alle trattazioni specialistiche sul problema se il contratto sia esposto alla sanzione della nullità radicale ovvero parziale (1419, comma 2, c.c.), di diritto comune ovvero "di protezione. Ex multis, cfr. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001. In materia di obblighi di informazione dell'intermediario finanziario, sono note le sentenze della Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Contr. imp.*, 2008, p. 1 ss., secondo cui la violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente stesso o inadeguate al profilo patrimoniale del risparmiatore non conduce alla nullità del contratto di intermediazione finanziaria per inosservanza di norme imperative. Tali violazioni, infatti, se realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, delineano la responsabilità precontrattuale, mentre se riguardano le operazioni compiute in esecuzione del contratto, danno luogo a responsabilità contrattuale.

<sup>70</sup> Cfr. Cass. 8 novembre 2012 n. 19333; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519; Cass., 27 luglio 2011, n. 16401 (in una fattispecie in cui le delibere dell'Autorità AEEG erano state ritenute avere efficacia integrativa del contratto di utenza).

<sup>71</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 7894, in un caso riguardante tema di rimedio prescrittivo esercitato da ARERA, ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettera d), della legge n. 481 del 1995, per sanzionare la rilevata violazione delle regole di condotta diligente in materia di programmazione dei prelievi. Secondo la citata pronuncia, l'ordine dato all'operatore economico di pagare a Terna s.p.a. gli importi indebitamente trattenuti per effetto degli sbilanciamenti volontari – affinché siano riassegnati all'utenza finale

## 7.1. Regolazione tariffaria e servizi infrastrutturali

Il sistema tariffario può perseguire una pluralità di obiettivi: l'efficienza allocativa o dinamica<sup>72</sup>; la mera copertura dei costi di produzione; la stabilizzazione dei prezzi; misure redistributive di politica sociale.

Va, in primo luogo, esaminato il caso dell'affidamento a uno o più operatori economici della gestione delle infrastrutture necessarie allo svolgimento di un'attività economica in regime di servizio pubblico (denominato a «rete» proprio in ragione dell'essenzialità del coordinamento espletato dall'infrastruttura). In presenza di infrastrutture non replicabili, una volta optato – nella scelta tra monopolio pubblico o privato con regolamentazione – per la realizzazione di un mercato contendibile<sup>73</sup>, il regolatore deve far fronte a tutti i rischi derivanti dalla privatizzazione di un monopolio naturale: rendita monopolistica, soddisfazione dei soli segmenti di mercato che danno profitto, asimmetria informativa con propensione a far risultare costi superiori a quelli reali, mancanza di adeguati investimenti, comportamenti anticoncorrenziali nello sviluppo ed accesso delle reti.

Poiché nelle situazioni di monopolio naturale il rischio di domanda è limitato, gli esiti funzionali del mercato devono essere suscitati attraverso la simulazione della pressione concorrenziale, ovvero attraverso la predisposizione di un adeguato sistema di incentivi e penalità. L'incentivazione all'efficientamento produttivo e alla minimizzazione dei costi del servizio – comunque salvaguardando l'adeguata redditività alle imprese – è realizzata attraverso il metodo tariffario.

Negli ultimi anni si è assistito al passaggio da un modello regolatorio che garantiva all'impresa regolata la copertura dei costi effettivamente sostenuti (c.d. 'cost of service' connotato da elevati livelli di inefficienza produttiva), ad una forma di regolamentazione, di tipo incentivante, dove i ricavi ottenibili dall'impresa regolata non sono direttamente collegati ai costi sostenuti da quest'ultima.

L'art. 26, comma 1, del decreto legislativo n. 201 del 2022, è chiaramente ispirato al modello della regolazione incentivante. La disposizione prevede infatti che: «gli enti affidanti definiscono le tariffe dei servizi in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della gestione, nonché il perseguimento di recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività, in armonia con gli obiettivi di carattere sociale, di tutela dell'ambiente e di uso efficiente delle risorse, tenendo conto della legislazione nazionale e del diritto dell'Unione

---

– non costituisce una sanzione in senso stretto, avendo la misura la finalità preminente di 'restituire' al sistema delle contrattazioni le condizioni di funzionamento che il mercato avrebbe espresso ove non fosse stato perturbato dal comportamento opportunistico dell'utente.

<sup>72</sup> Gli economisti identificano diverse forme di efficienza: si ha efficienza produttiva quando si produce "al meglio", ovvero senza spreco di risorse; efficienza allocativa, quando si produce il quantitativo "giusto"; efficienza dinamica, quando si investe a sufficienza; efficienza distributiva, quando si distribuiscono in modo corretto le risorse.

<sup>73</sup> Cfr. Brock, Contestable Markets and the theory of Industry structure: a review article, Journal of Political Economy, 1983.



europea in materia».

Il calcolo della tariffa finalizzata al raggiungimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione deve dunque essere improntato sia alla correlazione tra costi standard (gli oneri del servizio pubblico opportunamente definiti e quantificati, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario) e ricavi, sia al perseguimento di recuperi di efficienza che consentano la riduzione dei costi a carico della collettività.

La regolamentazione incentivante può riguardare, in vario modo, il tasso di rendimento, il ricavo (revenue-cap), il prezzo. Vanno ricordati quanto meno i due principali dispositivi regolatori: il primo è quello che fissa il livello dei prezzi (o dei ricavi) consentiti all'impresa regolata in relazione a quelli determinatisi nel periodo precedente, con la previsione di un correttivo in funzione dei possibili guadagni di efficienza che si prevede l'impresa regolata possa ottenere (c.d. price cap); il secondo lega invece il livello dei prezzi (o dei ricavi) dell'impresa regolata ad una qualche misura standard dei costi.

Il decreto legislativo n. 201 del 2022 manifesta una preferenza per il metodo del price cap, il quale consiste nel calcolare un tasso di rendimento equo (sulla scorta del riconoscimento di determinati costi: operativi, di ammortamento, delle immobilizzazioni) e su queste basi i prezzi massimi. Si fissa poi un anno base e si fanno previsioni sull'evoluzione delle variabili cruciali per certo periodo. L'impresa regolata, se ottiene miglioramenti di efficienza, potrà in parte appropriarsi degli extra-profitti così realizzati.

In particolare, ai sensi dell'art. 26, comma 4: «gli enti affidanti, nel rispetto delle discipline di settore, fissano le modalità di aggiornamento delle tariffe con metodo del 'price cap', da intendersi come limite massimo per la variazione di prezzo, sulla base, in particolare, dei seguenti parametri: a) tasso di inflazione programmata; b) incremento per i nuovi investimenti effettuati; c) obiettivo di recupero di efficienza prefissato; d) obiettivi di qualità del servizio prefissati, definiti secondo parametri misurabili».

Il metodo del price cap è coerente con la regola della traslazione del rischio operativo in quanto spinge le imprese ad essere più efficienti, avvicinandosi alla frontiera delle possibilità produttive, evitando investimenti inutili (l'impresa regolata se ottiene miglioramenti di efficienza farà registrare extra-profitti; al termine del periodo regolatorio, sulla base dei nuovi costi si calcoleranno i nuovi prezzi massimi).

Non si tratta, tuttavia, di un vincolo inderogabile. Il comma 5 dell'art. 26 chiarisce, infatti, che: «[g]li enti affidanti possono prevedere che l'aggiornamento della tariffa sia effettuato con metodi diversi da quello di cui al comma 4 nelle ipotesi in cui, in relazione alle caratteristiche del servizio, tale scelta

risulti, sulla base di adeguata motivazione, maggiormente funzionale al raggiungimento degli obiettivi di miglioramento della qualità e dell'efficienza del servizio».

Nel metodo tariffario, la determinazione delle modalità di copertura dei costi di produzione dei pubblici servizi costituisce uno degli aspetti di maggiore impatto sul piano della garanzia degli equilibri gestionali dell'impresa erogatrice. Al riguardo, l'art. 26, comma 2, stabilisce che: «[p]er la determinazione della tariffa si osservano i seguenti criteri: a) correlazione tra costi efficienti e ricavi finalizzata al raggiungimento dell'equilibrio economico e finanziario della gestione, previa definizione e quantificazione degli oneri di servizio pubblico e degli oneri di ammortamento tecnico-finanziario; b) equilibrato rapporto tra finanziamenti raccolti e capitale investito; c) valutazione dell'entità dei costi efficienti di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio; d) adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato».

I costi sostenuti da un'impresa possono essere distinti in costi operativi (incluso l'ammortamento delle immobilizzazioni) e in costo del capitale (la remunerazione del capitale investito intesa come costo opportunità).

Le tariffe dei servizi di interesse economico generale devono assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento, quale che sia la metodologia concretamente applicata<sup>74</sup>. La strumentalità del sistema tariffario rispetto al conseguimento degli obiettivi di carattere economico-industriale impone l'integrale copertura dei costi di produzione del servizio, ivi compresi quelli di indiretta imputazione e quelli generali, quali ammortamenti, costi finanziari della raccolta e del servizio al debito, costi generali di governance, nonché per l'appunto i costi figurativi di remunerazione del capitale investito. Se non viene remunerata adeguatamente la funzione svolta dall'unità economica, il servizio non è in grado di offrire alcuna garanzia di continuità e di sviluppo nel tempo.

Il costo medio ponderato del capitale, generalmente indicato con l'acronimo inglese «Weighted Average Cost of Capital» (WACC), misura il costo-opportunità che una impresa sostiene per raccogliere le risorse finanziarie occorrenti per l'attività, vuoi sotto forma di capitale di rischio (raccolta presso il mercato finanziario o presso gli investitori), vuoi sotto forma di capitale di credito (raccolta di mezzi di terzi, in forma di finanziamenti). Tale voce esprime, in coerenza con gli equivalenti di mercato, la soglia minima di rendimento accettabile ai fini della profittabilità o della scelta di effettuare o meno un investimento, ed è dunque il «costo» con cui l'azienda deve remunerare

---

<sup>74</sup> Si tratta di direttrice regolativa che risulta dalle seguenti disposizioni: l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498; gli artt. 1 e 2, commi 17 e 18, della legge 14 novembre 1995, n. 481; l'art. 117 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

i suoi finanziatori (azionisti, detentori di titoli di debito)<sup>75</sup>.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la remunerazione del capitale investito si impone anche per le gestioni pubblicistiche<sup>76</sup>. Tale assunto è stato ritenuto coerente con la disciplina delle relazioni finanziarie tra ente pubblico e società partecipate. Dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, emerge infatti un modello di società a partecipazione pubblica informato al canone dell'investitore privato razionale, ovvero della piena imprenditorialità e redditività dell'investimento azionario, senza distinguere tra società partecipate svolgenti «attività di impresa» e società partecipate svolgenti «attività di servizio pubblico di interesse generale o di interesse economico generale» (fatte salve specifiche eventuali disposizioni derogatorie di diritto speciale)<sup>77</sup>.

Il gestore di un'infrastruttura che abbia ricevuto aiuti di Stato o le cui risorse siano statali è in grado, infatti, di concedere un vantaggio agli utenti (qualora si tratti di imprese), salvo che le condizioni di utilizzo soddisfino il criterio dell'operatore in un'economia di mercato, ossia che l'infrastruttura sia messa a disposizione degli utenti a condizioni di mercato. Qualora i canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura non siano stati fissati nel quadro di una gara, oppure non sia possibile effettuare un confronto con la gestione di infrastrutture analoghe in situazioni analoghe, si può escludere l'esistenza di un vantaggio per gli utenti della rete soltanto se, «alla luce di valutazioni effettuate ex ante gli utenti contribuiscono in misura apprezzabile alla redditività della gestione. Tale situazione ricorre nel caso in cui il gestore dell'infrastruttura stipuli accordi commerciali con singoli utenti che consentano di coprire tutti i costi derivanti dagli accordi stessi, compreso un ragionevole margine di profitto sulla

---

<sup>75</sup> In materia di servizio idrico integrato, dal testo dell'art. 154, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come modificato seguito dell'esito positivo del referendum abrogativo di parte del comma medesimo, indetto con d.P.R. 23 marzo 2011, è stato espunto il riferimento alla «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito». Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2481 del 2017, all'esito di una articolata ricognizione del fondamento normativo del principio del c.d. full cost recovery (segnatamente: il d.P.C.M. del 20 luglio 2012; l'art. 10, comma 14, lettera e, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106; l'art. 2, comma 12, lettera e, della legge 14 novembre 1995, n. 481), è pervenuto alla conclusione secondo cui, avuto riguardo alla disciplina residua dell'art. 154 d.lgs. n. 154 del 2006, non toccata dall'abrogazione referendaria, persiste pur sempre la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero integrale dei costi (ivi compresi i costi di capitale), immanente alla natura di servizio di rilevanza economica – o, secondo la terminologia del diritto europeo, di servizio di interesse economico generale –, propria del servizio idrico integrato.

<sup>76</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 2019, n. 6108.

<sup>77</sup> Il criterio dell'investitore in regime di mercato che persegue l'obiettivo della massima redditività dei propri investimenti - enunciato tra i criteri direttivi della legge delega 7 agosto 2015, n. 124, all'art. 18, comma 1, lettera l) - permea varie disposizioni del testo unico, tra cui: - l'art. 14, comma 5, secondo cui le amministrazioni pubbliche non possono, in linea di massima, effettuare «aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate» che abbiano registrato «per tre esercizi consecutivi», «perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali»; - l'art. 5 che impone, prima della costituzione della società o della deliberazione di partecipazione a quest'ultimo, un'analitica motivazione «sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato», dovendosi altresì dare «conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa» e della «compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese»; - l'art. 20 secondo cui vanno dismesse o comunque riorganizzate le «partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti».

base di solide prospettive a medio termine»<sup>78</sup>.

Sotto altro profilo, i prezzi dei singoli servizi devono risultare aderenti a costi che siano: effettivamente sostenuti dall'impresa; pertinenti rispetto ai servizi prodotti; misurabili oggettivamente; congrui rispetto a valutazioni di mercato e di efficienza. Il bilancio regolatorio, a questi fini, deve essere ispirato a principi di pertinenza, causalità, congruità, oggettività, proporzionalità, competenza (rispetto all'anno di riferimento), trasparenza.

Quando un'impresa affidataria di un servizio di interesse economico generale produce anche beni o servizi diversi, i costi di pertinenza di ciascuna produzione vanno distinti in maniera precisa. Se un operatore professionale gestisce un'infrastruttura essenziale, con obbligo a contrarre e regolamentazione dei prezzi, e nel contempo svolge anche altre attività in concorrenza in settori non regolati, i costi diretti riferibili esclusivamente a ciascuno dei diversi segmenti economici (ad esempio: personale, materie prime, ammortamento e manutenzione delle immobilizzazioni) e quelli indiretti comuni a tutti, vanno imputati secondo criteri di rigorosa pertinenza. Ciò al fine di scongiurare la pratica del “sussidio incrociato” e l'offerta di prezzi ‘predatori’, tali da eliminare i concorrenti.

Da ultimo, va rimarcato che la regolazione del prezzo nei SIEG può avere anche finalità distributive o di tutela del consumatore.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 26: «[...] gli enti affidanti possono prevedere tariffe agevolate per specifiche categorie di utenti in condizione di disagio economico o sociale o diversamente abili, provvedendo alla relativa compensazione in favore dei gestori».

Nella disciplina di settore dell'energia elettrica e del gas può citarsi l'esempio del servizio di maggior tutela o dei prezzi di riferimento<sup>79</sup>.

## **7.2. Regolazione sulla qualità.**

L'obiettivo di conciliare efficienza produttiva e adeguata qualità delle prestazioni erogate viene realizzato mediante l'imposizione di vincoli di vario tipo: tariffari, di bilancio, di carattere informativo e di qualità.

Al fine di scongiurare il rischio che il produttore di servizi pubblici possa ridurre la qualità al fine di

---

<sup>78</sup> Cfr. paragrafo 228 della Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato del 19 luglio 2016.

<sup>79</sup> Il prezzo di riferimento non è un meccanismo di allocazione efficiente delle risorse, bensì un prezzo ‘virtuale’, risultante dalla sterilizzazione di alcune componenti di costo, in grado di attenuare gli aumenti in periodi di forte crescita della materia prima; ciò che si fa, per l'appunto, “prendendo a riferimento” il prezzo di contratti di lunga durata, più onerosi ma più stabili (il mercato spot è maggiormente liquido), al fine di evitare che le oscillazioni del prezzo internazionale degli idrocarburi si scarichino sugli utenti. Il corrispettivo della fornitura può essere scomposta in tre voci di spesa: i servizi di vendita (comprendono tutte le attività svolte dal fornitore per l'acquisto e la commercializzazione della materia prima gas naturale); i servizi di rete per il trasporto, lo stoccaggio, la distribuzione e la gestione del contatore; le imposte. Cfr. la delibera 3 novembre 2011, ARG/com 151/11 (Testo integrato della vendita gas, TIVG).

ridurre costi, il regolatore prescrive standard specifici e generali di qualità, di natura tecnica, ambientale e commerciale, che gli operatori economici incaricati devono rispettare. Le prescrizioni sono solitamente presidiate da indennizzi automatici.

Un altro modello, alternativo alla regolazione sulla qualità, sono le carte dei servizi definite unilateralmente dagli operatori economici (senza meccanismo di consultazione). Si tratta di veri e propri impegni, regolati in via generale e settore per settore, che le imprese esercenti assumono nei confronti degli utenti assicurando gli standards qualitativi circa la prestazione del servizio<sup>80</sup>.

Ai sensi dell'art. 25 del decreto legislativo n. 201 del 2022, «[i]l gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica redige e aggiorna la carta dei servizi di cui all'articolo 2, comma 461, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, corredata altresì delle informazioni relative alla composizione della tariffa, e la pubblica sul proprio sito internet». L'articolo aggiunge che «Il gestore dà adeguata pubblicità, anche a mezzo del proprio sito internet, nel rispetto delle regole sui segreti commerciali e le informazioni confidenziali delle imprese, del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento, con modalità che assicurino la comprensibilità dei relativi atti e dati».

## **8. Le vicende del rapporto: modifiche, revisione, risoluzione, recesso e subentro.**

La disciplina dell'esecuzione dei rapporti concessori riflette la particolarità di relazioni caratterizzate dalla lunga durata e da profili di notevole complessità tecnica ed economica.

Queste esigenze erano in passato soddisfatte tramite poteri autoritativi di interferenza e controllo sul rapporto concessorio di pubblico servizio, giustificati sul piano teorico dall'immanente rilevanza dell'interesse pubblico anche nel corso dell'esecuzione. I giudici avevano ricostruito in chiave autoritativa e discrezionale gli atti di decadenza, di revoca e di risoluzione dal rapporto, nonché gli di irrogazione delle penali, anche quando oggetto di specifiche clausole negoziali.

L'inserimento delle concessioni nel sistema della contrattualistica pubblica ha reso non più prospettabile l'incidenza di poteri pubblicistici discrezionali sull'assetto obbligatorio del rapporto.

L'art. 27, comma 1, del decreto n. 201 del 2022 rinvia, per quanto riguarda le modifiche durante il periodo di efficacia, la cessazione anticipata e la risoluzione del rapporto contrattuale alla disciplina in materia di contratti pubblici.

---

<sup>80</sup> Sulla base di quanto previsto dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994, le carte dei servizi pubblici sono lo strumento che serve ad affermare una serie di principi fondamentali a tutela degli utenti, quali quelli di uguaglianza; obiettività, giustizia e imparzialità; continuità e regolarità; scelta tra i soggetti che erogano il servizio; partecipazione alla prestazione del servizio; accesso alle informazioni; efficienza ed efficacia. A tal fine viene posta a carico dei gestori una serie di obblighi: di adozione, aggiornamento periodico e rispetto degli standard di quantità e di qualità; di razionalizzazione, riduzione e semplificazione dei procedimenti; di fornitura di informazioni circa le modalità di erogazione dei servizi; di valutazione della qualità dei servizi; di rimborso degli utenti in caso di inadeguatezza dei servizi.

Va quindi esaminata schematicamente la disciplina relativa a modifiche, revisione, risoluzione, recesso e subentro.

La disciplina sulle modifiche in corso di rapporto deve temperare l'esigenza di adattamento del rapporto alle sopravvenienze con quella antagonista di non disattendere surrettiziamente il risultato dell'asta pubblica. Nel contempo, vanno definiti in modo chiaro e trasparente i presupposti che consentono all'ente concedente di intervenire sul rapporto, senza poter concedere a quest'ultimo una discrezionalità illimitata di intaccare l'equilibrio economico-finanziario pattuito al momento dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto.

Sussiste, in primo luogo, il limite generale delle modifiche «sostanziali» equivalenti ad una nuova aggiudicazione. Ai sensi dell'art. 189, comma 4, la modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale «se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa». Con la precisazione che una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: «a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione».

Le modifiche 'non sostanziali' sono consentite quando: i) previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione; ii) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, quando un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici, comporti per l'ente concedente notevoli inconvenienti o una sostanziale duplicazione dei costi; iii) quando la necessità di modifica è determinata da circostanze che un ente concedente diligente non ha potuto prevedere.

La modifica soggettiva del concessionario è possibile: se autorizzata da clausola di revisione inequivocabile; quando al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente.

Le modifiche – oggettive e soggettive – 'non sostanziali' devono comunque rispettare un limite quantitativo: l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50 per cento del valore della

concessione iniziale (in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica).

Sono invece sempre possibili le modifiche c.d. de minimis, quando cioè «il valore della modifica è inferiore a entrambi i valori seguenti: a) la soglia di cui all'articolo 8 della direttiva 2014/23/UE; b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale» (con la precisazione che, in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche).

Veniamo alla disciplina della revisione.

Il codice civile non contempla un rimedio 'manutentivo' in caso di sopravvenienze qualificate, ma una tutela ablativa, finalizzata cioè a liberare le parti dai loro impegni contrattuali al verificarsi peraltro di eventi straordinari ed urgenti (art. 1467 c.c.)<sup>81</sup>. Soltanto nella disciplina contrattuale di parte speciale, l'art. 1664, comma 1, prevede che, qualora si siano verificati, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o, rispettivamente, il committente hanno diritto ad una revisione del prezzo medesimo per la differenza che eccede il decimo.

Nella dottrina civilistica si è fatta strada, sull'esempio dell'esperienza angloamericana degli relational contracts, la tesi secondo cui, all'insorgere di sopravvenienze perturbative di un contratto, la parte esonerata dal rischio della sopravvenienza avrebbe il diritto di chiedere, anziché la risoluzione, la rinegoziazione dell'accordo anche in casi in cui l'esperibilità di tali rimedi non sia prevista espressamente né dalla legge né dal contratto. In particolare: secondo alcuni, si tratterebbe di coniugare la normativa specifica dell'art. 1467 con la disposizione generale dell'art. 1175 al fine di accertare se il rifiuto del creditore di ricondurre il contratto ad equità, autorizzato in via di principio dall'art. 1467, risulti in concreto scorretto ex art. 1175 e possa, perciò, dirsi precluso; secondo altri, sarebbero enucleabili classi di fattispecie rispetto alle quali, risultando insoddisfacente la previsione dell'art. 1467, andrebbe estesa la potenzialità normativa dell'art. 1664, comma 1, anche a contratti che, non riducibili puntualmente al tipo legale, sollevino esigenze simili a quelle previste per l'appaltatore.

Il Codice dei contratti pubblici contempla, all'art. 192, un rimedio per la gestione delle sopravvenienze di tipo manutentivo – particolarmente utile nel contesto di operazioni di lunga durata e con investimenti non immediatamente reversibili – consistente nella possibilità per l'operatore

---

<sup>81</sup> In caso di variazioni qualitative, costantemente accoppia il rimedio della revisione a quello dello scioglimento del contratto (riguardano l'inattuabilità sopravvenuta del programma negoziale gli artt. 963, 1464, 1584, 1622, 1623, 1660, 1896, 1897, 1926 c.c.; riguardano l'inattuabilità originaria gli artt. 1484 e 1492); per le variazioni quantitative il rimedio della revisione non è mai concesso ad un contraente al quale già spetti il diritto di chiedere la risoluzione (cfr. gli artt. 1467 e 1468 c.c.).

economico di chiedere all'amministrazione concedente (cui è incombe un obbligo legale di rinegoziazione) la revisione del programma contrattuale.

Il rimedio è sottoposto a condizioni stringenti. La definizione dei cambiamenti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario ha infatti una importanza centrale: la garanzia dell'equilibrio economico originario non deve comportare l'eliminazione dell'alea economica.

In primo luogo, quanto ai presupposti, la revisione si attiva: i) «al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento»; ii) purché si tratti di eventi «non imputabili al concessionario»; iii) che «incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione». Deve dunque trattarsi dello stravolgimento di quelle «condizioni operative normali» vagliate all'atto della definizione del rapporto concessorio.

Quanto ai limiti operativi, la revisione del contratto può essere chiesta solo «nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.

Non è poi consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione, o modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione (coerentemente, si applicano quelle stesse condizioni di ammissibilità che consentono di apportare modifiche della concessione durante il periodo di sua validità).

Va rimarcato che l'art. 192 consente la revisione anche per le ipotesi di mutamento della normativa regolatoria di riferimento che abbia stravolto l'equilibrio economico-finanziario, a copertura del c.d. rischio politico-amministrativo.

Si tratta di una previsione molto opportuna. La regolazione si snoda attraverso un processo continuo di elaborazione e aggiustamento delle regole di governo del settore e nella connessa attività di vigilanza sull'applicazione delle stesse. Il processo è adattivo e dinamico, al fine di tenere conto delle peculiarità di ciascun mercato, del grado di maturità del mercato, del progresso tecnologico. Il regolatore può modulare i suoi poteri regolatori anche attraverso modifiche di indirizzi in precedenza assunti, quante volte ritenga opportuno migliorare effetti e risultati di una precedente regolazione non soddisfacente. La discrezionalità di cui l'Autorità sicuramente gode nell'individuazione delle



fattispecie sottratte ratione temporis all'applicazione del sopravvenuto quadro regolatorio, incontra tuttavia il limite della irragionevolezza, della discriminatorietà e dell'affidamento ingenerato<sup>82</sup>.

Nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato per le quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS, la revisione è subordinata alla previa valutazione del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), che emette un parere di concerto con il la Ragioneria Generale dello Stato.

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario le parti possono recedere dal contratto, con diritto alle conseguenti restituzioni. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 190, comma 4, lettere a) e b), che riguardano rispettivamente: il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti; i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso.

L'art. 23 del decreto n. 201 del 2022 (ma analoga disciplina è prevista dal Codice dei contratti pubblici, all'art. 193) disciplina invece il regime del subentro in caso scadenza dell'affidamento o cessazione anticipata. Il comma 1 prevede che, alla scadenza del periodo di affidamento o in caso di cessazione anticipata, all'esito del nuovo affidamento, il nuovo gestore subentra nella disponibilità delle reti degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per lo svolgimento del servizio. Ai sensi dell'articolo 19, comma 2, in caso di durata dell'affidamento inferiore al tempo necessario ad ammortizzare gli investimenti indicati nel contratto di servizio ovvero in caso di cessazione anticipata, è riconosciuto in favore del gestore uscente «un indennizzo, da porre a carico del subentrante, pari al valore contabile degli investimenti non ancora integralmente ammortizzati, rivalutato in base agli indici ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi».

Le ipotesi di cessazione anticipata della concessione sono previste facendo riferimento, anche in questo caso, non a strumenti pubblicistici, bensì a rimedi contrattuali al ricorrere di presupposti determinati.

La risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile. A fini deflattivi e per consentire alle parti il calcolo preventivi dei costi della rottura del vincolo, il contratto deve necessariamente prevedere,

---

<sup>82</sup> Come poi statuito dalla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (con riferimento alla successione delle leggi), il fluire del tempo costituisce idoneo elemento di differenziazione delle situazioni soggettive, cosicché non sussiste alcuna ingiustificata disparità di trattamento per il solo fatto che situazioni pur identiche siano soggette a diversa disciplina ratione temporis (cfr. Corte Cost. sentenze n. 409/1998 e n. 18/1994).

per il caso di inadempimento, «una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo» (art. 190, comma 2, del Codice dei contratti pubblici).

In attuazione della direttiva europea, il Codice dei contratti ha indicato ulteriori ipotesi che consentono all'ente concedente dichiarare risolta la concessione, e segnatamente: nei casi in cui sopraggiunga una «modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione»; in caso di condanna del concessionario o in caso di violazione degli obblighi gravanti sulle amministrazioni in sede di aggiudicazione; se il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione (art. 190, primo comma).

Viene poi attribuito un potere di recesso, motivato («per motivi di pubblico interesse») e oneroso (art. 190, comma 4).

Il legislatore, attraverso la precisa predeterminazione delle condizioni che legittimano lo scioglimento, ha inteso ridurre i margini di discrezionalità dell'amministrazione nella valutazione sulla cessazione anticipata del rapporto.

Il decreto legislativo n. 36 del 2023 ha eliminato ogni riferimento alla revoca. In relazione alle sopravvenienze, i poteri 'esterni' di autotutela non sono configurabili, in quanto le vicende successive alla stipulazione del contratto danno sempre luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia<sup>83</sup>. Diverso è il tema delle ripercussioni sul contratto dell'autotutela pubblicistica, non relativa a sopravvenienze, bensì incidente sulla fase pubblicistica prodromica.

La giurisprudenza amministrativa continua a legittimare la possibilità di annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione per illegittimità originarie che hanno investito le procedure amministrative (anche al di fuori delle citate ipotesi di risoluzione di cui all'art. 190, comma 1). Sul punto, deve ritenersi che – coerentemente all'impianto della direttiva europea 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 che circoscrive le ripercussioni della fase di gara sul contratto – l'auto-annullamento dell'atto presupposto può condurre alla caducazione del contratto nei soli casi tassativamente previsti dall'art. 120 del c.p.a., e con il medesimo meccanismo rimediabile che subordina alla valutazione concreta del giudice il potere di dichiarazione dell'inefficacia del rapporto negoziale.

Il concessionario, nell'esercizio della propria autonomia imprenditoriale, può ricorrere al subappalto alle stesse condizioni dell'appaltatore. Rimediando ad alcuni equivoci della precedente formulazione, l'art. 186 del Codice dei contratti pubblici chiarisce che «[a]gli appalti affidati dai concessionari che

---

<sup>83</sup> L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2014, in occasione di una controversia sulla legittimità di un atto di revoca della gara intervenuto dopo sei anni dalla stipulazione del contratto di appalto di lavori, ha escluso la possibilità per l'ente concedente di sciogliersi dal vincolo contrattuale per «sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto» (in adesione all'indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: 16 giugno 2003, n. 10160 e 17 dicembre 2008, n. 29425; 11 gennaio 2011, n. 391).

siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti».

L'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti è imposta ai soli concessionari scelti senza gara (art. 186, comma 2, del codice dei contratti). Ciò evidenzia il definitivo venire meno della concezione «surrogatoria» (in senso pubblicistico) dell'attività del concessionario di pubblico servizio.

Va evidenziato che, ai sensi dell'art. 22 del decreto legislativo n. 2021 del 2022, «[q]ualora la gestione della rete, degli impianti o delle altre dotazioni patrimoniali, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia affidata con una delle modalità di cui all'articolo 14, comma 1 [NDR: si tratta dell'affidamento con gara, autoproduzione o partenariato istituzionale], il soggetto gestore affida la realizzazione dei lavori connessi alla gestione della rete, degli impianti o delle altre dotazioni patrimoniali secondo le modalità previste dalla disciplina in materia dei contratti pubblici, fatta salva la possibilità di realizzarli direttamente nella ipotesi in cui l'affidamento abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete sia l'esecuzione dei lavori e il gestore sia qualificato ai sensi della normativa vigente» (comma 1). Nel caso in cui, invece, la gestione della rete risulti affidata, alla data di entrata in vigore del decreto, con modalità diverse da quelle previste dal diritto europeo, «i soggetti gestori provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete, degli impianti o delle altre dotazioni patrimoniali esclusivamente secondo le modalità previste dalla disciplina in materia di contratti pubblici».

La fase esecutiva del rapporto è caratterizzata da una peculiare concorrenza tra giurisdizioni.

Il codice del processo amministrativo affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore».

Il fondamento di tale previsione risale senza dubbio alla concezione pubblicistica della concessione, che invece oggi è qualificata dall'ordinamento come un contratto che si distingue dall'appalto solo per il differente sistema di remunerazione del soggetto privato e per l'allocazione del rischio operativo.

È necessario quindi perimetrare la giurisdizione amministrativa alle sole controversie incentrate sulla contestazione del contenuto regolatorio del contratto di servizio (nel solo qual caso, pare rinvenirsi l'esercizio di un potere ai sensi dell'art. 7 c.p.a.).

Alla giurisdizione ordinaria andranno quindi devolute tutte le controversie riguardanti i profili patrimoniali del rapporto («indennità, canoni e altri corrispettivi) e segnatamente: le contestazioni

riguardanti la validità e l'interpretazione del contratto; l'adempimento e la quantificazione dei corrispettivi (quando, ovviamente, non sia in discussione la legittimità del metodo tariffario).

Rientrano invece nella giurisdizione amministrativa i ricorsi per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, di cui al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, secondo il cui art. 1: «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, nei confronti [...] dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, [...] dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore [...]» (art. 1, comma 1). Il giudice, se accoglie la domanda, ordina «al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (il ricorso non consente invece di ottenere il risarcimento del danno: art. 1, comma 6).

## **9. Contratto di servizio, società in house providing e miste.**

Il contratto di servizio è uno strumento indifferente rispetto alle modalità di aggiudicazione del servizio.

L'art. 17, comma 3, del decreto n. 201 del 2022, conferma la sua operatività anche in caso di autoproduzione, prevedendo infatti che: «Il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione [...] della deliberazione di affidamento alla società in house sul sito dell'ANAC [...]»<sup>84</sup>.

La definizione contrattuale dei rapporti tra ente conferente e organismo in house si giustifica in quanto quest'ultimo è pur sempre un soggetto con autonoma personalità giuridica di diritto privato.

In senso contrario, non potrebbero invocarsi le conclusioni della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 25 novembre 2013 n. 26283, in tema di riparto di giurisdizione sul danno arrecato al patrimonio di una società a partecipazione pubblica. Con specifico riferimento alle società in house, tale precedente ha ritenuto che, non potendo avere i loro amministratori alcuna autonomia decisionale, non possa parlarsi di persone giuridiche autonome e distinte dal socio pubblico; su queste basi, si sostiene che tra socio e società in house non vi sarebbe alcuna alterità soggettiva e la forma esteriore di società celerebbe, in realtà, un patrimonio separato riconducibile all'ente pubblico socio.

Tale impostazione – che nega, in caso di organismo in house, l'alterità soggettiva rispetto all'ente

---

<sup>84</sup> L'art. 18 d.lgs. n. 422 del 1997, prevede il contratto di servizio come ordinario strumento di regolazione dei servizi di trasporto pubblico «con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati». Così anche l'art. 7 del reg. (Ce) n. 1370/2007.

pubblico socio, qualificando la sua costituzione in termini di mera separazione patrimoniale – non è condivisibile, in quanto si pone in aperto contrasto con la norma secondo cui con l'iscrizione nel registro delle imprese «la società acquista la personalità giuridica» (art. 2331 c.c.). Le società in house, come ogni altra società a partecipazione pubblica, sono iscritte nel registro delle imprese e, dichiarando ai terzi la loro natura societaria, suscitano un legittimo affidamento sull'applicazione del diritto comune delle società in tutti i profili non regolati da norme speciali. Peraltro, in caso di controllo analogo congiunto, non si comprenderebbe a quale degli enti pubblici soci sarebbe riconducibile il patrimonio separato, solo esteriormente imputato alla società, salvo immaginare tante masse patrimoniali separate quanti sono gli enti pubblici, di cui però non si capirebbe come determinare la consistenza.

A ciò si aggiunge che l'art. 16, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) – proprio sul presupposto dell'acquisto di autonoma personalità giuridica – prevede che, ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo in house, gli statuti possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies c.c. (in caso di società per azioni), ovvero l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. (per le società a responsabilità limitata). I requisiti del controllo analogo possono, inoltre, essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali (con durata anche superiore a cinque anni).

Sotto altro profilo, il contratto di servizio, come già emerso sopra, è un indispensabile strumento di controllo delle relazioni finanziarie.

Anche alle società in house si applicano, nella misura in cui rientrano nella definizione di impresa, le regole antitrust e sugli aiuti di Stato (cfr. gli artt. 5, 2 comma, e 21, del d.lgs. n. 175 del 2016). Il carattere 'interno' della prestazione non basta di per sé a ravvisare la compatibilità dell'intervento finanziario pubblico con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, quando la prestazione suddetta si iscrive in un mercato dove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza.

In questi casi, occorre scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza connessi all'operare di società a partecipazione pubblica che possano godere di una posizione di mercato privilegiata, in quanto si avvantaggiano di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. In una tale situazione, gli ulteriori contratti stipulati permettono la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 6009 del 2018.

La natura in house di un soggetto non annulla, infatti, la possibilità di confronto concorrenziale dello stesso con altri operatori del settore, avendo quest'ultima la possibilità di prestare i propri servizi anche a terzi, sia pure per una percentuale residua della propria attività, inferiore al 20%.

Le condizioni di compatibilità dell'intervento finanziario in favore di una società partecipata operante in house vanno quindi attentamente verificate alla luce della decisione della Commissione Ue del 20 dicembre 2011, che ha tenuto conto dell'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia inaugurato dal caso *Altmark Trans* (in C-280/00, punti da 87 a 95), le cui statuizioni, sebbene riferite a servizi di interesse economico generale, risultano applicabili anche ai servizi strumentali<sup>86</sup>.

In definitiva, il rapporto tra ente conferente e organismo in house non si atteggia come un rapporto di delegazione interorganica (in cui il delegante potrebbe disporre in qualsiasi momento del potere di revoca della delega) ma è 'mediato' da un contratto di servizio, le cui previsioni devono essere coerenti e coordinate con i meccanismi statuari per l'esercizio del controllo analogo.

Solo la gestione in economia – consentita limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete (art. 14, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 201 del 2022) – sfugge alla stipula obbligatoria dei contratti di servizio, in quanto non implica una distinzione di personalità tra gestore ed amministrazione competente<sup>87</sup>.

Un breve riferimento va fatto anche all'affidamento della concessione a società a partecipazione mista pubblico-privata, previsto dall'art. 16 del decreto legislativo n. 201 del 2022, che rinvia all'art. 17 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, per l'individuazione del socio privato.

La norma di rinvio è coerente con l'art. 174, comma 3, del Codice dei contratti pubblici che – riprendendo la distinzione tra PPP di tipo puramente contrattuale e PPP di tipo istituzionalizzato – circoscrive il suo ambito applicativo al solo modello partenariale basato sui legami contrattuali delle parti contraenti di tipo sinallagmatico e non al PPP realizzato mediante la creazione di un'entità terza detenuta congiuntamente dal partner privato e dal soggetto pubblico.

Per quanto la disposizione non lo chiarisca espressamente, deve ritenersi che anche il rapporto tra società mista e ente concedente è retto dal contratto di servizio. In particolare, affinché possa attribuirsi all'ente partecipato natura partenariale, occorre che già nella c.d. gara a doppio oggetto

---

<sup>86</sup> Alla luce della 'Comunicazione' del 2016, il fatto che le autorità attribuiscono un servizio pubblico a un fornitore interno (pur essendo libere di affidare tale servizio a terzi) non esclude, di per sé, una potenziale distorsione della concorrenza. Per escludere una potenziale distorsione della concorrenza è necessario che sussistano le seguenti condizioni cumulative (nessuna delle quali presenti nel caso in esame): a) il servizio deve essere soggetto a un monopolio legale (il semplice fatto che la prestazione di un servizio pubblico sia affidata ad una specifica impresa evidentemente non significa che tale impresa goda di un monopolio legale); b) il monopolio legale non deve soltanto escludere la concorrenza sul mercato, ma anche la concorrenza per il mercato, ossia la concorrenza per la posizione di prestatore esclusivo del servizio in questione (sentenza *Germania/Commissione*, in T-295/12, punto 158); c) il servizio non deve essere in concorrenza con altri servizi; d) se il prestatore del servizio opera in un altro mercato (geografico o del prodotto) aperto alla concorrenza, si deve escludere che vi sia una sovvenzione trasversale, quando i fondi pubblici stanziati per il servizio soggetto al monopolio legale non possano andare a vantaggio di altre attività.

<sup>87</sup> Cfr. l'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 422 del 1997.

bandita per l'individuazione del socio operativo sia contemplata la traslazione del rischio operativo. L'art. 16, comma 2, prevede che «[l']ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione» nelle società miste mediante procedure a evidenza pubblica, precisando che «tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere». La previsione, per ragioni di coerenza sistematica, va coordinata con l'art. 189, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici, che disciplina le ipotesi in cui un nuovo concessionario può sostituire quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione, tra cui sono menzionate le ipotesi di «ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza», nonché delle modifiche soggettive previste «nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili».

### **10. Dal contratto a 'oggetto pubblico' al contratto 'regolato'**

Il definitivo approdo del sistema normativo al «contratto» di concessione dei servizi di interesse economico generale – al termine di un processo evolutivo non sempre lineare e armonico – suggerisce di ripensare alcune categorie dogmatiche e sedimentazioni culturali.

Il termine «concessione» – nel settore dei servizi economici disciplinati dal diritto europeo – ha assunto un significato ben diverso rispetto al provvedimento concessorio e alle altre figure pubblicistiche variamente riconducibili al c.d. contratto (o accordo) «ad oggetto pubblico», che tanto hanno pesato nella storia del pensiero giuspubblicistico così come sull'elaborazione giurisprudenziale.

La sistematizzazione teorica, che di seguito si vuole proporre e argomentare, riconduce la relazione contrattuale tra ente concedente e gestore del SIEG nella categoria del «contratto regolato»<sup>88</sup>.

Tale figura si iscrive in quell'ampio contesto fenomenico, in cui: le regole di governo dei mercati interferiscono sul diritto dei contratti, facendone il luogo elettivo per il perseguimento di (alcuni) obiettivi di politica economica; il contenuto del contratto, in misura preponderante, è dettato da decisioni pubbliche assoggettate al regime del diritto amministrativo.

La strategia regolatoria applicata al contratto – espressione comprensiva dell'intera relazione negoziale (trattative, regolamento, attuazione del rapporto) – ha comportato una vistosa deviazione

---

<sup>88</sup> Sul tema generale, sia consentito rinviare a Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, (voce) in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2014, dove la rideterminazione del rapporto tra autonomia ed eteronomia contrattuale, quale termine della rinnovata relazione tra Stato e mercato, viene analizzata attraverso i seguenti temi: il ruolo svolto dal contratto nella regolazione dei mercati; i meccanismi che, in tale contesto, “mediano” la valutazione giuridica dell'operazione di scambio; l'identificazione dei criteri risolutivi delle antinomie ingenerate dall'intreccio fra corpi disciplinari (del contratto, della concorrenza e della regolazione) non formalmente coordinati, valutandone le forme di reciproco adattamento; gli ambiti di “legittimazione”, finanche istituzionale, conferita alle fonti amministrative (ed alle rispettive autorità di settore) incidenti sull'autonomia privata; la natura degli accordi stipulati all'interno dei mercati regolati; la “esportabilità” dei nuovi paradigmi al di fuori dei micro-sistemi settoriali nel quale sono stati concepiti.

rispetto alla strategia normativa perseguita con il codice civile, il quale era teso principalmente a dettare le condizioni di riconoscibilità e validità del singolo atto negoziale<sup>89</sup>.

Le ragioni sistemiche che, nelle diverse esperienze ordinamentali, hanno giustificato l'apposizione di limiti e controlli all'autonomia privata sono correlate ai diversi modelli d'intervento pubblico «sulla» e «nella» economia.

Nel codice civile il controllo sul contratto si atteggia in forme prettamente «procedurali», curandosi l'ordinamento soltanto di garantire una ambientazione di regole a salvaguardia della imprevidenza delle parti (default rules) e di depurare l'accordo dalle perturbazioni volitive contingenti e singolari. I tratti essenziali del contratto di diritto comune possono compendiarsi nella «neutralità» del contenuto (stante l'indifferenza dell'ordinamento rispetto all'assetto economico dello scambio, senza alcun intento redistributivo), nella generalità e astrattezza della disciplina (l'eterointegrazione del regolamento contrattuale opera in via suppletiva), nella staticità (per la mancata considerazione delle sopravvenienze successive alla stipulazione), nella «visione prevalentemente antagonista» dell'accordo (inteso come tregua momentanea tra interessi contrapposti)<sup>90</sup>.

Nell'economia mista, invece, l'autonomia privata viene guidata mediante l'apposizione di limiti giuridici «positivi». L'eteroregolazione, in alcuni settori socialmente orientati, giunge al punto di introiettare nello scambio un dispositivo politico sostitutivo della libera contrattazione dei privati e lontano dal mercato. Sul piano delle fonti, si assiste ad una scomposizione tra il sistema codicistico polarizzato sul fondamento individualista del liberismo economico e la legislazione speciale che conduce alla frantumazione del soggetto in una pluralità di nuovi status<sup>91</sup>.

L'odierna stagione della «regolazione contrattuale» – puntando all'implementazione degli effetti sistemici che si assumono derivanti dalla concorrenza e dalla costituzione di rapporti negoziali consapevoli ed equilibrati<sup>92</sup> – è caratterizzata invece dalla massiccia imposizione di prescrizioni «regolamentari»<sup>93</sup> che conformano l'autonomia privata nella direzione di: a) correggere «inefficienze» (legate a deficit di razionalità individuale, asimmetrie informative, esternalità,

---

<sup>89</sup> Cfr. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010. Vedi anche A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.; Sul tema generale dell'intervento pubblico nei rapporti privati cfr. anche P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969.

<sup>90</sup> Cfr. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 9. Cfr., sul tema, anche ALPA, ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, p. 327.

<sup>91</sup> Si pensi alla «sufficienza» della retribuzione, alla traslazione del rischio della sicurezza sociale sulla parte datoriale, nel contratto di lavoro, ma anche agli scambi agrari, ovvero ai contratti di godimento di immobili abitativi, che pure dovevano soddisfare esigenze redistributive riguardanti i rapporti tra gruppi o classi di soggetti.

<sup>92</sup> R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 961; SOLINAS, *op. cit.*

<sup>93</sup> Così vengono definite dall'analisi economica del diritto civile le norme imperative che si distinguono dalle regole di «default» (dispositive), che si applicano in presenza di lacune dei contratti (e che mirano a ridurre i costi transattivi delle negoziazioni): cfr. ROBERTO COOTER, UGO MATTEL, P.G. MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS ULEN, *Il mercato delle regole*, *Analisi economica del diritto civile*, II, Applicazioni, 79 ss.; ROBERTO COOTER, UGO MATTEL, P.G. MONATERI, ROBERTO PARDOLESI, THOMAS ULEN, *Il mercato delle regole*, *Analisi economica del diritto civile*, II, Fondamenti, 136 ss.



monopoli); b) promuovere istanze di tipo «distributivo»; c) tutelare taluni «valori» (altrimenti non giustificati in base a ragioni di giustizia)<sup>94</sup>.

Questa strategia può essere sinteticamente così scomposta.

Sul lato della domanda, l'ordinamento intende supportare l'effettività della scelta del consumo, attraverso l'introduzione di specifici rimedi a protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale di natura non più socioeconomica, bensì «tecnica», in quanto dovuta a ragioni di disinformazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica. Mentre il codice civile, sul presupposto che ciascun individuo agisca come 'massimizzatore' razionale delle proprie utilità, si preoccupa solo delle perturbazioni volitive del singolo contraente coinvolto nella singola operazione<sup>95</sup>, il diritto della regolazione vuole salvaguardare l'«operatività» dell'autonomia privata<sup>96</sup> in termini «materiali» e non meramente «formali»<sup>97</sup>. Lo squilibrio a danno del consumatore viene avvertito con nuovi rimedi preventivi (obblighi di forma, di contenuto, di informazione, di chiarezza, di trasparenza) e successivi (recessi di pentimento, recessi ordinari, nullità di protezione)<sup>98</sup>. Sul lato dell'offerta, l'intervento pubblico interviene sulla struttura organizzativa dell'impresa, sui prezzi dei servizi per orientarli ai costi, sul regime giuridico dell'infrastruttura, sul perseguimento di interessi 'altri' (sociali e ambientali). Ne sono espressione: le misure regolatorie che simulano le dinamiche del mercato concorrenziale nei contesti connotati da vincoli naturali impeditivi del pieno confronto concorrenziale (monopolio naturale); la neutralizzazione delle esternalità negative perseguite con soluzioni di mercato e incentivi di prezzo; l'enforcement pubblico avverso le degenerazioni anticompetitive del mercato concorrenziale (antitrust) che possono incidere anche sull'assetto del singolo scambio<sup>99</sup>.

La regolazione non opera solo in chiave correttiva dei fallimenti del mercato (con l'obiettivo di conservare o ristabilire l'originaria razionalità interna del contratto), ma anche in funzione redistributiva delle utilità, incidendo sui contenuti economici del contratto, nonché per il perseguimento di taluni valori (specie, quelli ambientali e sociali) 'autonomi' rispetto alle scelte di

---

<sup>94</sup> Cfr. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 2, 325.

<sup>95</sup> Attraverso la portata invalidante dei vizi psicologici del consenso, che devono accompagnarsi talvolta alla sproporzione delle prestazioni.

<sup>96</sup> Cfr. BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 257 ss. e 293 ss.; BARCELLONA M., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2011, 329 ss.

<sup>97</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. Privato*, I, 2013, secondo cui il controllo esercitato sull'autonomia contrattuale trascorre così da fattispecie finalizzate a rivestire libertà "formali" ad un approccio "materiale", nel senso di essere proiettato a garantire la reale ed effettiva libertà decisionale del contraente.

<sup>98</sup> Cfr. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, agg. 2012.

<sup>99</sup> Si pensi anche all'abuso di dipendenza economica: cfr. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli 2004.

giustizia e di efficienza allocativa<sup>100</sup>.

L'esempio della regolazione dei servizi di interesse economico generale è emblematica del modello descritto.

Il contratto di servizio – concorrendo: all'organizzazione consensuale del servizio, alla definizione sinallagmatica degli aspetti patrimoniali della gestione, all'assunzione, secondo una matrice imprenditoriale, degli obblighi di servizio pubblico, alla gestione delle infrastrutture, alla pianificazione degli investimenti in manutenzione e innovazione tecnologica – mira a una composizione adeguata tra concorrenza e fini sociali, efficienza e distribuzione, mercato e persona.

Tuttavia, la multipolarità degli interessi coinvolti non comporta alcuna alterazione della struttura contrattuale, né tantomeno la sua aprioristica «funzionalizzazione».

La disciplina del contratto di concessione, infatti, viene semplicemente 'corretta' attraverso regole idonee a tutelare interessi che il mercato trascura o comprime.

Non esiste una corrispondenza biunivoca tra diritto amministrativo e interesse pubblico. Il benessere collettivo – a seconda dei problemi da governare – può trovare la sua massimizzazione anche con il dispositivo tecnico del contratto.

Quest'ultimo, nelle relazioni di partenariato, si lascia preferire, in quanto meglio in grado di: favorire la cooperazione reciproca e l'affidamento ottimale; incoraggiare la trasmissione efficiente di informazioni (dipendendo il successo di un PPP soprattutto dalla valutazione pertinente della ripartizione dei rischi tra il settore pubblico ed il settore privato); minimizzare i costi transattivi fornendo regole di default efficienti; assicurare l'impegno ottimale all'adempimento.

I medesimi obiettivi non possono essere realizzati con la tecnica del potere pubblicistico, i cui connotati di inesauribilità, irrinunciabilità, elasticità, in quanto legati ad apprezzamenti discrezionali o di carattere politico, possono avere una portata 'distorsiva' rispetto a operazioni economiche complesse dove sono coinvolte risorse e competenze private, con effetti opposti rispetto a quelli preventivati dall'Amministrazione<sup>101</sup>. Per gli stessi motivi sarebbe insoddisfacente anche il ricorso all'accordo di diritto pubblico (art. 11 della legge n. 241 del 1990), dotato di un regime giuridico incerto e variamente modulato in relazione alla più o meno intensa strumentalità all'interesse pubblico (si pensi alla disciplina delle sopravvenienze e al regime delle invalidità).

Il ricorso al contratto non comporta alcun cedimento dell'azione pubblica alla mera razionalità economica e alla logica mercantile. Come si è visto, il contenuto del regolamento contrattuale viene

---

<sup>100</sup> Difesa del paesaggio e dell'ambiente, tutela della salute, sicurezza nazionale, gioco d'azzardo, rappresentano i valori di maggiore rilevanza: così SMORTO, op. cit.

<sup>101</sup> Esemplicativamente, è utile richiamare lo studio di ALPA, Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato, in *Contratto e Impresa*, 1989, 370 ss..

appositamente conformato da fonti ‘esterne’ rispetto alla volontà delle parti (essenzialmente, le determinazioni delle Autorità indipendenti), proprio al fine di contemperare obiettivi di solidarietà, sostenibilità ed efficienza, e di salvaguardare la posizione di ‘garanzia’ dell’Amministrazione.

Il contratto di concessione di SIEG – con la sua interazione di fonti e strumentazioni giuridiche radicate in aree disciplinari diverse – rappresenta un ulteriore tassello per il superamento di quella incrollabile opposizione valoriale tra pubblico e privato, che costituisce una delle più «remote categorie della mente occidentale»<sup>102</sup>. La crescente utilizzazione del contratto nell’ambito dell’organizzazione e dell’attività amministrativa ha progressivamente assottigliato i confini di demarcazione tra le due aree. La disciplina del fenomeno amministrativo appare oggi retto da una combinazione articolata di norme pubbliche e regole civilistiche<sup>103</sup>.

La neutralità delle tecniche – come è stato affermato con grande chiarezza – sospinge oramai verso un «diritto comune», ossia un diritto dei «mezzi» e non più un diritto dei «fini»<sup>104</sup>. Il pregiudizio sulla incapacità del contratto di assicurare un’adeguata protezione all’interesse generale risale ad un periodo remoto, oramai superato, in cui diritto pubblico e privato venivano studiati come ‘sistemi’ funzionalmente differenziati e connotati da costrutti dogmatici antitetici<sup>105</sup>.

Non solo non esistono vincoli costituzionali che impongano l’utilizzo di un regime pubblicistico per la regolazione dei rapporti amministrativi, ma anzi la regola ermeneutica di cui all’art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990 – secondo cui: «[l]a pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» – conferma che il regime di diritto pubblico (con il suo ventaglio di poteri esorbitanti) si impone soltanto nel caso in cui si debbano esercitare funzioni autoritative, per la loro natura intrinseca, ovvero quando occorra vincere il consenso dell’amministrato<sup>106</sup>.

Il contratto regolato appare senza dubbio distante dalla figura paradigmatica del contratto di diritto comune, inteso come sistema articolato di libere transazioni e radicato nel volere sovrano delle parti. Nel corso della trattazione ne sono emersi i seguenti caratteri: la corposa eterointegrazione del contratto mediante disposizioni analitiche di legge e atto amministrativo, che si spingono a conformare anche il contenuto economico dello scambio: la procedimentalizzazione dell’esercizio

---

<sup>102</sup> Cfr. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 366 ss.; Mazzamuto, Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea, in Europa e dir. priv., 2005, p. 51 ss.

<sup>103</sup> CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 19 ss.; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in www.federalismi.it, n. 14/2016; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 579; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011.

<sup>104</sup> IRTI, prefazione al libro di CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011

<sup>105</sup> Cfr. NAPOLITANO, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in *Il diritto civile, e gli altri, atti del convegno Roma, 2-3 dicembre 2011 a cura di ROPPO e SIRENA*, Milano, 2013.

<sup>106</sup> A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567.

dell'autonomia privata; il passaggio dalla categoria della volontà a quella della scelta razionale, libera e consapevole; la possibilità per il giudice di conformare il contenuto del contratto mediante l'intervento giudiziale del giudice (anche amministrativo: ai sensi dell'art. 120 c.p.a.); l'impronta fortemente cooperativa del rapporto, con molteplici rimedi in funzione riequilibratoria.

L'interazione con le fonti pubblicistiche non appare tuttavia in grado di estirpare la concessione, come disciplinata nel codice dei contratti pubblici, dalla classe di fattispecie che il codice civile denomina «contratto» (art. 1321 c.c.): quella dell'atto consensuale avente ad oggetto un rapporto giuridico patrimoniale (come, per l'appunto, i servizi economici di interesse generale), da cui scaturisce per le parti un vincolo legale irrevocabile unilateralmente (se non nei casi espressamente previsti dalla legge), e rispetto al quale l'ordinamento garantisce l'attuazione specifica o per equivalente dell'impegno violato.

La diminuzione quantitativa dell'apporto privato nella costruzione dell'assetto di interessi vincolante non modifica la struttura e la funzione di scambio del contratto, la cui nozione è da decenni svincolata dai connotati giusnaturalistici della signoria della volontà, così come dalla matrice classica dell'«autoregolamento di interessi»<sup>107</sup>.

La categoria generale del contratto, del resto, non risponde più da tempo ad un paradigma conoscitivo unitario, bensì caratterizzato dalla segmentazione in sotto-sistemi<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Il riferimento è ovviamente all'opera di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 45 ss. In senso contrario, Giorgianni, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 391, concepisce il contratto in termini di «strumento a plurimo impiego», assolvendo esso, a fianco alla funzione tradizionale di manifestazione di autonomia privata e di autoregolamentazione, la funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali.

<sup>108</sup> Al contratto di diritto comune, sono stati affiancati il «contratto con asimmetria di potere contrattuale» e, con riguardo al contratto dell'impresa debole, il c.d. «terzo contratto»: cfr., ex plurimis, S. Mazzamuto, *Il contratto: verso una nuova sistematica*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2016, pag. 597 ss. Sulle frontiere cangianti dell'autonomia contrattuale, cfr. da ultimo BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2017, 1127.