

6. LA NATURA GIURIDICA DELLA PROCEDURA DI GARA DI HOUSING SOCIALE.

6.1. Anticipando le conclusioni tratte dagli argomenti che saranno esposti nel presente § 6, l'Adunanza plenaria ritiene che dall'esame del contenuto degli elementi essenziali del programma di *housing* sociale intrapreso da Roma Capitale (*retro* §§ 1.1. – 1.3.), emerge che è stata posta in essere una iniziativa di partenariato pubblico – privato per la gestione di un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, mediante lo strumento della concessione di servizio pubblico.

Il partenariato pubblico – privato, secondo i principi sottostanti le risoluzioni del Parlamento europeo di maggiore interesse *in parte qua* (14 gennaio 2004 concernente il libro verde sui servizi di interesse generale, 26 ottobre 2006 concernente i partenariati pubblico – privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni), recepite dal codice dei contratti (art. 3, co. 15 *ter*, introdotto dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, c.d. terzo correttivo, e dunque applicabile *ratione temporis* alla procedura in oggetto), si realizza anche attraverso la formula organizzatoria della concessione di servizi che dà vita ad un partenariato non istituzionale (ovvero senza la creazione di enti *ad hoc* preposti alla gestione della collaborazione e del servizio).

A sua volta, l'art. 3, co. 12, del codice dei contratti pubblici, definisce la concessione di servizi come «*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*».

6.1.1. L'*housing* sociale si è sviluppato alla metà del secolo scorso, nei paesi dell'Europa settentrionale, in conseguenza dell'evoluzione della scienza urbanistica, come tentativo di ampliare, qualificandola, l'offerta degli alloggi in affitto (e in misura minore anche in vendita), mettendo a disposizione nuove unità abitative a favore di quelle persone che, escluse per ragioni di reddito dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica, non sono tuttavia in grado di sostenere i costi del libero mercato.

Tale istituto nasce, pertanto, dalla necessità di ripensare gli insediamenti di edilizia sociale sul territorio non solo sotto un profilo quantitativo ma anche sul versante economico-qualitativo: l'*housing* sociale si presenta, quindi, come una modalità d'intervento nella quale gli aspetti immobiliari vengono studiati in funzione dei contenuti sociali, offrendo una molteplicità di risposte per le diverse tipologie di bisogni, dove il contenuto sociale è prevalentemente rappresentato dall'accesso a una casa dignitosa per coloro che non riescono a sostenere i prezzi di mercato, ma anche da una specifica attenzione alla qualità dell'abitare.

La finalità dell'*housing* sociale è di migliorare la condizione di queste persone, favorendo la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile, non solo accedere ad un alloggio adeguato, ma anche a relazioni umane ricche e significative. Data la sostanziale assenza di sovvenzioni pubbliche, l'*housing* sociale si focalizza su quella fascia di cittadini che sono disagiati in quanto impossibilitati a sostenere un affitto di mercato, ma che non lo sono al punto tale da poter accedere all'edilizia residenziale pubblica, finendo con il rappresentare, nel contempo, una politica volta all'incremento del patrimonio in affitto a prezzi calmierati o controllati.

L'*housing* sociale si sostanzia in un programma attraverso il quale si progetta di realizzare un insieme di alloggi e servizi, di eseguire azioni e strumenti, tutti rivolti a coloro che non riescono a soddisfare sul mercato il proprio bisogno abitativo, per ragioni economiche o per l'assenza di un'offerta adeguata. Tra le molteplicità di risposte offerte dall'*housing* sociale vi sono l'affitto calmierato, l'acquisto della casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, nonché soluzioni integrate per le diverse tipologie di bisogni.

In Italia, il progressivo ritiro della mano pubblica dagli investimenti immobiliari a fini sociali e la bolla speculativa del mercato immobiliare, che ha toccato insieme vendita e locazioni, hanno contribuito non poco ad allargare l'area del disagio, sbarrando o rendendo impervio l'accesso alla casa a vaste categorie di persone (giovani coppie, pensionati, famiglie monoparentali, ecc.).

In questo contesto socio economico si è inserito il legislatore attraverso alcune disposizioni normative che hanno individuato, fra l'altro, i destinatari di tali progetti, ovvero le categorie alle quali possono essere destinati gli alloggi realizzati mediante tale programma: l'art. 11, co. 2 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con la legge 6 agosto 2008 n. 133 – recante la disciplina generale per la realizzazione del c.d. Piano casa al fine di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana - ha segnalato le seguenti categorie di destinatari:

- a) nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito;
- b) giovani coppie a basso reddito;
- c) anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate;
- d) studenti fuori sede;
- e) soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio;
- f) altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 della legge 8 febbraio 2007 n. 9 (particolari categorie sociali, soggette a procedure esecutive di rilascio per finita locazione degli immobili adibiti ad uso di abitazioni e residenti nei comuni capoluoghi di provincia, nei comuni con essi confinanti con popolazione superiore a 10.000 abitanti e nei comuni ad alta tensione abitativa);
- g) immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione.

In attuazione della normativa primaria, il d.P.C.M. 16 luglio 2009 - recante l'approvazione del Piano nazionale di edilizia abitativa c.d. Piano casa – ha previsto espressamente, quale prima linea di intervento, la costituzione di un sistema integrato nazionale e locale di fondi immobiliari per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale ovvero la promozione di strumenti finanziari immobiliari innovativi, con la partecipazione di soggetti pubblici e privati per la valorizzazione e l'incremento dell'offerta abitativa in locazione (art. 1).

6.1.2. All'interno del delineato quadro normativo, urbanistico, edilizio e finanziario, si è collocato il Comune di Roma nel tentativo di soddisfare le esigenze della popolazione appartenente a diverse fasce sociali. Già in sede di approvazione del nuovo p.r.g., l'*housing* sociale è stato inserito fra gli obiettivi da realizzarsi mediante criteri di perequazione nonché modalità e procedure per l'acquisizione di aree; sono seguite specifiche iniziative tese a verificare, sotto il profilo finanziario, giuridico ed amministrativo, la fattibilità dell'intervento di *housing* sociale (cfr. la deliberazione

consiliare n. 23 del marzo del 2010, recante gli indirizzi per il c.d. Piano casa di Roma, che ha proposto un programma organico di iniziative da intraprendere per il soddisfacimento dei bisogni alloggiativi per il c.d. segmento debole della popolazione comunale, giungendo a stimare necessaria la realizzazione di 25.700 alloggi entro il 2016).

6.2. Individuate le basi normative ed amministrative, nonché la finalità immanente del programma di *housing* sociale di Roma Capitale, si passa a verificare la presenza degli indici rivelatori della concessione di servizio pubblico, quali delineati, nel corso del tempo, dalle fonti europee e nazionale (cfr. Comunicazioni interpretative della Commissione europea 5 febbraio 2008 e 12 aprile 2000; direttive 2004/18 e 2004/17; artt. 3, co. 12, e 30 codice dei contratti pubblici; artt. 112 e 113 t.u.e.l.; circolari della P.C.M. nn. 3944 del 1 marzo 2002 e 8756 del 6 giugno 2002), nonché dai principi elaborati dalla giurisprudenza europea e nazionale (cfr. da ultimo Corte giust. 15 ottobre 2009, C-196/08; 13 settembre 2007, C-260/04; Corte cost., 7 giugno 2013, n. 134; 12 aprile 2013, n. 67; 20 luglio 2012, n. 199; 17 novembre 2010, n. 325; Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2009, n. 13892; 22 agosto 2007, n. 17829; Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1).

6.2.1. Nel particolare caso di specie sono presenti tutti gli indici che sono stati ritenuti, nel tempo, come qualificanti una concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico e a domanda individuale.

In dettaglio:

- a) la presenza di un autentico servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali – ovvero, secondo il linguaggio dell’Unione europea (artt. 16 e 86 del Trattato FUE), un servizio di interesse economico generale che viene a svolgere una funzione essenziale nell’ambito della costituzione economica di tutti i Paesi membri, dovendosi intendere per tale quello rivolto all’utenza, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività - del quale i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività;
- b) la prestazione a carico degli utenti che si riscontra tipicamente nei servizi a domanda individuale (nella specie gli utenti devono partecipare ad apposita selezione, gestita dal concessionario, per l’assegnazione degli alloggi, versando di volta in volta il corrispettivo della locazione o delle varie tipologie di vendita in base al complesso sistema tariffario individuato dalla legge di gara);
- c) l’assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio; sul punto, deve reputarsi irrilevante che la legge di gara abbia previsto un parziale corrispettivo a carico di Roma Capitale, stante il suo carattere meramente eventuale, frutto della scelta dell’offerente finalizzata alla garanzia dell’equilibrio finanziario dell’impresa, scelta comunque penalizzante in sede di attribuzione del relativo punteggio; inoltre, la subordinazione al pagamento di un corrispettivo — rilevante nella prospettiva europea e nazionale in sede di distinzione tra la figura dell’appalto e quella della concessione — dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio e dalla volontà «politica» dell’ente ma non incide, *ex se*, sulla sua qualifica di servizio pubblico e non può essere pertanto sopravvalutata;
- d) la preordinazione dell’attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, tendenzialmente a tempo indeterminato o comunque per un periodo di lunga durata (nella specie il rapporto concessorio ha una durata pari a 25 anni);
- e) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l’espletamento dell’attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-

professionale e qualità, perché ciò che connota in modo rilevante la natura di servizio pubblico è il conseguimento di fini sociali a favore della collettività per il tramite dell'attività svolta dal gestore;

f) la delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (nella specie, non solo i compiti in materia di stazione appaltante per la realizzazione di opera monumentale, ma soprattutto quelli organizzatori inerenti la scelta dei beneficiari, l'assegnazione degli alloggi, la gestione dei conseguenti rapporti); tale elemento deve esprimere, al di là del *nomen iuris* impiegato dalla legge di gara (concessione, assegnazione, affidamento, contratto di servizio, atto di incarico), la sostanza di un atto di organizzazione e, in quanto tale, ontologicamente diverso da un contratto di appalto; vi è dunque una proiezione esterna dell'*utilitas* perseguita con l'atto concessorio, a differenza della dimensione interna dell'*utilitas* che si consegue con il contratto di appalto; solo grazie al modulo concessorio è possibile esternalizzare il servizio affidandone la gestione a soggetti privati per i quali il vantaggio è costituito dalla possibilità di esigere un prezzo (tariffa) nei confronti degli utenti, donde l'importanza della durata del rapporto idonea a far conseguire un utile al concessionario (caratteristiche queste tutte presenti nella fattispecie per cui è causa);

g) il contenuto del programma di *housing*, inoltre, si caratterizza per la sua struttura trilaterale in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore ed agli utenti, mentre nel contratto d'appalto, come noto, il rapporto ha carattere bilaterale (nella specie è pacifico che la gran parte delle prestazioni del concessionario sono rivolte a soddisfare esigenze dell'utenza disagiata, nel rispetto dei vincoli gestionali imposti e monitorati dall'amministrazione).

6.3. Non è di ostacolo alla qualificazione della procedura in esame quale concessione di servizio pubblico, la circostanza che, nel caso di specie, il concessionario prescelto, in ossequio al contenuto del programma di *housing*, debba realizzare anche cospicui lavori.

6.3.1. Qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività; alle medesime conclusioni è giunta l'Adunanza plenaria in relazione alla connessione ravvisata fra appalti di servizi (accessori e strumentali), rispetto a concessione di servizio pubblico ritenuta prevalente (cfr. Ad. plen. 6 agosto 2013, n. 19).

Tale impostazione è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. 14 novembre 2001, C-310/01; 18 novembre 1999, C-107/98; 19 aprile 1994, C-331/92), per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti, quando vengono in considerazione prestazioni di lavori e servizi: in tal caso, infatti, occorre avere riguardo all'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente (c.d. criterio qualitativo), a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime (c.d. criterio quantitativo). Per completezza si evidenzia che tali principi sono stati recepiti, con alcune peculiarità, dall'art. 14 del codice dei contratti (salvo il temperamento costituito dal criterio quantitativo, inteso come canone esegetico per la determinazione delle prestazioni, che cede, però, a fronte del carattere meramente accessorio dell'una prestazione rispetto all'altra).

6.3.2. Nella specie, deve evidenziarsi che:

a) tutte le opere (sia quelle pubbliche, sia quelle di pubblica utilità sia quelle commerciali), sono destinate, nel loro complesso, ad assicurare il servizio di *housing* sociale garantendo condizioni di vita decorose a tutti i futuri utenti che saranno selezionati in base alle apposite graduatorie;

b) il valore delle opere pubbliche in senso proprio (alloggi di edilizia residenziale pubblica, scuola pubblica ed opere di urbanizzazione), è di gran lunga inferiore al valore dell'insieme delle opere di pubblica utilità e di quelle meramente private (secondo il dato riportato dalla difesa dell'A.t.i. Stile a pagina 14 del gravame incidentale, dato non contestato specificamente da controparte, solo il 15% degli alloggi complessivi è destinato a edilizia residenziale pubblica, mentre la restante parte, oltre il 75%, riguarda la realizzazione di alloggi privati, oltre agli immobili a destinazione commerciale);

c) la durata del rapporto esorbita dai tempi strettamente necessari alla realizzazione delle opere in quanto il servizio di assegnazione e gestione degli alloggi si sviluppa in un arco minimo di 25 anni.

6.4. Assodata la natura di concessione di servizio pubblico locale della procedura in contestazione, ne deriva l'applicazione dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici nella cornice esegetica delineata nel tempo dall'Adunanza plenaria (cfr. 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1).

Il compendio di norme sancite dall'art. 30 cit., rispecchia l'elaborazione comunitaria in ordine:

a) al limitato spazio che occupa la concessione di servizi nella direttiva 2004/18: una scarsa definizione nell'art. 1 ed un'unica regola di non discriminazione dei fornitori nell'art. 3, con espressa previsione, per il resto, di esclusione dall'ambito della direttiva (art. 17);

b) all'applicazione dei principi del Trattato FUE alle concessioni di servizi;

c) all'essenzialità della traslazione del rischio di gestione al concessionario.

Ne discende, da un lato, l'inapplicabilità diretta delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (art. 30, co. 1), dall'altro, l'obbligo di rispettare i principi desumibili dal Trattato FUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale, predeterminazione dei criteri selettivi).

6.5. Si tratta a questo punto di stabilire, in relazione alla controversia sottoposta all'esame dell'Adunanza plenaria, la natura giuridica e la portata applicativa della norma sancita dall'art. 37, co. 13, codice dei contratti pubblici; è irrilevante, ai fini della decisione, che la questione sia stata sottoposta dalla V Sezione nella diversa prospettiva dell'art. 27 del codice dei contratti pubblici (in luogo dell'art. 30), perché in entrambi i casi è necessario comunque individuare i principi desumibili dal Trattato FUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici (fra cui quello di trasparenza di cui si lamenta la lesione da parte della ditta Pessina).

Vanno allo scopo applicati i criteri di indagine elaborati di recente da questa Adunanza plenaria proprio al fine di individuare quali disposizioni del codice dei contratti pubblici siano espressive di principi generali (di derivazione europea ovvero solo nazionale), e dunque capaci di integrare la disciplina delle gare per la selezione di concessionari di servizi pubblici (cfr. Ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13).

In sintesi è sufficiente ribadire che:

a) la regola generale, a mente dell'art. 30, co. 1. cit., è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici;

b) si deve tener conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali;

c) in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme;

d) tuttavia, l'applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria *ratio* immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomo genetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore.