

Ar2

Alberto Gallippi

**Modelli atipici *ab origine* del diritto contrattuale
internazionale, costituzionale e democratico**

Prefazione di
Vincenzo Ferrari





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 4551463

ISBN 978-88-255-2025-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2019

Indice

- 7 *Abstract*
- 11 *Prefazione*
di Vincenzo Ferrari
- 13 *Premessa*
- 15 *Capitolo I*
La nuova disciplina in materia di social housing in base a un commento di Sentenze Consiglio di Stato n. 4358/14 sez. V e Sentenza Cons. Stato adun. Plen. n. 7 del 2014
- 23 *Capitolo II*
Dall'introduzione del contratto di Disponibilità nella disciplina del social housing, alle peculiari novità apportate dai principi comunitari delle direttive concessioni
- 39 *Capitolo III*
Principi e innovative funzioni democratiche della Contrattualistica internazionale applicabile ai nuovi Schemi Contrattuali
- 81 *Conclusioni*
- 85 *Bibliografia*

Abstract

L'autore nella disamina normativa affrontata, caratterizzata da una continua crescita o "scala di valori" sui temi legati alla nuova contrattualistica pubblico-privata e con rilievo internazionale, ha voluto evidenziare non solo alcune forme di evoluzione contrattuali particolari, come nel caso delle garanzie in espansione dal modello contrattuali atipici, ma in particolare il c.d. effetto di Democratizzazione dei nuovi principi EuroUnitari importati dalle direttive concessioni, anche a livello di procedure e procedimenti amministrativi. Il lavoro scientifico a oggetto, pertanto intende analizzare in modo analitico una serie di nuovi strumenti e sistemi Macrocontrattuali, con portata applicativa privatistica e internazionale, atti a determinare una vera e propria "rivoluzione" a livello di diritto amministrativo e pubblico internazionale in prima battuta e di conseguenza, nell'ambito del diritto contrattuale, anche internazionale. L'analisi parte dall'innovativo modello contrattuale pubblico di *social housing*, alla luce di alcune delle più importanti pronunce giurisdizionali di legittimità, e della sua dottrina giurisprudenziale. In tal modo si addiviene, ad una evoluzione della disciplina normativa legata alla tradizionale bipartizione tra appalti e servizi pubblici, nel regime di concessione ed affidamento dei servizi pubblici (e anche privati).

Il particolare aspetto di matrice comunitaria del sistema dei contratti di Disponibilità, secondo le linee guida di un nuovo modello contrattuale c.d. "Globale" per i suoi effetti multidisciplinari a livello giuridico e di fondamentale innovazione specie in ambito di nuove garanzie finanziarie (anche in termini etici, amministrativi e di controllo di gestione annesso) rappresenta una nuova fattispecie caratterizzata dal fenomeno di espansione contrattuale dal pubblico al privato di una serie di innovative "garanzie" che possono dirsi all'origine di una nuova contrattualistica interna agli stati, anche se di livello internazionale (dal c.d. Diritto Materiale Uniforme). Si realizza infine, un vero e proprio *Processo di Democratizzazione internazionale*, caratterizzato non solo da nuovi modelli contrattuali pubblico-privati, ma da nuove procedure anche di carattere endoprocessuale, grazie alle specificità degli Organismi e dei meccanismi di Governance europea, in diversi settori e materie. La contrattualistica *Atipica internazionale* è attualmente la fonte legislativa maggiormente "democratica" di tali innovativi "macrosistemi" pubblico-privati, con portata internazionale e finanziaria. Le stesse linee guida di sviluppo del nuovo aspetto di Universalità del Diritto vengono

determinate dai modelli contrattuali Atipici internazionali, che in particolare hanno l'ulteriore pregio di aver posto solide basi normative, anche particolari, al Processo di Democratizzazione internazionale. Alla fine tale processo non solo ex iure, ma anche con leggi specifiche e principi guida a sua volta, sta generando un vero e proprio "Diritto contrattuale costituzionale internazionale". In definitiva s'instaura un nuovo *Modello costituzionale di Democrazia contrattuale internazionale* agente a livello Amministrativo e Pubblico con caratteristiche speciali specifiche, come ad esempio per il caso *Odebrecht/Braskem* innovativo "Protocollo Ibrido internazionale" in tema di nuovo sistema di Controllo Interno e Compliance e di evoluzione globale delle procedure di Anti Corruzione applicate all'interno dei singoli stati.

The author in the normative discussion addressed, characterized by a continuous growth or "scale of values" on issues related to the new public-private contracts and with international prominence, wanted to highlight not only certain forms of special contractual developments, as in the case of guarantees expanding from the atypical contract model, but in particular the so-called effect of Democratization of the new EuroUnitary Principles imported from the Concessions Directives, also at the level of administrative procedures and procedures. The scientific work to object, therefore, intends to analyze in an analytical way a series of new Macrocontractual tools and systems, with a private and international application scope, capable of determining a real "revolution" in terms of administrative law and international public in the first instance. as a consequence in the field of contract law, including international law. The analysis starts from the innovative public social contract model of Social Housing, in light of some of the most important judicial decisions of legitimacy, and its jurisprudential doctrine.

In this way an evolution of the normative discipline linked to the traditional bipartition between public tenders and services, in the regime of concession and entrustment of public services (and also private ones) takes place.

The particular aspect of the Community framework of the system of Contracts of Availability, according to the guidelines of a new contractual model c.d. "Global" for its multidisciplinary effects on the legal level and fundamental innovation, especially in the field of new financial guarantees (also in terms of ethics, administration and management control) represents a new case characterized by the phenomenon of contractual expansion from public to private a series of innovative "guarantees" that can be said to be the source of a new contract within the states, even if at the international level (from the so-called Uniform Material Law). Finally, a real process of international democratization is realized, characterized not only by new public-private contractual models, but by new procedures also of an endo-

processual nature, thanks to the specificities of the European Governance Bodies and mechanisms, in different sectors and subjects.

It may be concluded that International Atypical contracts are currently the most “democratic” legislative source of such innovative public–private macro–systems, with international and financial scope. The same guidelines for the development of the new aspect of the universality of law are determined by the International Atypical Contracting Models, which in particular have the additional merit of having laid solid and specific legal bases, too, in the process of International Democratization. In the end this process, not only *ex–iure*, but also with specific laws and guiding principles, is generating a real “International Constitutional Contract Law”. Ultimately, a new Constitutional Model of International Contractual Democracy is set up at the Administrative and Public level with specific special characteristics, such as for example the innovative “International Hybrid Protocol” on the subject of the new Internal Control system and “Odebrecht/Braskem” Compliance and global evolution of the Anti–Corruption procedures applied within the individual States.

Prefazione

VINCENZO FERRARI*

In un momento storico molto delicato e problematico per l'ordinamento dell'Unione Europea, una boccata di ossigeno e di ottimismo proviene da questo saggio dell'Avv. Alberto Gallippi che, partendo dalla disamina della nuova disciplina del *social housing*, sviluppa considerazioni incentrate sull'effetto di democratizzazione che i principi euro-unitari inducono nel diritto contrattuale sovranazionale.

L'analisi dell'Autore è connotata da una particolare tensione etica, volta a valorizzare il positivo impatto che tali principi sono destinati ad avere sullo sviluppo "neodemocratico" della contrattualistica internazionale, della quale vengono individuati strumenti e sistemi che, sul piano "macrocontrattuale", stanno coinvolgendo tanto il diritto pubblico quanto il diritto privato.

Nella prospettiva auspicata da Gallippi, la sinergia fra principi Unidroit, principi del diritto europeo dei contratti e principio di sussidiarietà, in un rinnovato rapporto fra democrazia e autonomia, dovrebbe condurre verso un nuovo "diritto costituzionale internazionale".

La visione è sicuramente molto ottimistica, ma non manca di profili di concretezza allorché lo stesso Autore la confronta con la dottrina dell'ordinamento del caso concreto, dalla quale espunge stimoli per ulteriori approfondimenti, che gli auguriamo possa condurre in ulteriori lavori, sui modelli giuridici atipici che sembrano volersi affermare come l'asse portante delle innovazioni ordinamentali a livello sovranazionale e internazionale.

* Professore Avvocato, Ordinario di diritto privato nell'Università della Calabria

Premessa

Il lavoro scientifico proposto, intende analizzare in modo analitico e dettagliato una serie di nuovi strumenti e sistemi contrattuali di rilievo principalmente pubblico, ma con portata applicativa privatistica e internazionale, atti a fornire una vera e propria “rivoluzione” a livello di diritto amministrativo (anche internazionale) dapprima e di conseguenza nell’ambito del diritto contrattuale, esteso a molte forme di gestione finanziaria in essere. In particolare, la disamina disciplinare e normativa, partendo dall’innovativo modello contrattuale pubblico di *social housing*, alla luce di alcune delle più importanti pronunce giurisdizionali di legittimità, nonché della sua dottrina giurisprudenziale analizzata, rappresenta un momento di superamento della disciplina normativa, legata alla tradizionale e rigida bipartizione tra appalti e servizi pubblici, nel regime di concessione e affidamento dei servizi pubblici (e anche privati).

Nello stesso tempo, il saggio sviluppa il particolare rilievo di matrice comunitaria del sistema dei contratti di Disponibilità, secondo le linee guida di un nuovo modello contrattuale c.d. “Globale”, per i suoi effetti multidisciplinari a livello giuridico e di fondamentale innovazione, specie in ambito di nuove garanzie finanziarie (anche in termini etici, amministrativi e di controllo di gestione annesso) per tutti gli operatori economici e giuridici del settore in continua espansione.

La ricerca in tal modo, può infine approdare a un quadro finale di quella continua evoluzione fatta propria di una sempre più ampia disanima delle novità giuridiche di rilievo internazionale e pubblico. In tal modo può evidenziarsi un vero e proprio *Processo di Democratizzazione internazionale*, caratterizzato non solo da nuovi modelli contrattuali pubblico-privati, ma da nuove procedure anche di carattere endoprocessuale, grazie alle specificità degli Organismi e meccanismi di Governance europea, in diversi settori. Pertanto, l’evoluzione definitiva della contrattualistica *Atipica internazionale* sta per consolidare degli innovativi “macrosistemi” pubblico-privati di rilievo internazionale e finanziario, validi anche, quali nuovi modelli gestionali di partnership pubblico privato.

In linea di continuità con tale disamina della contrattualistica Atipica, il saggio sviluppa in successione gli innumerevoli aspetti di fonte e matrice internazionale, finalizzati a dare luce sulle innovative funzioni democratiche del Diritto Materiale Uniforme o *Soft Law*.

All'interno dello stesso e delle sue tematiche democratiche legate allo sviluppo evolutivo della Contrattualistica internazionale Pubblico/Privata si nota non solo l'estrema valorizzazione della portata costituzionale internazionale degli elementi e principi alla base delle fonti internazionali come *Icoterms*, principi Unidroit, Regolamenti di Roma, e *Lex Mercatoria*, come ad esempio in tema di *ordine pubblico internazionale ed Europeo*, attraverso cui il Giudice europeo controlla ex post il sistema di comunità Democratica del Diritto, attraverso una serie complessa e in continua espansione di rimedi giuridici e procedimenti che consentono di verificare nei confronti del legislatore la compatibilità costituzionale rispetto ai valori espressi dagli Atti della Corte costituzionale, costituita dal Trattato CE (c.d. Controllo di legittimità degli Atti delle Istituzioni UE) o ancora come nel caso dell'innovativo rischio contrattuale gestionale importato dalle nuove Direttive sul Commercio Elettronico.

In definitiva s'instaura un nuovo *Modello costituzionale di Democrazia contrattuale internazionale* agente a livello Amministrativo e Pubblico con caratteristiche speciali e specifiche, come ad esempio per il caso *Odebrecht/Braskem* innovativo "Protocollo Ibrido internazionale" in tema di nuovo sistema di Controllo Interno e Compliance e di evoluzione globale delle procedure di Anti Corruzione applicate all'interno dei singoli stati.

La nuova disciplina in materia di *social housing* in base a un commento di Sentenze Consiglio di Stato n. 4358/14 sez. V e Sentenza Cons. Stato adun. Plen. n. 7 del 2014

Con le risoluzioni del Parlamento europeo, del 14 gennaio riguardante il libro verde sui servizi di interesse generale, e del 26 ottobre 2006 relativo al tema del partenariato pubblico-privato, nel solco del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, sono stati espressi taluni principi, in base ai quali, entro la formula organizzatoria della concessione dei servizi, può, tra l'altro, realizzarsi una forma di partenariato non istituzionale, vale a dire un partenariato, che si concreta, senza la realizzazione di enti specifici affidatari della gestione e della collaborazione di un servizio.

Dette risoluzioni, con i principi ivi espressi, sono stati recepite, all'interno dell'ordinamento italiano, nel c.d. codice dei contratti, con particolare riferimento all'art. 3, co. 15-ter, introdotto dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

L'art. 3, co. 12 del d.lgs. cit. offre la definizione di "concessione dei servizi", inquadrando tale istituto come: «Un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a 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».

È dunque in questo quadro, che va ricondotta un'analisi del c.d. *social housing* per individuarne, da un lato le caratteristiche particolari, da un altro le differenze con altri istituti ascrivibili o contigui al quadro delle varie ipotesi di partenariato pubblico/privato, rinvenibili sia nell'ambito degli ordinamenti interni dei vari stati dell'Unione europea¹, che a livello comunitario.

1. Un esempio in tema è quello dei *Social Impact Bond*, un istituto di collaborazione pubblico-privata via via sempre più diffuso in anni recenti prima nei paesi di lingua anglosassone, e oggi anche ad es. in Olanda, Germania. «Si può affermare che è individuabile un paradigma di riferimento per i Social Impact Bonds, sebbene non sia da escludere che le modalità concrete di costruzione dell'operazione contrattuale possano essere soggette a varianti: uno o più investitori privati, coordinati da un promotore-intermediario, finanziano determinate attività di interesse sociale, secondo un programma-convenzione con una pubblica amministrazione, la quale si impegna a remunerare i servizi prestati, nella sola ipotesi che l'attività concordata abbia raggiunto gli obiettivi puntualmente definiti nel programma convenzione. Infatti il disegno organizzativo del Sib si fonda indefettibilmente

Detta analisi, come già anticipato, va collocata nel più ampio esame degli istituti concessori di servizi rinvenibili del diritto comunitario nelle forme e istituti realizzati, in sede di recepimento, nell'ordinamento italiano.

La c.d. edilizia residenziale sociale (*social housing*) si è sviluppata nella metà del secolo scorso per soddisfare i bisogni abitativi di particolari classi economico-sociali, soprattutto il ceto medio, che pur soffrendo condizioni di disagio economico e finanziario, progressiva scarsità di risorse e diminuito potere d'acquisto, tuttavia, in base ai parametri esistenti, non rientravano nelle fasce più povere della popolazione e dunque non avevano il diritto di accedere alla c.d. edilizia residenziale pubblica, per come disciplinata dai piani di edilizia economica popolare introdotti dalla legge 18 aprile 1962, n. 167².

Tale istituto trova la sua giustificazione, nella necessità di ripensare gli insediamenti di edilizia sociale sul territorio, anche sul versante economico-qualitativo: tramite il *social housing*, gli aspetti immobiliari degli interventi sul territorio sono concepiti e sviluppati in funzione dei contenuti sociali, al fine di offrire risposte diversificate, per le diverse tipologie di bisogni, e

sul coinvolgimento di cinque tipologie di soggetti: una pubblica amministrazione, uno o più investitori, un promotore-intermediario, uno o più prestatori di servizi afferenti al terzo settore e un soggetto valutatore indipendenti. La messa in correlazione delle attività di tutti questi soggetti, ciascuno per la propria competenza e specificazione d'interessi, struttura propriamente il Social Impact Bond». Cfr. A. BIASIMI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: I «Social Impact Bonds»*, in Riv. Trim. di Diritto Pubblico, 1, Giuffrè, 2015, p. 69.

2. Per una disamina delle varie forme di istituti attuati nei vari paesi dell'Unione europea si veda il Report "Social Housing. Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale" a cura della Cassa Depositi e prestiti su www.cdpsigr.it. Si va dalle esperienze di Edilizia pubblica francese e di HLM (abitazione ad affitto moderato) in Francia, alla residenza condivisa o "housing senza scopo di lucro" in Danimarca, dall'alloggio pubblico in Svezia, costituito da alloggi posseduti dai Comuni, alla promozione residenziale in Germania, fondata su un sistema di sussidi indiretti da parte del settore pubblico a favore di quello privato, dall'housing a profitto limitato o popolare dell'Austria, caratterizzato da una forte interazione tra pubblico (sia a livello centrale che locale) e privato (costruttori, proprietari, istituzioni finanziarie), alla residenza protetta in Spagna. Tale diversità di impostazioni nasce dalla mancanza di un'adozione da parte dei vari stati europei di una definizione unitaria ufficiale di *social housing*. L'unica rinvenibile «è quella generalista elaborata dal CHECO-DAS (European Federation of Public, Cooperative & Social Housing), che fa riferimento alle «soluzioni abitative per quei nuclei familiari i cui bisogni non possono essere soddisfatti alle condizioni di mercato e per le quali esistono regole di assegnazione» Per quanto riguarda l'evoluzione delle politiche per l'edilizia residenziale pubblica in Italia in maniera molto sintetica il quadro è il seguente: 1903 – Legge Luzzati: Lo stato riconosce per la prima volta la funzione pubblica della casa, ma senza intervento diretto nell'edilizia popolare; 1908 – R.D. 89/1908 Vengono regolate una serie di operazioni finanziarie che gli IACP (istituti autonomi case popolari) possono mettere in essere: accensione di mutui, operazioni di credito con Cassa Depositi e Prestiti, emissione di obbligazioni a fini di finanziamento. 1938 Testo Unico delle disposizioni sull'Edilizia Popolare ed Economica – si individuano strumenti con cui Comuni, società cooperative, società di mutuo soccorso, Enti e IACP acquisiscono risorse per l'edilizia residenziale dei meno abbienti. 1949 Piano Ina-Casa (c.d. Legge Fanfani). Ci si propone di creare occupazione con la costruzione di case da assegnare attraverso graduatorie e con un sistema di finanziamento che coinvolge Stato, datori di lavoro e lavoratori; 1963 nasce il fondo "Gestione case per i lavoratori" (GESCAL), 1971/1972 L. 865/1971 e d.P.R. 1036/72 si Istituisce l'ERP (edilizia Residenziale pubblica).

in cui il contenuto sociale è rappresentato dall'accesso a una casa dignitosa con una specifica attenzione alla qualità dell'abitare.

La finalità del *social housing* è di migliorare la condizione di talune persone, attraverso la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso anche sotto il profilo dia relazioni umane ricche e significative. Il *social housing* si focalizza su quella fascia di cittadini che, pur impossibilitati a sostenere i prezzi di mercato, tuttavia hanno redditi che non consentono loro di accedere, all'edilizia residenziale pubblica.

Detto intervento può avvenire tramite l'affitto calmierato, l'acquisto della casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, nonché tramite soluzioni concepite, in rapporto alle diverse tipologie di bisogni.

Dunque lo strumento si palesa, fin dagli inizi come complementare alla ERP (edilizia residenziale pubblica), sviluppando, assieme ad alcuni punti d'incontro con la stessa, delle caratterizzazioni proprie. Tuttavia la mancanza di una definizione univoca dell'istituto, in uno a una sua applicazione differenziata dalle diverse iniziative elaborate a livello regionale e locale, hanno creato dubbi e problematiche applicative varie.

Il *social housing* nel nostro ordinamento ha avuto un iniziale riconoscimento legislativo con l'art. 11 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (c.d. "Piano Casa") convertito con legge 6 agosto 2008 n. 133., nel quale sono innanzitutto definite le finalità dell'istituto da perseguire nell'ambito di programmi integrati di edilizia sociale. Detti programmi si collocano nel contesto di interventi di riqualificazione urbana³. Il comma II del medesimo articolo individua poi le categorie sociali destinatarie delle norme suddette, categorie, in forza della *ratio* legislativa sopra illustrata, necessariamente più ampia di quella oggetto degli interventi di edilizia residenziale pubblica popolare, di cui alla legge del 1962.

Le categorie individuate dalla normativa *de quo* sono:

- 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 n. 9 del 2007;
- g) gli immigrati regolari.

3. art. 11, comma I L. 133/08: «Il piano è rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare a uso abitativo attraverso l'offerta di alloggi di edilizia residenziale, da realizzare nel rispetto dei criteri di efficienza energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti, con il coinvolgimento di capitali pubblici e privati, destinati prioritariamente a prima casa».

Il quadro normativo introdotto dalla legge n. 133 del 2008 è stato poi contestualizzato da un successivo DPCM del 16 luglio 2009, che precisando e delineandole modalità di intervento (c.d. “linee di intervento”), ha definito e completato la disciplina del *social housing*⁴.

Per questa via, il legislatore ha recepito, sebbene parzialmente, i principi elaborati in sede di Parlamento Europeo e confluiti nelle risoluzioni del 14 gennaio 2004 e del 26 ottobre 2006. Detti principi successivamente, ma in relazione alle procedure di evidenza pubblica, sono confluiti, nel nostro ordinamento, nel codice dei contratti pubblici, creando dei nodi problematici di contatto che il giudice amministrativo ha inteso risolvere, contribuendo in tal modo a una prima sistemazione dell’istituto e a chiarirne, da un lato l’ambito applicativo, dall’altro talune caratteristiche distintive.

In questo contesto normativo vanno analizzati due recenti interventi del Supremo Giudice amministrativo che ha iniziato a definire e risolvere una serie di problematiche interpretative, causate anche dal fatto che detta normativa entra in una relazione, con le disposizioni del codice dei contratti pubblici in materia di evidenza pubblica e che avevano sollevato oltre a dubbi interpretativi, anche orientamenti giurisprudenziali non univoci.

Con la sentenza n. 4358/14 sez. V i giudici hanno esaminato gli elementi essenziali del programma di *social housing*, e per questa via hanno definito la normativa applicabile e la irriducibilità di questa figura alla disciplina degli appalti pubblici. Il punto di partenza è una sentenza del TAR Lombardia n. 4436/2009 nella quale i giudici hanno sostenuto che gli interventi di

4. Lo speciale regime normativo e procedurale del Piano Nazionale di Edilizia Abitativa può sinteticamente essere ricostruito nei termini che seguono; – l’art. 11 d.l. 112/2008, per garantire sull’intero territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo, ha previsto l’approvazione di un Piano Nazionale di Edilizia Abitativa, con DPCM, previa delibera del CIPE, d’intesa con la Conferenza Unificata, su proposta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; – in tale Piano Casa Nazionale (co. 3 lett. e), tra l’altro, rientrano anche i programmi di c.d. *social housing*; – il Piano è stato approvato con DPCM 16 luglio 2009 che, all’art. 4, prevede la stipula di accordi di programma, sulla base delle procedure attuative di cui all’art. 8 del medesimo DPCM; – la procedura è così regolata (art. 8 DPCM): a) le Regioni, d’intesa con gli EE.LL., propongono al Ministero un programma coordinato di intervento per incrementare, tra l’altro, il patrimonio di E.R.S.; b) le proposte di intervento, sia pubbliche che private, sono selezionate attraverso procedure di evidenza pubblica; c) per le consequenziali variazioni urbanistiche, viene indetta un’apposita Conferenza di Servizi, cui partecipano tutti i soggetti interessati al rilascio di atti di assenso comunque denominati; – i programmi devono pervenire al Ministero (art. 9 DPCM) entro 180 giorni dal provvedimento regionale di riparto dei contributi appositamente stanziati; Detto provvedimento normativo ha previsto: a. «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 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»; b. l’incremento del patrimonio di edilizia residenziale pubblica; c. la promozione finanziaria anche ad iniziativa di privati (il c.d. *project financing*); d. le agevolazioni a cooperative edilizie costituite tra i soggetti destinatari degli interventi; e. la definizione di programmi integrati di promozione di edilizia residenziale anche sociale; f. l’avvio di interventi di competenza degli ex IACP.

edilizia residenziale pubblica convenzionata o agevolata sono eseguiti da soggetti privati e si traducono nella realizzazione di beni di proprietà privata, superficaria o piena. Pertanto non è applicabile in questi casi la disciplina di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, in materia di appalti⁵.

In un'altra pronuncia del Cons. di Stato n. 7 del 30 gennaio 2014, il supremo Giudice amministrativo ha ricostruito ed evidenziato la natura giuridica delle procedura di gara di *social housing*, qualificandola pertanto una forma «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».

Gli indici rivelatori della concessione di servizio pubblico, sono stati delineati nel corso del tempo, da una serie di fonti europee e nazionali⁶; nonché dai principi, elaborati in sede di giurisprudenza europea e nazionale⁷.

Gli indici desumibili dall'esame complessivo di fonti ed elaborazione giurisprudenziale porta a individuare:

- presenza di un servizio pubblico locale, diretto a produrre beni e utilità per obiettive esigenze sociali⁸;
- prestazione a carico degli utenti, tipica dei servizi a domanda individuale;
- assunzione del rischio economico di gestione sul concessionario;
- esistenza di una platea indifferenziata di utenti e per un tempo tendenzialmente indeterminato;
- presenza di una serie di obblighi per il gestore e di regole di continuità, regolare capacità tecnico–organizzative, atte a soddisfare tali fini sociali;
- delega traslativa di poteri organizzatori dell'ente pubblico al gestore privato. Questo aspetto si rivela decisivo, ai fini della distinzione con l'appalto: nell'appalto vi è una dimensione interna dell'*utilitas*, laddove nella concessione vi è una esternalizzazione dell'*utilitas*;
- non è rilevante ai fini della qualificazione come concessione di servizio pubblico che il concessionario debba realizzare anche lavori di notevole entità. In questo caso deve aversi riguardo al nesso strumen-

5. In questo senso si erano precedentemente pronunciato il Consiglio di Stato. Cfr Cons. Stato, ad. Plen 25 gennaio 2000, n. 9; Cons. Stato sez. VI 9 marzo 2007, n. 1103.

6. 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 primo marzo 2002 e 8756 del 6 giugno 2002.

7. 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. pl. 7 maggio 2013 n. 13; 3 marzo 2008 n. 1.

8. V. art. 16 e 86 Trattato FUE dove si parla di «servizio di interesse economico generale avente funzione essenziale nella costituzione economica dei paesi membri della UE».

tale tra gestione del servizio ed esecuzione dei lavori. Evidentemente nella concessione di servizio la realizzazione delle opere è collocata all'interno di un quadro programmatico più ampio e complesso di gestione di servizi, diretti a soddisfare esigenze primarie di notevole rilievo economico–sociale.

Da questo quadro di analisi deriva poi la possibilità di discernere quali norme applicare alle concessioni in housing, avendo come riferimento la distinzione di questo istituto dall'appalto di lavori pubblici, per come affermato dall'art. 30, co. 1 del codice dei contratti pubblici e di conseguenza applicando alle gare di selezione di concessionari dei servizi pubblici solo quelle norme del codice dei contratti pubblici, che siano espressive di principi generali di derivazione europeo nazionale.

In particolare è stata esaminata dal Giudice amministrativo in più occasioni la questione dell'applicabilità o meno alle concessioni di servizi (più esattamente alle procedure di individuazione dei soggetti a cui affidare una concessione di servizi) dell'art. 37, co. 13 del codice dei contratti pubblici dettato in tema di raggruppamento temporaneo di imprese (c.d. ATI).

Il testo dell'art. cit. per come novellato dal art. 1 d.l. 6 luglio 2012 n. 95, co. 2–bis, lett. a) (legge di conversione n. 135, del 7 agosto 2012) oggi recita: «Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione del raggruppamento»⁹.

Oggi si può dire affermato, soprattutto in virtù della sent. Cons. Stato, adun. Plen. n. 7 del 2014 l'applicabilità di questa norma esclusivamente alla materia degli appalti.

E ciò nonostante una interpretazione differente inizialmente avallata in dottrina e anche in alcune pronunce, della norma medesima in uno con il co. 4 dell'art. 37 del codice degli appalti, laddove si prescrive che «nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguire dai singoli operatori economici, riuniti o consorziati»¹⁰.

9. Il testo della norma prima della novella cit. era il seguente «I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

10. Si è addirittura sviluppato, come ricordato nella pronuncia del Cons. Stato in questione un «indirizzo giurisprudenziale che si è sviluppato su un filone esegetico che ha diviso un ulteriore necessario parallelismo, in modo congiunto, anche fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione». I principi individuati sono i seguenti, ma sono applicabili alle sole ipotesi di appalto: corrispondenza sostanziale, già in sede di offerta tra quote di partecipazione dell'ati e le quote di esecuzione dei lavori. La relativa dichiarazione diventa perciò un requisito di ammissione alla gara; in quanto precetto imperativo, anche se non esplicitato dalla *lex specialis*, comporta, se inosservato, l'esclusione dalla gara (v. Cons. Stato, adun. Plen. 16 ottobre 2013, n. 23,