

Società di economia mista: caratteri generali, la diretta influenza del modello delineato dall'Unione Europea e alcune esperienze nazionali

SANDRA ANTONIAZZI
*Professore Aggregato di
Diritto Amministrativo
Università di Roma
"Tor Vergata"*

1. Introduzione
2. La società di economia mista come espressione di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) e gli atti dell'UE
3. La scelta del socio privato della società mista mediante la procedura ad evidenza pubblica
4. PPPI, PPP e disciplina dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano
5. Le società di economia mista nel Regno Unito, in Germania, Francia e in Spagna: gli aspetti comuni, i settori coinvolti e la disciplina dei contratti pubblici dopo il recepimento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014
6. Le società miste nell'ordinamento italiano: l'intricato quadro normativo fino all'art. 17 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione mista pubblico-privata
7. Riflessioni finali: la promozione del modello europeo nel contesto di carenza di risorse finanziarie ed organizzative degli enti locali

Sommario

La società di economia mista è uno schema giuridico diffuso negli ordinamenti europei per la gestione di servizi pubblici locali e la realizzazione di opere pubbliche; l'Unione Europea, sulla base del principio di concorrenza e di regole uniformi in materia di contratti pubblici, ha progressivamente legittimato questo modello di gestione, mediante noti atti di *soft law* in tema di PPPI, per finalità di integrazione nell'applicazione delle regole sulle procedure ad evidenza pubblica, affermando la necessità della gara per la scelta del socio privato e l'oggetto dell'attività della società mista (c.d. "doppia gara"). Quindi, nel tempo, è emerso un *modello europeo* che gli ordinamenti interni hanno, comunque, "recepito" anche in attuazione delle direttive sui contratti pubbli-

Artículo recibido el 05/10/2018; aceptado el 15/11/2018.

ci, nonostante le inevitabili differenze circa le modalità di gestione dei servizi pubblici locali. E' assai interessante verificare alcune esperienze (Regno Unito, Germania, Francia, Spagna, Italia) per osservare le soluzioni adottate in questo settore dell'economia strettamente collegato all'autonomia agli enti territoriali.

Parole chiave: *Società di economia mista; gestione di servizi pubblici locali o realizzazione di opere pubbliche; enti locali e operatori economici; partenariato pubblico privato istituzionalizzato; modello europeo ed integrazione.*

Society of mixed economy: general characters, the direct influence of the model outlined by the European Union and some experiences of national systems

Abstract

The mixed company is a widespread legal scheme in European legal systems for the management of local public services and the construction of public works; on the basis of the principle of competition and uniform rules on public contracts, the European Union has progressively legitimised this management model, through well-known soft law acts on PPPI, for the integration thorough the application of the rules on public procedures and the necessity of the competition for the choice of the private partner and the object of the activity (so-called "double competition"). Therefore, over time, a "European model" emerged and the internal legal systems have, however, "received" it also in implementing the directives on public contracts, despite the inevitable differences regarding the methods of management of local public services. It is very interesting to verify some experiences (United Kingdom, Germany, France, Spain and Italy) to observe the solutions adopted in this sector of the economy that is very closely to the autonomy of local authorities.

Keywords: Mixed companies; managing local public utilities or realization of public works; local authorities and economic operators; institutionalized public-private partnership; European model and integration.

1

Introduzione

La società di economia mista per la gestione di servizi pubblici o per la realizzazione di opere pubbliche è uno schema giuridico noto e diffuso in diversi

ordinamenti nazionali come modalità di collaborazione pubblico-privata e, quindi, di partenariato tra enti pubblici, in particolare enti locali, e operatori economici; le soluzioni tecniche, soprattutto per la scelta del socio privato, in tempi meno recenti dipendevano dalle diverse tradizioni dei singoli ordinamenti secondo percorsi, ancora attuali ma non sempre lineari, tra il diritto pubblico e il diritto privato per obiettivi comuni.

I riferimenti ad atti di *soft law*¹ dell'UE evidenziano la riconducibilità delle società di economia mista al *partenariato pubblico-privato istituzionalizzato* (PPPI), distinto dal partenariato pubblico-privato (PPP) contrattuale, soluzioni richiamate in vari documenti ufficiali, senza elaborare una definizione normativa generale, ma delineando comunque un *modello europeo* comune attuabile mediante la disciplina dei contratti pubblici, recepita negli ordinamenti nazionali.

La sintesi di alcune interessanti esperienze nazionali e l'analisi dello schema italiano di società mista consente di acquisire il quadro generale delle questioni di fondo anche in relazione alle riforme degli enti territoriali nel contesto della crisi finanziaria ed economica. Nell'ordinamento italiano, la disciplina si presenta particolarmente intricata nella sua evoluzione fino al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica, e non facilmente riconducibile ad una definita politica dei servizi pubblici locali, come emerge dai numerosi tentativi di adattamento normativo alle indicazioni dell'UE e dalle riforme interne volte alla riduzione della spesa pubblica e alla razionalizzazione delle competenze degli enti locali. Anche il caso dell'ordinamento spagnolo si inserisce in questo quadro di riforme contestuali sotto la spinta di esigenze di equilibrio di bilancio per le autonomie locali, come in altri Paesi europei.

2

La società di economia mista come espressione di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) e gli atti dell'UE

Alcuni ordinamenti giuridici europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania) hanno da tempo applicato gli schemi giuridici della società di economia mista per la gestione dei servizi pubblici o la realizzazione di opere pubbliche, riconducibili all'ambito del partenariato pubblico privato isti-

1. V. Commissione europea, *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (30 aprile 2004; COM (2004) 327 def.), in www.eur-lex.europa.eu.; Comunicazione interpretativa della Commissione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, in www.ec.europa.eu.

tuzionalizzato, secondo le indicazioni dell'UE espresse in vari documenti ufficiali –atti di *soft law*– a partire dal 2004; inoltre, prima delle direttive del 2004 in materia di contratti pubblici, in diversi ordinamenti europei, il quadro delle regole applicabili nella scelta del partner privato era disomogeneo², mentre si riscontrano maggiori similitudini negli anni successivi. Peraltro, la disciplina del PPP è stata formulata in diversi Paesi europei in modo organico sulla base dell'esperienza originale del Regno Unito; quella del PPPI è ad oggi ancora frammentaria o dispersa in diverse disposizioni sull'attività degli enti pubblici locali e sui contratti pubblici. Tuttavia, gli atti delle istituzioni europee hanno decisamente contribuito ad affermare un *modello europeo* di società mista che rientra nel PPPI, ovviamente con l'obiettivo di chiarire l'applicazione delle norme sui contratti pubblici e sulla concorrenza.

In generale, il partenariato pubblico-privato³ rappresenta una soluzione articolata di cooperazione tra settore pubblico e privato, come strategia alternativa ed efficace alla gestione esclusivamente pubblicistica di un servizio o alla realizzazione di un'opera pubblica con finanziamenti pubblici per la disponibilità di infrastrutture moderne e di risorse più rilevanti. Nel caso dei servizi pubblici locali, le particolari modalità di PPPI hanno comportato un'evoluzione del diritto e della regolazione, in quanto strumento di investimento e di crescita economica; inoltre, la disciplina della gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale, come definiti dal TFUE, è stata oggetto di evoluzione nei diversi Paesi europei in conseguenza della crisi finanziaria ed economica, per le misure di riduzione del debito pubblico e il recepimento delle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici, di concessioni e di servizi. Il settore richiede, per tradizione, l'intervento dello Stato o comunque di un ente pubblico territoriale per la gestione e l'organizzazione e i soggetti erogatori si confrontano in un mercato concorrenziale che però non può basarsi su regole e dinamiche dei mercati esclusivamente privati.

La collaborazione tra settore pubblico e privato è stata oggetto di attenzione a livello comunitario a partire dalla Direttiva 93/37/CEE del Consiglio europeo del 14 giugno 1993, circa il coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti di opere pubbliche per la realizzazione delle infrastrutture e la gestione dei servizi pubblici con una significativa e graduale evolu-

2. Per le diverse soluzioni in alcuni Paesi europei (Francia, Germania, Spagna), si rinvia a D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M. P. CHIRI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, il Mulino, Bologna, 2006, 104 ss.

3. Di seguito indicato come PPP.

zione⁴; questa disciplina introduce la concessione di opera pubblica (artt. 1, d); 3) e tale previsione potrebbe essere considerata come il punto di partenza di un *sistema aperto* ai soggetti privati per la ricerca di finanziamenti e, quindi, volto alla promozione della collaborazione con il settore privato nella politica di realizzazione e gestione delle infrastrutture di interesse pubblico. Per il mercato unico vi sono riferimenti alle infrastrutture e ai servizi nel Trattato di Maastricht (art. 129, A, B e C), mentre gli obiettivi specifici sono precisati nel *Libro Bianco*⁵ (1993) circa l'incremento della redditività degli investimenti e della competitività del sistema. A ciò si è aggiunto il principio di *stabilità del bilancio* da cui è di certo conseguita la promozione della collaborazione tra enti pubblici e soggetti privati dato che consente al settore pubblico di utilizzare nuove formule di reperimento di risorse finanziarie; in seguito, a partire dal 2000, anche i criteri specifici e le classificazioni elaborate da Eurostat⁶ prevedono questa soluzione proprio in relazione a nuove modalità di finanziamento collegate al settore privato.

La nozione di partenariato pubblico-privato comporta uno schema complesso di rapporti tra autorità pubbliche e imprese private e, più precisamente, la Commissione europea ha chiarito nel *Libro Verde*⁷ del 2004 che esso consiste in forme di *cooperazione* che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, la gestione di una ristrutturazione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. Il principale vantaggio che deriva dal coinvolgimento del settore privato nella gestione di un servizio pubblico è che l'ente pubblico non deve utilizzare proprie risorse per sostenere l'erogazione di un servizio pubblico; inoltre, vi sono altri effetti positivi: il miglio-

4. Per un esame approfondito v. G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 3 ss.; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, ivi, 55 ss.; M. RYDINGS HERNANDO, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2012, 93 ss.; A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2013, 10 ss.; J. TORNOS MAS, M. D. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Las concesiones en el derecho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, ivi, 70 ss.

5. In particolare, *Libro Bianco "Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo"*, Commissione europea, Presidente J. Delors, dicembre 1993, (COM (93) 700), Bruxelles, Lussemburgo, 1994.

6. Per recenti riferimenti statistici, ad es. circa la corretta allocazione contabile del rischio del PPP al fine della valutazione del debito pubblico (v. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai conti nazionali e regionali nell'Unione Europea), si rinvia al sito istituzionale di Eurostat in www.ec.europa.eu/eurostat.

7. V. Commissione europea, *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (30 aprile 2004; COM (2004) 327 def.), in www.eur-lex.europa.eu.

ramento della qualità, l'innovazione, l'efficienza e l'efficacia della gestione, criteri che caratterizzano più diffusamente le imprese del settore privato. Di conseguenza, l'ente territoriale riceve diversi vantaggi e, più in generale, può utilizzare una migliore strategia, risorse finanziarie secondo il criterio di valutazione del rapporto qualità/prezzo e l'esperienza acquisita da imprese private.

Il *Libro Verde* prevede anche la consultazione degli operatori, su richiesta delle parti interessate, nonché del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale dell'UE, allo scopo di avviare un dibattito sull'applicazione al PPP del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni; il contenuto del documento analizza la situazione giuridica del PPP e propone una serie di questioni per sollecitare le parti interessate ad esprimere un parere⁸.

In particolare, il *Libro Verde* esamina il *partenariato istituzionalizzato* ed individua due manifestazioni di PPPI che consistono nella "creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato" oppure nel "passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente" (punto 55); questa cooperazione tra pubblico e privato consente al partner pubblico di mantenere un certo *livello di controllo* sullo svolgimento delle attività mediante la quota azionaria e la partecipazione agli organi decisionali. La questione critica attiene alla presenza del socio privato, se coerente con i Trattati sia per la fase di scelta sottoposta a gara, sia per la partecipazione azionaria; in ogni caso è espressamente precisato che l'organismo aggiudicatore⁹ che partecipa all'impresa mista e che assume in seguito il ruolo di partner del contratto, non esclude l'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, dato che "L'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, non dipende infatti dal carattere pubblico, privato e misto del contraente dell'organismo aggiudicatore" (§ 63 del *Libro Verde*). Inoltre,

8. Per approfondimenti sui quesiti proposti dal *Libro Verde* del 2004 e gli orientamenti espressi dagli operatori economici, si rinvia a M. BURNETT, *Public-Private Partnership (PPP) – A Decision Maker's Guide*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2007, 74 ss. Al dibattito ha anche contribuito la decisione Eurostat n. 18 del 11 febbraio 2004 che contiene criteri contabili applicabili nella valutazione di merito finanziario per le varie forme di PPP, e la Comunicazione della Commissione 15 novembre 2005 al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni concernenti i PPP e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM (2005) 569 def.), reperibili in www.ec.europa.eu.

9. V. anche § 64 secondo cui "infine è il caso di ricordare che se l'entità mista funge da organismo aggiudicatore, tale funzione implica anche il rispetto del diritto applicabile in materia di appalti e di concessioni, laddove tale diritto assegni al partner privato dei compiti che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia bandito precedentemente alla costituzione dell'impresa mista. Il partner privato non può, infatti, approfittare della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti senza procedere preliminarmente ad un bando".

queste soluzioni di collaborazione tra pubblico e privato possono essere considerate espressione del metodo aperto di coordinamento e dell'evoluzione dell'integrazione amministrativa¹⁰.

La Comunicazione interpretativa¹¹ del 2005 della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPPI ha illustrato gli indirizzi politici espressi nella consultazione a seguito di informazioni su esperienze concrete ed ha delineato alcune conclusioni di natura programmatica senza proporre un intervento normativo, ma limitandosi a richiedere chiarimenti riguardo all'applicazione delle disposizioni soprattutto per la disciplina degli appalti pubblici. In seguito, la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2043 del 26 ottobre 2006 ha precisato e rafforzato gli indirizzi politici a sostegno del PPP come valida alternativa alle privatizzazioni e come soluzione di modernizzazione amministrativa che consente l'applicazione di conoscenze e di procedure dell'economia privata¹².

Nel PPPI è inclusa anche l'operazione di *cessione di capitale* di un'impresa pubblica al settore privato e la scelta di modificare la partecipazione azionaria rientra nella politica economica di ogni singolo Stato membro, così come la scelta generale assai complessa di privatizzazione dei servizi pubblici o di alcuni settori, fenomeno che però deve coordinarsi con i principi dell'UE che regolano il mercato e la concorrenza. Inoltre, le difficoltà di conciliare la privatizzazione con queste regole dipendono anche dalla nozione di impresa come delimitata a livello europeo e in modo diverso nei singoli ordinamenti nazionali; secondo la Corte di Giustizia, rientra nella definizione di impresa qualsiasi ente che eserciti un'*attività economica* consistente nell'offerta di beni e servizi in un determinato mercato concorrenziale a prescindere dallo

10. V. F. GIGLIONI, *European administrative integration through differentiation. Methods of european coordination*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 324 ss.; l'Autore esamina casi concreti di integrazione mediante differenziazione e tra questi il PPP nel mercato dei servizi pubblici.

11. Comunicazione 15 novembre 2005, sui PPP e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM (2005) 569 def., cit.

12. La Risoluzione del 2006 è reperibile in www.europarl.europa.eu. Vi sono anche altri atti significativi quali il parere del Comitato economico sociale sul *Libro Verde* del 27-28 ottobre 2004 (COM (2004) 327 def.; in *G.U.C.E.*, 20 maggio 2005 C 120); il parere del Comitato delle Regioni sul *Libro Verde* del 17 novembre 2004 (ECOS-037; in *G.U.C.E.*, 22 marzo 2005 C 71); la relazione del 3 maggio 2005 della Commissione (SEC (2005) 629 def.) sugli esiti della consultazione pubblica avviata con il *Libro Verde*; il parere del Comitato economico e sociale europeo "*Il ruolo della BEI in tema di partenariato pubblico-privato e l'impatto sulla problematica della crescita*" (2005; in *G.U.C.E.*, 22 settembre 2005, C 234); parere del Comitato delle Regioni, 12 ottobre 2006 (in *G.U.C.E.*, 6 marzo 2007, C 51), in cui è richiamata la *ratio* ispiratrice come strumento mediante il quale il Governo o gli enti pubblici e il settore privato realizzano progetti comuni con reciproci vantaggi.

status giuridico, dalle modalità di finanziamento e dallo scopo di lucro¹³. I riferimenti normativi per le imprese pubbliche, private e miste sono contenuti negli artt. 101-106 TFUE con specifiche norme a tutela della concorrenza, a cui si aggiungono i divieti per gli Stati membri di conservare situazioni di privilegio, la disciplina sugli aiuti di Stato (artt. 107 ss. TFUE) e quella sugli appalti pubblici¹⁴, le norme sui diritti speciali ed esclusivi ed il regime per gli organismi di diritto pubblico (v. direttive del 2014 sui contratti pubblici recepite nell'ordinamento italiano mediante il d.lgs. n. 50/2016).

Le soluzioni del PPP e del PPPI si ricollegano all'economia, all'efficacia e all'efficienza di un servizio pubblico, mediante il confronto dei costi di produzione rispetto al valore delle uscite e un giudizio qualitativo e quantitativo delle modalità di utilizzo delle risorse coinvolte. La sfiducia nel ruolo del settore pubblico, soprattutto in un periodo di crisi finanziaria ed economica, come organizzatore e titolare in via esclusiva del compito di erogazione di servizi pubblici, ha anche comportato una diffusa insoddisfazione per gli schemi tradizionali, quali gli appalti nell'erogazione dei servizi pubblici e per i progetti di infrastrutture. Il risultato applicativo ha rivelato che il nesso di relazioni contrattuali tra le autorità pubbliche e il settore privato non deriva dal criterio del rapporto qualità/prezzo delle prestazioni con esiti originali; le questioni critiche attengono principalmente al contenuto dei rapporti contrattuali a seguito di procedura di gara, all'inadeguatezza dell'allocazione dei rischi e delle prestazioni per il ritardo nell'erogazione e per le conseguenze

13. Così, ad es., Corte di Giustizia, 26 marzo 2009, C-113/07; secondo la decisione la mancanza dello scopo di lucro è un criterio pertinente per valutare se un'attività abbia o meno carattere economico, ma non è elemento sufficiente. V. Corte di Giustizia, 23 novembre 2006, C-5/05; Corte di Giustizia, 29 novembre 2007, C-119/06, che afferma come l'assenza del fine di lucro per le associazioni di volontariato non escluda l'esercizio di attività economiche e la natura di imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato sulla concorrenza. Le decisioni sono reperibili in www.curia.europa.eu.

14. Per questi profili il *Libro Verde* sul PPP, punto n. 58 precisa che “La scelta di un partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può dunque essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire. Infatti, in mancanza di criteri chiari e oggettivi che permettano all'amministrazione aggiudicatrice di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'operazione in capitale potrebbe costituire una violazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni”. Per interessanti considerazioni sul contesto europeo in cui operano casi di PPPI, anche se è criticato il rilievo particolare attribuito alle società miste nel *Libro Verde*, non considerando ad es. le fondazioni pubbliche in Italia, si rinvia a M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 4 ss.; v. altresì G. F. CARTEL, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. app.*, 2011, 888 ss.; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012, 51 ss.

sul bilancio. Occorre, inoltre, tener conto della *stratificazione* delle regole di livello europeo e nazionale di attuazione per i diversi settori (acqua¹⁵, elettrico, gas, energia, rifiuti) con difficoltà applicative.

L'allocazione del rischio è probabilmente l'elemento più importante e caratterizzante delle relazioni contrattuali tra settore pubblico e privato che riguarda i prezzi così come il quadro contrattuale generale; i PPP non comportano necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi oppure la parte più rilevante di essi collegati all'operazione, ma la ripartizione dipende dai casi concreti in relazione alla capacità delle parti di controllare e gestire questa componente. Il rischio rappresenta il livello di esposizione finanziaria di una parte, prima e dopo la conclusione di un contratto o in corso di esecuzione. In un appalto pubblico tradizionale, il rischio è ripartito secondo le modalità previste e le caratteristiche del settore pubblico; di regola gli elementi contrattuali di rischio che sono associati alla progettazione o alla realizzazione di un progetto spettano all'ente pubblico, mentre la manutenzione e le questioni operative ricadono sul settore privato.

E' difficile stabilire entro che limiti il trasferimento di rischio¹⁶ sia accettabile in un contratto tra parte pubblica e privata; l'allocazione del rischio riflette prima di tutto la posizione delle parti in relazione ad alcuni parametri, quali la speculazione, la preoccupazione, la certezza nonché una serie di attributi qualitativi delle parti, come previsione e pianificazione, nonché analisi di mercato. Nei contratti pubblici, il settore pubblico accetta inevitabilmente

15. Si considerino ad es. la Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque e la recente Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la Direttiva 2004/17/CE recepita dal nostro ordinamento con il d.lgs. n. 50/2016. Per l'acqua secondo una visione solidaristica dell'erogazione del servizio in conflitto con la tendenza all'appropriazione del bene, ma in un necessario regime di concorrenza v. P. BILLET, *La solidarité contrariée des usages de l'eau dans le cadre de la directive 2000/60 sur l'eau et de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques*, in BELAÏDI N. (dir.), *Eau et sociétés. Enjeux de valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 35 ss.

16. Peraltro, i rischi che riguardano le operazioni di investimento, di finanziamento e di valuta, la pianificazione, problemi di obsolescenza, gli aspetti politici e giuridici, le relazioni industriali e i volumi di utilizzo ricadono comunque sul settore pubblico; nella materia degli appalti pubblici, l'allocazione del rischio tende a riguardare prevalentemente il privato che assume soprattutto i rischi connessi alla procedura d'appalto, che include i rischi di progetto. Durante la fase di esecuzione del contratto e fino al suo completamento, il settore pubblico, di solito, impone un certo rischio per il settore privato, imponendo le fidejussioni o altri mezzi di garanzie finanziarie; l'allocazione del rischio è il risultato di negoziati tra le parti, normalmente individuata in relazione ai prezzi ed inserita in accordi contrattuali. Così, l'allocazione del rischio e il prezzo globale per un appalto pubblico tradizionale operano in un rapporto direttamente proporzionale nell'ambito di un contratto, nel senso che più una parte assume un rischio elevato, più l'altra dovrà versare un prezzo più rilevante.

rischi eccessivi come normale risultato della prassi. Come è noto, l'aggiudicazione degli appalti finanziati con fondi pubblici si basa prevalentemente sul prezzo più basso, che costituisce uno dei due criteri di aggiudicazione ammissibili, l'altro è il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, un'interpretazione critica¹⁷ della *società mista* come espressione di PPPI, rileva la mancanza dell'elemento essenziale del rischio per la parte privata, pur essendovi l'elemento del contributo del privato mediante un finanziamento e le necessarie prestazioni; di certo la partecipazione societaria non è priva di rischi, ma il rischio di impresa – a differenza del rischio nello schema di PPP – è ripartito tra i soci in proporzione alla quota di partecipazione e tale meccanismo è del tutto diverso dal rischio operativo e di disponibilità, come emerge dalla direttiva sulle concessioni del 2014. Inoltre, le società miste sono disciplinate da un regime giuridico non del tutto coincidente con quello delle società di diritto comune e, quindi, la posizione dei privati nella società mista ha profili diversi rispetto ai soci delle società di diritto comune anche con riferimento al rischio di impresa; la scelta del privato mediante una gara pubblica non influisce su questi aspetti oggettivi e tali osservazioni critiche confermano anche che il PPPI non integra una categoria omogenea, dato che ad esso si riconducono figure diverse con un regime differenziato.

E' possibile delinearne un inquadramento generale delle finalità: il partenariato pubblico-privato è stato utilizzato come soluzione affidabile per colmare il *deficit* infrastrutturale di molti Stati, poiché può fornire una serie di vantaggi specifici per il settore pubblico e, in particolare, per le soluzioni di investimento, la riduzione dei costi, più elevati livelli di servizio attraverso l'innovazione, il *ruolo strategico* nel finanziamento e nella realizzazione del progetto di infrastrutture di servizi pubblici, fornendo un contributo di esperienza tecnica nelle varie fasi (progettazione, realizzazione, completamento, funzionamento e manutenzione) e la riduzione del rischio¹⁸. Tra gli

17. Si rinvia a M. P. CHITI, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico e privato*, cit., 150 ss.

18. Diversi rischi caratterizzano il PPP: i rischi di costruzione o di progetto, che dipendono da problemi di progettazione, da costi superiori e da ritardi del progetto, il rischio finanziario, che è legato alla variabilità dei tassi di interesse, dei tassi di cambio e ad altri fattori che influenzano i costi di finanziamento; il rischio collegato alle *performance*, che è condizionato dalla disponibilità di un bene e dalla continuità e dalla qualità della prestazione del servizio in questione. Altre forme di rischio derivano dalla natura della domanda e dalla necessità costante di adeguati servizi pubblici. Infine, i rischi politici che esprimono un termine generico adottato per descrivere i rischi derivanti da fattori esterni o interni che sono determinati o influenzati dai governi. I rischi politici esterni, come i conflitti, le sanzioni, l'instabilità politica possono essere evitati, mitigati o assicurati e potrebbero essere notevolmente ridotti dalle azioni dello Stato. D'altra parte, i rischi politici interni, come la tassazione, il terrorismo, l'inflazione e l'instabilità industriale sono generalmente assicurabili e potrebbero influenzare

aspetti più significativi, la maggiore certezza dei risultati per la puntualità delle consegne dei progetti (il partner privato motivato a completare velocemente il progetto per controllare e contenere i costi e in modo da ricevere i pagamenti) e il *budget* (il pagamento in programma è fissato prima dell'inizio della costruzione, a protezione della parte pubblica dall'esposizione al superamento dei costi).

Il costo del capitale investito per finanziare un partenariato pubblico-privato dipende dalle caratteristiche dei rischi connessi al progetto e non dalla fonte di finanziamento; tuttavia, la fonte è in grado di influenzare il rischio di progetto a seconda della condizione dei mercati. L'elemento del rischio trasferito dal settore pubblico a quello privato ha un'influenza determinante per verificare se il PPP sia effettivamente l'alternativa più efficiente e conveniente agli investimenti e ai fondi pubblici per la gestione dei servizi¹⁹.

Gli enti locali spesso utilizzano soluzioni riconducibili al PPPI per la gestione di *servizi pubblici* e le maggiori garanzie di investimento; i settori prevalenti coinvolti riguardano i rifiuti, il servizio idrico e della distribuzione dell'energia elettrica e del gas, affidate ad imprese pubbliche, private o *mixte*. Peraltro, nel tempo la nozione di servizio pubblico si è "europeizzata", nonostante le diversità delle definizioni nelle esperienze nazionali per ragioni storiche, culturali ed economiche²⁰; il *Libro Verde sui servizi d'interesse gene-*

l'allocazione del rischio nel PPP; le eventuali mitigazioni possono dipendere dalle scelte delle parti nella gestione di tali rischi.

19. V. C. Bovis, *Future Directions in Public Service Partnerships in the EU*, in *European Business Law Review*, 2013, n. 1, 1 ss. L'Autore esamina il PPP in modo critico, ma evidenzia i prevalenti vantaggi, dato che questo modello organizzativo consente di fornire infrastrutture e servizi pubblici con soluzioni efficienti a fronte della carenza di investimenti di molti Paesi europei. L'allocazione del rischio è probabilmente l'elemento più importante nelle relazioni contrattuali tra partner pubblico e privato in relazione ai costi e il rischio rappresenta il livello di esposizione finanziaria di una parte prima e dopo la conclusione del contratto o durante l'esecuzione; tale valutazione del rischio nel PPP è del tutto diversa rispetto a quella collegata ai contratti pubblici tradizionali. Il soggetto privato garantisce finanziamenti e l'erogazione del servizio o la realizzazione di un progetto di infrastrutture a beneficio del pubblico; di conseguenza, il PPP rappresenta un concetto di gestione del settore pubblico che ha cambiato la metodologia di valutazione delle prestazioni di servizi pubblici, in termini qualitativi e quantitativi. V. Id., *Public Procurement, Public-Private Partnerships and Public Services in the EU*, in *European Public Private Partnership Law Review*, n. 2, 2010, 85 ss.

20. Per le differenze tra le nozioni di servizio pubblico negli ordinamenti del Regno Unito, della Germania, della Francia e di altri paesi di cultura romanistica (Italia, Spagna, ecc.) condizionate anche dall'esistenza o meno di una tradizione di diritto amministrativo v. P. BAUBY, *L'europeanisation des services publics*, Press de Sciences Po, Paris, 2011, 13 ss. L'Autore sottolinea che l'europeizzazione risale a metà degli anni '80 del secolo scorso, in conseguenza dell'Atto Unico del 1986 e del processo di integrazione delle dinamiche economiche e politiche della comunità europea; il contesto già si caratterizzava per l'internazionalizzazione dell'economia e le influenze delle teorie neoliberiste e della concorrenza.

*rale*²¹ ha di certo contribuito ad unificare il concetto ed ha chiarito che quando un'autorità pubblica assegna la gestione di un servizio ad un terzo, essa deve applicare la disciplina sugli appalti pubblici e concessioni. Inoltre, la risoluzione del Parlamento europeo sul *Libro verde* ha affermato che il rispetto di queste norme “può rappresentare uno strumento efficace per evitare restrizioni inopportune della concorrenza e per consentire nel contempo alle autorità pubbliche di definire esse stesse e di controllare le condizioni riguardanti qualità, disponibilità, norme sociali e rispetto dei requisiti ambientali”²². Tra gli obiettivi indicati vi è, infatti, la sfida del mercato interno volta alla diffusione dei PPP sul presupposto di adeguate condizioni di effettiva concorrenza e di chiarezza giuridica circa le modalità di applicazione; l'impostazione è stata richiamata dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea (2008) sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati²³, che conferma la *libertà* delle autorità pubbliche di esercitare in proprio un'*attività economi-*

21. V. *Libro Verde* della Commissione del 21 maggio 2003 (COM (2003) 270 def., in www.eur-lex.europa.eu). Si aggiunge la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 12 maggio 2004, intitolata *Libro bianco sui servizi d'interesse generale* (COM (2004) 374 def., in www.eur-lex.europa.eu), presentato come un'estensione del *Libro Verde sui servizi d'interesse generale*; il *Libro bianco* illustra i criteri adottati dall'UE per favorire lo sviluppo di servizi di interesse generale di alta qualità. In esso vi sono i principali elementi di una strategia tesa a garantire che tutti i cittadini e tutte le imprese dell'UE possano beneficiare di servizi di alta qualità e a prezzi accessibili. Il *Libro Bianco* espone le conclusioni che la Commissione ha tratto da un'ampia consultazione pubblica avviata sulla base del *Libro Verde* e da essa sono emerse importanti differenze nei punti di vista e nelle prospettive, tuttavia è evidente “un consenso sulla necessità di garantire una combinazione armoniosa di meccanismi di mercato e funzioni di servizio pubblico. Il *Libro Bianco* illustra la strategia adottata dalla Commissione per sviluppare un ruolo positivo dell'Unione europea come promotrice dello sviluppo di servizi di interesse generale di alta qualità e presenta i principali elementi di una strategia tesa a garantire che tutti i cittadini e tutte le imprese dell'Unione possano beneficiare di servizi di alta qualità e a prezzi accessibili”. Inoltre, questo documento sottolinea l'importanza dei servizi d'interesse generale in quanto “pilastro del modello europeo di società, così come l'esigenza di garantire la fornitura di servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi accessibili a tutti i cittadini e a tutte le imprese dell'Unione europea. Nell'UE i servizi di interesse generale rimangono essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell'economia europea. L'erogazione dei servizi di interesse generale può essere organizzata in collaborazione con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private. Per contro, la definizione degli obblighi e delle funzioni del servizio pubblico spetta alle autorità pubbliche ai relativi livelli di competenza. Queste ultime sono inoltre responsabili della regolamentazione del mercato e devono garantire che gli operatori svolgano le funzioni di servizio pubblico che sono state loro affidate”.

22. V. Risoluzione del Parlamento europeo sul *Libro Verde sui servizi d'interesse generale*, 14 gennaio 2004 (COM (2003) 270 – 2003/2152 (INI)[P5_TA (2004)0018], in www.europarl.europa.eu).

23. Comunicazione 5 febbraio 2008, C (2007), 6661, in *Gazz. Uff. U. E.*, C 91 del 12 aprile 2008.

ca o di affidarla a terzi, anche ad “entità a *capitale misto* costituite nell’ambito di un partenariato pubblico-privato”. Tuttavia, se l’ente pubblico decide per la partecipazione di un soggetto terzo all’esercizio di un’attività economica mediante un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario il cui obiettivo è quello di “permettere a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all’aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza”.

In seguito, gli artt. 14 e 106 TFUE hanno contribuito all’approfondimento della definizione di *servizi pubblici di interesse economico generale* con profili innovativi e come nozione di carattere funzionale²⁴; questi servizi sono attività economiche che offrono i risultati per il bene comune e che non sarebbero erogati (o potrebbero essere forniti in condizioni diverse in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, di parità di trattamento o di accesso universale) dal mercato senza l’intervento pubblico che si ricollega a compiti degli enti locali. Esiste, infatti, un inevitabile collegamento per le comuni finalità tra servizi pubblici locali e servizi di interesse economico generale, anche se vi sono obblighi diversi in relazione al settore. Gli obblighi specifici di servizio pubblico sono imposti al prestatore a titolo di affidamento e sulla base di un criterio di interesse generale secondo cui il servizio deve essere fornito a condizioni adeguate alla missione e nel rispetto del principio di concorrenza²⁵. Questa impostazione si è estesa agli ordinamenti nazionali e ha uniformato i concetti, nonostante le inevitabili differenze.

24. Per studi approfonditi sulla nozione dei servizi di interesse economico generale, si rinvia a L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Parte Speciale, Tomo IV, Giuffrè, Milano, 2007, 1791 ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, 33 ss.; D. MINIUSI, *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 121 ss.; B. O. SCHNABEL, *Öffentliche Unternehmen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2014, 40 ss.; S. ZIANI, *Du service public à l’obligation de service public*, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2015, 180 ss. e per le diverse impostazioni nazionali v. 144 ss.; V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA, *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos: una aproximación general*, in V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA (dir.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Giappichelli, Tirant lo Blanch, Torino, Valencia, 2016, 1 ss., e J. C. LAGUNA DE PAZ, *Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado*, ivi, 49 ss.; ID., *Derecho administrativo económico*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, 91 ss.; J. TORNOS MAS, *El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario*, in *Revista de Administración Pública*, 2016, 193 ss.

25. Si rinvia per alcuni profili di definizione alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, 2011, *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*, COM (2011)

L'apertura al mercato e alla concorrenza è derivata prevalentemente da interventi normativi di livello europeo e nazionale, ovviamente per ragioni di specifiche competenze preesistenti, ma anche per la forte resistenza all'innovazione da parte delle Regioni e degli enti locali; inoltre, la regolazione gestita in sede di UE, nazionale, regionale e locale ha comportato sovrapposizioni di compiti che di certo non hanno suscitato un contesto generale favorevole²⁶. Le incertezze, peraltro, hanno anche riguardato le definizioni nazionali di servizio pubblico locale, fino all'attuale visione di certo ampia (artt. 14-106 TFUE) che ha superato la corrispondenza tra servizio pubblico e natura pubblica del gestore in senso soggettivo per un concetto di obbligo di servizio pubblico di interesse generale che può essere riferito a qualsiasi settore, anche derogando ad alcuni principi fondamentali (divieto di aiuti statali, libertà di stabilimento e pari opportunità), se questi non siano compatibili con il mercato²⁷. Nell'ordinamento italiano, la ricostruzione del concetto iniziale di servizio pubblico locale di rilevanza economica è derivato dall'ambito di differenza a confronto con le altre attività della pubblica amministrazione, quali la funzione pubblica e l'attività di mercato e quella strumentale, ed escludendo quest'ultima come emerge da un parere²⁸ e da una comunicazione²⁹ dell'Agcm.

900 definitivo, in www.ec.europa.eu, anche se si riferisce direttamente ai servizi fondamentali postali, bancari, di trasporto pubblico, energia elettrica e gas e comunicazioni elettroniche. Si consideri altresì il parere del Comitato economico e sociale europeo relativo alla medesima Comunicazione del 10 maggio 2012 (2012/C, 229/18), in *Gazz. Uff. UE*, 31 luglio 2012.

26. Circa l' "affollamento istituzionale" nella regolazione locale che coinvolge comuni, titolari della competenza a decidere l'affidamento del servizio, le autorità d'ambito se previste dalla legge, le agenzie cittadine e le autorità di regolazione e vigilanza nazionali, v. M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, 148 ss. e F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *ivi*, 6 ss.; l'Autore ha evidenziato il rischio che la regolazione comporti soprattutto una disciplina amministrativa dell'economia invece di consentire la concorrenza. Per l'inserimento dei servizi di interesse economico generale nella funzione di tutela della concorrenza consentito dagli strumenti di regolazione economica v. F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 90 ss.; cfr., F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 149 ss.

27. Cfr., M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 140 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, il Mulino, Bologna, 2002, 86 ss.; R. FERRARA, *Profili della disciplina dei servizi di interesse economico generale: aiuti di stato e principi dell'Unione Europea in materia di concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2013, 321 ss.

28. Parere dell'AGCM 23 luglio 2009 n. AS567, che esclude le iniziative di promozione delle risorse culturali ed economiche di un certo territorio; così sono, ad es., escluse i servizi di ristrutturazione di un'area sportiva (parere 28 maggio 2009, AS595) e i servizi di gestione del verde urbano (parere 16 aprile 2009, AS592); i pareri sono reperibili in www.agcm.it.

29. Per una definizione adottata dall'Agcm (Comunicazione 16 ottobre 2008, in www.agcm.it) circa l'art. 23-bis "si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuov-

I principi del servizio universale³⁰ circa l'accessibilità, la continuità e la qualità del servizio e la tutela degli utenti, rappresentano il contenuto di base necessario della disciplina comunitaria³¹; a parte questi aspetti essenziali, spetta alle autorità nazionali individuare i servizi pubblici e le possibili modalità di gestione, competenza che è confermata anche dalle direttive sui contratti pubblici del 2014 e, per l'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 175/2016 sulle società a partecipazione pubblica, discipline che, peraltro, consentono un certo ambito di scelta alle amministrazioni aggiudicatrici per le procedure e i criteri di aggiudicazione. Tuttavia, nonostante la riconosciuta ampia discrezionalità degli Stati membri nella definizione dei servizi pubblici, è implicito il condizionamento dell'UE e delle sentenze della Corte di Giustizia, delle norme settoriali ed evidenti sono le restrizioni derivanti da recenti discipline interne di razionalizzazione dell'attività degli enti locali e di società a partecipazione pubblica.

3

La scelta del socio privato della società mista mediante la procedura ad evidenza pubblica

Il PPP non comporta, quindi, una definizione giuridica unitaria, ma è una nozione descrittiva³² che si riferisce ad un fenomeno riconducibile a diversi schemi giuridici che hanno l'elemento comune del rapporto tra pubblico e privato, quali la concessione, il contratto di partenariato pubblico e privato e la soluzione di PPP istituzionalizzata nella *società mista*. In assenza di norme europee di definizione di PPP e di PPPI, come emerge anche dalla Comunicazione interpretativa della Commissione³³ del 2008 sull'applica-

vere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale”.

30. Si rinvia a G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002.

31. V. G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss.

32. Si rinvia alla tesi di M. P. CHITI, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico privato*, in C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 147 ss.; più precisamente, secondo l'Autore “una nozione descrittiva con cui ci si riferisce, senza particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati” (Id., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, cit., 5; sulle tipologie di partenariato si rinvia anche a G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato, Modelli e strumenti*, Giappichelli, Torino, 2011, 1ss.

33. V. Comunicazione della Commissione europea, 5 febbraio 2008, cit. Per un commento v. F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé*

zione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, non è ricostruibile una categoria giuridica autonoma, ma sono individuabili alcuni elementi caratterizzanti che emergono dai criteri interpretativi dei Trattati, delle direttive e della giurisprudenza. E' possibile, tuttavia, ricondurre il partenariato ad un modello di azione amministrativa elaborata mediante scelte politiche di gestione di funzioni pubbliche e consente, tra l'altro, di inserire nell'ordinamento nuovi sistemi di *governance* mediante la commistione di strumenti autoritativi e atti consensuali³⁴.

L'amministrazione aggiudicatrice deve pubblicare i criteri di selezione e di aggiudicazione per l'*individuazione del partner privato* del PPPI, tra i quali quello generale di non discriminazione e criteri specifici circa le capacità personali del partner privato, parità di trattamento, adeguata pubblicità per l'apertura del mercato alla concorrenza; nel bando e nel capitolato devono essere incluse informazioni sull'appalto pubblico o sulla concessione, sullo statuto della società a capitale misto, circa il patto tra azionisti e gli elementi che regolano il rapporto tra ente pubblico e società a capitale misto da costituire.

L'apporto privato consiste nel conferimento di capitali e altri beni, nella partecipazione all'esecuzione dei compiti assegnati alla società o alla sua gestione; quindi, il semplice conferimento di fondi ad un'impresa pubblica non integra un esempio di PPPI, poiché questa fattispecie è più complessa per le modalità di costituzione di una nuova società o per la partecipazione ad una società già esistente e al partner devono essere attribuiti compiti di esecuzione dei lavori o dei servizi sulla base del principio dell'indizione necessaria di una gara unica. Infatti, la Commissione ha ritenuto che una doppia procedura in successione dapprima per la selezione del partner e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione alla società con capitale misto, fosse difficilmente praticabile; il privato dev'essere selezionato mediante una *procedura trasparente e concorrenziale*, avente ad oggetto l'*apporto operativo* del medesimo all'esecuzione delle prestazioni o alla gestione della società e

institutionnalis .   propos de la Communication de la Commission européenne du 5 février 2008, in Contrats March e Public, marzo 2008, 3 ss.; per alcune osservazioni critiche si rinvia a C. D. TVARNO, A critique of the Commission's interpretative communication on Institutionalised Public-Private Partnerships, in Public Procurement Law Review, 2009, 3, 22 ss. V. in generale, in tema di comunicazioni interpretative e, in particolare, su PPPI: H. C. H. HOFMANN, G. C. ROWE, A. H. TÜRK, Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2014, 552 ss.

34. Si rinvia a M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, cit., 56-60; per una certa ambiguit  del PPP e sul riferimento a figure notevolmente diverse, v. A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, 12-17.

l'appalto pubblico oppure la concessione da aggiudicare ad una società mista. La gara a "doppio oggetto" per selezione del partner privato (anche mediante la procedura del dialogo competitivo) per la costituzione del PPPI e l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione. Sono possibili adattamenti o variazioni nel tempo in relazione al contesto economico e giuridico, se non siano incompatibili con la disciplina sugli appalti e concessioni vigente e se rispettati i principi di trasparenza e di parità di trattamento³⁵, mentre qualsiasi modifica delle iniziali condizioni essenziali non prevista dal capitolato d'oneri imporrebbe una nuova procedura di gara.

In base ai riferimenti normativi, il PPPI non è un istituto giuridico del tutto separato o diverso dalla concessione³⁶, dato che non è disciplinato autonomamente e i noti contenuti seguono le indicazioni delle Comunicazioni della Commissione che si basano sostanzialmente sugli orientamenti della Corte di Giustizia; infatti, le condizioni per la costituzione di PPPI espresse nella Comunicazione interpretativa del 2008 sono state esaminate in una decisione³⁷ della Corte di Giustizia che ha chiarito la disciplina e, in particolare, sono applicabili le direttive sugli appalti pubblici e i principi dell'UE, se il partenariato si ricollega all'affidamento di un appalto pubblico o di una concessione. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice decida di costituire una *società mista*, i privati devono essere selezionati in base ad un'*unica gara* che abbia ad oggetto l'appalto pubblico o la concessione, la partecipazione operativa del privato all'esecuzione delle prestazioni dell'appalto o della concessione e l'apporto nella gestione della società. Le regole sulla procedura ad evidenza pubblica, espressione dei principi di concorrenza e di trasparenza, dipendono dal tipo di contratto

35. Secondo la Comunicazione del 2008 "qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta".

36. Il concessionario, a differenza di quanto avviene nell'appalto di servizi in cui l'amministrazione riceve dal contraente una prestazione ad essa destinata in cambio di un corrispettivo, ottiene il compenso dall'esterno, dall'utente pubblico che fruisce del servizio erogato dall'impresa con un assetto organizzativo autonomo e mediante strumenti privatistici; inoltre, la concessione comporta il trasferimento del rischio economico connesso alla gestione del servizio, svolto con mezzi del concessionario medesimo e, infatti, la controprestazione era ben definita dall'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 come diritto "di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente [verso il pubblico] il servizio" (v. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3571, in www.giustizia-amministrativa.it).

37. V. Corte di Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, in www.curia.europa.eu. Per un commento si rinvia a R. CARANTA, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati*, in *Giur. It.*, 2010, 1194 ss.

da stipulare; da ciò emerge un regime uniforme tra partenariato istituzionalizzato e quello contrattuale mediante l'utilizzo delle stesse regole circa la selezione del partner privato ed emerge chiaramente nel momento della costituzione della società per la coesistenza della fase contrattuale e di quella organizzativa e, infatti, tra gli atti della procedura deve essere allegata anche una bozza dello statuto societario (oggetto sociale, struttura e funzionamento).

La Commissione europea è, quindi, riuscita nell'intento di *vincolare* il PPP e la costituzione di una società mista all'applicazione del diritto dell'UE, limitando ad es., la tendenza, soprattutto del Regno Unito, ad eludere le regole comunitarie mediante l'utilizzo esclusivo del PPP contrattuale secondo una disciplina interna del tutto particolare, ovviamente questo obiettivo è precedente alla c.d. *Brexit*.

Una nuova strategia è stata proposta nella Comunicazione del 2009 dalla Commissione al fine di "Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare il partenariato pubblico privato"³⁸ per sollecitare ulteriormente l'adozione di queste soluzioni proprio durante la crisi finanziaria ed economica, come strumento di aiuto per gli enti pubblici mediante un miglior coordinamento, una stretta cooperazione con la BEI ed il potenziamento delle capacità del settore pubblico; in seguito, assai significativo il *Libro Verde* del 2011 sulla modernizzazione della politica europea dell'UE in materia di appalti pubblici³⁹.

Quindi, è evidente che l'UE ha inizialmente espresso l'intenzione di non formulare una base normativa per valorizzare il PPP e il PPPI come fenomeno comune agli ordinamenti europei a cui ricondurre ipotesi specifiche disciplinate a livello europeo da alcune norme e mediante la giurisprudenza della Corte di Giustizia in modo da controllarne, comunque, la diffusione ed evitare eventuali elusioni della concorrenza, della libertà di circolazione dei servizi e del principio di non discriminazione.

In definitiva, occorre riferirsi agli elementi specifici e comuni ai vari schemi giuridici: la presenza del privato che assume il ruolo di promotore

38. V. Comunicazione 19 novembre 2009, COM (2009) 615 def., in *G.U.C.E.*, 10 aprile 2009, C 84.

39. Si rinvia al documento 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 definitivo, volto anche ad una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, in *www.eur-lex.europa.eu*, oltre alla citata Comunicazione del 5 febbraio 2008 (COM 2007 6661) e, in precedenza, la Comunicazione della Commissione europea del 15 novembre 2005 (COM 2005 569), la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati e la disciplina degli appalti pubblici e concessioni.

di un progetto e di partner della pubblica amministrazione nella realizzazione di un obiettivo di interesse pubblico che necessiti di un rapporto di lunga durata e, più in generale, il contributo del privato mediante progetti, finanziamenti e gestione delle opere o di attività; sono note le esperienze degli Stati Uniti e del Regno Unito e, in seguito, la soluzione ha attratto gli ordinamenti europei⁴⁰.

4

PPPI, PPP e disciplina dei contratti pubblici nell'ordinamento italiano

Questo quadro giuridico generale in tema di PPP e di PPPI deve essere inserito nel contesto dell'evoluzione della politica dell'UE: dalla fase di liberalizzazione e di privatizzazione dei servizi pubblici (anni novanta del secolo scorso) ad un diverso orientamento per i *servizi di interesse economico generale* a partire dal Trattato di Lisbona (art. 14) e dal Protocollo aggiunto n. 26, che nell'art. 1 evidenzia "il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale, il più vicino possibile alle esigenze degli utenti".

Nell'ordinamento italiano, la disciplina sui contratti pubblici prevista dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora sostituito dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), è stata un riferimento essenziale per il PPP e le società miste; in particolare, l'art. 1, comma 2, contiene una previsione generale secondo cui, nei casi in cui le norme (allora vigenti) consentivano la costituzione di *società miste* per la gestione di un servizio o la realizzazione o gestione di un'opera pubblica, la scelta del socio privato presuppone una procedura ad evidenza pubblica, confermando quanto già previsto a partire dall'art. 113 del Testo unico degli enti locali (TUEL). L'art. 32, comma 1, lett. c) e comma 3, afferma che le società miste non sono tenute ad applicare le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, limitatamente alla gestione del servizio per il quale sono state costituite, qualora la scelta del socio sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica, il socio privato sia titolare dei requisiti di qualificazione previsti per la prestazione per la quale la società è costituita e la società provveda alla realizzazione dell'opera o del servizio per misura superiore al 70%.

40. M. P. CHITI, *op. cit.*, 148. Per diversi riferimenti di comparazione circa l'utilizzo del PPP, v. E. R. YESCOMBE, *Public-Private Partnership: Principles of Policy and Finance*, BH, Amsterdam, 2007, 29 ss.; l'Autore esamina anche gli aspetti positivi e negativi della sua applicazione in diversi settori v. 15 ss.

L'art. 3, comma 15 *ter*, del d.lgs. n. 163/2006, ha delineato una definizione di contratto di PPP ed indicato alcune ipotesi (tra le quali la società mista) che, comunque, non derivano da una definizione generale elaborata dal diritto dell'UE; inoltre, il legislatore italiano⁴¹ si è dimostrato impreciso in quella definizione inserendo le società miste nel PPP contrattualizzato e non nel PPPI e questo mancato riferimento è rilevabile anche nella nuova disciplina prevista dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Peraltro, la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, del precedente Codice dei contratti pubblici del 2006 è stata trasfusa nell'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, e considerato il significato di principio generale non può ritenersi limitato alla sola costituzione della società mista, ma è esteso logicamente alle ipotesi di *alienazione* di partecipazioni sociali detenute da un'amministrazione in una società che già risulti a composizione mista⁴²; quindi, l'obbligo di rispettare la regola dell'evidenza pubblica riguarda anche questo caso, essendo un principio di ordine pubblico "economico" che si ricollega ai principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti⁴³.

In particolare, la direttiva n. 24/2014 in tema di appalti pubblici delinea i *Partenariati per l'innovazione* (art. 31) e quanto al PPPI, esso comporta la stipulazione di un contratto misto⁴⁴; la direttiva n. 25/2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori in settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, prevede anch'essa la medesima figura (art. 49). E' più interessante per il nostro tema la direttiva n. 23 sulle concessioni in cui vi sono disposizioni che coinvolgono la *joint venture* (collaborazione tra imprese: artt. 14 e 17) oltre all'art. 4 che, con riferimento ai *servizi di interesse economico generale*, riconosce la libertà per gli Stati membri "di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere *servizi d'inte-*

41. Per uno studio di carattere economico sull'utilizzo del PPP in Italia sulla base del Codice dei contratti pubblici e sull'utilizzo di IFRIC12 che disciplina la contabilizzazione da parte dell'operatore/concessionario di accordi per servizi in concessione per i settori del gas, elettricità e acqua, v. M. CAMPRA, *Italian Case Studies in Energy, Transport and Water Management*, in M. CAMPRA, G. ORICCHIO, E. M. BRAJA, P. ESPOSITO, *Sovereign Risk and Public-Private Partnership During the Euro Crisis*, Palgrave Macmillan, Houdmills, 2014, 115 ss.

42. V. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4014, in www.giustizia-amministrativa.it.

43. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4014, cit.; secondo il Consiglio di Stato, la violazione di tali regole di ordine pubblico non comporta solo l'annullabilità degli atti presupposto dell'alienazione in favore di privati, ma anche la radicale nullità dell'atto per violazione di norme imperative di legge.

44. Per approfondimenti sull'interpretazione del PPPI come contratto misto, si rinvia a M. ANDRECKA, *Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU*, in *EPPPL*, 2014, n. 3, 174 ss.

resse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti”.

Il PPP si riferisce sempre a contratti alternativi all'appalto tradizionale, stipulati tra amministrazione e privato operatore economico, al fine di erogare un servizio o realizzare un'opera pubblica, categoria problematica e incerta per i frequenti interventi del legislatore e da ciò una disciplina instabile e dibattuta; la collaborazione tra i partner riguarda diversi aspetti di un progetto, incluse la realizzazione e la gestione, e il ruolo di protagonista spetta al privato, mentre il pubblico esercita una funzione di coordinamento e di controllo. Il trasferimento del rischio⁴⁵ è, come è noto, l'elemento di distinzione tra PPP (o concessione) e appalto e, quindi, deve essere a carico del privato, anche parzialmente, come emerge anche dalla disciplina precedente.

Il PPP è, quindi, estraneo alla categoria dell'appalto e non è assoggettabile alla direttiva appalti (direttiva 24/2014/UE) e alle relative procedure; né è possibile ricondurre semplicemente il PPP alle concessioni (direttiva 23/2014/UE), dato che vi sono alcuni contratti di partenariato (ad es., locazione finanziaria, il contraente generale, il contratto di disponibilità; artt. 160bis, 160ter, 170) che prescindono dalla gestione, elemento caratterizzante la concessione. Più precisamente, il PPP avrebbe una rilevanza giuridica autonoma e *include* le concessioni, ma per il diritto europeo vi sarebbero solamente due forme giuridiche tipizzate (appalto e concessione), mentre i contratti di PPP sarebbero atipici in quanto non regolati da una direttiva come modelli contrattuali e per le procedure di aggiudicazione che, in ogni caso, devono seguire i principi comunitari. Di conseguenza, alcuni contratti pubblici ricondotti dal diritto interno al PPP non avrebbero uno specifico aggancio normativo nel diritto dell'UE e tra questi, ad es., non solo la locazione finanziaria (art. 160bis), i contratti di disponibilità (art. 160ter), ma anche le *società miste*, prima definite dall'art. 3, comma 15 ter, del d.lgs. n. 163/2006 e ora mediante le norme sul PPP negli artt. 180 ss. del d.lgs. n. 50/2016, nuove disposizioni che però si riferiscono al PPP per opere e servizi come fattispecie contrattuale in cui vi è un obbligo di provvista finanziaria (documentata disponibilità di un finanziamento) e di partecipazione del privato all'attività, particolari modalità di allocazione dei rischi e di equilibrio economico-finanziario (art. 180, commi 3 e 6); in questa categoria vi rientrano “la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria

45. In tema di rischio e sulle conseguenze, v. G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in *Dir. econ.*, 2016, 383 ss.

di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti” (art. 180, comma 8).

Infatti, nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento nell’ordinamento italiano delle direttive 2014 è possibile rinvenire alcuni riferimenti diretti al PPP negli artt. 180 ss. (“Partenariato pubblico privato”), schema la cui applicazione comporta l’indizione di una gara per la selezione degli operatori economici (candidati con capacità nel settore della ricerca, sviluppo e di attuazione di soluzioni alternative), ma soprattutto nella parte terza sui contratti di concessione (artt. 165 ss.) che meglio esprimono il modello del partenariato pubblico-privato secondo la logica moderna della collaborazione⁴⁶ e gli artt. 180-183 che si riferiscono espressamente al PPP e all’applicazione di regole della concorrenza⁴⁷. La parte IV, Titolo I (artt. 180 ss.) riguarda, invece, proprio il PPP – ma solo contrattuale⁴⁸ e non si riferisce al PPPI – e, infatti, l’art. 180 definisce il PPP richiamando la nozione di cui all’art. 3, eee) come contratto a titolo oneroso mediante il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un tempo determinato “in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un *servizio* connesso all’utilizzo dell’opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto da parte dell’operatore”. Peraltro, la norma non richiama la società mista come l’art. 3, comma 15 *ter* del precedente d.lgs. n. 163/2006, però l’art. 180, comma 8, e prevede una *clausola generale aperta* nel senso che include nel contratto di PPP anche forme *atipiche* “qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o *servizi* che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”. Si tratta, quindi, di una disciplina generale del PPP contrattuale, ma applicabile a figure atipiche⁴⁹ a cui sarebbe riconducibile la società mista.

46. V. B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, 27 febbraio 2017, 5 ss., in www.amministrazioneincammino.luiss.it;

47. In generale, v. M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 737 ss.

48. Per approfondimenti sui contratti di PPP e sul trasferimento del rischio, si rinvia a M. RICCHI, *L’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 815 ss.

49. Ciò appare non del tutto coerente con la definizione prevista dall’art. 3, comma 1, che dovrebbe essere modificata e sostituita con quella dell’art. 181, e consistere in un mero rinvio, così come affermato dal Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, 51-52, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tra l'altro, le precedenti norme devono essere coordinate con l'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016, sulle società a *partecipazione mista pubblico-privata*, costituite per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio e a cui deve applicarsi la procedura ad evidenza pubblica per la *scelta del socio privato*, in coerenza con la consolidata giurisprudenza comunitaria e nazionale, che era stata richiamata nel d.lgs. n. 163/2006 (art. 1, comma 2), e con l'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 175/2016 che rinvia all'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Con diversi interventi, la Corte di Giustizia⁵⁰ ha individuato i presupposti dell'affidamento di servizi a società miste: unico contesto di gara per la scelta del socio privato (azionista e soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio specificato con l'obbligo della società mista di conservare lo stesso oggetto sociale per tutta la durata della concessione; l'elemento centrale dello schema giuridico è che l'oggetto sia predeterminato e non indicato in modo generico, al fine di evitare un eventuale aggiramento delle regole a tutela della concorrenza, aspetti necessariamente recepiti nel d.lgs. n. 175/2016.

Da tempo, nell'ordinamento italiano, il Consiglio di Stato⁵¹ ha affermato la possibilità di un affidamento diretto di un servizio ad una società mista, se non sia incompatibile con il diritto e i principi dell'UE come interpretati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sul presupposto di una *gara a "doppio oggetto"*: per la scelta del socio privato e l'affidamento del servizio mediante concessione; inoltre, la medesima gara per la scelta del socio privato della società affidataria deve essere stata espletata nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza e i criteri di scelta del socio privato devono riferirsi non solo al capitale da questo conferito, ma anche alle capacità tecniche e alle caratteristiche dell'offerta in relazione alle prestazioni specifiche in modo tale che la scelta del *concessionario* risulti indirettamente da quella del socio medesimo. Il bando deve definire esattamente l'oggetto con l'eventuale affidamento di servizi ulteriori, com-

50. Si rinvia a Corte di Giustizia, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, in www.curia.europa.eu.

51. V. Consiglio di Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 5238, cit. In particolare, la decisione n. 1555/2009 della Sez. VI, precisa in modo puntuale le condizioni: una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale strumento e la gara unica per la scelta del socio privato e l'affidamento di servizi determinati. Inoltre, l'attività della società mista dev'essere resa almeno in via prevalente in favore dell'ente pubblico che ha istituito la società mista e la selezione dell'offerta migliore dev'essere rapportata alla capacità di svolgere prestazioni specifiche oggetto del contratto e il rapporto deve avere una durata determinata.

plementari ed aggiuntivi, senza che ciò comporti una società “generalista” inammissibile né la determinazione del servizio può trasformarsi in “determinabilità”⁵².

Le conseguenze favorevoli sono varie: la *società mista* potrebbe anche permettere al partner pubblico di migliorare la propria esperienza di gestione del servizio pubblico, pur ricorrendo al sostegno finanziario e operativo del partner privato; inoltre, l'ente pubblico partecipando agli organi societari e decisionali può conservare un rilevante controllo sull'attività. Un *partenariato istituzionale* pubblico-privato (PPPI) può anche essere istituito mediante la creazione di un ente controllato dai partner pubblico e privato, o mediante il controllo acquisito dal settore privato su un'impresa pubblica esistente o tramite la partecipazione di un partner privato di una società esistente di proprietà pubblica, che abbia ottenuto appalti pubblici o concessioni. Nel PPP contrattuale in senso stretto, invece, la *proprietà rimane pubblica* e il coinvolgimento del privato investitore presuppone complicati accordi contrattuali; l'ente municipale attribuisce al privato investitore il compito di finanziare un progetto infrastrutturale e in molti casi anche la realizzazione e gestione dell'opera.

5

Le società di economia mista nel Regno Unito, in Germania, Francia e in Spagna: gli aspetti comuni, i settori coinvolti e la disciplina dei contratti pubblici dopo il recepimento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014

Lo studio delle società di economia mista nelle diverse esperienze europee coinvolge l'attuale tendenza alla razionalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali e, più in generale, dell'iniziativa economica degli enti locali⁵³ in conseguenza della crisi finanziaria ed economica; le difficoltà di bilancio e di risorse delle entità strumentali locali e di alcune forme societarie hanno, infatti, imposto nell'ordinamento italiano la *revisione* e il *riordino* del sistema delle società partecipate e della disciplina dei servizi pubblici locali, in attua-

52. Si rinvia a Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, cit., che precisa l'inammissibilità della società mista “generalista” a cui affidare in via diretta un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici; infatti, circa l'affidamento di appalti pubblici, occorre distinguere tra il caso della società mista istituita per una missione specifica e l'ipotesi in cui vi sia l'affidamento di ulteriori appalti ad una società già esistente: mentre nel primo caso è sufficiente un'unica gara, nel secondo occorre una gara per l'affidamento di appalti ulteriori e successivi rispetto alla missione originaria.

53. Si rinvia a S. ANTONIAZZI, *L'iniziativa economica degli enti locali: ordinamento italiano e spagnolo a confronto*, 5 dicembre 2018, in www.federalismi.it, n. 23/2018.

zione delle deleghe di cui agli artt. 13-14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunge un processo di trasformazione del governo locale, tendenza che riguarda diversi Paesi europei in cui il principio di autonomia è ormai in discussione e in via di “limitazione” soprattutto per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di razionalizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

La scelta di richiamare alcune esperienze europee ha una specifica giustificazione: il Regno Unito si caratterizza per essere l’ordinamento d’origine del PPP, il caso francese e quello spagnolo hanno profili assai interessanti e una significativa affinità con l’esperienza italiana; mentre l’esperienza tedesca rileva per l’ormai consolidata tendenza a rimunicipalizzazione la gestione in forma societaria di servizi pubblici e, quindi, per la scelta in senso pubblicistico.

La società di economia mista in Francia⁵⁴ è disciplinata da una legge generale con disposizioni specifiche, mentre l’ordinamento italiano, fino al d.lgs. n. 175/2016, risultava assai complicato ricostruire il quadro normativo: norme contenute nel TUEL e in diverse successive fonti legislative soprattutto di natura finanziaria e di razionalizzazione della spesa pubblica; solo di recente è emersa l’intenzione del legislatore per una risistemazione chiara della materia delle società partecipate e dei servizi pubblici locali. In Europa, la scelta di gestione mediante *società miste* è assai diffusa con riferimento a settori decisivi dell’economia; ciò può essere spiegato in una prospettiva di evoluzione storica: dalla prevalente gestione diretta dei servizi pubblici locali o mediante concessioni, soluzione ereditata dal secolo XIX secondo una logica di monopolio locale e nazionale, all’istituzione della Comunità europea che ha progressivamente inserito negli ordinamenti interni principi anche antitetici (concorrenza, libertà di prestazione, gestione secondo efficienza). Negli ultimi venticinque anni sono stati attuati rilevanti processi di privatizzazione in senso formale o sostanziale⁵⁵ con diverse soluzioni e conseguenze circa la forma giudica privatistica, la proprietà del capitale e delle azioni, l’applica-

54. Per il caso dell’ordinamento francese, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 62 ss.

55. Per un’analisi economica e statistica sui risultati della privatizzazione in senso formale e materiale nelle diverse esperienze dei Paesi europei, si rinvia a C. SCHMITT, *The diffusion of privatisation in Europe: political affinity or economic competition?*, in *Public Administration*, 2014, 615 ss. Per il caso particolare del servizio idrico nel Regno Unito v. S. ANTONIAZZI, *La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act 2014*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 255 ss.

zione delle regole di concorrenza alle concessioni e alla fase di costituzione di società miste per la scelta del contraente privato.

L'attribuzione a privati di funzioni pubbliche nella forma del partenariato pubblico privato (in particolare con la politica del *Private Finance Initiative* – *PFI*) ha origine ed è molto diffusa nel *Regno Unito*⁵⁶, così l'utilizzo della società mista in settori diversi dai servizi pubblici locali come considerati nella maggioranza degli ordinamenti europei, per la risalente e consolidata privatizzazione dei servizi pubblici; il PPP è stato ulteriormente promosso in relazione al partenariato per l'innovazione e al recepimento⁵⁷ delle direttive (UE) n. 23 e n. 24 del 2014); peraltro, è singolare il veloce recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici⁵⁸ in una fase di dibattito referendum per l'uscita dall'UE e attualmente con problemi applicativi⁵⁹ in conseguenza dell'avvenuta *Brexit*.

In *Germania*⁶⁰ si è sempre affermata una tradizionale resistenza ad affidamenti di gestione dei servizi pubblici locali con gara a privati in concessione o mediante società mista, prevalendo a lungo la logica della gestione diretta con affidamenti “fiduciari” a privati. La scelta del partner privato di società a partecipazione pubblica non era sottoposta alle regole della gara,

56. V. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, cit., 45 ss. V. altresì M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 55 ss. Per ulteriori approfondimenti recenti in tema di iniziative di *PFI* si rinvia a E. REEVES-D. PALCIC-D. FLANNERY-R. R. GEDDES, *The determinants of tendering periods for PPP procurement in the UK: an empirical analysis*, in *Applied Economics*, 3 March 2017, vol. 49, n. 11, 1071 ss.; A. MUSTAFA, *Public-Private Partnerships in the U.K. Post-EU Referendum*, in *Journal of Structured Finance*, Spring 2017, vol. 23, n. 1, 38 ss.; *HM Treasury; PFI and PF2*, UK Parliament National Audit Office, TSO, 2018, HC 718.

57. Le direttive del 2014 sono state trasposte nel Regno Unito (Galles, Inghilterra e Irlanda del Nord; anche la Scozia, che si caratterizza per un sistema autonomo, ha recepito le direttive con specifici atti normativi) mediante i seguenti regolamenti: *Public Contracts Regulations 2015* (in vigore nel 2015 e in seguito con modifiche del 2016), *Utilities Contracts Regulations 2016* (in vigore dal 18 aprile 2016) e *Concession Contracts Regulations 2016* (in vigore dal 18 aprile 2016).

58. In effetti il Regno Unito ha recepito con particolare speditezza la direttiva sugli appalti pubblici mediante *Public Contracts Regulations 2015*, dato che le norme erano ritenute adeguate a sollecitare la crescita economica e, comunque, in linea con la tradizione del *public procurement law*.

59. Per approfondimenti e sulle possibili conseguenze della *Brexit* sull'applicazione delle norme in attuazione delle direttive con soluzioni contenute *Libro Bianco* 23 aprile 2017 (Dipartimento per le politiche interne del Parlamento dell'UE), si rinvia a M. A. SANDULLI, *I possibili effetti della Brexit sull'affidamento dei contratti pubblici di appalto e di concessione disciplinati dalle direttive UE, 23, 24 e 25 del 2014*, 9 agosto 2017, in www.federalismi.it, n. 16/2017.

60. Per riferimenti di bibliografia si rinvia a S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 120 ss.; in particolare sulle società miste v. J. GEISZ, *Die Grenzen der Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen*, Wissenschaftlicher Verlag, Berlin, 2015, 7 ss., spec. 25.

ritenendo la disciplina degli appalti pubblici non applicabile ai contratti associativi; di certo sono derivate innovazioni dal recepimento delle direttive UE sui contratti pubblici del 2004 e, più recentemente, dalla trasposizione⁶¹ delle direttive del 2014.

In una posizione intermedia, invece, in *Francia* e in *Spagna*⁶², ordinamenti in cui vi sono significative differenze: è evidente la resistenza alla soluzione della concorrenza nel settore dei servizi pubblici in *Francia*, dato che si era diffusa soprattutto la gestione locale delegata nella forma di affidamenti mediante una trattativa privata, mentre era prevista la gara per gli affidamenti di servizi pubblici e quelli inerenti alla realizzazione di operazioni di *aménagement*. Nell'ordinamento spagnolo, già prima della trasposizione delle direttive UE n. 23 e n. 24 del 2014 mediante la *Ley 9/2017* dell'8 novembre 2017, sui contratti del settore pubblico, e delle precedenti direttive del 2004, gli enti di diritto pubblico erano considerati enti aggiudicatori ed erano previste gare pubbliche per l'istituzione di società di economia mista di gestione di servizi pubblici e, infatti, nella legge sui contratti dello Stato del 1965 (*Decreto 923/1965, Ley de Contratos del Estado*) questo schema era considerato una forma di contratto amministrativo; così nell'ambito dell'amministrazione locale, la società mista è stata considerata una modalità del contratto amministrativo e, quindi, con selezione del partner privato mediante procedura pubblica (*Ley 13/1995, Contratos de las Administraciones Públicas*).

Per tradizione storica i servizi pubblici locali⁶³ sono stati prevalentemente gestiti da enti locali o mediante concessioni in un contesto di monopolio (locale e nazionale), fino all'istituzione della Comunità Europea che ha, invece, affermato una logica del tutto diversa secondo concorrenza, libertà

61. Per gli appalti pubblici la disciplina *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz VergRModG)* del 17 febbraio 2016 (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang Teil I Nr. 8, ausgegeben zu Bonn am 23 Februar 2016, 203*) e *Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO)*, del 12 aprile 2016 (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang Teil I Nr. 16, ausgegeben zu Bonn am 14 April 2016, 624*). Per le concessioni v. *Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)* del 12 aprile 2016 (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang Teil I Nr. 16, ausgegeben zu Bonn am 14 April 2016, 683*).

62. S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 93 ss.

63. Si rinvia a F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. Ital.*, XVII, 1970, 215 ss., per ampi riferimenti alla tradizione francese del *service public*. In Italia, invece, il dibattito era incentrato sulla municipalizzazione dei servizi pubblici e, quindi, sull'attribuzione agli enti locali (Comuni, Province) di attività economiche destinate prevalentemente alle comunità locali; nell'ordinamento costituzionale, ai sensi dell'art. 43 Cost. e dell'art. 1 della legge sulla municipalizzazione "il servizio pubblico è una clausola generale che si riferisce ad un fenomeno ai cui indici di esistenza saranno individuati, a seconda dei casi, dal legislatore o dall'ente locale territoriale e in fine riesaminati, sotto il profilo della <<ragionevolezza>>, dal giudice costituzionale o dal giudice amministrativo". Sulla legittimità della partecipazione del Comune in una società per azioni già nella risalente disciplina v. M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1987, 23 ss.

di prestazione e di gestione efficiente dei servizi pubblici; gli Stati membri hanno, quindi, modificato progressivamente la politica di gestione costretti da esigenze di risorse e di efficienza adottando soluzioni di privatizzazione e di concorrenza, sotto l'influenza dell'UE per le concessioni e la costituzione di società miste. La scelta per un'effettiva concorrenza tra privati appare più accentuata nel Regno Unito sulla base di un risalente deciso indirizzo di politica dei servizi pubblici confermato nel tempo, mentre i casi di *ripubblicizzazione* sono dipesi da fallimenti⁶⁴ della gestione privata o di PPP. Ben diversa la soluzione prevalente nell'ordinamento tedesco, in cui per tradizione risalente la gestione dei servizi pubblici è competenza di enti statali o locali, dato che emerge un ritorno alla gestione pubblica⁶⁵ dopo una fase di privatizzazione, soprattutto in conseguenza di referendum comunali, strumento che ha consentito ai cittadini di modificare la politica dei servizi pubblici, considerati gli elevati costi imposti dalla gestione di società private e miste.

Le soluzioni recenti presenti in *Francia* e *Spagna* sono state introdotte a seguito di significative restrizioni per esigenze di finanza pubblica; in *Francia* è ancora diffusa la gestione delegata dei servizi pubblici locali sulla base di affidamenti in concessione e nuove forme societarie miste, ma con diversi casi di *ripubblicizzazione*⁶⁶. Lo schema del PPP è stato introdotto normativamente fin dal 2004 con l'*Ordonnance* n. 559 del 17 giugno 2004, in seguito modificata nel 2008, circa i contratti amministrativi di partenariato: enti pubblici affidano a un terzo operatore economico per un periodo determinato la "missione globale" circa il finanziamento, la costruzione o la trasformazione, la gestione operativa e/o lo sfruttamento economico dell'opera e delle infrastrutture connesse al servizio pubblico. In seguito, questa disciplina è stata abrogata, riformulata e in parte ripresa dall'*Ordonnance* n. 2015-899 del 13 luglio 2015, relativa alla semplificazione e alla trasparenza del diritto degli appalti pubblici in recepimento delle direttive UE n. 24 e n. 25 del 2014; sono

64. Ad es. per il caso della *London Tube* e della successiva pubblicizzazione del servizio, dopo un'esperienza non efficiente di PPP, v. S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 53 ss.

65. In tema di rimunicipalizzazione dei servizi pubblici, v. H. WOLLMANN, *Rekommunalisierung in europäischen Nachbarländern*, in C. MATECKI-T. SCHULTEN (Hrsg.), *Zurück zur öffentlichen Hand? Chancen und Erfahrungen der Rekommunalisierung*, VSA, Hamburg, 2013, 37 ss.; per il caso del Comune di Berlino e la gestione del servizio di energia elettrica, si rinvia a H. SODAN, *Rekommunalisierung des Berliner Stromnetzes? Rechtsprobleme des Konzessionsverfahrens nach dem EnWG*, in *Landes und Kommunalverwaltung*, 2013, 433 ss.; in generale su questo orientamento v. H. BAUER, *Publizisierung*, in *Juristen Zeitung*, 2014, n. 69, 21, 1017 ss.; T. I. SCHMIDT, *Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung*, in *Döv*, 2014, 357 ss.; I. LORMES, *Kommunalisierung der Energieversorgung: Eine explorative Untersuchung von Stadtwerke-Gründungen*, Springer, Wiesbaden, 2016, 123 ss.

66. S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 73 ss.

state previste nuove figure, ad es., l'appalto di partenariato (artt. 66 ss.) che per diversi aspetti richiama la precedente configurazione del PPP. Il partenariato per l'innovazione, che deriva dalle medesime direttive, è stato specificamente disciplinato dal *Décret n. 2014-1097* di recepimento e anche in via anticipata rispetto al nuovo codice degli appalti pubblici⁶⁷ approvato con il *Décret n. 2016-360* del 25 marzo 2016.

Un ulteriore strumento innovativo è stato previsto dalla *legge n. 2014-744* del 1 luglio 2014 che ha introdotto la tecnica del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato in forma di *società di economia mista "a operazione unica"* (SEMOP); il fine è quello di consentire la *società mista*, dopo l'espletamento di una *sola gara* per scegliere l'azionista privato e di affidare alla nuova società l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico, in linea con il PPPI europeo. Tuttavia il meccanismo complesso che ne deriva non garantisce la completa sicurezza giuridica né un controllo pubblico realmente efficace sulla nuova entità. Nel contesto di riduzione rilevante delle risorse, le scelte locali sono comunque volte ad ottimizzare il funzionamento dei servizi pubblici locali inserendo nella loro *governance* i benefici del settore privato; di fronte alle critiche ricorrenti circa i contratti di partenariato e considerati i limiti giuridici di utilizzo delle deleghe di servizio pubblico come regola tradizionale, la legge del 2014 ha introdotto una nuova forma di gestione.

Infine, l'*Ordonnance n. 2016-65* del 29 gennaio 2016 ha recepito la direttiva sulle concessioni e il *Décret n. 2016-86* del 1 febbraio 2016 fissa le regole di applicazione dell'*Ordonnance* per l'attribuzione e l'esecuzione dei contratti di concessione affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici. La conseguenza rilevante è che con questa nuova disciplina viene superato il doppio regime giuridico della concessione e della *délégation de service public* prevista dalla *Loi n. 93-122 du 29 Janvier 1993*, ma con una particolare attenzione per la riaffermazione della libertà degli enti territoriali di scegliere con *autonomia* le modalità di gestione dei servizi pubblici locali; è anche confermata la flessibilità della procedura semplificata nel caso di concessioni sotto-soglia o che non rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva a prescindere dal valore del contratto.

E' assai interessante l'esperienza della Francia anche per la varietà delle soluzioni, dato che le società partecipate dagli enti locali sono riconducibili a quattro soluzioni: le società di economia mista (*sociétés d'économie mixte lo-*

67. Si rinvia a P. DEVOLVÉ, *Les contrats de la <<commande publique>>*, in *RFDA*, 2016, 200 ss.; v. anche il Dossier *Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique*, in *RFDA*, n. 2/2016.

cales; SEML), le società pubbliche locali di pianificazione (*aménagement*⁶⁸; la SPLA categoria di società anonime introdotta dalla legge n. 2006-872 del 13 luglio 2006 e disciplinate anche dal *Code de l'urbanisme*) e le società pubbliche locali (SPL) di gestione diretta anch'esse previste dalla medesima legge all'art. 20 (sull'impegno nazionale per l'edilizia abitativa, sulle aziende pubbliche locali) e più ampiamente dalla legge 2010-559 per lo sviluppo delle imprese pubbliche locali. Infine, la più recente creazione è la *société d'économie mixte locales à opération unique* mediante la legge n. 2014-744 del 1 luglio 2014.

Ovviamente la nostra attenzione si concentra sulla *società di economia mista*: soluzione di alchimia e di equilibrio tra diritto pubblico e privato, società commerciale “anonima” come previsto dalla legge (art. L. 1522-1 *Code général des collectivités territoriales*⁶⁹ – Codice generale delle collettività territoriali) istituita per la realizzazione di interessi generali su iniziativa di *collectivités territoriales (communes, départements, régions, collectivités à statut particulier, collectivités d'outre-mer)* o di associazioni o consorzi (*groupements de collectivités territoriales*); la società di economia mista è un metodo di PPP molto particolare⁷⁰, perché caratterizzato dal controllo prevalente del partner pubblico, così disciplinato a partire dalla legge 7 luglio 1983 sulle SEML, con le modifiche della legge 2 gennaio 2002 e codificato nell'art. L. 1521-1 del Codice generale delle collettività territoriali. I compiti che possono essere attribuiti sono enumerati dal testo, che regola anche la composizione del capitale; questi aspetti fondano la particolarità della SEML rispetto alle altre società disciplinate dal codice civile.

Il Codice generale delle collettività territoriali prevede che gli enti detengano più della metà dei voti negli organi deliberanti⁷¹. La deroga al diritto delle società nella relazione tra le collettività territoriali e le società miste comporta una posizione *ambivalente* per le imprese locali; in qualità di rappresentanti eletti, gli enti locali sono titolari di funzioni pubbliche volte alla soddisfazione dell'interesse generale e come ammini-

68. Per i profili essenziali di questa categoria di società pubblica, v. M. PELTIER, *La société publique locale d'aménagement*, in *AJDA*, 2006, 2371 ss.

69. In www.legifrance.gouv.fr.

70. Per questo inquadramento e la missione, si rinvia a J.-P. COLSON, P. IDOUX P., *Droit publique économique*, cit., 363.

71. Per gli elementi caratterizzanti questo tipo di società mista assai diffusa in Francia, v. S. BRAMERET, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Lextenso éditions, Paris Cedex, 2012, 29 ss. e 69 ss. riguardo alle modalità di partecipazione al capitale da parte delle collettività territoriali. Per il carattere dualista o monista della società anonima, si rinvia a M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, Paris, 2009, 501 ss.

stratori di società commerciali, che rappresentano gli interessi particolari degli azionisti pubblici, garantiscono il buon funzionamento della società. Esiste, quindi, un “doppio mandato” le cui finalità possono essere contraddittorie: obiettivi volti alla soddisfazione dell’interesse pubblico, che non coincidono necessariamente con quelli relativi allo sviluppo di una società commerciale, anche se non sono in linea di principio contrapposti. Peraltro, l’applicazione del regime di diritto privato al rapporto tra gli enti locali e le società miste non comporta difficoltà teoriche generali, ma più che altro complicazioni di natura applicativa in concreto per il doppio regime, con incertezze interpretative riguardo alle necessarie condizioni di diritto amministrativo.

L’evoluzione del coinvolgimento delle collettività territoriali nelle società miste è anche coerente con il modello di collaborazione istituzionale nell’ambito del partenariato pubblico-privato e questo schema, che supera la semplice cooperazione di tipo contrattuale, offre soluzioni assai interessanti ed ha la forma giuridica di maggiore successo. In questo caso la gestione del servizio pubblico è trasferita ad un fornitore esterno (privatizzazione funzionale) mediante uno specifico *contratto di delega*⁷² da parte dell’ente territoriale che conferisce una *gestion déléguée* ad una società privata o ad una società a partecipazione pubblico/privata secondo uno schema giuridico che si avvicina in sostanza alla concessione e che può derivare da una scelta unilaterale oppure da un contratto. La *delega di servizio pubblico* consente di trasferire l’esercizio della capacità di gestione ad una persona giuridica che non la possiede *ex se*; essa è un provvedimento amministrativo autonomo rispetto al contratto concluso tra la collettività territoriale e la società per gli aspetti patrimoniali, e coincide con la deliberazione di costituzione della società. Inoltre, è anche richiamata la definizione di “abilitazione” che ricorda che l’esercizio della missione di servizio pubblico ricade nel monopolio originale degli enti pubblici e ciò limita la portata della delega concessa a favore di un privato, in due modi: la delega non può essere né complessiva né definitiva; infatti, la persona responsabile del servizio pubblico ha un potere di indirizzo e di controllo dell’esercizio sulla base dell’abilitazione⁷³. Peraltro, occorre ricordare che nell’ordinamento francese la regola generale era l’assenza di una procedura di gara per la scelta del socio privato nelle società locali miste; quindi, inevitabilmente si richiedeva al terzo o alla società a partecipazione pubblica affidataria una previa abilitazione tecnica a gestire il

72. Per la natura contrattuale ed approfondimenti riguardo all’oggetto, alle parti e alla remunerazione, si rinvia a G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2011, 410 ss.

73. V. G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, cit., 333 ss.

servizio pubblico sulla base di uno specifico atto amministrativo e questa fase era pubblicistica.

La legge n. 93-122 del 29 gennaio 1993, aveva introdotto la *delega di servizio pubblico*⁷⁴ come nozione collegata a circostanze particolari quali la prevenzione della corruzione, la trasparenza dell'economia e delle procedure pubbliche e solo in seguito è stato elaborato un concetto giuridico autonomo. Tra le attività suscettibili⁷⁵ di essere oggetto di un contratto di delegazione vi sono, ad esempio, la gestione del servizio idrico, di trasporto pubblico, di teleriscaldamento, di raccolta e smaltimento di rifiuti urbani, la gestione di impianti di trattamento mediante incenerimento dei residui urbani con o senza recupero di calore.

La figura giuridica della delega ha caratterizzato il modello francese di privatizzazione ed è stato in sostanza il presupposto dell'istituzione di un oligopolio, ad es., nel settore dell'acqua di alcuni gruppi di gestori (*Veolia*, *Suez* e *Saur*) fino alla più recente tendenza alla rimunicipalizzazione (come completa gestione locale) del servizio; nel 2010 Parigi ha sostituito la società privata di gestione dell'acqua con un servizio esclusivamente municipale, così anche Brest e Bordeaux e in altri casi gli enti territoriali hanno restituito il trasporto pubblico alla sola gestione pubblica⁷⁶. La società mista è spesso considerata come una *soluzione intermedia* tra la gestione diretta e quella delegata, anche se in realtà non è una modalità di gestione, ma semplicemente la forma giuridica che può assumere il delegato mediante una gestione delegata con diversi problemi di inquadramento giuridico del contratto di delega⁷⁷.

74. Inizialmente prevista per queste finalità: “à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques”; sulla nozione di delegazione di servizio pubblico v. G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, cit., 409-410; P. L. FRIER, J. PETIT, *Droit Administratif*, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014, 244 ss.

75. Tra le attività esclusive: l'esercizio della polizia amministrativa, la contestazione di infrazioni, servizio di sorveglianza delle vie pubbliche, ecc. Si rinvia a L. WEYER, *Délégation de service public en pratique*, Le Moniteur, Parigi, 2014, 12 ss.

76. Per alcuni dati su questa recente evoluzione si rinvia al Report di D. HALL, *Re-municipalising municipal services in Europe*, in *Public Services International Research Unit (PSIRU)*, 2012, University of Greenwich, European Federation of Public Service Unions, in www.epsu.org; Parigi ha così risparmiato 35 milioni di euro nel primo anno e le tariffe sono state ridotte dell'8% e circa altri quaranta comuni hanno deciso di “rimunicipalizzare” il servizio idrico. Così anche per il settore dei trasporti pubblici, come nel caso del Comune di Saumur che aveva esternalizzato il servizio a *Veolia* e altri Dipartimenti hanno seguito la stessa soluzione; in molti casi il servizio di gestione dei rifiuti è ritornato ad una soluzione *in-house* dopo anni di contratti con società private.

77. Sulla questione ancora dibattuta se la delegazione di servizi pubblici abbia natura di semplice contratto oppure comporti un inquadramento più complesso nell'ambito dei contratti pubblici: G. CLAMOUR, *La place de la délégation de service public au sein de la commande publique*, in *AJDA*, 2013, 1429 ss.

Quindi, quando l'ente territoriale sceglie la gestione delegata, può stipulare un contratto con un gestore puramente privato o di economia mista pubblico-privata; si tratta di una società commerciale e per gli enti pubblici, non solo territoriali, possono diventare azionisti anche di maggioranza.

La delegazione di servizi pubblici è inserita nell'ambito dei contratti amministrativi e lo schema coinvolge un soggetto di diritto pubblico che attribuisce la gestione del servizio ad un delegatario pubblico o privato oppure ad una società pubblico-privata e la remunerazione dipende dai risultati nell'erogazione del servizio⁷⁸; inoltre, il delegato può avere a carico oneri di costruzione di infrastrutture o di acquisto di beni necessari per il servizio⁷⁹. La delegazione ad un soggetto privato può derivare anche da un atto unilaterale di attribuzione da parte dell'ente pubblico⁸⁰; lo schema è risalente e ricondotto ad una forma di contratto di concessione o di locazione e a lungo disciplinato da regole individuate dalla giurisprudenza amministrativa e in sostanza comuni ai contratti amministrativi soprattutto per la fase dell'esecuzione.

Tuttavia, inevitabilmente il regime del contratto di delegazione di servizi pubblici ha comportato un necessario adattamento in conseguenza del recepimento della Direttiva 2014/23/UE, tanto più che essa contiene una definizione unica di contratti di concessione di servizi e di lavori e, quindi, è necessario unificare i due regimi di delegazione di servizi pubblici e di concessione nel diritto nazionale. Infatti, l'*Ordonnance n. 2016-165* di trasposizione della direttiva n. 23/2014 sui contratti di concessione⁸¹ esclude dall'ambito di applicazione le delegazioni o il trasferimento di competenze o di responsabilità tra le autorità concedenti sottoposte alla disciplina (art. 4. II). La delegazione di servizi pubblici è richiamata nell'art. 57 che indica modifiche al Codice generale delle collettività territoriali, ma non è in alcun modo eliminata dall'ordinamento; in particolare, il quarto comma stabilisce che l'art. 1411-6 è così modificato: "ogni emendamento a un progetto di delegazione di contratto di servizio pubblico non può che intervenire solo dopo il voto dell'assemblea deliberante". Mentre l'art. 60, con riferimento al Codice dei trasporti, abroga una disposizione che richiama la delegazione di servizi pubblici; da ciò si

78. In tema di accordi sulle modalità di remunerazione ed i limiti: Y. DELAIRE, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, Paris, 2008, 103 ss.

79. Per approfondimenti sulla definizione, la natura dell'attività, l'oggetto del contratto e il rischio economico: D. SOLDINI, *La délégation de service public, sa fonction, ses critères*, in *RFDA*, 2010, 1114 ss; sul regime dei beni, si rinvia a E. FATÔME, P. TERNEYRE, *Le statut des biens des délégations de service public*, in *AJDA*, 2013, 724 ss.

80. Per alcuni esempi, dato che è più diffusa l'ipotesi contrattuale, v. J. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexus, Paris, 2012, 355 ss.; J. P. VALETTE, *Droit des services publics*, Ellipses, Cedex Paris, 2013, 193 ss.

81. In *www.legifrance.gouv.fr*.

evinces che comunque l'istituto della delegazione rimane in vigore nell'ordinamento contestualmente alla concessione di servizi pubblici, ma secondo la disciplina del Codice generale delle collettività territoriali con una procedura particolare di aggiudicazione.

Per il regime giuridico, le società miste locali non hanno però tutte le caratteristiche delle società commerciali (c.d. società anonime; v. art. L. 1522-1) e ovviamente non il fine di lucro, ma sicuramente il perseguimento delle migliori prestazioni dell'azione pubblica con una struttura molto indipendente e uno statuto autonomo⁸². Tuttavia, il Consiglio costituzionale ritiene che le società di economia mista siano da regolare come una società commerciale quando una violazione del principio di uguaglianza non possa essere giustificata “dalle caratteristiche specifiche dello statuto della società in questione”⁸³. Le collettività territoriali dominano istituzionalmente le società, ma questa influenza è solo parzialmente supportata dalla loro efficienza; vi sono diversi punti critici: l'applicazione delle regole sulle gare pubbliche ha rappresentato un limite al riconoscimento dell'ambivalenza dei rapporti contrattuali, nel senso che la doppia natura della società e dell'attività pubblica si rivelano contraddittorie; peraltro, si applica un regime derogatorio al diritto societario.

La partecipazione delle collettività territoriali, in base alla disciplina vigente di cui all'art. L. 1522-2 del Codice generale, non potrà essere superiore all'85% del capitale sociale, dato che è previsto espressamente che la partecipazione degli azionisti privati non possa essere inferiore al 15%; lo stato giuridico è di società privata in senso formale e sostanziale. Inoltre, il Codice prevede per i soci pubblici due vincoli: la collettività deve essere rappresentata negli organi deliberativi della stessa e i soci pubblici devono essere titolari della maggioranza dei diritti di voto⁸⁴; vi sono controlli di natura societaria e altri connessi alla natura pubblica degli azionisti di maggioranza ed attengono al rapporto tra collettività territoriali azioniste e società miste e al potere di vigilanza sugli enti territoriali⁸⁵.

82. La legge n. 2002-1 del 2 gennaio 2002 ha modificato lo statuto delle società miste; si rinvia a J.-F. SESTIER, *Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation*, in *RFDA*, 2002, 923 ss.; C. DEVÈS, *La modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, la loi du 2 janvier 2002*, in *AJDA*, 2002, 139 ss.

83. CE 20 gennaio 1993, n. 92-316 DC, consid. 47; D. 1994, 285 obs. H. MAISI; in *RFDA*, 1993, 902, étude D. Pouyaud; anche la Corte di giustizia ha escluso per una società mista il beneficio del regime eccezionale del *in house* (11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *AJDA*, 2005, 898, nota di F. ROLIN).

84. Il Codice disciplina un'assemblea speciale della società (art. L. 1524-5 CGCT) e per la maggioranza v. art. L. 1522-1 CGCT.

85. Tra gli studi più rilevanti G. DURAND, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Berger-Levrault, Paris, 2002, 130-131 in cui l'Autore sottolinea il ruolo della legge del 1983

L'azionariato pubblico di maggioranza nelle società miste non è, comunque, incompatibile con l'applicazione del diritto societario, così come la personalità giuridica di diritto privato e l'organizzazione interna; anche nel ruolo di azionista di società miste, le collettività non si privano completamente di loro poteri pubblici ed esercitano il controllo sulle società secondo le regole previste dal diritto societario. Le società sono, in concreto, molto condizionate dalle collettività territoriali; infatti, le collettività esercitano il controllo su di esse e le società esercitano l'attività nel loro primo interesse. La presenza dell'ente pubblico come azionista di maggioranza provoca uno squilibrio interno molto più rilevante per il ruolo centrale delle collettività territoriali rispetto a quello che può esistere in una società esclusivamente di diritto commerciale; mentre gli azionisti privati di minoranza hanno spesso un ruolo di mera rappresentanza e la loro presenza rileva in concreto come un semplice obbligo di legge⁸⁶.

La società mista, come abbiamo visto, non è l'unica forma di *collaborazione* istituzionalizzata, ma di certo è uno degli esempi di maggior successo, quindi l'economia mista locale può consentire la collaborazione tra partner pubblici e privati in un'entità relativamente autonoma, ma in realtà non è indipendente, considerato l'azionariato pubblico maggioritario. I soci pubblici, come azionisti di maggioranza, hanno a disposizione meccanismi di controllo di diritto societario, ma anche modalità derogatorie al diritto pubblico a causa dell'interesse generale collegato allo statuto della società; tuttavia, non è equiparabile ad una società *in house* per i caratteri assai vincolanti richiesti dall'UE per quest'ultima soluzione.

Le società miste locali hanno di certo favorito l'applicazione della *privatizzazione* quando l'ente pubblico ceda (anche solo in parte) le azioni ai soci privati con la conseguente estinzione della società iniziale; tra gli esempi⁸⁷ la *Société électricité service Gironde* che era stata istituita in forma di partenariato tra i principali gestori dell'acqua e dell'elettricità⁸⁸, ma considerate le difficoltà finanziarie, è stata attivata la privatizzazione in diverse fasi: l'azionariato minoritario principale *Société Synergie-Développement-Services* ha ceduto la partecipazione alla *Société Lyonnaise de eaux*,

per il ritorno dello Stato nella società mista, invece di attribuire più rilievo all'azionista ente locale.

86. Si rinvia a S. BRAMERET, *op. cit.*, 105.

87. Per gli esempi v. S. BRAMERET, *op. cit.*, 152 ss.

88. Circa il regime vigente per i contratti di servizio pubblico nel settore dell'energia v. S. ANDRIEU, *Les contrats de service public du secteur de l'énergie*, in *RFDA*, 2017, 246 ss.; A. FIQUET, *Concessions et servitudes au regard des missions du gestionnaire du réseau de transport d'électricité*, in *RFDA*, 2017, 254 ss.

azionista minoritaria; in seguito, l'ente delegante ha escluso il rinnovo della delegazione di servizio pubblico alla *Société ESG* preferendo la società *SEML*, mentre l'azionariato pubblico di maggioranza ha deciso la vendita dell'intera partecipazione alla *SEML* trasformando la società di economia mista in società anonima con capitale esclusivamente privato e ha assorbito per fusione la *Société ESG*.

Nel caso diverso della SEMOP, l'oggetto sociale si riduce ad un'*operazione unica*; in generale, essa è istituita da una o più comunità locali o gruppi di enti locali che operano secondo la legge nel quadro delle loro competenze "diverse dall'esercizio di funzioni di sovranità" (art. L 1541-1, I, del Codice generale delle collettività territoriali). Infatti, occorre considerare che la legge non può consentire "di delegare a un privato l'esercizio di una missione di sovranità" e, in particolare, le competenze di polizia amministrativa generale inerenti all'esercizio di "forza pubblica" necessaria per garantire i diritti. Più precisamente, questa *operazione unica* consiste nella conclusione e nell'esecuzione di un contratto con il socio pubblico; lo scopo "è la realizzazione di una operazione di costruzione, sviluppo di abitazioni o la *gestione un servizio pubblico*, che può includere i lavori di costruzione o l'acquisto di beni necessari al servizio, o qualsiasi altra operazione di interesse generale di competenza della collettività territoriale" (art. 1541-1, I, Codice generale delle collettività territoriali). In concreto, l'oggetto sociale della SEMOP consiste nella conclusione e nell'attuazione di una delega di servizio pubblico, di una concessione di lavori o di un appalto pubblico.

Circa l'azionariato della SEMOP, la legge regola rigorosamente la distribuzione del capitale sociale; in deroga al diritto comune la società – come la *SEML* – può includere solo due azionisti (Codice generale delle collettività territoriali, art. I 1541-1, II) che consistono in una o più comunità locali o raggruppamenti di collettività territoriali e di almeno un operatore economico privato. Quindi, l'archetipo della SEMOP dovrebbe essere costituito da una *combinazione* di un ente locale e di una società privata, ma sono possibili formule più complesse, tra cui un maggior numero di partners pubblici o privati⁸⁹.

Per quanto riguarda la partecipazione societaria, "La collettività territoriale o il consorzio di collettività territoriali detiene tra il 34% e l'85% del capitale della società e almeno il 34% dei voti degli organi deliberativi. La parte di capitale di tutti gli operatori economici azionisti non può essere

89. Si rinvia a S. NICINSKI, *L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*, in *RFDA*, 2015, 93 ss.

inferiore al 15%” (art. L.1541-1, III del Codice generale delle collettività territoriali⁹⁰). In altre parole, la comunità locale può essere un azionista di minoranza e questa soluzione non è del tutto nuova. Infatti, essa conferma una certa precedente tradizione dell’economia mista di cui alla legge 83 – n. 597 del 7 luglio 1983; prima di questa disciplina, le autorità locali non erano autorizzate a detenere più del 40% del capitale sociale di una SEML. Tuttavia, questa evoluzione è rilevante nella misura in cui consente all’azionariato di minoranza di riconoscere alla comunità un potere di controllo interno della società di servizi e del partner privato. La soluzione limita la tendenza degli enti locali ad aumentare nell’economia mista la percentuale del capitale pubblico e la creazione di imprese pubbliche locali; inoltre, una tale inversione di tendenza corrisponde alla trasformazione al livello nazionale dell’intervento dello Stato che progressivamente ha adottato la soluzione di partecipazioni minoritarie.

Quindi, si tratta di una società commerciale in cui la posizione degli azionisti non è paritaria e, soprattutto, l’azionista privato viene scelto mediante una gara indetta dall’azionista pubblico. La procedura pubblica e di gara prevista dall’art. L, 1541-2 del Codice generale delle collettività territoriali ha in sostanza due finalità: scegliere come azionista la società che eseguirà il contratto e attribuire un contratto di appalto pubblico; questa organizzazione riflette la singolarità dell’oggetto e dell’indirizzo dell’UE in materia di partenariato istituzionalizzato.

Tuttavia se, da un lato, la legge del 2014 tratta in modo dettagliato la creazione del SEMOP, dall’altro, è più limitata circa la disciplina della sua attività; ciò è in contrasto con il dato normativo che cristallizza la migliore combinazione di competenza dell’operatore economico e controllo della comunità pubblica⁹¹; il legislatore ha, quindi, cercato di introdurre un nuovo modello, ma due aspetti sono particolarmente in discussione e sono al centro dell’attenzione nella fase di attuazione: il controllo e i contratti di SEMOP. Una questione chiave della riforma è anche la capacità del socio pubblico, che può detenere una quota di minoranza del capitale, di controllare l’attività e l’evoluzione della SEMOP che, secondo la disciplina, può derivare dalla possibile trasformazione di autorità preesistenti o di trasferimento di competenza. La soluzione si fonda sull’idea che il controllo

90. Article L 1541– 1, III: “La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l’ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %”.

91. Sul punto si rinvia a G. ECKERT, *op. cit.*, 1946.

interno esercitato dalla comunità azionista assicurerà un migliore equilibrio tra interessi pubblici e privati.

In Spagna la disciplina sulle società miste⁹² e pubbliche è stata modificata in varie fasi in conseguenza delle direttive del 2004 e delle recenti riforme circa le autonomie territoriali e la razionalizzazione della spesa pubblica; ulteriori innovazioni sono derivate dalla trasposizione delle direttive (UE) n. 23 e n. 24 del 2014 in materia di contratti del settore pubblico mediante la *Ley 9/2017* (in vigore dal 9 marzo 2018) che, circa l'aggiudicazione di contratti di concessione di servizi (artt. 284-297, *Ley de Contractos del Sector Público, LCSP*) a società di economia mista, nella *Disposición adicional vigésima segunda*⁹³ ha stabilito per il capitale misto la necessaria *partecipazione pubblica maggioritaria*. La soluzione rientra nelle forme di gestione indiretta⁹⁴ come figura contrattuale mediante la concessione di servizi con trasferimento al concessionario del rischio operativo; la seconda soluzione ammessa è il contratto di servizi⁹⁵ (artt. 308-313 *LCSP*) che comporta prestazioni dirette ai cittadini senza trasferimento del rischio e sono ammesse come controparti società commerciali private e società miste.

A fronte del debito pubblico e della crisi, sono state adottate varie riforme, tra le quali l'intervento sull'art. 135 Cost. con la *Ley organica 2/2012* e la *LRSAL (Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local)* che *limitano* la libertà delle amministrazioni di decidere forme di cooperazione economica, tecnica e amministrativa anche mediante consorzi e, in sostanza, l'autogoverno degli enti locali⁹⁶; la loro costituzione

92. Per approfondimenti, D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, Iustel, 2010; Id., *Las sociedades municipales*, in M. ALMEIDA CERREDA, C. TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (dirs.), D. SANTIAGO IGLESIAS, F. DI LASCIO, P. CRUZ SILVA (coords.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2015, 230 ss.; Id., *Empresas locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 171 ss.

93. Per la disposizione si rinvia al testo consolidato della *LCSP* aggiornato al 4 luglio 2018, reperibile in www.boe.es.

94. Sulla nuova disciplina della gestione indiretta dei servizi pubblici locali v. J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local*, 05/02/2018, in *Diario del derecho municipal*, <http://laadministracionlocal.inap.es/noticia.asp?id=150877>, 6-10.

95. L'art. 312 *LCSP* è stato anche ampiamente criticato per la sua formulazione, v. J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *op. ult. cit.*, 10 ss.

96. Circa le conseguenze sulle autonomie si rinvia a L. PAREJO ALFONSO, *Algunes reflexions sobre l'impacte de la Lei 27/2013, de 27 de desembre, sobre el model d'autogovern municipal*, in *Quaderns de Dret Local*, 2014, n. 34, 11 ss.; M. BASSOLS COMA, *La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2014, 21 ss.

è ammessa solo quando consenta un'allocazione più adeguata delle risorse economiche in termini di efficienza ed economicità, non compromettendo la sostenibilità finanziaria dell'intera *hacienda local* in questione, e non richieda più risorse di quanto inizialmente fornito ai sensi dell'art. 57.3 LBRL (*Ley de las Bases del Régimen Local*). Ad es., in relazione al coordinamento dei servizi pubblici, l'art. 26.2 LBRL nella versione fornita dalla LRSAL, prevede che nei Comuni con meno di 20.000 abitanti, il coordinamento da parte del consiglio provinciale o di ente equivalente riguarderà la fornitura di *specifici servizi* (come la raccolta e il trattamento dei rifiuti, la fornitura domestica di acqua potabile e il trattamento delle acque reflue). Inoltre, in base all'art. 36 LBRL, oltre alla fornitura di servizi pubblici di natura sovracomunale, alla Provincia è conferito il coordinamento dei servizi comunali e la prestazione di servizi pubblici di carattere sovracomunale⁹⁷. E' stata così introdotta una ridefinizione dell'autonomia locale⁹⁸ in conseguenza delle misure volte a garantire la stabilità di bilancio.

L'art. 137 della Costituzione spagnola precisa che gli enti territoriali godono dell'autonomia per la gestione dei rispettivi interessi e rappresenta il riferimento per l'autonomia riconosciuta, pur sul presupposto della ponderazione con altri beni o principi costituzionali. Le leggi statali e quelle delle Comunità Autonome devono attribuire adeguate competenze ai Comuni per attuare gli interessi locali. La Costituzione non affida esclusivamente la disciplina e l'assegnazione di poteri locali allo Stato o alle Comunità Autonome; ogni ente nel quadro delle sue attribuzioni deve regolare e attribuire le competenze delle entità locali, senza pregiudizio per l'autonomia assicurata. Inoltre, mediante la legislazione settoriale, le attività di servizi locali sono più dettagliate e regolate, in modo che il contenuto della legge statale di base sia completo e specifico. La legislazione amministrativa settoriale consente, ove opportuno, l'attribuzione di base dei servizi pubblici al Comune, al fine di garantire l'efficacia del rispetto del principio organizzativo-territoriale dell'autonomia locale. La LBRL è, quindi, incompleta o necessita di un'integrazione e ad essa si aggiunge la legislazione settoriale

97. J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, cit., 80-81. Sulle riforme J. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública local y reforma local*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2015, n. 37, 59 ss.; J. C. COVILLA MARTÍNEZ, *La crisis económica i la creixent preocupació per l'estabilitat pressupostària i la sostenibilitat financera*, in A. GALÁN GALÁN, *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, cit., 177 ss., spec. 187-195.

98. Per approfondimenti R. GRACIA RETORTILLO, *La redefinició de l'autonomia local en vista del principi d'estabilitat pressupostària*, in A. GALÁN GALÁN, *op. ult. cit.*, 201 ss.; F. VELASCO CABALLERO, *Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2016, 23 ss.

dello Stato e delle Comunità Autonome, a cui spetta la definizione delle competenze locali. La fornitura di un servizio pubblico da parte dei Comuni consiste nell'esercizio di attività di prestazione al pubblico, rientranti nelle loro competenze, ai sensi degli artt. 85-86 LRBL, e da attuare, a seconda dei casi, obbligatoriamente o facoltativamente⁹⁹.

Come è noto, per tradizione la prestazione di servizi pubblici da parte degli enti locali è stabilita dall'art. 26.1 LRBL come competenza specifica; secondo il modello centralista, lo Stato considera ancora oggi come garanzia di uguaglianza tra i cittadini l'erogazione di particolari servizi pubblici da parte di tutti i Comuni e le Province. La natura obbligatoria di alcuni servizi pubblici prevista dagli artt. 26.1 LRBL, è rafforzata dall'art. 28 LRBL, secondo cui i cittadini hanno il diritto all'erogazione di servizi locali secondo compiti giuridicamente vincolanti; il principio è affermato sia a livello statale, sia locale nel senso che le Comunità Autonome¹⁰⁰ prevedono leggi sui servizi pubblici di fornitura obbligatoria da parte di Comuni e Province. La scelta dell'amministrazione sulle forme di gestione è libera e l'art. 84 LRBL adotta la distinzione tradizionale tra gestione *indiretta* e *diretta* mediante un ente autonomo, un'impresa pubblica o una società commerciale, mentre quella indiretta, ad es., mediante la concessione di servizi a società private o miste, soluzioni che dipendono dalla disciplina sui contratti pubblici, schema tradizionale richiamato della legislazione delle Comunità Autonome¹⁰¹.

Nell'ordinamento spagnolo, tra le attività economiche degli enti locali, è di certo prevalente la *gestione* dei servizi pubblici nelle forme *diretta* (ente pubblico anche autonomo, imprese o società commerciale pubblica) e *indiretta* (art. 85 LRBL); le forme di gestione sono riconducibili alle varie modalità di organizzazione di un servizio di competenza locale e sono inquadrate nell'ambito del potere di auto-organizzazione delle entità locali (art. 4 LRBL) secondo un'interpretazione costituzionale consolidata¹⁰².

In linea di principio, tutte queste forme di gestione ricadono nell'ambito di scelte discrezionali dell'ente locale, ma vi sono, tuttavia, dei limiti, così lo Stato può esigere che alcuni servizi, per situazioni di dipendenza o di debolezza dei loro destinatari, siano gestiti direttamente dall'ente locale a garanzia di neutralità e di trasparenza; inoltre, la LRSAL, con obiettivi

99. Si rinvia a J. ORTEGA BERNARDO, *Servicios públicos e iniciativa económica local*, cit., 74 ss.

100. Così art. 67 del decreto legislativo 2/2003 della Catalogna.

101. V. ad es., art. 270 del decreto legislativo n. 2/2003 della Catalogna.

102. Per una ricostruzione generale delle diverse forme di gestione, si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestión de los servicios públicos locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 105 ss.

di *sostenibilità economica*, impone due parametri di scelta che riducono la discrezionalità locale: in primo luogo, un criterio normativo per la *gestione diretta* da parte di organizzazioni autonome, in contrasto, ad es., con la gestione da parte di una società pubblica; vi è, inoltre, un criterio specifico a favore della gestione indiretta. Oltre a questi limiti normativi, nel contesto di crisi economica, possono emergere questioni sul significato e sulla reale portata della scelta delle forme di gestione: circa la possibile utilità attuale delle entità strumentali per la gestione dei servizi e riguardo all'effettiva *reversibilità* dell'esternalizzazione del servizio dalla gestione indiretta mediante una società privata (o mista) alla gestione diretta pubblicistica. Da un punto di vista normativo, l'art. 85 LBRL prevede i requisiti in base ai quali sarebbe possibile per l'ente locale la scelta discrezionale di "ritorno", come *rimunicipalizzazione*¹⁰³, alla *gestione diretta* del servizio prima gestito da un privato mediante concessione e contratto; inoltre, vi sono le modalità previste dall'art. 67.1 RSCL (*Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*) mediante un'organizzazione specializzata o l'istituzione di un organismo speciale di amministrazione¹⁰⁴.

103. Per la gestione diretta si rinvia a L. MÍGUEZ MACHO, *La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídico-administrativos*, M. J. FEIJÓO REY, M. PIMENTEL SILES, *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*, Almuzara, Córdoba, 2017, 29 ss.; tra l'altro, l'Autore affronta anche la gestione diretta come conseguenza dell'eventuale "rimunicipalizzazione" per il concetto e per le conseguenze del ritorno alla gestione diretta da parte dell'ente locale; v. altresì J. ORTEGA BERNARDO, *El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2016, 63 ss.; J. TORNOS MAS, *La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 12 ss.; J. PONCE SOLÉ, *Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones*, in *QDL*, 2017, n. 40, 68 ss.; J. ESTEVE PARDO, *Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2016, 305 ss.; J. M. GIMENO FELIU, *La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*, *ivi*, 31 ss. Per una visione assai critica, si rinvia a Vv. AA., *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, Barcelona, 2017; per i profili di contrasto con il principio di concorrenza nel mercato v. A. COLOMÉ I NIN – S. GRAU I ARNAU, *"Remunicipalización" de servicios locales y competencia*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 124 ss.

104. Per la gestione diretta si rinvia a L. MÍGUEZ MACHO, *La asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos: perfiles jurídico-administrativos*, M. J. FEIJÓO REY, M. PIMENTEL SILES, *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*, Almuzara, Córdoba, 2017, 29 ss.; tra l'altro, l'Autore affronta anche la gestione diretta come conseguenza dell'eventuale "rimunicipalizzazione" per il concetto e per le conseguenze del ritorno alla gestione diretta da parte dell'ente locale; v. altresì J. ORTEGA BERNARDO, *El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2016, 63 ss.; J. TORNOS MAS, *La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 12 ss.; J. PONCE SOLÉ, *Remunicipalización y pri-*

Tuttavia, in concreto, il ritorno alla gestione pubblica sembra di difficile attuazione per i vincoli giuridici derivanti dal contratto di gestione e gli indennizzi dovuti in caso di risoluzione. A ciò si aggiunge il diverso regime dell'impiego privato rispetto al pubblico impiego con regole specifiche pubblicistiche (ad es., per l'accesso mediante concorso). Inoltre, in conseguenza della crisi economica, sono state introdotte misure assai restrittive per gli enti locali circa l'istituzione di società commerciali pubbliche con conseguenze significative per le aziende locali¹⁰⁵.

La distinzione di base consiste in due tipi di società commerciali partecipate dagli enti locali: le società municipalizzate (capitale sociale interamente pubblico o pubblico-privato) che gestiscono un'attività di competenza dell'ente locale che ha una posizione di dominio; le società con partecipazione azionaria locale (azioni, obbligazioni, titoli, ecc.) in cui l'ente locale non ha una posizione di dominio e l'oggetto sociale consiste nell'incentivare una certa attività economica o un determinato settore in difficoltà, al fine di favorire la crescita economica. Nella categoria delle società municipalizzate vi rientrano, a seconda della composizione del capitale sociale, le società interamente pubbliche e le società di economia mista in cui l'azionariato è costituito da almeno un ente locale e da un partner privato; le società miste si distinguono per l'oggetto sociale: società che gestiscono servizi pubblici di cui è titolare l'ente locale e società di mercato per le quali l'oggetto sociale consiste in un'attività di mercato che ha un'utilità pubblica o comporta benefici per la collettività di riferimento. Le società totalmente pubbliche possono gestire direttamente servizi pubblici locali, collaborare nell'esercizio di funzioni pubbliche o gestire un'attività di mercato, mentre le società miste possono gestire indirettamente (mediante l'aggiudicazione di un contratto amministrativo

vatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones, in *QDL*, 2017, n. 40, 68 ss.; J. ESTEVE PARDO, *Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2016, 305 ss.; J. M. GIMENO FELIU, *La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*, *ivi*, 31 ss. Per una visione assai critica, si rinvia a VV. AA., *Remunicipalización: ¿ciudades sin futuro?*, Profit Editorial, Barcelona, 2017; per i profili di contrasto con il principio di concorrenza nel mercato v. A. COLOMÉ I NIN – S. GRAU I ARNAU, *“Remunicipalización” de servicios locales y competencia*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 43, 124 ss.

105. Per un approfondito esame della disciplina di ristrutturazione del settore pubblico statale, regionale e locale e delle aziende locali per il contenimento della spesa v. D. SANTIAGO IGLESIAS, *L'impatto della crisi economica nel settoressore delle aziende locali: analisi delle misure legislative adottate in Spagna*, in F. DI LASCIO (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 169 ss.

di gestione¹⁰⁶) servizi pubblici locali oppure attività di mercato di natura commerciale, industriale o finanziaria¹⁰⁷.

La LRSAL ha introdotto diverse *restrizioni* per la creazione di nuove società municipali e, infatti, gli enti locali indicati nell'art. 3.1 LBRL e gli organismi autonomi da essi dipendenti non possono acquisire, costituire o partecipare alla costituzione, direttamente o indirettamente, di nuovi enti, entità, società, consorzi, fondazioni, unità e altre entità, durante il periodo di validità del relativo piano economico finanziario o del piano di adeguamento. Allo stesso modo, queste entità non sono autorizzate ad erogare contributi azionari o a sottoscrivere domande per un ampliamento di capitale di società commerciali locali, sebbene, eccezionalmente, possano effettuare tali operazioni se, nel precedente esercizio finanziario, siano stati rispettati gli obiettivi della stabilità di bilancio e di riduzione del debito pubblico.

La LRSAL ha, infatti, riformato la legge di base del regime locale (LBRL) e le competenze degli enti locali per vari aspetti¹⁰⁸: l'art. 86 prevede per gli enti locali l'esercizio dell'*iniziativa pubblica per lo sviluppo di attività economiche*, a condizione che sia garantito l'obiettivo della stabilità di bilancio e della sostenibilità finanziaria dell'esercizio delle sue *competenze*; ciò comporta che l'*iniziativa economica comunale* possa essere esercitata solo quando il Comune garantisca i *servizi minimi obbligatori*¹⁰⁹, ai sensi dell'art. 26 e in base alle competenze di cui all'art. 25, ad un costo effettivo ed eserciti le proprie competenze in modo sostenibile conformemente all'art. 7.4 LRSAL. Questa configurazione dell'iniziativa economica come *sussidiaria* sottrae autonomia ai Comuni per il momento decisionale dell'iniziativa e della gestione e sviluppo.

106. È opportuna una precisazione circa la distinzione tra contratto di gestione di servizi pubblici e contratto dei servizi, nel senso che nel primo l'appaltatore si surroga nella parte contraente per la gestione del servizio pubblico mediante capacità di organizzative ed assume i rischi di esso; nel secondo tipo di contratto l'appaltatore di limita a fornire una o più prestazioni collaborando con la parte contraente nell'erogazione del servizio senza poteri organizzativi ed assumere rischi. Si rinvia a M. ALMEIDA CERREDA, *El contrato de gestion de servicios públicos*, in Vv. AA., *Tratado de Contratos*, XIV, Aranzadi, Cizur, Menor, 2014, 525 ss.

107. Così D. SANTIAGO IGLESIAS, *L'impatto della crisi economica nel settosettore delle aziende locali: analisi delle misure legislative adottate in Spagna*, cit., 174 ss.

108. Per approfondimenti sulla riforma si rinvia a A. CASADO ECHARREN, J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Competencias y potestades de las entidades locales*, in M. LORA-TAMAYO VALLVÉ (Dir.), *Manual de derecho local*, Iustel, Madrid, 2015, 307 ss.

109. Sui servizi minimi obbligatori v. J. M. SOUVIRON MORENILLA, *Competències pròpies i serveis mínims obligatoris dels municipis en la recent reforma del règim local bàsic*, in *Quaderns de Dret Local*, 2014, 76 ss.; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental*, in *REDA*, 2015, 21 ss.

L'indirizzo prevalente è la progressiva *sostituzione*, per alcuni settori (trasporti, energia, ad es.), di fornitori pubblici con operatori privati e, quindi, verso la privatizzazione, soluzione non priva di critiche¹¹⁰; in generale, l'ambito dell'intervento pubblico è riconducibile alla supervisione dei mercati e all'attività di regolazione mediante la previsione di obblighi volti a garantire che gli operatori privati soddisfino obiettivi di interesse generale quali, ad es., l'universalità del servizio di interesse generale o requisiti di qualità. A fronte della tendenza a limitare l'intervento dello Stato nell'erogazione di prestazioni di servizi, l'attenzione si è incentrata sul possibile rafforzamento del ruolo degli enti locali, ma la riforma del 2013 mediante la LBRL prevista dalla *Ley 27/2013* ha circoscritto l'ambito di possibilità, dato che essa afferma, tra gli obiettivi, che gli enti locali possono esercitare competenze diverse da quelle possedute o delegate solo quando la sostenibilità finanziaria non sia pregiudicata e non vi sia l'erogazione simultanea dello stesso servizio pubblico da parte di un'altra amministrazione pubblica (art. 7). L'obiettivo della stabilità di bilancio e della sostenibilità finanziaria dell'esercizio delle competenze è così garantito (art. 86); le entità locali possono esercitare poteri diversi dai propri e da quelli attribuiti con delega, solamente quando la sostenibilità finanziaria delle risorse municipali nel complesso non siano a rischio, in conformità con i requisiti della legislazione sulla stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria.

Nel contesto della riforma dell'amministrazione pubblica e la crisi, sono stati anche modificati gli obiettivi e le modalità di gestione dei servizi pubblici per una maggiore efficienza, razionalità e trasparenza, con alcune questioni critiche di compatibilità con il principio democratico e le autonomie locali¹¹¹. L'art. 85 della LBRL riformata prevede la gestione dei servizi pubblici nella forma *diretta* più sostenibile ed efficiente, da parte dell'ente locale, da entità direttamente collegate all'ente in regime di decentramento funzionale: enti autonomi, enti pubblici aziendali o società commerciali locali¹¹² e forme di cooperazione mediante enti sovra-municipali (ad es.,

110. V. M. J. CARAZO LIÉBANA, *Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2011, 51 ss.; T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *El debate sobre los servicios públicos locales: público y privado, la efectividad de los derechos sociales, autonomía y financiación*, in *Anuario del Gobierno Local 2017*, 11 ss.

111. Esiste un'ampia letteratura e si rinvia tra i molti contributi a T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, *Principio democrático, autonomía local, estabilidad presupuestaria y servicios públicos: ¿hacia la cuadratura del círculo?*, in *Anuario del Gobierno Local 2015/16*, 11 ss.

112. La gestione diretta mediante *società commerciali locali* con capitale pubblico segue le indicazioni dell'art. 85.2 LBRL con profili di diritto pubblico e di diritto privato ed è espressione del potere di auto-organizzazione delle amministrazioni locali; è previsto un

mancomunidades, consorzi); la gestione mediante enti pubblici aziende e società locali è consentita solamente se vi sia un *atto giustificativo* della maggiore sostenibilità ed efficienza da valutare nel caso concreto rispetto alla gestione interna o a un organismo autonomo locale, considerando la redditività economica e il recupero degli investimenti. Questa relazione giustificativa dev'essere approvata ed includere i dati sul costo del servizio e il supporto tecnico, e pubblicata. A tal fine, la relazione dell'autorità di controllo locale valuterà la sostenibilità finanziaria delle proposte, in conformità con le disposizioni dell'art. 4 della *Ley Orgánica 2/2012* sulla stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria (LOEPSF), che ha modificato la LBRL mediante la LRSAL. Altre leggi sono state intradotte: la LRSAL (la nota legge sul bilancio del regime locale volto al ridimensionamento del settore locale), la *Ley 19/2013* sulla trasparenza, l'accesso alle informazioni pubbliche e sul buon governo, e la *Ley 40/2015* sul regime giuridico del settore pubblico¹¹³ (LRJSP). Si tratta di riforme che derivano dalle esigenze di *equilibrio di bilancio* espresse dall'UE e di interventi per far fronte alla crisi economica e che, in generale, hanno inciso sul regime degli enti locali negli ordinamenti europei.

La gestione *indiretta*, invece, è prevista come gestione di natura contrattuale mediante la concessione di servizi (con trasferimento al concessionario del rischio operativo) o il contratto di servizi¹¹⁴ che comporta prestazioni dirette ai cittadini senza trasferimento del rischio, casi regolati dalla *Ley 9/2017* sui contratti del settore pubblico (LCSP, di trasposizione delle direttive n. 23 e n. 24 del 2014) e sono ammesse come controparti società commer-

procedimento di costituzione delle società municipali secondo le regole contenute nella *Ley 27/2013* sulla razionalizzazione e sostenibilità dell'amministrazione locale con alcuni divieti significativi. Si consideri, ad es., il divieto per gli enti locali di istituire o di partecipare alla costituzione delle *holdings* e ciò vale (sez. 3 della nuova DA 9. LBRL) per le organizzazioni, le entità, le società, i consorzi, le fondazioni, le unità e le altre entità affiliate. Si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *op. ult. cit.*, 121 ss. e per le società commerciali locali con capitale interamente pubblico v. 132 ss.; sui tipi di società locali e sulle società miste v. D. SANTIAGO IGLESIAS, *Empresas locales*, in F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de derecho económico local*, cit., 153 ss.; C. CHINCHILLA MARÍN, *Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?*, in *RAP*, 2017, n. 203, 17 ss.

113. Sulle nuove forme di relazioni tra amministrazioni alla luce dei principi di collaborazione, cooperazione e coordinamento si rinvia a M. VILALTA REIXACH, *Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2017, n. 44, 48 ss.

114. In tema di concessioni di servizi e di contratto di servizi v. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos*, in *RAP*, 2017, 41 ss.; P. MAHILLO GARCÍA, J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *La increíble y errática historia del carácter básico/no básico de la regulación del rescate como causa de resolución de la gestión contractual de los servicios públicos*, in *QDL*, 2017, n. 44, 164 ss.

ciali private e società miste. La *gestión interesada* e il *concierto*¹¹⁵ sono forme di gestione particolari con una certa tradizione e che sono state inizialmente considerate nel testo (art. 277) della *Ley 9/2017* del 9 novembre 2017 (di trasposizione delle direttive UE n. 23 e 24 del 2014), ma in seguito eliminate, dato che il testo vigente¹¹⁶ considera solamente la concessione di servizi (artt. 284-297) e il contratto di servizi (artt. 308-313).

Le diverse riforme del sistema amministrativo, in conseguenza delle esigenze del diritto europeo e delle misure necessarie per far fronte alla crisi, hanno condizionato i principi di base delle attività degli enti locali in relazione alla gestione dei servizi pubblici (art. 85 LBRL) e, in particolare, i principi di efficienza, stabilità, sostenibilità finanziaria¹¹⁷ e di razionalizzazione, ispiratori della riforma sull'organizzazione; sono state introdotte diverse misure di trasparenza e tra queste la determinazione del costo effettivo dei servizi erogati dagli enti locali (art. 116 *bis* LBRL). Tuttavia, sono emerse critiche circa il pregiudizio economico derivato dalla LRSAL e la preminenza del criterio dell'efficienza, della parità di bilancio, senza includere la qualità dei servizi pubblici¹¹⁸.

6

Le società miste nell'ordinamento italiano: l'intricato quadro normativo fino all'art. 17 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione mista pubblico-privata

In Italia non emerge una significativa tendenza a rimunicipalizzare¹¹⁹ i servizi attualmente gestiti da società miste o private, tranne in casi di fallimento di

115. Si rinvia a L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestion de los servicios públicos locales*, cit., 139.

116. Per il testo vigente consolidato con le ultime modifiche al 4 luglio 2018, si rinvia al sito www.boe.es.

117. Per il settore dei servizi pubblici, si rinvia a T. RAMON FERNANDEZ, *Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación*, in *RAP*, 2016, n. 200, 439 ss.

118. Per queste critiche, v. L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, *Formas de gestion de los servicios públicos locales*, cit., 108-111. Circa l'efficienza da valutare nel caso concreto v. 116; C. BARRERO RODRÍGUEZ, *Organización territorial y servicios locales: el nivel óptimo de prestación*, in *Anuario de Gobierno Local*, 2015/2016, 67 ss.; in generale sulla LRSAL e sulla sostenibilità finanziaria M. BESSOLS COMA, *La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 2014, n. 34, 21 ss. Per la conformità alla Costituzione, si rinvia a F. VELASCO CABALLERO, *Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final*, in *Anuario de Derecho Municipal*, 2013, 23 ss.

119. Per uno studio della recente evoluzione, v. G. PIPERATA, *Tendencias recientes en las reformas de la normativa italiana sobre los servicios públicos locales: de la remunicipalización hacia la desmunicipalización*, in T. FONT I LOVET, J. J. DIEZ SANCHEZ (coords.), *Los*

queste modalità di gestione; vi sono alcuni orientamenti politici favorevoli e per il servizio idrico con il referendum del 2011 è emersa una chiara posizione contraria alla privatizzazione e alla liberalizzazione, dato che gli elettori si sono pronunciati per l'abrogazione dell'art. 23**bis** del d. l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133) che prevedeva una decisa limitazione delle gestioni pubbliche e favoriva un'apertura obbligatoria agli operatori privati; in seguito, vi sono state difficoltà rilevanti di adeguamento normativo anche per le sentenze della Corte Costituzionale, oltre ad un acceso dibattito¹²⁰.

Negli ultimi dieci anni, per esigenze di riduzione della spesa pubblica e di attuazione del principio di concorrenza, la questione della *razionalizzazione*¹²¹ delle società partecipate degli enti locali¹²² e delle relative partecipazioni ha assunto una rilevanza centrale in tutte le politiche di riforma delineate dai vari Governi, pur non sempre efficaci e coerenti nella loro evoluzione; infatti, con interventi normativi diversi¹²³ si è tentato di *limitare* l'attività imprenditoriale degli enti locali, soprattutto nella gestione dei servizi pubblici, prevedendo limiti per la costituzione di nuove società, per l'azione in quelle esistenti oppure mediante divieti ad acquisire partecipazioni in società già attive nel mercato e da ciò è emersa una tendenza decisamente opposta al si-

servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión, Iustel, Madrid, 2017, 221 ss.

120. Sulla complessa questione v. G. PIPERATA, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, II, 6 ss.

121. Si rinvia a A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 299 ss.

122. V. M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 855 ss.

123. Si rinvia all'art. 13 del Decreto Legge n. 223 del 2006, che ha introdotto l'obbligo per le società strumentali di cessare le attività non consentite entro un certo termine e un meccanismo di nullità dei contratti già stipulati in violazione di norme ivi stabilite; l'art. 3, comma 27, della legge finanziaria 2008 (legge n. 244 del 2007) che ha previsto un divieto per tutte le amministrazioni di costituire nuove società o di acquisire o conservare partecipazioni in società preesistenti per attività non strettamente necessarie per l'esecuzione delle finalità istituzionali. L'art. 14, comma 32, del Decreto Legge n. 78 del 2010, ha previsto limitazioni per la costituzione e la conservazione di partecipazioni in società. In seguito, sono intervenute ulteriori disposizioni: l'art. 4 del Decreto Legge n. 95 del 2012, che ha introdotto l'obbligo di scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni entro una certa data per le società strumentali il cui fatturato per le prestazioni di servizi a favore di amministrazioni superiori al 90% dell'intero fatturato; l'art. 1, comma 568**bis**, della legge n. 147 del 2013 che ha previsto agevolazioni fiscali per quelle amministrazioni locali e società controllate in caso di scioglimento di queste o di alienazione delle partecipazioni detenute. Altri atti normativi hanno introdotto alcune norme relative al settore anche se non direttamente destinati alla razionalizzazione, così l'art. 23**bis** del Decreto Legge n. 112 del 2008 (decreto Tremonti) circa le forme di gestione dei servizi pubblici locali e l'eccezionalità dell'affidamento *in house*, e l'art. 4 del Decreto Legge n. 138 del 2011 che ha riprodotto l'art. 23**bis**, che in realtà era stato abrogato in conseguenza del referendum popolare e poi dichiarato, di conseguenza, incostituzionale (sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012).

gnificativo utilizzo di strumenti privatistici negli anni precedenti, soprattutto considerati i risultati non particolarmente efficienti emersi nel periodo di crisi finanziaria ed economica¹²⁴. Peraltro, i tentativi di razionalizzazione mediante i frequenti interventi normativi non sono stati efficaci, dato che comunque dal 2008 le società partecipate sono, invece, aumentate nonostante l'incremento dei vincoli di finanza pubblica per gli enti locali¹²⁵; del resto, è riscontrabile una certa tradizione, risalente agli anni '90 del secolo scorso, di costituzione di società miste finalizzate al coinvolgimento di soggetti pubblici e privati, per il finanziamento di servizi pubblici e la gestione imprenditoriale mediante società per azioni come "fuga" dalla municipalizzazione¹²⁶. A questo contesto già complesso si aggiungono difficoltà per le competenze come previste dal dall'art. 3bis del d. l. n. 138/2011, che sembra aver moltiplicato gli enti governo per la gestione dei servizi pubblici locali e prodotto una significativa frammentazione, ulteriormente complicata dalla legge c.d. Delrio¹²⁷ per le funzioni

124. Per una certa contraddizione negli orientamenti v. S. MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus*, 2014, 261 ss.; cfr., R. URSI, *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della Spending review*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il <<disordine>> dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2015, 145 ss.

125. V. A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate degli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, cit., 300. Per la rilevante diffusione di società a partecipazione pubblica, si rinvia alla ricerca di D. MARCHESI, *Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 335 ss.

126. Si rinvia a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990, 37 ss., spec. 42-45; secondo l'Autore l'affidamento in concessione di servizi pubblici a privati è finalizzato all'ammortamento dei costi di costruzione di opere pubbliche necessarie per la gestione dei servizi da parte del privato concessionario ed è una soluzione adottata anche all'inizio del XX secolo. Vi sono però due novità: la concessione può essere attribuita anche ad una società per azioni a cui partecipa il Comune concedente, che può in tal modo controllare direttamente l'operazione, e il *leasing* che consente il finanziamento dell'opera senza ricorrere alla finanza pubblica. Per alcuni studi di riferimento, cfr., M. CAMMELLI, *I servizi pubblici locali dell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 24 ss.; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Maggioli, Rimini, 1997; P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Giuffrè, Milano, 1999, 87 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, ivi, 135 ss.; M. DUGATO, *Le società per la gestione nei servizi pubblici locali*, *Il Giornale di diritto amministrativo*, Quaderni, Ipsoa, Milano, 2001; M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 24 ss.; M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 517 ss.; M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del D. L. n. 223/2006*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 347 ss. Per un'indagine sulle società per la gestione dei servizi pubblici locali e sui controlli, v. G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2001, 279 ss., e in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 1999, 99 ss.

127. Per un'analisi critica del nuovo ordinamento amministrativo locale, si rinvia a C. TUBERTINI, *L'attuazione regionale della legge 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2016, 99 ss. Per uno studio approfondito del riordino dell'am-

attribuite alla Città metropolitana e agli enti di area vasta, la soppressione di enti a cui prima spettavano competenze di organizzazione per ambiti provinciali (art. 1 della legge n. 56/2014, commi 44 e 90).

L'intenzione recente del legislatore (legge delega n. 124/2015 che ha previsto i principi per diverse riforme¹²⁸) è quella di razionalizzare le società partecipate e quelle *in house* assai diffuse (e diverse in situazione di dissesto finanziario) e di conservare, ma con intensi controlli e limitazioni di natura organizzativa, finanziaria e di rendicontazione, le gestioni pubbliche già esistenti e l'attuale modello di *società mista* con capitale parzialmente pubblico¹²⁹ nella forma di struttura "chiusa" non quotata nei mercati regolamentati e di società per azioni c.d. *multiservizi*¹³⁰ quotata, imprese che gestiscono i servizi pubblici di molti Comuni. In quest'ultimo schema sono incluse entità societarie (anche nella forma di società *holding* capogruppo con compiti di direzione e di coordinamento) che per l'estensione dell'attività sono di "dimensione regionale", radicate nel territorio per la presenza degli azionisti enti

ministrazione locale in Italia e di diverse esperienze europee v. L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli, Rimini, 2017.

128. Per alcune considerazioni assai critiche sulle riforme introdotte e in corso e sulla loro autenticità, in base alla legge delega n. 124/2015, si rinvia a F. MERUSI, *L' "imbroglio" delle riforme amministrative*, Mucchi, Modena, 2016, 30 ss.

129. Per i caratteri fondamentali della società mista per l'esternalizzazione del servizio: G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 312 ss.; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, ristampa 2013. Per un recente studio, v. D. ANSELMINI, *L'affidamento a società miste*, in A. VIGNERI, M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Astrid, 2016, in www.astrid-online.it. Per un'approfondita analisi delle società miste nella disciplina fino al 1995: G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 493 ss.; mentre esprime una tendenza in senso riduttivo dell'utilizzo delle società miste in conseguenza degli interventi (fino al 2006) della Corte di Giustizia in materia di *in house providing* e da ciò "la progressiva erosione dell'autonomia organizzativa degli Stati membri": M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, 2006, II, 1161 ss. Più recentemente, sulle ragioni della costituzione della società mista che non deriva tanto dalla ricerca di un'effettiva *partnership*, ma dall'esigenza di garantire l'ammortamento dei beni e degli investimenti, v. M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, 2014, 213 ss., spec. 227-228; per questa interpretazione anche F. MERUSI, v. nota 126.

130. V. ad es., le società *A2A spa* (sede legale a Brescia, www.a2a.eu); *Acea spa* (sede legale a Roma, www.acea.it); *Hera spa* (sede legale a Bologna, www.gruppohera.it); nel Gruppo Hera anche *Acegasapsamga spa*, sede a Trieste, www.acegasapsamga.it); *Iren spa* (sede legale a Reggio Emilia, www.gruppoiren.it). Per uno studio analitico e riferimenti alla pianificazione industriale, si rinvia a S. VENIER, *Le prospettive strategiche e gestionali dei servizi pubblici locali in Italia*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, cit., 80 ss.

locali e con estensioni nelle Regioni limitrofe, in conseguenza di aggregazioni, sollecitate anche dalla legge¹³¹, e per l'incorporazione di medie imprese; nell'azionariato vi è una presenza significativa di azionisti privati che controllano, anche se limitatamente, l'azionariato pubblico¹³².

Nel panorama sono anche presenti aziende private, ma in numero decisamente minore; in Italia, infatti, per tradizione giuridica, gli enti locali possono decidere discrezionalmente la modalità di gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica ed affidarlo a una società *in house* o a una società mista partecipata dall'amministrazione affidante (o da più amministrazioni) e da privati oppure ad un'impresa privata, soggetti individuati con gara. Le società miste, come è noto, sono riconducibili al partenariato pubblico privato istituzionalizzato¹³³ e l'affidamento deriva da una gara che ha ad oggetto la selezione del socio privato e la concessione del servizio, secondo il noto meccanismo di *gara a doppio oggetto*¹³⁴; negli ultimi anni il modello ha attirato maggiori attenzioni per esigenze di qualità dei servizi erogati e per la necessità pressante di reperire nuove risorse a fronte dei vincoli stringenti imposti dalla finanza pubblica. Inoltre, la società mista può derivare dalla trasformazione di società pubbliche a seguito di parziale privatizzazione¹³⁵.

In effetti, questo schema societario potrebbe limitare gli svantaggi dipendenti dalla gestione privata e da quella pubblica e consentire l'attuazione di finalità pubbliche di lungo periodo unitamente allo scopo lucrativo che consente di reperire risorse. Rispetto alla gestione privatistica, la rinegoziazione delle clausole contrattuali potrebbe essere più agevole e risolta dall'organo di gestione, mentre potrebbero essere facilitati e rafforzati il controllo dell'adempimento da parte dell'ente locale socio pubblico e l'estensione di

131. Il Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto "Sblocca Italia"), convertito nella legge 11 novembre 2014, n. 164, ha previsto un rilancio delle privatizzazioni per le società partecipate dagli enti locali, in particolare nei settori del trasporto locale, servizi ambientali (rifiuti) e dell'idrico.

132. Ad es., nel caso della Società *Hera* spa, l'azionariato al 30 giugno 2018 è così composto: 51,6% (flottante), e 48,4% patto soci pubblici. V. www.gruppohera.it. Per una ricostruzione storica dell'attività di *Hera* spa: C. DALL'OSSO, *Una società verso il futuro, I servizi pubblici locali nella prospettiva di Hera*, La Mandragora, Imola, 2009.

133. V. Comunicazione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, della Commissione europea, in www.ec.europa.eu.

134. Circa la scelta del socio privato delle società miste, l'obbligatorietà della gara pubblica e l'eventuale elusione delle regole mediante la circolazione delle partecipazioni e l'aumento del capitale sociale v. S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 2012, 159 ss.; spec. 166-167.

135. Per questa soluzione v. G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, cit., 151 ss. Più in generale sulle modalità di gestione, v. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005.

vincoli pubblicistici al socio privato¹³⁶; inoltre, rispetto ad una gestione esclusivamente pubblicistica, la presenza del partner privato potrebbe garantire nuovi investimenti. Ulteriori vantaggi potrebbero derivare dall'attribuzione al socio privato di una posizione significativa nella gestione mediante una partecipazione maggioritaria e il socio pubblico potrebbe esercitare poteri minimi per intervenire nella gestione ed esercitare i controlli per la tutela di interessi pubblici¹³⁷. Quindi, nell'ordinamento italiano coesistono diverse soluzioni di gestione con alcune contraddizioni che derivano dalla risalente privatizzazione formale¹³⁸ da cui sembra sia conseguita in realtà un'espansione della pubblicizzazione sostanziale e, di recente, un *incremento* dei vincoli di natura pubblicistica come conseguenza della rilevanza del debito pubblico, delle limitate risorse a disposizione e della crisi finanziaria ed economica; per questi aspetti il percorso della recente evoluzione è molto simile a quello dell'ordinamento spagnolo.

Il nuovo contesto normativo è ancora assai complesso, ma con norme forse più coordinate e coerenti rispetto al passato; occorre, infatti, considerare il d.lgs. n. 50/2016 sugli appalti e contratti pubblici¹³⁹ e il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica¹⁴⁰ con norme assai puntuali che confermano un intenso controllo sulla razionalizzazione delle società partecipate e sulla scelta dell'ente locale nonché limitazioni dell'iniziativa economica privata; per la razionalizzazione periodica, si aggiunge il ruolo assai significativo della Corte dei Conti (art. 20), che deve verificare i relativi piani sottoposti dagli enti locali con un'apposita relazione tecnica¹⁴¹.

136. Sul ruolo del socio pubblico e sul regime di circolazione delle partecipazioni sociali nelle società miste e l'estensione dei vincoli pubblicistici, v. G. M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016, 149 ss. e 216 ss.

137. Per questa soluzione di prevalenza della partecipazione privata, v. R. OCCHILUPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 496.

138. In tal senso, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto delle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013, 90-91.

139. V. Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento delle Direttive n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014, integrato dal Decreto Legislativo correttivo 19 aprile 2017, n. 56.

140. Per approfondimenti, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 215 ss.; v. altresì S. SABLONE, art. 17. *Società a partecipazione mista pubblico-privata*, in G. MEO, A. NUZZO (diretto da), *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Cacucci, Bari, 2016, 249 ss.; sui profili pubblicistici e societari delle società miste, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, Assago, 2016, 1082 ss.; circa i processi decisionali e gestionali delle società a partecipazione pubblica per la soddisfazione degli interessi pubblici v. A. ZIRUOLO, *Valore pubblico e società partecipate. Tendenze evolutive della performance*, Franco Angeli, Milano, 2016.

141. Già è vigente il controllo dei piani di razionalizzazione delle società partecipate predisposti dagli enti pubblici da parte della Corte dei Conti, come previsto art. 1, commi 611 e 612 della legge 23 dicembre 2014, n. 190) e, in particolare, si richiama il referto della Se-

Infatti, il Testo Unico in materia di società partecipate stabilisce in senso assolutamente restrittivo, superando ogni dubbio, che “Le amministrazioni pubbliche non possono direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non *strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società” (art. 4, comma 1); sono definite le finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, quali, ad es., la produzione di un servizio di interesse generale, la progettazione e realizzazione di un’opera pubblica e anche “c) realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un contratto di *partenariato* di cui all’articolo 180 del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all’art. 17, commi 1 e 2”.

L’art. 17, comma 1, sulle società a *partecipazione mista pubblico-privata*, stabilisce la quota di partecipazione del soggetto privato che *non può essere inferiore al trenta per cento*, con possibilità di diverse combinazioni e di una partecipazione pubblica minoritaria; la procedura di selezione pubblica del socio privato, nel rispetto dell’art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, “ha ad oggetto, *al contempo* la sottoscrizione o l’acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l’affidamento del contratto di appalto o di concessione *oggetto esclusivo* dell’attività della *società mista*” quindi, mediante una *gara a doppio oggetto*¹⁴². Inoltre, i commi 2-5 dell’art. 17, prevedono puntuali *vincoli normativi*, oltre al possesso da parte del socio privato dei requisiti di qualificazione contenuti in norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione; già all’avviso pubblico devono essere allegati la bozza dello statuto e degli accordi parasociali, degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei regolamenti di esecuzione. Il bando di gara deve precisare l’oggetto dell’affidamento, i requisiti di qualificazione (generali, speciali, tecnico ed economico-finanziari) dei partecipanti e ovviamente un criterio di aggiudicazione che assicuri la concorrenza¹⁴³; si aggiungono *limiti* riguardo alla durata della partecipazione privata alla società, che non può essere superiore alla durata dell’appalto e della concessione per l’affidamento e

zione regionale di controllo per l’Emilia-Romagna (deliberazione dell’Adunanza n. 32/2016/VSGO, 24 marzo 2016).

142. V. art. 23-*bis*, comma 2, lett. b) del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, e s.m.; cfr., parere del Consiglio di Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte di Giustizia, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/09, in www.curia.europa.eu.

143. Per approfondimenti, G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 2017, 1 ss.

l'esecuzione, e per il contenuto dello statuto (circa meccanismi idonei per lo scioglimento della società nei casi di risoluzione del contratto di servizio, di trasformazione, fusione o mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante, di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda coinvolto nell'esecuzione dell'appalto o della concessione).

Circa il riferimento ordinamentale per le società a partecipazione pubblica¹⁴⁴, è previsto il rinvio generale alle “norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali” (art. 1, comma 3, del T. U.). Tuttavia, sono precisate deroghe a norme del codice civile per il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa (artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c. c.) disciplinato da clausole degli statuti delle società per azioni; vi sono deroghe all'art. 2479, comma 1, c.c. per l'attribuzione di particolari diritti (art. 2468, comma 3, c.c.) che possono essere inseriti negli statuti delle società a responsabilità limitata, e all'art. 2479, comma 1, c.c. per eliminare o limitare la competenza dei soci. Per le società per azioni è, inoltre, consentita l'emissione di speciali categorie di azioni anche con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; i patti parasociali possono avere una durata superiore a cinque anni (in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, c.c.), ma entro i limiti di durata del contratto per il quale è stata costituita la società. In ogni caso, al fine di “ottimizzare” la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche contestuali, la società può emettere azioni correlate all'art. 2350, comma 2, c.c. o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione o coordinamento da parte di un'altra società. L'art. 18 stabilisce particolari modalità per la quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati e l'art. 8 introduce norme per le operazioni di acquisto di partecipazioni in società già costituite; peraltro, per il Decreto Legislativo n. 175/2016 è stato approvato il Decreto Legislativo *correttivo* 16 giugno 2017, n. 100, che introduce disposizioni integrative anche in esecuzione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte Costituzionale, ma che non ha previsto modifiche rilevanti per l'art. 17.

Le disposizioni sulle società miste sono, quindi, *rigidamente vincolanti* e derivano in sostanza da due tendenze contrapposte: dalla nozione di socio che comporta il contributo operativo e l'apporto di capitale e dal regime di forte controllo delle società di capitali a partecipazione pubblica che inevitabilmente si estende anche alle *società miste* di gestione dei servizi pubblici

144. v. G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss. Per i profili societari prima del T. U. del 2016, si rinvia a F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 97 ss.

locali. E' altresì evidente che il legislatore nazionale ha preferito fino ad oggi l'applicazione della *concorrenza*, limitando le società *in-house* a casi eccezionali (art. 16 del d.lgs. n. 175/2016); vi è, quindi, un confermato indirizzo favorevole, anche in conseguenza dell'influenza della giurisprudenza e della disciplina comunitaria, per soluzioni esternalizzate di gestione dei servizi pubblici da intendersi però non in senso esclusivamente privatistico, considerata la costante previsione e diffusione delle società miste.

E', inoltre, evidente la rilevante *procedimentalizzazione* della decisione organizzativa dell'ente locale circa il modello di gestione del servizio pubblico di rilevanza economica, a differenza della tradizionale *autonomia* decisionale e ciò emerge chiaramente dal d.lgs. n. 175/2016 (ad es., art. 5 sugli oneri di *motivazione analitica* dell'atto deliberativo di costituzione di una società, applicabile anche nei casi di cui all'art. 17), in evidente il contrasto tra il *principio di autonomia* degli enti locali; sono, infatti, previste la definizione puntuale dei procedimenti decisionali, l'esigenza di garantire la concorrenza e forme di controllo stringenti sulle risorse utilizzate con il coinvolgimento di ulteriori soggetti (Corte dei Conti, Arera – Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente – dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Anac – Autorità nazionale anticorruzione – di vigilanza sui contratti pubblici).

In ogni caso, la formula della società mista è confermata nel tempo nella sua validità dalla costante considerazione nei processi di riforma, come in altri ordinamenti europei esaminati; vi sono state modifiche circa l'entità della partecipazione privata e le modalità di costituzione o sono stati introdotti nuovi requisiti e in futuro potrà essere prevista una più evidente natura collaborativa più vicina al PPPI, ma di certo questo schema rappresenta una *soluzione di riferimento* per gli enti locali, soprattutto in una fase di restrizione delle risorse pubbliche.

7

Riflessioni finali: la promozione del modello europeo nel contesto di carenza di risorse finanziarie ed organizzative degli enti locali

La ricerca evidenzia la validità dello schema giuridico della società mista di gestione di servizi pubblici locali, meglio se società quotata in borsa per le ulteriori forme di controllo, di responsabilizzazione, di trasparenza e possibilità di crescita¹⁴⁵, soprattutto multiservizi per ragioni strategiche e considerato l'appro-

145. Occorre precisare, tuttavia, che le attuali società di servizi quotate in borsa e strutturate attorno ad una società *holding* derivano da fenomeni molto particolari di aggregazione di aziende municipalizzate locali con sedi in territori contigui, risalenti ad una fase di promo-

to finanziario e operativo all'innovazione tecnologica¹⁴⁶; questa soluzione può essere più adeguatamente introdotta mediante il partenariato pubblico-privato incentivando l'aspetto collaborativo secondo una logica moderna, ma anche necessitata dalla crisi e dalla carenza di finanziamenti pubblici, organizzative e tecniche, mediante imprese competitive con dimensioni adeguate per realizzare importanti investimenti e garantire migliori standard di qualità.

Ciò è in linea con la Comunicazione interpretativa¹⁴⁷ della Commissione europea del 2008 sul PPPI, che legittima le società miste e che dev'essere ancora pienamente considerata come riferimento rilevante per un'adeguata promozione, in assenza di una disciplina specifica di livello europeo e nazionale (per l'ordinamento italiano in assenza di una legge specifica sul PPP, a differenza del sistema inglese, francese e tedesco), soprattutto dopo che il d.lgs. n. 50/2016 disciplina (solamente) il PPP contrattuale e l'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 rinvia all'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, che richiama le società miste precisando che la scelta del privato deve derivare da una procedura ad evidenza pubblica. Il Consiglio di Stato¹⁴⁸, invece, riconduce da anni e con convinzione le società miste al PPPI di formulazione europea, forse non particolarmente nota al legislatore. Tuttavia, anche la Comunicazione del 2008 deve essere interpretata con un contenuto ormai evoluto e di immediata applicabilità nel nostro ordinamento; infatti, non solo l'apporto del privato operatore economico alla società mista deve consistere nel conferimento di capitali (un socio solo finanziatore sarebbe comunque un'ipotesi teorica) o di altri beni (la struttura aziendale), nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti affidati alla società e/o nella gestione dell'attività e nell'adozione di atti di indirizzo (indicazione di obiettivi per piani industriali realizzabili,

zione della trasformazione di aziende speciali in società per azioni (art. 115 TUEL; art. 35 della legge n. 448/2001) e di diffusione di schemi societari come espressione di una politica di privatizzazione formale generalizzata.

146. Tra i programmi per l'innovazione, gli interventi di sviluppo per la nuova dimensione urbana di *Smart City*, v. S. ANTONIAZZI, *Smart City: quadro generale di atti, programmi e competenze di livello sovranazionale, nazionale e locale*, e S. VENIER, E. PIRACCINI, R. GASPARETTO, *Infrastrutture, cittadini e gestione dei servizi pubblici locali*, in G. F. FERRARI (a cura di), *La prossima città*, Mimesis, Milano, 2017, 479 ss. e 495 ss.

147. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), (2008/C 91/02), cit.; la Commissione, come è noto, equipara il PPP al PPPI per l'applicazione del diritto degli appalti e delle concessioni.

148. Si rinvia a Consiglio di Stato, parere, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, che esamina in modo approfondito la qualificazione della società mista come applicazione di PPPI secondo il *Libro verde* e la Comunicazione della Commissione del 2008; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; il parere e le sentenze del Consiglio di Stato sono reperibili nel sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

designazione dell'amministratore delegato, formalmente diverso dal socio privato) e nella regolazione dei rapporti societari interni per la fase di esecuzione mediante disposizioni dello Statuto che richiamino il PPPI, anche nei rapporti con i terzi. Altrettanto inadeguata appare una visione del socio pubblico nel solo ruolo di controllore delle operazioni in relazione alla partecipazione azionaria e agli organi decisionali, dato che sarebbe necessaria un'effettiva partecipazione alla funzione di indirizzo per il piano industriale, in quanto socio destinatario della medesima disciplina societaria, dei relativi diritti, obblighi e responsabilità a cui si aggiungono la tutela di interessi pubblici ed il regime di concorrenza.

Del resto, il coinvolgimento del privato nel partenariato istituzionalizzato è giustificato e necessitato da esigenze concrete, espressione della logica pragmatica anglosassone da cui deriva; l'obiettivo più che mai pressante degli enti pubblici è quello di reperire le risorse necessarie nel settore privato per assicurare la fornitura del servizio pubblico o la realizzazione di un'opera pubblica, nel senso di capitali, conoscenze tecniche, scientifiche, organizzative già sperimentate per garantire un'azione amministrativa efficiente e così "alleggerire" gli oneri economico-finanziari. La società mista non rappresenta però una fase anticipata di privatizzazione, ma una *soluzione alternativa autonoma* di effettiva collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori (socio tecnico e in parte finanziatore, scelto con procedura ad evidenza pubblica) mediante un'entità giuridica detenuta congiuntamente, con effetti positivi per la collettività; quindi, la società mista dev'essere intesa come modalità organizzativa che consente all'ente locale di controllare l'erogazione del servizio, ma con poteri ampi in qualità di socio per l'esercizio dell'attività e l'erogazione delle prestazioni. E', peraltro, evidente una certa "fungibilità" tra appalto e società mista per la gestione del servizio, ma la seconda soluzione garantisce – almeno in teoria – un maggiore coinvolgimento dell'ente pubblico socio e del socio imprenditore in una struttura organizzativa stabile con competenze e conoscenze tecniche adeguate per l'attività di erogazione di servizi pubblici; in realtà, la società mista consente all'ente locale di "sorvegliare" meglio la gestione del partner privato, rispetto al rapporto che deriva dal contratto d'appalto. Lo schema misto si caratterizza per una dinamica di rapporti in continua tensione in relazione ad interessi diversi (l'interesse della parte pubblica alle migliori prestazioni di servizio pubblico e l'interesse del socio privato agli utili) che possono essere anche *mediati* per una reciproca positiva influenza ed interazione; inoltre, l'ente locale socio è pienamente inserito nello schema societario, a differenza del caso dell'esternalizzazione del servizio, ed è destinatario di norme, di obblighi, di diritti e di strumenti del regime societario comune che consentono di controllare e

incidere sulla gestione, sulle modalità di erogazione per garantire la qualità delle prestazioni in quanto ente rappresentativo di interessi pubblici ed interlocutore delle richieste dei cittadini-utenti. Ovviamente l'ente locale dovrebbe essere un *socio competente* per gli aspetti tecnici di base, presupposto in realtà non scontato.

Il d.lgs. n. 175/2016 stabilisce nell'art. 17 la quota di partecipazione del socio privato non inferiore al 30% con diverse possibilità di soluzione e si consideri anche la recente tendenza degli enti locali a vendere le azioni riducendo la quota di partecipazione per far fronte ad esigenze di bilancio; la disposizione prevede l'applicabilità come regola generale di diversi strumenti privatistici con possibilità di alcune deroghe, e, quindi, garantisce ad entrambe le parti un esercizio adeguato dei diritti di socio con le relative responsabilità. Si pone il problema di tutelare adeguatamente i diritti del socio privato, al fine di attrarre maggiore interesse alla partecipazione societaria, anche per gli operatori economici di società già costituite prima del T. U. Tuttavia, occorre chiedersi se questo "modello" che recepisce regole già note (anche per il contributo della giurisprudenza) ed introduce alcune innovazioni, sia in concreto realizzabile con risultati positivi, considerati, ad es., i vincoli di attività, gli oneri procedurali e di motivazione analitica di cui agli artt. 2, 5 del d.lgs. n. 175/2016. Peraltro, la realtà delle società miste multiservizi di grandi dimensioni strutturate in forma di "gruppo" in una società *holding*, derivano da processi di aggregazione perfezionati in un contesto assai diverso anche per le autonomie locali, in assenza degli attuali vincoli normativi di fonte comunitaria e nazionale e di condizioni economiche sfavorevoli; quindi, si tratta, di esperienze di fatto difficilmente attuabili con la stessa dinamica.

Come emerge dalla ricerca l'adozione del partenariato pubblico-privato è diffuso negli ordinamenti europei, soprattutto in un periodo di crisi finanziaria ed economica, nonostante casi di *rimunicipalizzazione* per alcuni servizi pubblici esternalizzati per un certo periodo (scelta attuata in Germania e in fase di accesa discussione per il servizio idrico in Spagna). L'esame del percorso di alcune esperienze evidenzia obiettivi comuni, ma con diverse tecniche di soluzione che in parte derivano da tradizioni nazionali differenziate. La disciplina della società mista negli ordinamenti osservati dipende anche dalla presenza o meno di una legge generale nazionale sul PPP, introdotta prima della Comunicazione del 2008; in *Francia* è evidente una certa creatività del legislatore per la tradizione del *service public*¹⁴⁹ e le diverse soluzioni

149. Per l'evoluzione storica del *servic public* v. Q. BARNABÉ, *Léon Aucoc, une vision actuelle du service public*, in *RFDA*, 2018, 577 ss., che richiama L. AUCOC, *Des limites de l'intervention de l'Etat dans la question ouvrière*, Librairie A. Picard, Paris, 1886.

alternative di partecipazione pubblico-privata nel settore dei servizi pubblici, mentre l'ordinamento spagnolo si caratterizza per un percorso assai simile al caso italiano in conseguenza di veloci misure di razionalizzazione della spesa pubblica e delle funzioni degli enti locali, e per una significativa diffusione delle società miste. Del tutto unica l'esperienza del Regno Unito per la tradizione del *PFI* e del PPP ulteriormente promosso, mentre per l'ordinamento tedesco occorre ricordare la recente tendenza di ritorno alla gestione totalmente pubblica (soluzione risalente per il ruolo delle collettività locali e dei loro enti), dopo anni di diffusa gestione privata che non ha suscitato valutazioni complessivamente positive e per una consentita ampia partecipazione dei cittadini-utenti alla scelte di politica dei servizi pubblici locali; peraltro, in Germania la legge generale sul PPP è stata applicata anche in settori diversi per sostenere la ripresa economica.

I diversi sistemi presentano dei tratti comuni: la società mista si colloca inevitabilmente tra il *diritto amministrativo* e il *diritto privato* delle società, tra disciplina speciale di settore e disciplina generale con soluzioni operative tipicamente pubblicistiche (gara pubblica per la selezione del socio privato, controlli sugli atti e sull'attività), occasioni di "conflitto" tra regole e dubbi interpretativi. I principi comuni derivano dal diritto e da atti di *soft law* dell'UE e con questi presupposti essenziali è possibile riconoscere un *modello europeo* secondo una logica più ampia e lungimirante volta all'*integrazione* rispetto alle esigenze contingenti di ogni singolo ordinamento; nel tempo, gli ordinamenti nazionali hanno recepito direttive e attuato norme dell'UE, adottando soluzioni di adeguamento a pronunce della Corte di Giustizia nonché misure di riduzione della spesa pubblica anche in conseguenza di sollecitazioni da parte di istituzioni europee. Esiste ormai una certa *uniformità* del concetto di società di economia mista riconducibile al PPPI come *modello comune* con alcune particolarità che dipendono dall'ambito di consentita discrezionalità nazionale (ad es., sulle percentuali di partecipazione pubblica e privata nella società mista, previste dalle discipline interne).