

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVI

Settore Scientifico disciplinare IUS/10
Settore Concorsuale di afferenza 12/D1

***LA NATURA DEL CONTRATTO DI SOCIETÀ MISTA
IN RELAZIONE ALLE PRESTAZIONI DEL SOCIO PRIVATO***

TESI DI DOTTORATO

Presentata da: Dott. Pietro Acri

Coordinatore:
Prof. Giulio Illuminati

Relatore:
Prof. Mario Midiri

Esame finale anno 2014

INDICE

<i>Introduzione</i>	p. 6
---------------------	------

CAPITOLO I

La natura del contratto di società mista tra limiti funzionali e interessi sociali

1. La scelta del modello societario da parte delle PA: evoluzione dell'azione amministrativa nell'uso di strumenti di diritto privato	p. 10
2. La natura della società mista tra diritto pubblico e diritto privato	p. 12
2.1. La tesi sostanzialistica dell'interesse pubblico	p. 13
2.2. La tesi formalista: la posizione del giudice di legittimità	p. 15
2.3. Luci e ombre tra interesse pubblico ed interesse privato	p. 16
2.4. La tesi della "legificazione" della natura privata delle società partecipate	p. 19
2.5. La "specialità" della società partecipata rispetto all'attività svolta	p. 21
3. Lo strumento della società mista ed i limiti definiti dal legislatore	p. 26
3.1 I divieti fissati dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 ed i riflessi per le società a partecipazione mista	p. 29
3.1.1 Le espresse esclusioni all'applicazione della norma	p. 34
3.1.2. La questione dei limiti di applicabilità della disciplina dell'art. 13 alle società partecipate solo indirettamente	p. 36
3.2. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione previsti all'interno della Finanziaria 2008: il "necessario" vincolo funzionale	p. 38
3.2.1. L'applicazione soggettiva della norma	p. 41
3.2.2. L'applicazione oggettiva della norma e la portata dei divieti	p. 42
3.2.3. Le espresse esclusioni della norma in settori particolari: i servizi di interesse generale	p. 44
3.2.4. Il procedimento di ricognizione delle partecipazioni societarie	p. 47

CAPITOLO II

La società mista come modello multiforme tra diritto interno e diritto comunitario

1. La società mista nell'attuale assetto ordinamentale	p. 49
1.2 Il socio privato nella società mista affidataria "diretta" di appalto o concessione	p. 53
1.2.1. La società mista con socio operativo ed il Codice dei contratti pubblici Spunti d' inquadramento	p. 54
1.2.1.1. La differente applicazione delle norme in relazione alla tipologia di affidamento	p. 57
1.3 Il socio privato finanziatore	p. 59
1.4 Il socio privato gestionale	p. 62
1.5. Il socio privato nella società mista di mercato	p. 63
2. La società mista conforme al diritto comunitario: la figura del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato	p. 66
2.1 Il Libro Verde del 2004	p. 68
2.2 La Comunicazione della Commissione europea del 2008 sui PPPI: un punto di "arrivo"?	p. 74
2.3 Il contributo della giurisprudenza e la "mancata" consacrazione normativa del PPPI	p. 78

CAPITOLO III

La società mista operativa per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: alla ricerca di modello stabile

1. La società mista con socio operativo scelto con gara: il modello nella disciplina dei servizi pubblici locali p. 83
 - 1.2. La società mista dalla legge 142 del 1990 al Testo unico enti locali p. 85
 - 1.3 Le modifiche all'art. 113 apportate dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448 p. 92
 - 1.4 Le leggi 24 novembre 2003, n. 326 e 24 dicembre 2003, n. 350: una nuova svolta nei servizi pubblici locali p. 96
 - 1.5. L'evoluzione comunitaria e giurisprudenziale: verso una ridefinizione della società mista p. 102
 - 1.6. L'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 conv. in l. 133/2008 p. 105
 - 1.7. Una nuova revisione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: il d.l. 135/2009 ed il regolamento 160/2010 P. 108
 - 1.8. Dal referendum del giugno 2011 all'art. 4 del d.l. 138/2011 p. 117
 - 1.9. La sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012: quale disciplina per i servizi pubblici locali? p. 121
 - 1.9.1. Le norme applicabili dopo la sentenza della Corte costituzionale p. 122
2. La costituzione della società mista operativa da parte dell'ente locale p. 124
 - 2.1 L'individuazione del partner privato e l'affidamento dell'attività. p. 128
 - 2.1.2 La necessaria procedure ad evidenza pubblica p. 128
 - 2.1.3. L'affidamento alla società mista è un affidamento diretto? p. 133
 - 2.2. Oggetto della gara ed oggetto della società p. 135
 - 2.2.1. Strutturazione della gara e criteri di valutazione delle offerte p. 136
 - 2.2.2. L'opzione per procedure basate sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa p. 138
 - 2.2.3. I conferimenti dei soci privati e la *lex specialis* p. 142
 - 2.3. La definizione dei criteri di liquidazione del socio privato p. 143

2.3.1. Il riferimento ai metodi di ammortamento degli investimenti	p. 144
2.3.2. Una valutazione "complessiva" della liquidazione del privato	p. 144
2.4. Il ruolo dei soci nella società mista con socio operativo	p. 146
2.4.1. Il ruolo del socio pubblico	p. 148
2.4.2. I termini di "operatività" del socio privato	p. 149
2.4.3. L'inquadramento degli "specifici compiti operativi"	p. 150
2.5. Lo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quelle oggetto della gara per l'affidamento del servizio	p. 155
2.5.1. Limiti all'acquisizione di attività ulteriori ed all'assegnazione di ulteriori compiti operativi al socio privato	p. 156
2.5.2. Acquisizioni di ulteriori affidamenti in ambiti territoriali diversi	p. 158
2.6. La <i>governance</i> della società mista operativa: atto costitutivo, statuto e patti parasociali	p. 161
2.6.1. La differente regolazione dei rapporti endosocietari nella s.p.a. e nella s.r.l	p. 165
2.7. La circolazione delle partecipazioni	p. 170
2.8. La nascita della società mista da un soggetto <i>in house</i>	p. 172
2.8. Il contratto di servizio	p. 173
2.8.1. Natura e definizione del contratto di servizio	p. 174
2.8.2. Elementi tipici e contenuto	p. 177
2.8.3. La declinazione in relazione alla società mista	p. 178
3. La società mista come modello organizzativo differenziato: riflessioni conclusive	p. 180
 BIBLIOGRAFIA	 p. 186

Introduzione

L'indagine relativa alla natura ed alla configurazione dell'istituto della società mista comporta un'attività di elaborazione non semplice. Il giurista che si trova ad approfondire le tematiche connesse allo sviluppo di modelli di partenariato tra soggetti pubblici e soggetti privati comprende da subito che il percorso di analisi e ricerca porta a toccare questioni che trovano da sempre ampio dibattito e poche certezze. In primo luogo si pensi all'annosa questione della dicotomia pubblico-privato, che non pare riuscire a trovare una definitiva collocazione¹ e che spesso finisce con l'inficiare la valenza stessa del rapporto di collaborazione che nella società mista si viene a realizzare. Questo è tanto più vero quando questi modelli collaborativi si concretizzano attraverso strumenti di natura più propriamente privatistici. Appare fondamentale, oggi più che mai, cercare di inquadrare i caratteri fondamentali alla base dei contratti costitutivi di queste realtà di collaborazione tra p.a. e privati (con specifico riferimento all'uso del modello di società mista). Se è vero infatti che pubblico e privato possono collaborare attivamente anche all'interno di un soggetto di diritto privato, sarà necessario che tale scelta organizzativa trovi piena espressione nel corretto utilizzo di tali strumenti². In questo senso il perseguimento dell'interesse pubblico in forma societaria necessita realmente di una mutazione dei modelli individuati dal diritto comune? Ovvero, la tutela dei peculiari principi che informano l'agire dell'amministrazione (uguaglianza, trasparenza, buon andamento) può pienamente convivere anche nelle

(¹) Per un'attenta disamina della questione si rimanda a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; anche V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008;

(²) Cfr. F. MARONE, *Società degli enti locali e art. 41 della Costituzione: il Comune è un imprenditore?*, in *Munus*, 2011, pp. 159.

società di capitali?³. La ricostruzione di tali punti cardinali non è peraltro semplificata dalla tendenziale differenziazione dei modelli di collaborazione che possono essere rinvenuti nell'ordinamento e che, sebbene avvicinati dal comune carattere di sviluppo di sinergie tra pubblico e privato, si concretizzano in modo molto diverso in relazione alle peculiarità dell'oggetto a cui sono riferite⁴.

Per tali ragioni l'attenzione della ricerca si è concentrata, in modo particolare, su di un modello di società mista che ha trovato in sede Comunitaria un suo preciso riconoscimento attraverso lo schema del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI)⁵. L'istituto (o forse sarebbe meglio dire la nozione) appare indirizzata a fornire una nuova configurazione allo modello di società mista come forma di collaborazione attiva volta alla realizzazione di un appalto o di un servizio tramite la costruzione di un soggetto giuridico dedicato. Tale inquadramento, è segno di una volontà diretta, anche a livello Comunitario, al superamento di rigide schematizzazioni tra diritto pubblico e diritto privato (peraltro meno sentite rispetto a quanto accade in ambito interno)⁶. Le istituzioni europee hanno cercato di trovare una chiave di lettura in grado di fornire elementi chiarificatori e di coniugare le esigenze intrinseche al modello stesso: ottenere una collaborazione tra pubblico e privato capace di sviluppare

(³) Sul punto riflette S. VALAGUZZA, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in B. MARCHETTI (a cura di) *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale, Atti del seminario di Trento, 12 dicembre 2012*, Padova, 2012.

(⁴) In tal senso F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in B. MARCHETTI (a cura di) *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale, Atti del seminario di Trento, 12 dicembre 2012*, Padova, 2012.

(⁵) Si rimanda alle riflessioni di M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it; molto importante anche l'analisi fornita da F. MASTRAGOSTINO, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; T. BONETTI, *Le società mite: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del federalismo - Quaderni*, Rimini, 2011, pp. 37.

(⁶) Cfr. 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*, Napoli, 2009.

gestioni efficienti e rispondenti alle finalità pubbliche ma anche compatibili con logiche di mercato e sviluppo di piani industriali. L'istituto ha peraltro trovato consolidamento interno anche nell'art. 3 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che contempla la società mista come forma di partenariato. E' interessante peraltro notare che tale modello di società mista - come chiarito in sede europea - sia in parte divergente dallo strumento che si era configurato nel diritto interno, specie con riferimento alla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Proprio a partire dall'evoluzione dello strumento della società mista in questo peculiare e centrale settore di attività si cercherà - nell'ultima parte del presente lavoro - di ricostruire un modello valido ed applicabile in via generalizzata nell'ordinamento. La necessità di chiarezza sul punto è fondamentale visto anche l'avvicinarsi costante (e spesso poco coerente) di normative di settore e l'influsso del già citato modello europeo che hanno, di fatto, mutato in modo significativo l'assetto e rapporti previsti nella regolazione del rapporto tra partner pubblico e partner privato.

Senza voler troppo dilungarsi oltre, le principali complessità sulle quale è necessario approfondire la ricerca saranno dunque legate a due ambiti prevalenti. Il primo, come già accennato, riguarda l'utilizzo di modelli e strumenti privatistici in settori tradizionalmente riservati all'azione dell'amministrazione pubblica (con inevitabili ibridazioni non sempre di univoca lettura). Il secondo tocca un aspetto più propriamente legato all'interazione tra il modello di partenariato di stampo comunitario e il modello della società mista così come sviluppato nell'ordinamento interno.

Sotto quest'ultimo punto di vista sarà importante evidenziare, nello sviluppo della ricerca, come nella struttura contrattuale del rapporto di *partnership* si esprimano l'apporto del pubblico e del privato. Il primo sembra debba configurarsi come soggetto con prevalenti caratteri di

controllo e vigilanza. Il secondo quale reale gestore dell'attività industriale. La soluzione non è però così semplice ed anzi forse ben lontana da un pieno inquadramento.

CAPITOLO I

La natura del contratto di società mista tra limiti funzionali e interessi sociali

Sommario: 1. La scelta del modello societario da parte delle PA: evoluzione dell'azione amministrativa nell'uso di strumenti di diritto privato; 2. La natura della società mista tra diritto pubblico e diritto privato; 2.1. La tesi sostanzialistica dell'interesse pubblico; 2.2. La tesi formalista: la posizione del giudice di legittimità; 2.3. Luci e ombre tra interesse pubblico ed interesse privato; 2.4. La tesi della "legificazione" della natura privata delle società partecipate; 2.5. La "specialità" della società partecipata rispetto all'attività svolta; 3. Lo strumento della società mista ed i limiti definiti dal legislatore; 3.1 I divieti fissati dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 ed i riflessi per le società a partecipazione mista; 3.1.1 Le esprese esclusioni all'applicazione della norma; 3.1.2. La questione dei limiti di applicabilità della disciplina dell'art. 13 alle società partecipate solo indirettamente; 3.2. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione previsti all'interno della Finanziaria 2008: il "necessario" vincolo funzionale; 3.2.1. L'applicazione soggettiva della norma; 3.2.2. L'applicazione oggettiva della norma e la portata dei divieti; 3.2.3. Le esprese esclusioni della norma in settori particolari: i servizi di interesse generale; 3.2.4. Il procedimento di ricognizione delle partecipazioni societarie; 3.2.5. La norma al vaglio della Corte costituzionale

1. La scelta del modello societario da parte delle PA: evoluzione dell'azione amministrativa nell'uso di strumenti di diritto privato

Non è fatto nuovo che le dinamiche del diritto amministrativo italiano si stiano muovendo da ormai parecchi decenni in una direzione differente rispetto a quanto accaduto in precedenza, spingendosi da modelli più propriamente autoritativi verso l'utilizzo di strumenti partecipativi e procedimentali caratterizzati da un diverso rapporto tra poteri pubblici e privati con un sempre maggiore utilizzo di strumenti tipici del diritto

comune anche per lo svolgimento di attività espressione di funzioni amministrative⁷.

In questo senso lo Stato e gli altri Enti pubblici hanno, a partire dagli anni 80/'90' dello scorso secolo, ridefinito in modo radicale le proprie scelte d'intervento nella vita pubblica del Paese ed in particolare nel controllo dell'economia⁸ passando da un sistema fortemente partecipativo e dirigista (tramite soprattutto la figura degli Enti pubblici economici) ad un'apertura al mercato attuata tramite fenomeni che in modo più o meno accentuato hanno cercato di far penetrare le logiche di mercato all'interno delle gestioni pubbliche⁹.

In alcuni settori dell'economia, tale apertura ha assunto caratteri di grande rilievo anche nell'attuare modelli organizzativi nuovi per l'esercizio di attività di pubblico interesse. E' il caso ad esempio del settore relativo alla gestione dei servizi pubblici locali dove, a partire dal 1990¹⁰ si è assistito ad una consacrazione esplicita dell'utilizzo dello strumento della società per azioni aperta alla partecipazione dei privati. La normativa citata, più di altre, evidenzia una tendenza generale dell'organizzazione amministrativa specie degli Enti locali di ricercare nelle strutture contrattuali e nei modelli societari una nuova modalità di esercizio delle proprie funzioni istituzionali e questo per una pluralità di ragioni.

Vi era infatti la necessità di dare una risposta concreta da un lato all'inefficienza che in molti casi scontavano i servizi offerti dai soggetti

(7) M.T. CIRENELI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; E MELE, *Procedimento amministrativo, i segni di una crisi*, in *Foro amm.*, 1991, pp 1855.

(8) Delle logiche dell'intervento pubblico nell'economia dal dopoguerra si è molto discusso in dottrina. Tra i tanti contributi si ricordano M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

(9) Sul punto, in senso ricostruttivo e sistematico, si veda il recente scritto di M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012. In relazione all'evoluzione in ambito locale E. MELE (a cura di), *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003.

(10) Il riferimento è alla legge 8 giugno 1990, n. 142.

costituiti dagli Enti con veste aziendalista ma “cuore” pubblico (il riferimento è in particolare alle aziende municipalizzate), e dall’altro al sempre maggiore impatto del contenimento della spesa pubblica sulle gestioni ed i bilanci degli Enti pubblici¹¹. Come evidenziato in dottrina¹², lo schema della società per azioni a partecipazione mista rappresentava una soluzione vincente per la possibilità che offriva di accedere a nuovi strumenti di finanziamento e per la possibilità di una diretta collaborazione con soggetti imprenditoriali privati portatori di un potenziale *know how* capace di rendere efficiente e economica la gestione del servizio garantendo standard qualitativi apprezzabili¹³. L’ingresso del privato nelle società a partecipazione pubblica porta però con sé numerose problematiche relative al rispetto dell’equilibrio tra i soci ed all’ibridazione di modelli del diritto comune che non sembrano potersi risolvere con l’adozione dei soli modelli societari.

2. La natura della società mista tra diritto pubblico e diritto privato

La questione della natura delle società partecipate da soggetti pubblici ha un ruolo centrale in relazione alla società mista, in quanto quest’ultima rappresenta la sintesi di interessi pubblici e privati¹⁴.

(¹¹) La ricerca di modelli capaci di rispondere a logiche di efficienza ed economicità non è peraltro fenomeno nuovo. Si ricorda che già dagli anni 20’ del secolo scorso, specie in ambito locale, si è assistito all’utilizzo di modelli di stampo aziendalistico da parte degli enti pubblici volto proprio a risolvere i problemi connessi all’interazione tra interesse pubblico e attività di stampo economico. Su tutte si ricorda il testo unico 15 ottobre 1925, n. 2578 che contiene le norme di carattere generale sulla cosiddetta “municipalizzazione”.

(¹²) M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*. Milano, 2001.

(¹³) In senso più critico alla positività dell’utilizzo di strumenti societari (senza che vi sia una reale adozione delle logiche di sistema che contraddistinguono tali soggetti) V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 13 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp 211.

(¹⁴) R. CHIEPPA, *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

La dottrina¹⁵ si occupa da lungo tempo delle questioni inerenti la compatibilità del contratto societario con l'attività delle amministrazioni e gli interessi di cui esse sono portatrici.

Ci si è chiesti in particolare se l'ingresso di soggetti pubblici in società di capitali possa comportare una loro inevitabile lettura in senso pubblicistico, connettendo tale esigenza all'incompatibilità tra il perseguimento dello scopo di lucro e l'interesse pubblico¹⁶.

Le soluzioni a cui sono approdate giurisprudenza e dottrina sono spesso molto divergenti. La valorizzazione dell'elemento "pubblicistico" connesso alla natura degli Enti ha fatto propendere per una lettura "neutra" del modello della società, per questo adattabile alle esigenze imperative delle amministrazioni. Al contrario una lettura esegetica delle disposizioni legislative in materia ha avvalorato una configurazione delle società partecipate dagli Enti come soggetti di pieno diritto privato.

2.1 La tesi sostanzialistica dell'interesse pubblico

Al fine di superare le problematiche connesse alla "sopravvivenza" dell'interesse pubblico nella società, in dottrina¹⁷ ed in giurisprudenza¹⁸ si è cercato di ricondurre lo stesso entro i limiti strutturali del modello configurandolo quale strumento organizzativo neutro in cui far convivere le differenti esigenze dei soci. Proprio partendo da tale neutralità del modello

(¹⁵) L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le società*, 2005, pp. 423; F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. economia*, 2013, pp. 41.

(¹⁶) Di tale visione è fornita attenta ricostruzione da F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118. Di interesse anche C. F. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, pp. 998.

(¹⁷) P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.

(¹⁸) Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636 in *Foro amm. CdS*, 2002, pp. 3018.

il giudice amministrativo¹⁹ ha affermato la connotazione pubblicistica di tali soggetti permettendo così un loro inquadramento all'interno dei vincoli che connotano l'esercizio del potere pubblico al cui scopo la società si vorrebbe vincolata. In particolare, si è insistito nel sostenere la possibilità della coesistenza nella società di scopo di lucro e finalità pubblicistiche facendo riferimento alla nozione di "causa in concreto", rispetto alla quale l'interesse collettivo concorrerebbe a definire la funzione economica del contratto societario²⁰.

Anche recentemente, il Consiglio di Stato²¹ ha sul punto precisato che *«ai fini dell'identificazione della sostanziale natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra, non ponendosi il perseguimento di uno scopo pubblico in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c.»*. Peraltro, il Collegio evidenzia che la partecipazione di un ente territoriale ad una società per azioni è comunque espressione della volontà di perseguire finalità anche pubblicistiche, e dunque la sua partecipazione è fondamentalmente finalizzata ad indirizzare le attività societarie – seppure con gli strumenti codicistici attribuiti al socio di maggioranza – a fini di interesse pubblico generale, al di là e prescindendo dal mero intento lucrativo proprio di un'attività industriale o commerciale esercitato sul libero mercato.

Sulla scorta dell'asserita "neutralità" della veste formale di s.p.a., si arriva dunque a sostenere che la partecipazione del socio pubblico non si esaurisce nello svolgimento di mera attività di natura industriale o commerciale, ma risponde al soddisfacimento dei bisogni generali della collettività. È proprio siffatto vincolo finalistico che consente di ritenere che

(¹⁹) TAR Piemonte, sez. I, 15 febbraio 2010, n. 934, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010.

(²⁰) Cons. Stato, sez. V, del 3 settembre 2001, n. 4586, in *in Foro It.* 2002, pp. 554 con nota di E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, *ivi*, pp. 553 ; Cons. Stato sez. V, del 19 febbraio 1998, n. 192 in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, pp. 555.

(²¹) Cons. Stato, sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2434, in *Foro amm. CdS*, 2011, pp. 1311.

l'attività di diritto privato costituisca, al pari di quella pubblicistica, gestione di interessi collettivi e, in quanto tale, rimanga soggetta ai canoni di imparzialità e buon andamento e dei correlati strumenti di controllo propri del diritto amministrativo.

2.2 La tesi formalista: la posizione del giudice di legittimità

Posizione molto differente ha assunto sul punto la giurisprudenza di legittimità²² la quale ha affrontato in diverse occasioni il problema della natura della società partecipata da soggetti pubblici.

In tale percorso la Cassazione si è dimostrata coerente nel ritenere che le società miste non perdono la loro natura privatistica per il sol fatto di essere partecipate da Enti pubblici. L'essere il capitale societario sostenuto anche attraverso conferimenti di soggetti pubblici, non dovrebbe dunque di per se far scaturire mutazioni del modello generale. La carenza di espresse previsioni derogatorie previste puntualmente dal legislatore deve far invece propendere per l'adozione della disciplina comune del diritto societario anche in presenza di una partecipazione pubblica²³.

La Suprema Corte ha in ultima analisi reiteratamente chiarito²⁴ che *«la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo*

(²²) v. Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, secondo cui le società miste operano quali persone giuridiche private, non essendo rilevabile un collegamento riconducibile alla figura della concessione di servizio pubblico né essendo ammesso che la pubblica amministrazione incida unilateralmente sull'attività dell'ente con l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali. Già in passato la suprema Corte aveva ritenuto che la gestione del servizio resa da una società per azioni a capitale pubblico prevalente dovesse inquadrarsi nell'attività di soggetti giuridici privati, non venendo alterato sostanzialmente il "congegno giuridico impegnato". Si allude a Cass., Sez. un. civ., 24 marzo 1977, n. 1143, in *Foro it.*, 1977, pp. 1427.

(²³) Sul punto si veda F. FIMMANO', *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato* 2009, 04, pp. 897. L'autore ha evidenziato che una diversa impostazione verrebbe a validare «una impostazione del tutto infondata, in quanto si potrebbe parlare di società di diritto speciale soltanto se una disposizione legislativa introducesse deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c.. Quindi si discuterebbe di società di diritto speciale soltanto là dove una norma di legge introducesse un nuovo tipo di società con causa non lucrativa».

(²⁴) Cass, sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, pp. 822 con nota di F. GOCCIAMANI, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società*

perché il Comune ne posseda in tutto o in parte le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia non essendo consentito al comune di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario da esercitarsi a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società». Ci troviamo di fronte ad un'ordinaria società di capitali, in cui pubblico non è l'ente bensì il soggetto che vi partecipa quale socio. In essa, pertanto, la disciplina pubblicistica che regola il socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono: solo la seconda però sarà quella che regolerà l'attività e la vita del soggetto partecipato.

Seguendo tale lettura, l'ente pubblico in linea di principio - qualora decida di intervenire nell'economia utilizzando lo strumento della società di capitali - accetta che tale forma possa essere funzionale alle finalità perseguite.

Resta evidente che esso potrà farlo solo se la scelta è funzionale a realizzare l'interesse pubblico sottostante²⁵. In questo senso però, si ribadisce, tale specifica finalità che fa capo al socio pubblico si configura come di rilievo esclusivamente *extra sociale*²⁶, non intaccando la natura privatistica del soggetto partecipato.

2.3 Luci e ombre tra interesse pubblico ed interesse privato

Le visioni di cui si è dato riscontro paiono, sotto certi aspetti, entrambe validate da elementi di opportunità. Sembra però non potersi concordare con la tesi che vorrebbe l'affermarsi di una società mista quale

partecipate, ivi; Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, pp. 1056; Cass., sez. un., 31 luglio 2006, n. 17287, in *Foro amm. CdS*, 2006, pp. 3022.

(²⁵) G. DE FERRA, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, pp. 798.

(²⁶) Cfr. V. OTTAVIANO, *Sull'impiego ai fini pubblici delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, pp. 144; F. ROVERSI-MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967 pp. 212.

modello speciale nel quale far coniugare in maniera originale scopo di lucro ed interesse pubblico²⁷.

E' lo stesso legislatore che all'interno del Codice civile ha evidenziato che le società a partecipazione pubblica, salve diverse previsioni di legge, sono soggette al medesimo regime giuridico delle altre società.

L'assunto emerge con ancora maggiore evidenza nella Relazione al Codice stesso dove si legge che «*in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente*»²⁸. Quindi nei casi in cui la pubblica amministrazione decida di utilizzare lo strumento societario, è questa a doversi assoggettare alle regole previste dal diritto comune, per assicurare alla propria gestione la flessibilità tipica di tali strumenti.

A ben vedere la partecipazione dell'ente non deve portare ad una disapplicazione della disciplina privatistica, salvo che norme speciali non prevedano diversamente. In questo senso il socio pubblico, anche se detiene il controllo, esercita poteri di stampo privatistico che debbono essere letti nel rispetto del diritto societario.

La scelta stessa del legislatore di consentire l'utilizzo del contratto di società come strumento per l'esercizio dell'attività della P.A. sembra

(²⁷) Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in *Foro it.*, 2001, pp. 71, con nota di L. CARROZZA e F. FRACCHIA, *Privatizzazione degli aeroporti e ruolo dei soggetti pubblici*, *ivi*, pp. 75; Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1206, in www.giustizia-amministrativa.it.

(²⁸) C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 3 s. nel sottolineare come la Relazione governativa alla riforma nulla dica in relazione a questo tema, evidenzia che l'aggiunta all'ultimo comma dell'art. 2449, c.c., secondo cui «sono salve le disposizioni delle leggi speciali», con riferimento alla previsione secondo cui gli amministratori ed i sindaci di nomina pubblica hanno diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea, rimarca che solo un'apposita norma derogatoria di rango legislativo è in grado di affrancare gli organi di nomina pubblica dall'obbligo di gestire la società in coerenza con il suo scopo legale tipico e non con scopi diversi. Al riguardo v. anche F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit.

consapevolmente accettare l'assunto che anche l'amministrazione possa essere sottomessa ad una disciplina di diritto comune.

Le società in mano pubblica, in quanto soggetti di diritto privato, devono dunque conformarsi al modello del Codice Civile previsto dall'art. 2247, il quale individua nello scopo di lucro le finalità dell'utilizzo della società di capitali. Proprio su questo punto, si sono espressi molti dubbi circa la compatibilità del perseguimento dell'interesse pubblico dell'ente con una finalità così strettamente egoistica come quella della massima redditività economica²⁹.

Sul punto parte della dottrina³⁰ ha dubitato che tale massimizzazione del profitto debba essere in realtà connotato tipizzante la società di capitali. In quest'ottica anche il "semplice" principio di economicità dell'attività appare pienamente conforme allo schema causale del contratto di società così come individuato nell'art. 2247 c.c., il quale esige solo che la società tenda a realizzare degli utili da ripartire tra i soci ma non pretende una massimizzazione del profitto (neppure per le società totalmente private).

La posizione pare espressiva di una corrente di "neutralità debole" dello schema societario valutata come idonea al raggiungimento degli scopi di pubblico interesse tipici di una società in mano pubblica.

Sembra però che tali visioni non tengano in debito conto l'essenzialità che lo scopo di lucro ricopre nelle società di capitale, essenzialità che si evince non solo dall'art. 2247 c.c. ma che sembra essere immanente allo stesso sistema del diritto civile.

Guardando infatti alle ultime riforme organiche intervenute sul sistema del diritto societario³¹ sembra imporsi una valorizzazione dello

(²⁹) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003.

(³⁰) F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988; L. CAMERIERO, *op. cit.*

(³¹) l. 3 ottobre 2001, n. 366 (Delega al Governo per la riforma del diritto societario); d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366).

scopo lucrativo volto a rendere possibile il massimo profitto dell'impresa sociale. Tale disciplina dimostra come i soci abbiano nel sistema generale un diritto alla redditività della società, che non può essere eliminato per la compresenza nel capitale di un soggetto pubblico. Infatti, nel contratto di società mista il rispetto dello scopo lucrativo sembra dovuto non solo al "tipo" ma anche con riguardo ai partecipanti.

L'incontro tra il socio pubblico e il socio privato non pare poter prescindere dal carattere imprenditoriale dell'attività e dalla garanzia della remunerazione degli investimenti³². A sostegno di ciò si può anche sottolineare come lo stesso Codice civile non riserva alle società partecipate uno *status* differenziato, se non nei limiti di poche norme speciali senza peraltro che nessuna di esse sia in grado di determinare effetti enucleativi di un tipo di società a se stante o dotato di una natura giuridica peculiare³³. Si pensa ad esempio agli artt. 2449 e ss. c.c., rinumerati dalla riforma delle società di capitali (rispetto ai precedenti artt. 2458-2460 *ante* riforma) con disciplina sostanzialmente immutata, e dell'art. 2414-*bis*, comma 2, c.c. introdotto con il D. Lgs. 27/2004. Non sembrano dunque esserci elementi sufficienti per indicare la volontà legislativa volta alla "pubblicizzazione" di tali società miste capace di configurarle come soggetti diversi dai modelli di origine privatistica.

2.4 La tesi della "legificazione" della natura privata delle società partecipate

Nella caotica e complessa selva normativa dedicata alle società a partecipazione non è mancato chi ha individuato in una recente disposizione normativa un riferimento di sistema in grado di fornire una interpretazione

(³²) *Cit.*, G. OPPO, *La nuova legislazione commerciale – pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp.157.

(³³) R. RORDORF, *Le Società «pubbliche» nel codice civile*, cit.

a favore della lettura privatistica delle società anche in presenza di un socio pubblico³⁴. Il riferimento è in particolare all'art. 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, il quale al secondo periodo recita: *«Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»*. Sebbene la disposizione è certamente da inquadrare all'interno di una precisa gerarchia delle fonti (e non si può dunque elevare a principio dell'ordinamento) essa è certamente rappresentativa di un "sentire" ben preciso del legislatore. Non a caso analizzando gli atti parlamentari che hanno preceduto l'adozione della norma, si può leggere che la previsione è volta proprio ad *«imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva 'entificazione' pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione»*³⁵. La previsione porta dunque a piena forma la posizione già sintetizzata dalla giurisprudenza di legittimità, che vede come naturale il rinvio a norme di diritto comune anche per le società partecipate da soggetti pubblici. Si ribadisce così che la società in mano pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il rapporto di dipendenza con l'ente pubblico, e questo comporta che l'ente non possa incidere sul rapporto in modo unilaterale ed autoritativo senza che vi sia una espressa disciplina

(³⁴) Il riferimento è in particolare agli approfondimenti svolti da F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, cit., pp. 73; sul punto anche M. CALCAGNILE, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, pp. 3713.

(³⁵) Così a pp. 39 nel Dossier del Servizio Studio del Senato n. 382 del luglio 2012 di sintesi delle modifiche proposte dalla Commissione Bilancio al Disegno di Legge A.S. n. 3396 recante *«Conversione in legge del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini»*.

derogatoria alle regole comuni³⁶. In questi termini, la dottrina³⁷ ha valorizzato la funzione della disposizione come regola interpretativa di prudenza rispetto a possibili scelte di stampo pubblicistico che derogano alle generali regole del diritto privato applicabili ai soggetti societari. Questa impostazione permette certamente di dare maggiori garanzie alle posizioni dei soci in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata. Saranno infatti le regole del diritto comune a regolare i rapporti tra gli stessi e ugualmente sarà possibile fare riferimento ai principi del diritto societario per la definizione delle dinamiche di *governance* societaria³⁸. Un tale assetto strutturale della società mista è certamente in grado di dare maggiore certezza giuridica al privato che decida di collaborare stabilmente con il pubblico all'interno di un partenariato e può fungere da elemento "motivazionale" all'investimento³⁹.

2.5 La "specialità" della società partecipata rispetto all'attività svolta

Il problema della classificazione delle società a partecipazione pubblica (e dunque anche miste) è chiaro riflesso della necessità degli interpreti (e del legislatore in primo luogo) di inserire all'interno di categorie determinate fenomeni che spesso sfuggono da una chiara configurazione "tutto pubblico" o "tutto privato". La questione, lungi dall'aver valenza meramente teorica, è funzionale all'applicazione di istituti e norme fondamentali per l'esercizio della vita sociale. La classificazione

(³⁶) Cfr. Cass., sez. un., 2 settembre 2013, n. 20075, in www.dirittoegiustizia.it; ancora più di recente Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.dirittoegiustizia.it.

(³⁷) Così F. GOISIS, *op. cit.*

(³⁸) Sul punto A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 515.

(³⁹) Cfr. E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto d'impresa e diritto di società*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it; sul punto anche C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv.dir. comm.*, 2012, pp. 573.

però porta spesso a disarmonie difficilmente risolvibili con una rigida impostazione formale⁴⁰. I numerosi dubbi presenti in materia, hanno portato la Corte costituzionale ad esprimersi sul tema con un'importante decisione che ha, tra gli altri, il pregio di cercare di porre alcuni "punti cardinali" in relazione alla natura delle società a partecipazione pubblica⁴¹.

In questo senso, la giurisprudenza ha tentato di determinare il confine dell'espansione dei principi pubblicistici alle società non sulla base della loro natura (intrinsecamente privata) ma piuttosto sui caratteri dell'attività svolta.

Il riferimento primario di questa impostazione è definito nella sentenza della Corte costituzionale n. 326/2008⁴². La decisione viene definita all'esito di un procedimento promosso da alcune Regioni che ritenevano le disposizioni dell'art. 13 del d.l. 223/2006⁴³ contrastanti con numerosi principi costituzionali ed in aperta violazione con l'autonomia legislativa ed amministrativa regionale. La Corte costituzionale dichiarando inammissibili i profili di illegittimità sollevati dalle Regioni fa alcune importanti osservazioni. In primo luogo evidenzia che le disposizioni in esame riguardano l'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli Enti locali e per questa ragione possono essere fatte rientrare in distinte categorie *i)* nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, *ii)*, nella materia dell'«ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Questa seconda categoria, inerisce nello specifico agli aspetti connessi a rapporti di natura privatistica, per i quali sussiste un'esigenza di uniformità a livello nazionale, ed è per questo applicabile ai quei soggetti

(⁴⁰) In tal senso F. CINTIOLI, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in www.giustamm.it.

(⁴¹) Sul tema P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare e nuovi modelli organizzativi*, cit.

(⁴²) Corte costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326, in *Foro amm. CdS*, 2008, pp. 2013.

(⁴³) Si tratta del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248.

persone giuridiche che sono rette da discipline del diritto privato. La presenza di elementi di specialità di carattere pubblicistico non sono di per sé bastevoli a sentenziare la mutazione della loro natura di diritto privato⁴⁴.

Sulla scorta di tale rilievo il giudice delle leggi evidenzia che la disciplina censurata non si deve far rientrare nella prima categoria (norme in materia di organizzazione amministrativa) ma piuttosto in quella dell'ordinamento civile e questo perché essa ha riguardo del regime di persone giuridiche private e non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. Tali disposizioni sono infatti fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di Enti pubblici⁴⁵.

Secondo la Corte costituzionale l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

Il Collegio continua il suo ragionamento confermando la piena competenza statale in materia anche sulla scorta del richiamo fatto dal legislatore alla tutela della concorrenza, ambito questo già da tempo individuato nella sfera di poteri riservati allo Stato⁴⁶ e che trova nel caso di specie la sua ragion d'essere nell'obiettivo di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali determinando potenziali fattori di distorsione della concorrenza.

(44) Sul punto Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 1903; anche Corte cost. 30 novembre 200, n. 408, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 6.

(45) Cfr. C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Istituzioni del Federalismo – Quaderni*, Rimini, 2011.

(46) Corte cost. 14 marzo 2008, n. 63, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 861 ; Corte cost. 20 luglio 2007, n. 303, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 4

Dunque al di là del caso di specie, la sentenza è di grande importanza perché, pur riconoscendo in generale alle società a partecipazione pubblica una natura di carattere privatistico, nondimeno ha ravvisato come possibile la previsione di norme che vincolino quei soggetti la cui situazione di connessione con le pubbliche amministrazioni possa portare a distorsioni dei mercati e della concorrenza. In questi termini la Corte viene a concretizzare l'esistenza di "imprese non imprese" a cui non è negata astrattamente la natura di diritto comune ma che, nei fatti, sono equiparate ad una pubblica amministrazione. La connessione del regime societario alla "specialità" dell'attività⁴⁷ porta però ad una non semplice operazione di indagine che si presta peraltro alle letture più varie e spesso contrastanti con l'utilizzo stesso dello strumento societario⁴⁸. Nella ricerca di un inquadramento della normativa applicabile sulla base della distinzione fornita dalla Corte costituzionale, si è mossa la giurisprudenza amministrativa. In una recente sentenza⁴⁹ il Consiglio di Stato ha infatti affermato che alle società a partecipazione pubblica che svolgono attività d'impresa si debba ritenere applicabile per intero lo statuto privatistico dell'imprenditore privato. Il solo limite rinvenibile in capo a questi soggetti sarà quello della funzionalizzazione della partecipazione (dell'ente) all'interesse pubblico⁵⁰ e la potenziale applicazione di singole regole di stampo pubblicistico quali ad esempio quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipati⁵¹. Diversamente le società che svolgono attività amministrativa sono sottoposte ad un differente regime che dovrà essere

(47) F. FIMMANO', *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, cit.

(48) Cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*

(49) Di particolare interesse Cons. Stato, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 396.

(50) Il riferimento è in particolare alla previsione dell'art. 3, comma 27, l. 244/2007 di cui si parlerà distintamente nel paragrafo 3.2.

(51) La tematica è oggetto della nota sentenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, pp. 1473.

valutato in relazione ad alcuni criteri interpretativi connessi alla costituzione, all'organizzazione e all'attività svolta. Quest'ultima in particolare dovrà essere svolta secondo un metodo "economico", riscontrabile quando vi sia un'essenziale assunzione di rischio d'impresa tale per cui la società è in grado di sopravvivere senza la necessità di compensazioni pubbliche che permettano il pareggio del bilancio. La posizione espressa in questa decisione è stata poi ripresa in successive decisioni del giudice amministrativo⁵², nelle quali la distinzione offerta dalla sentenza 326/2008 è stata ugualmente utilizzata per giustificare l'applicazione di particolari disposizioni di diritto pubblico a società svolgenti funzioni amministrative. Il sostanziale inquadramento di queste società all'interno dell'orbita del diritto pubblico modifica alla radice i rapporti non solo esterni (con l'applicazione di vincoli normativi stringenti) ma anche quelli interni, sostanziando nei fatti una sorta di rapporto organico tra l'amministrazione sociale ed i suoi amministratori⁵³. Appare evidente che la distinzione proposta in base all'attività dell'ente può essere un valido punto di partenza ma non pare risolvere pienamente il problema della qualificazione delle società partecipate. In particolare, se appare con maggiore semplicità l'applicazione della suddivisione società-impresa / società-amministrazione ad un soggetto totalmente pubblico, allo stesso modo non è così semplice qualora vi sia la presenza di soci privati. In questi casi l'opzione di una impostazione di *governance* di tipo "organico"⁵⁴ e non invece connessa al normale esercizio dei poteri derivanti dalla conclusione di contratto associativo, non pare poter reggere alle dinamiche di equilibrio

(⁵²) In particolare Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 222; Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 570., in www.giustizia-amministrativa.it.

(⁵³) Cfr. A. NICODEMO, *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 814

(⁵⁴) R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie*, in *Foro it.*, 1999, pp. 178. In tema cfr. pure V. PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss.

necessarie per lo sviluppo di una *partnership* pubblico-privata. Sembra dunque più coerente una soluzione interpretativa che vada oltre la mera suddivisione netta e tipologica per concentrarsi anche su ulteriori elementi capaci di adattare i principi propri del diritto societario allo svolgimento di attività espressione di funzioni anche connesse all'attività amministrativa.

3. Lo strumento della società mista ed i limiti definiti dal legislatore

Inquadrati i termini entro i quali la società partecipata da soggetti pubblici trova una sua qualificazione nell'ordinamento vi è da chiedersi ora entro quali spazi lo strumento societario possa concretamente essere utilizzato dalla pubblica amministrazione e quali limiti incontri la costituzione di tali soggetti con soci privati. Come già visto relativamente alla natura della società partecipata, anche questo tema non presenta una piena condivisione di vedute⁵⁵.

Sul punto è solitamente richiamata la generale capacità giuridica riconosciuta agli Enti pubblici in ragione dell'art. 11 del Codice civile che recita: *“Le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”*. A tale rilievo si aggiunge la norma inserita all'art. 1, comma 1bis della legge 241/1990, con la quale viene sancita la generale possibilità per la p.a. di agire secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa, salvo peraltro un precisare (e non è elemento di poco conto) la possibilità per la legge di disporre diversamente.

La generalizzazione dell'utilizzo degli strumenti di diritto privato da parte delle pubbliche amministrazione pareva peraltro essere avallata in

⁽⁵⁵⁾ Si rimanda per una ricostruzione completa all'importante lavoro di S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012

modo ancor più netto per quanto riguarda gli Enti locali, la cui autonomia funzionale ed organizzativa è sancita direttamente a livello costituzionale.

In quest'ottica, la capacità giuridica generale dell'ente locale è alla base sia dell'assunzione di nuove funzioni sia della possibilità di stipulare contratti atipici⁵⁶, purché l'autonomia negoziale sia esercitata in diretta connessione con finalità istituzionali dell'ente. Non va dimenticato un risalente indirizzo giurisprudenziale che identifica nella capacità giuridica di diritto privato dell'ente locale l'attitudine ad assumere come servizio «municipalizzabile» qualunque servizio preordinato all'interesse della collettività, ancorché non riservato *ab origine* all'amministrazione⁵⁷. Peraltro non si deve essere tentati dall'applicare in modo pedissequo il principio di tipicità, proprio dell'attività amministrativa autoritativa, all'attività di diritto comune degli Enti locali, fondata sul principio di autonomia (anche negoziale) e su di una capacità giuridica che in linea di principio non è diversa da quella dei privati⁵⁸.

Certamente anche volendo sostenere in astratto una generale disponibilità per l'ente pubblico dello strumento societario, questa incontra indefettibilmente alcuni limiti ontologici connessi principalmente alla funzionalizzazione dell'interesse pubblico perseguito ed al rispetto dei principi generali dell'ordinamento tra cui si può ascrivere ormai in modo univoco il rispetto della concorrenza⁵⁹.

Va detto che negli ultimi anni si è riscontrato un generale disfavore del legislatore nei confronti dell'utilizzo dello strumento societario da parte degli Enti locali. Questo deriva in parte da una rilettura in senso "forzatamente" pubblicistico dell'attività degli Enti pubblici che contiene in

⁽⁵⁶⁾ Sul punto di rimanda allo scritto di R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

⁽⁵⁷⁾ Sul punto Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 1988 n. 946, in *Riv. giur. ed.*, pp. 942.

⁽⁵⁸⁾ Così A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2010, pp. 555

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2008, n. 226, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 2547 e art 48 e 49 TFUE.

sè una incompatibilità di fondo con l'esercizio di dinamiche imprenditoriali volte ad attività con fini lucrativi. Emblematica è sul punto una recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶⁰. La sentenza ha rilevato il generale contrasto che sussiste tra le primarie indicazioni fornite in sede legislativa e la decisione di un soggetto pubblico di dare vita a società commerciali qualora lo scopo dell'attività di lucro non sia connesso alle primarie finalità dell'ente ovvero non sia specificamente delineato dal legislatore stesso⁶¹. Così facendo il Consiglio di Stato ha proposto una visione molto restrittiva dell'azione degli Enti pubblici, proponendo un principio di "singolarità" della società costituita dai tali soggetti, ammissibile, in quest'ottica, solo qualora essa corrisponda ad una previsione *ad hoc* del legislatore.

Tale conclusione viene in parte sostenuta a partire dalla distinzione ormai stratificata da giurisprudenza di cui si è detto⁶², giustificata in modo prevalente dalla necessità di evitare il concretizzarsi di "sacche" di privilegio derivanti dai vantaggi derivanti da una stretta connessione con la pubblica amministrazione.

Alla luce di tale posizione sembra dunque doversi optare per una capacità "limitata" dell'ente pubblico che deve necessariamente passare per

(⁶⁰) Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, III, pp 365 con nota di M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società "spin-off" e finalità istituzionale dell'ente*, cit.

(⁶¹) Nella citata sentenza 10/2011 il Collegio rileva che «*la ratio della citata disposizione, essa esprime un principio già in precedenza immanente nel sistema. Il sistema, anche anteriormente alla l. n. 244/2007, era connotato dalle seguenti coordinate fondamentali: a) l'attività di impresa è consentita agli enti pubblici solo in virtù di espressa previsione; b) l'ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espressioni deroghe normative; c) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espressioni legislative; non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di una società a partecipazione pubblica; d) la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'in house (partecipazione totalitaria pubblica, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o prevalentemente dedicata al socio pubblico)*» punto ... considerando in diritto. Si veda sul punto S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 1461.

(⁶²) In particolare Corte cost. n. 326/2008, cit. e n. 148/2009, cit.

una valutazione di opportunità (la diretta connessione alle finalità istituzionali) e di settore (la norma *ad hoc*). Valutazioni queste che peraltro sembrano essere rimesse in parte al legislatore statale con un potenziale *vulnus* dell'autonomia degli Enti locali.

Il dibattito è ancora aperto sul punto in dottrina⁶³ ma è certo che la giurisprudenza amministrativa abbia cercato di dare interpretazione alle numerose e frammentarie norme che nel corso degli ultimi anni hanno inteso limitare l'utilizzo dello strumento societario agli Enti pubblici ed in particolare agli Enti locali.

Va detto però che tali interventi normativi paiono avere alla base un intento che, lungi dall'essere sistematico e finalizzato a delineare un area generale di utilizzo della società a partecipazione pubblica, si pone piuttosto quale strumento di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica. Per comprendere la portata di tali disposizioni, in particolare rispetto alle società miste a partecipazione pubblico-privata, si cercherà di approfondirne le specificità per cercare poi di avere un quadro d'insieme.

3.1 I divieti fissati dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 ed i riflessi per le società a partecipazione mista

Una prima norma che segna il mutamento di indirizzo del legislatore rispetto all'utilizzo dello strumento societario da parte degli Enti (specie quelli locali) è rappresentata dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 il quale, nella sua attuale versione, recita: «1. *Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi*

⁽⁶³⁾In contrasto con questa impostazione restrittiva si pone S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit

strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti // 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. // 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società [da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi]. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.....[omissis]».

La norma deve essere letta alla luce di due riflessioni che paiono peraltro connesse. Da un lato vi è la volontà di porre un freno a fenomeni di

proliferazione del modello societario al fine di sottrarre al mercato ampi spazi di attività che presentano nei fatti un elevato rilievo economico. L'intento primario del legislatore è infatti quello di dare piena attuazione a quella che viene definita come concorrenza "nel" mercato, ovvero a quella forma di apertura al mondo imprenditoriale privato che passa attraverso forme di liberalizzazione delle attività che è espressione del sempre maggiore influsso dei principi comunitari ma anche del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dalla Carta costituzionale⁶⁴. In questo senso gli spazi "sottratti" al mercato devono essere inquadrati dentro ambiti definiti solo qualora tale liberalizzazione del servizio non sia possibile. Peraltro anche in questi casi sarebbe preferibile un coinvolgimento dei terzi che passi in ogni caso attraverso la concorrenza "per" il mercato, ovvero attraverso un'esternalizzazione dell'attività attraverso strumenti tipici del diritto pubblico⁶⁵.

Da un ulteriore punto di vista non si può non notare come la norma presenti anche e soprattutto valutazioni di tipo "contabilistico" volte a ridurre la spesa degli Enti che, come detto, hanno in molti casi abusato dello strumento societario al fine di eludere gli stretti vincoli della contabilità pubblica.

Concentrandosi sull'analisi della disposizione si può subito notare come la stessa non abbia come spettro di riferimento tutte le società partecipate da pubbliche amministrazioni. Obiettivo del legislatore è toccare in particolare l'autonomia negoziale degli Enti con specifico riguardo a quelle strutture societarie che svolgono servizi di tipo "strumentale"⁶⁶. La

⁽⁶⁴⁾ Il riferimento è all'art. 118, comma 4° della Costituzione. Sul tema interessante la riflessione di E. CARPEGNA BRIVIO, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 91.

⁽⁶⁵⁾ Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Foro amm. CdS*, 2008, pp. 3389

⁽⁶⁶⁾ Sul tema delle società strumentali in rapporto alla norma *de qua* M. CAMMELLI – 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*, Torino, 2008; G. CAIA, *Norme*

configurazione dei contorni di tale nozione è stato oggetto di non poche problematicità non trovando nell'ordinamento una lettura univoca. A tali lacune ha sopperito la giurisprudenza⁶⁷, definendo come strumentali quelle attività erogate da società concernenti servizi o beni a diretto supporto di funzioni dell'amministrazione⁶⁸. In rilievo di ciò le società strumentali sono dunque quelle strutture sociali costituite per lo svolgimento di attività non rivolte ad un pubblico indistinto ma bensì alla stessa amministrazione per il perseguimento delle sue finalità istituzionali.

Proprio per la specifica connessione all'Ente/i costituenti, il legislatore ha deciso di delimitare la funzionalità di questi soggetti giuridici prevedendo l'impossibilità di operare con soggetti diversi rispetto agli Enti pubblici soci. Il limite si presenta come molto stringente impendo alla società strumentale di operare su tutto il territorio nazionale con altri soggetti anche se ciò avvenisse a seguito di gara ad evidenza pubblica.

Peraltro la norma sancisce la "fine" della possibilità di mantenere società strumentali ad oggetto non definito ed eccessivamente generalista. In questo senso il legislatore ha previsto espressamente al comma 2° che tali soggetti debbono avere oggetto esclusivo⁶⁹. Ancora al comma 3° è statuita la necessaria cessione - con procedure trasparenti - delle quote di società non

*per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, in www.giustamm.it ; A. BARTOLINI, Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008), in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 741.*

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2009, n. 3766, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 1481; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in *Pubblica*, 2010.

⁽⁶⁸⁾ In questi termini il giudice amministrativo segnala che «*la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso. Di conseguenza ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente. Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante. Ciò, nella letteratura economico-aziendale, viene identificato con il termine "Outsourcing", ossia "approvvigionamento esterno", per lo svolgimento di alcune fasi del processo produttivo che l'impresa ritiene più vantaggioso affidare a soggetti esterni anziché gestire direttamente attraverso la propria organizzazione aziendale*»; così T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 27 dicembre 2007, n. 1373 (punto 2 considerando in diritto), in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, pp. 3706.

⁽⁶⁹⁾ In senso restrittivo del concetto di "oggetto sociale esclusivo" Corte dei Conti, ser. reg. controllo Lombardia, 17 ottobre 2011, n. 517, in www.corteconti.it.

conformi o la cessione/scorporo dei rami sociali non consentiti⁷⁰. Sul punto è stato attentamente evidenziato in dottrina⁷¹ che proprio tramite lo strumento dello scorporo delle attività di mercato sia possibile per la società strumentale proseguire le proprie attività primarie. La separazione societaria dei soggetti permette infatti di superare il rischio di alterazione della concorrenza in applicazione ai principi generali sanciti nell'art. 8, commi *2bis* e *2ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287⁷².

Queste disposizioni mettono in rilievo la volontà di individuare, proprio nell'elemento oggettivo della strumentalità, il fattore qualificante della limitazione, tanto più che esse paiono prescindere dalla specifica modalità di partecipazione dell'Ente dovendosi applicare sia alle società a totale capitale pubblico che a quelle a capitale misto pubblico-privato.

Con specifico riferimento alle società miste si deve però fare un'ulteriore distinzione applicativa. Infatti, non pare sempre potersi configurare l'affidamento alla società mista come affidamento diretto. Questo può essere configurato solo qualora sia il soggetto misto a svolgere direttamente l'attività operativa e il socio privato abbia un ruolo prettamente gestionale e di supporto tecnico-finanziario, ovvero il socio privato svolga anche attività operative ma per le quali non ha affrontato uno specifico momento di selezione competitiva. Non altrettanto pare potersi affermare in relazione alla società mista rispondente al modello comunitario

(⁷⁰) Sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 1108.

(⁷¹) M. CALCAGNILE, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, cit.

(⁷²) Le norme infatti recitano: «*2-bis. Le imprese di cui al comma 2 [e cioè quelle che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato], qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del comma 2, operano mediante società separate. // 2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione dell'Autorità*». In dottrina il richiamo a tali disposizioni è stato evidenziato per sostenere la legittimità per le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale di operare in mercati diversi attraverso società separate: cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit.

del partenariato pubblico privato istituzionalizzato⁷³. In questi casi l'affidamento alla società mista è in realtà un affidamento al socio privato scelto con gara con duplice valenza: sia per l'ingresso in società e sia per lo svolgimento dell'attività attribuita alla stessa⁷⁴. Tale passaggio "pieno" attraverso le maglie dell'evidenza pubblica porta a ritenere che per tali soggetti la compressione prevista dalla norma in commento non paia del tutto il linea con l'intento del legislatore. Se è infatti vero che una lettura esegetica porta ad un'applicazione "a tappeto" delle preclusioni connesse al mero svolgimento dell'attività strumentale è corretto però ritenere che la mista "per il mercato" abbia senz'altro meno possibilità di incorrere in potenziali effetti distorsivi della concorrenza essendosi già conformata a tali principi di trasparenza⁷⁵.

3.1.1 Le espresse esclusioni all'applicazione della norma

Si è detto che la disposizione in oggetto concentra la propria attenzione su quelle società individuate come strumentali. In questo senso sono espressamente escluse dall'ambito di azione della stessa varie categorie di attività⁷⁶ tra cui è certamente preminente quella dai servizi pubblici locali. Peraltro la locuzione "...con esclusione dei servizi pubblici locali..." ha posto, specie in dottrina⁷⁷, numerosi dubbi circa il fatto che tale

(73) Di tale figura si parlerà ampiamente nel secondo capitolo del presente lavoro.

(74) L'indagine sul modello di società mista operativa – in particolare per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – rappresenta il fulcro del presente lavoro. Per queste ragioni si rimanda a capitoli II° e III° per una disamina approfondita del modello. In particolare sul tema dell'affidamento diretto alla società mista par. 2.1.3.

(75) La posizione è peraltro avallata dalla giurisprudenza amministrativa che ha visto proprio nell'affidamento con gara una differenziazione del modello di società mista; cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in *Foro amm. CdS*, 2011, pp. 155. La decisione è stata peraltro oggetto di valutazione positiva da parte della dottrina: cfr. M. MATTIALA, *Società miste e "distorsione" della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 721.

(76) In particolare: servizi pubblici locali, servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici

(77) Cfr. M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, cit.

esclusione dovesse riguardare solo l'oggetto della società o potesse essere volto ad escludere *in toto* la società stessa. Optando per la prima soluzione sarebbero esenti dal disposto normativo le sole attività oggettivamente rientranti nella nozione e non *tout court* le società di gestione create per le stesse. Seguendo tale impostazione ci si trova a dover fare un vaglio particolarmente complesso delle singole attività svolte dalle società per comprendere cosa possa o meno ricadere nel vincolo dell'art. 13. Diversamente, propendendo per una visione soggettiva potrebbe bastare che la società abbia tra i suoi compiti anche quelli di servizio pubblico per escluderla dall'applicazione della norma.

La giurisprudenza⁷⁸ sul punto si è mostrata maggiormente in linea con una visione rivolta a valutare non l'oggetto della singola gara ma l'oggetto sociale della società stessa sancendo una generale applicabilità del divieto per le società con oggetto sociale rivolto a settori differenziati (con ciò dovendosi riferire non tanto a differenti settori materiali di attività ma piuttosto al potenziale svolgimento di compiti di servizio pubblico e di carattere strumentale⁷⁹). In dottrina questa posizione è stata ampiamente criticata per l'evidente problematica connessa ad una lettura troppo ampia dell'esclusione. Il rischio è infatti che la sola previsione della gestione di servizi pubblici all'interno dell'oggetto sociale possa portare ad una non applicabilità della norma "sterilizzando" in parte la portata della stessa⁸⁰.

(⁷⁸) Sul punto Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, *cit*; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651, in *Foro amm. CdS*, 2010, pp. 613

(⁷⁹) Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 4 maggio 2012, n. 865, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, pp. 800.

(⁸⁰) Il riferimento è in particolare a P. PIZZA, Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 d.l. n. 223/2006, in C. IBBA – M.C. MALAGUTI – A. MAZZONI (a cura di) *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011. In particolare sul punto l'autore afferma che «*ciò, evidentemente, indebolirebbe moltissimo l'efficacia della disciplina in questione, anche perché le modificazioni dell'oggetto sociale nel senso illustrato possono intervenire in qualsiasi momento, nel rispetto delle disposizioni contenute nel codice civile, con la conseguenza che anche le società sottoposte all'art. 13 godrebbero di un facile strumento per "uscire", in qualsiasi momento, dal campo di applicazione dell'intera disciplina desumibile da tale disposizione*»

Va segnalato che la più recente giurisprudenza amministrativa si è espressa in modo più rigoroso sul punto evidenziando che anche in caso di società c.d. *multiutilities* (di per sé, come detto, compatibili con il dettato dell'art. 13) l'esclusività dell'oggetto non debba essere letta sulla base di ciò che è indicato nominalmente nell'oggetto sociale ma bensì in relazione allo specifico rapporto che le società instaurato con gli Enti locali⁸¹.

3.1.2. La questione dei limiti di applicabilità della disciplina dell'art. 13 alle società partecipate solo indirettamente

Una delle questioni che maggiormente ha interessato l'applicazione della norma riguarda il suo raggio di estensione anche a soggetti partecipati solo indirettamente da soggetti a cui si rivolge espressamente il dato legislativo (ovvero le società cosiddette di seconda o terza generazione)⁸².

La giurisprudenza prevalente⁸³ si è espressa sul punto evidenziando la necessità di dare alla norma una lettura sistematica capace di realizzare a pieno quegli intenti di tutela della concorrenza rispetto a cui il legislatore finalizzava il suo intervento. E' stato dunque ritenuto opportuno applicare le disposizioni dell'art. 13 anche alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste qualora la loro attività verta sui settore comunque esclusi alle ultime.

Tale posizione è stata sostenuta partendo dal presupposto che non può considerarsi rilevante, ai fini della non ricorrenza del divieto previsto dalla norma, la circostanza che la partecipazione dell'Ente locale alla società sia meramente indiretta. Ammettere che i vincoli posti dalla norma speciale riguardino esclusivamente le partecipazioni dirette degli Enti pubblici alle

⁽⁸¹⁾ In questo senso Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3022, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 1637.

⁽⁸²⁾ Sul punto D. MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del Bersani)*, in www.giustamm.it.

⁽⁸³⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *Foro amm. CdS*, 2012, pp 1108; Cons. Stato, sez. v, 21 giugno 2012, n. 3668, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, 3 giugno 2013, n. 3022, *cit.*

società di cui trattasi, varrebbe a sostenere che i vincoli stessi possano agevolmente essere aggirati mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate.

Diversamente, sostiene la giurisprudenza richiamata, anche nelle società cd. di "terzo grado"⁸⁴ rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti. Peraltro, se si ammettesse che l'applicabilità delle previsioni di cui all'art. 13 possa essere esclusa in base al mero dato formale della partecipazione soltanto indiretta dell'Ente nella società, l'effetto sarebbe quello di consentire l'agevole elusione delle preclusioni di cui alla legge Bersani attraverso il mero ricorso ad una sorta di meccanismo di "scatole cinesi" societarie.

Dunque una corretta interpretazione della *ratio legis* dovrebbe necessariamente portare ad una visione che sia utile ad evitare che attraverso la costituzione di soggetti societari, comunque collegati, si possa in concreto alterare la genuinità del mercato e ledere le regole della concorrenza.

L'opzione "estensiva" sopra esposta ha prestato il fianco a non poche critiche soprattutto in dottrina⁸⁵, la quale ha messo in luce le incongruenze di questa posizione con il dato normativo e con l'interpretazione che dello stesso è stata data in sede di legittimità costituzionale. Se infatti può essere concepibile l'applicazione dell'art. 13 a quelle società di seconda o ulteriore generazione nelle quali partecipino altresì direttamente gli Enti territoriali,

(84) Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4829 , in www.dirittodeiservizipubblici.it. La decisione individuata tali società come « *quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime*»

(85) In particolare G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit.; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare e nuovi modelli organizzativi*, cit.

altrettanto non potrebbe dirsi per quei soggetti societari in cui tale partecipazione è solamente indiretta.

In base alla lettura fornita dalla Corte costituzionale nella decisione 326/2008 le società di cui all'art. 13 sono, sotto tutti gli aspetti, soggetti di diritto privato e non pubbliche amministrazioni. La norma al contrario connette la propria applicazione con riferimento specifico a società «costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali». Dunque qualora esse costituiscano ulteriori soggetti questi (come le loro "madri") saranno da considerarsi come soggetti di diritto privato a cui applicare direttamente i principi sanciti a livello costituzionale dagli art. 3 e 41⁸⁶. Per questo, non rinvenendosi alcuna lacuna normativa da colmare, l'applicazione analogica a questi soggetti appare incongrua, per di più dovendosi rilevare che in altri casi tale estensione è stata espressamente prevista dal legislatore⁸⁷.

3.2. I divieti legali alla costituzione di società a partecipazione previsti all'interno della Finanziaria 2008: il "necessario" vincolo funzionale.

L'evoluzione di una disciplina "speciale" per le società partecipate dalle amministrazioni, anche miste, è segnata altresì dalla disciplina prevista dalla legge Finanziaria del 2008⁸⁸, ed in particolare da alcune disposizioni contenute nell'art. 3 dal comma 27 al comma 32^{ter}⁸⁹.

⁽⁸⁶⁾ Sul punto D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008

⁽⁸⁷⁾ TAR Liguria, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, pp. 52; TAR Lazio, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, pp.152.

⁽⁸⁸⁾ Si tratta della l. 24 dicembre 2007, n. 244.

⁽⁸⁹⁾ La centralità del dispositivo si racchiude senz'altro nell'art. 27 che nella sua attuale formulazione recita «*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nè assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di*

La novella è un ulteriore tassello nell'inversione di rotta - di cui si è detto - verso un contenimento dell'uso dello strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni.

committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza ». Per completezza di analisi si riportano anche i successivi commi contenenti disposizioni prettamente riferite alle amministrazioni dello Stato (commi 27bis - 28 - 28bis), ai termini per attuare le previste dimissioni (comma 29), alle dotazioni organiche connesse alle attività di cui al presente articolo (commi 30-31-32), agli amministratori (comma 32bis), alle società quotate in mercati regolamentati (comma 32ter) : «27-bis. Per le amministrazioni dello Stato restano ferme le competenze del Ministero dell'economia e delle finanze già previste dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge. In caso di costituzione di società che producono servizi di interesse generale e di assunzione di partecipazioni in tali società, le relative partecipazioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze, che esercita i diritti dell'azionista di concerto con i Ministeri competenti per materia» // «28. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti» // «28-bis. Per le amministrazioni dello Stato, l'autorizzazione di cui al comma 28 è data con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze» // «29. Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni» // «30. Le amministrazioni che, nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica» // «31. Fino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui al comma 30, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni di cui al comma 30, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale, diminuito delle unità di personale effettivamente trasferito» // «32. I collegi dei revisori e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati dai processi di cui ai commi 30 e 31 asseverano il trasferimento delle risorse umane e finanziarie e trasmettono una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti» // «32-bis. Il comma 734 dell' articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 , si interpreta nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali» // «32-ter. Le disposizioni dei commi da 27 a 31 non si applicano per le partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati».

Le ragioni espresse dell'intervento sono sempre quelle della tutela della concorrenza dietro il cui "paravento" sembra tutto possibile ed ammissibile⁹⁰. A ben vedere però le disposizioni appaiono piuttosto come una presa d'atto della difficile convivenza tra il modello societario e le pubbliche amministrazioni sempre teso, come si è visto, tra moti pubblicistici e "velleità" imprenditoriali.

Le reali intenzioni dell'intervento sembrano piuttosto riscontrabili in una duplice volontà di economia strettamente politico-legislativa. Certamente, influiscono sulle scelte elementi di riscontrata carenza di *performance* delle esperienze societarie sino ad allora sviluppate, deficit che però la norma non pare in grado di risolvere appieno, come si evidenzierà in seguito⁹¹.

Per altro verso, come evidenziato anche dalla dottrina⁹² e dalla giurisprudenza⁹³ intervenute successivamente, la portata dell'art. 3, l.

(⁹⁰) Sul punto si rimanda alle osservazioni formulate da L. VANDELLI, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3398.

(⁹¹) Il rapporto dell'ASSONIME del settembre 2008 "*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*" mostra un stato dell'arte alquanto drastico, costituito da una miriade di soggetti partecipati da p.a. con oggetti sociali disparati e spesso in grande perdita. E' però criticata la scelta legislativa di operare una "selezione" dei soggetti salvaguardabili solo in base ad un principio che riguardi l'oggetto dell'attività e non anche le reali capacità di *governance* delle singole società e la loro fattiva utilità. Sul punto in dottrina M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in C. IBBA - M.C. MALAGUTI - A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011.

(⁹²) Sul punto S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell'art. 3, comma 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n.° 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in www.giustamm.it.

(⁹³) Tra le molte T.A.R. Cagliari, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, pp. 1403. Il Collegio sardo riprendendo precedenti decisioni amministrative ribadisce che «*Con l'art. 3 commi da 27 a 32 ter della legge n. 244 del 2007 (e successive modifiche) il legislatore ha inteso offrire una disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, mirata ad arginarne la proliferazione indiscriminata, e a ricondurne l'utilizzo nell'alveo delle reali necessità istituzionali degli enti, anche al fine di evitare che il ricorso indiscriminato a tali strumenti privatistici si rivelasse elusivo del rischio d'impresa e delle discipline pubblicistiche in materia contrattuale, oltretutto lesivo della concorrenza. // In definitiva, l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), nel prevedere che «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato», le pubbliche amministrazioni «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali*

244/2007 è leggibile nell'ottica della perdurante ricerca di adattamento del modello societario in senso funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico anche al fine di evitare fenomeni di “fuga verso il privato” degli Enti pubblici.

L'analisi del disposto normativo porta da subito a comprenderne l'ampia portata delle disposizioni in esso contenute da un punto di vista di applicazione sia soggettiva che oggettiva, sollevando peraltro non pochi problemi interpretativi sulle nozioni racchiuse (in primo luogo il concetto di “necessarietà” della partecipazione) sia sui limiti delle esclusioni espresse.

3.2.1. L'applicazione soggettiva della norma

Come detto la norma si presenta come un precetto a disposizione molto estesa, facendo direttamente riferimento alla nozione di pubblica amministrazione forse più ampia presente nell'ordinamento⁹⁴. Questo mostra con evidenza la volontà di porre un vincolo generalizzato a tutti i soggetti pubblici che intendessero costituire società o assumere partecipazioni societarie.

A maggiore ragione dell'impostazione volutamente “di principio” data alle disposizioni in esame, le esclusioni volte ad una applicazione oggettiva della norma vengono espressamente previste.

Si tratta in primo luogo del disposto di cui all'art. 32^{ter} che esclude dall'applicazione dei commi dal 27° al 31° della norma le società quotate in mercati regolamentati, in relazione alle quali si tende a salvaguardare il più

società», ha posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza – che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare – quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che – esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema – pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico».

⁽⁹⁴⁾ Quella dell'art. 1, comma 2° del d.lgs. n. 165/2001 che comprende non solo le amministrazioni statali, regionali e locali ma anche gli enti pubblici nazionali e gran parte degli enti pubblici economici.

possibile il loro esclusivo carattere privatistico al fine di garantire la certezza e la sicurezza degli investimenti⁹⁵.

Va notato peraltro che la formula di garanzia non era del tutto scontata tanto più che la sua introduzione è fatta solo successivamente all'emanazione della norma ad opera dalla lett. f) del comma 1 dell'art. 71, l. 18 giugno 2009, n. 69. La stessa previsione normativa da ultimo citata è anche alla base delle disposizioni derogatorie racchiuse nei commi 28, 29 e 29bis, i quali prevedono un regime sostanzialmente autonomo per le amministrazioni dello Stato.

La dottrina ⁹⁶ ha peraltro segnalato come la differenziazione normativa *de qua* non abbia inciso in modo rilevante sulle amministrazioni statali, in quanto per queste esisteva già un assetto di disposizioni volte alla cessione (o non cessione) al mercato delle partecipazioni detenute dalle sue amministrazioni. L'assunto è avvalorato dal testo del comma 29 che fa espresso richiamo, per le società partecipate dallo stato, alle disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni⁹⁷.

3.2.2. L'applicazione oggettiva della norma e la portata dei divieti

Sicuramente più problematica è la valutazione della portata oggettiva dei divieti contenuti nella norma questo anche a causa dell'ampia possibilità di interpretazione dei concetti in essa contenuti

Una parte della dottrina ha sottolineato la vasta gamma di interpretazioni possibili, dalle più rigorose alle più permissive, anche (ma non solo) perché tutt'altro che calibrate rispetto alla loro dichiarata *ratio* ispiratrice: così, ad esempio, trattandosi di divieti espressamente finalizzati

(⁹⁵) L'esclusione delle società quotate in mercati regolamentati da molti dei vincoli previsti dalle norme speciali per le società partecipate è peraltro connessa alla loro sottoposizione a norme peculiari che già forniscono una garanzia degli assetti e dei controlli di gestione e funzionamento.

(⁹⁶) A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit.

(⁹⁷) Il riferimento è in particolare al d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474.

alla tutela della concorrenza e del mercato, ciò potrebbe legittimare interpretazioni volte a “salvare” la partecipazione pubblica ogni qual volta, in concreto, essa non risulti in contrasto con la disciplina della concorrenza.

In realtà la portata concreta della norma sembra essere ben più ampia avendo rilevanza generalissima e colpendo l'assunzione o detenzione di partecipazioni in ogni soggetto di natura societaria rispetto al quale non si determini una connessione di "necessarietà" con le finalità istituzionali dell'Ente, ovvero non ricada nei settori espressamente esclusi (di cui si dirà).

Essa esplica dunque i suoi effetti senza una valutazione circa il peso della partecipazione (di controllo o di minoranza) detenuta dall'Ente né circa la sua qualità o valenza strategica o meramente finanziaria della stessa⁹⁸. Peraltro si deve sottolineare che la novella apportata al comma 27° dalla l. 69/2009 ha in parte ristretto la "dilagante" operatività della norma eliminando dal testo normativo la parola "indirettamente" così facendo rientrare la logica applicazione del divieto alle sole partecipazioni direttamente detenute dagli Enti e non a quelle di secondo o terzo grado⁹⁹.

Certo è evidente, che la scelta della formulazione di salvaguardare solo le partecipazioni «*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*» sia indicativa della volontà del legislatore di imporre un criterio estremamente rigido in tema di collegamento tra i fini dell'Ente e le attività svolte dalle società a cui lo stesso aderisce¹⁰⁰. In questo senso non pare sufficiente che l'attività della società partecipate sia in una relazione di utilità "indiretta" con le finalità dell'Ente ma si richiede che la

(⁹⁸) Sul punto A. MAZZONI, *op. cit.*

(⁹⁹) Cfr. CHIEPPA R., *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, F. GUERRERA (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

(¹⁰⁰) Le prime letture antecedenti all'emanazione della norma aveva portato a letture in parte differenti. In particolare la Relazione governativa al disegno di legge pareva più aperto ad una visione "selettiva" delle partecipazioni che valorizzasse maggiormente il modello societario. In questo senso si leggeva "la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività"

partecipazione sia in qualche modo non prescindibile. La scelta del vocabolo necessario fa infatti pensare ad una sorta di *condicio sine qua non*, cioè ad una impossibilità per l'Ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale perseguita) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società. In questa logica, dunque, affinché la partecipazione sia consentita, svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) dovrebbe essere assolutamente indispensabile per l'Ente locale (cosa che dovrebbe essere quantomeno rara).

Pare dunque che il legislatore abbia voluto consentire la partecipazione in società connettendo a tale evenienza elementi di particolare specialità non tipici del modello. La funzionalizzazione dell'attività alle finalità dell'Amministrazione locale ribadisce il principio di "missione dell'Ente" che comporta inevitabilmente un'intensità di compenetrazione tra attività della società e partecipazione del soggetto pubblico del tutto peculiare. Dunque, questa stretta necessarietà si attesta quale requisito contraddistinto da un tasso di rigore ancora maggiore di quello di "strategicità" e che finisce con il porre in capo agli Enti valutazioni di portata discrezionale molto ampia.

3.2.3. Le espresse esclusioni della norma in settori particolari: i servizi di interesse generale

La norma prevede alcune deroghe espresse alle limitazioni imposte con riguardo a specifici settori. Si tratta in particolare delle società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di Enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e

l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

In questi casi, è sempre ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni da parte degli Enti pubblici nel rispetto, sottolinea la norma, dei rispettivi livelli di competenza. Nei fatti l'ampiezza dell'esclusione - che pare definita - risente di non poche problematiche applicative. La più evidente è quella relativa all'inquadramento della nozione di "servizi di interesse generale". L'espressione non trova infatti una sua diretta definizione nell'ordinamento interno. La giurisprudenza amministrativa¹⁰¹ ha evidenziato una sua sostanziale coincidenza con quella di servizi pubblici locali.

Di maggiore aderenza pare un rinvio alle disposizioni di stampo comunitario¹⁰² ed in particolare all'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in cui si rinviene la nozione di "servizi di interesse economico generale" (SIEG). La stessa Commissione europea¹⁰³ ha evidenziato la diretta derivazione della nozione interna da quella di SIEG con un ampliamento che coinvolge non solo i servizi di mercato ma anche i servizi privi di reale redditività economica. Anche il legislatore nell'art. 3, comma 27, non fa un preciso richiamo alla "economicità" del servizio il che fa propendere per una volontà estensiva della norma che copra non solo le società con una gestione più propriamente imprenditoriale ma anche quelle partecipazioni in soggetti che forniscono servizi privi di una diretta rilevanza economica.

L'ampiezza della formula utilizzata cerca di trovare un suo contenimento nell'espresso riferimento ai "rispettivi ambiti di competenza".

(¹⁰¹) Sul punto in particolare Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, in www.dirittodeiservizipubblici.it

(¹⁰²) Corte dei Conti, sez. Autonomie, delira 30 giugno 2010, n. 14 in www.corteconti.it

(¹⁰³) Libro Verde sui servizi di interesse generale adottato dalla Commissione europea (COM/2003/0270def.)

Questo permette in parte di arginare l'ambito d'azione degli Enti rimettendo le valutazioni sulle partecipazioni anche ad un contesto territoriale-funzionale e senza per questo vincolare troppo lo spazio di discrezionalità riservato alle Amministrazioni nel rispetto delle proprie scelte organizzative.

In merito all'ampiezza di tale discrezionalità, specie con riferimento agli Enti locali, la Corte dei Conti ha evidenziato la necessità di non elidere il principio di sussidiarietà, garantendo la possibilità per gli stessi di deliberare in via autonoma circa il mantenimento delle partecipazioni conformi¹⁰⁴. Si deve infatti ritenere di piena spettanza del Consiglio comunale l'adozione della delibera di autorizzazione di cui al comma 28, e dunque la scelta dell'inquadramento della partecipazione all'interno delle tipologie societarie ammesse nelle fattispecie esaminate. Questo perché si ritiene che sia proprio l'Ente locale a doversi esprimere quale interprete delle necessità delle collettività rappresentate esercitando il proprio ruolo di autonomia garantito anche a livello costituzionale. Rientrerebbe, quindi, nell'esclusiva competenza di detto organo verificare, caso per caso, quali finalità il Comune intenda perseguire con quello specifico strumento societario e se queste sono da considerarsi fra i compiti riservati ad esso dall'ordinamento, nonché accertare se l'oggetto societario in questione possa considerarsi prodromico in senso stretto alle finalità istituzionali, anche alla luce del proprio statuto, dello statuto societario e delle linee programmatiche di mandato.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte dei Conti, sez. reg. controllo Veneto, 27 gennaio 2010, n. 16 in *www.corteconti.it*. La Delibera approva la "*Relazione relativa all'indagine sui rapporti tra gli enti locali del Veneto e gli organismi totalmente o parzialmente partecipati dai medesimi*" nella quale si afferma «Spetta, quindi, al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le "politiche" necessarie per soddisfarle» (punto 1.6 della Delibera).

3.2.4 Il procedimento di ricognizione delle partecipazioni societarie

L'Ente locale sarà dunque tenuto ad effettuare una precisa ricognizione delle partecipazioni detenute ed altresì di quelle che intenda detenere nell'immediato futuro, con la precisazione che la norma pare riferirsi solo alle partecipazioni societarie e non anche a quelle di organismi che non abbiano tale forma. Su questo punto la Corte dei Conti ha evidenziato che la disposizione in esame, facendo espresso riferimento al termine "società", abbia voluto in via indiretta limitare la propria sfera di applicazione ai soli soggetti che svolgono attività economiche in forma societaria, risparmiando invece differenti soggetti anche se di natura privatistica (ad esempio fondazioni ed associazioni)¹⁰⁵.

Con riguardo al procedimento da ottemperare, l'Ente locale dovrà dunque in primo luogo individuare le partecipazioni connesse ad attività non inerenti al diretto perseguimento delle finalità istituzionali. Ciò potrà essere fatto sia partendo dal dato positivo delle previsioni contenute negli atti statutari, sia argomentando al contrario una "necessarietà negativa" che dunque arrivi alla scelta dello strumento societario solo dopo aver scartato tutte le altre possibili opzioni¹⁰⁶.

A prescindere dal dato discrezionale, la delibera dell'Ente dovrà in ogni modo essere adeguatamente motivata e mostrare in modo chiaro le ragioni della scelta, non essendo sufficienti, per il rispetto dei parametri normativi, atti che contengano dichiarazioni meramente apodittiche e non fondate su valutazioni di efficienza, efficacia ed economicità¹⁰⁷. Per queste ragioni, dovranno essere oggetto di ponderazione anche gli ulteriori modelli

⁽¹⁰⁵⁾ Corte dei Conti, Sez. reg. controllo Friuli Venezia Giulia, 23 dicembre 2010, n. 344, in *Riv. corte conti*, 2010, pp.81.

⁽¹⁰⁶⁾ Tra le varie decisioni sul punto si ricorda Corte dei Conti, Sez. reg. controllo Molise 23 luglio 2009, n. 32, in *www.corteconti.it*

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., Corte dei Conti, Sez. reg. controllo Lombardia, 2011, n. 234. in *www.corteconti.it*

che si sono sviluppati nella prassi per la gestione delle partecipazioni nelle società di servizi.

Si è visto sopra che la soppressione della parola “indirettamente” ha limitato la portata della norma alle sole società detenute dagli enti. Esistono però figure particolari il cui utilizzo da parte degli Enti è molto frequente e rispetto alle quali è necessario valutare la legittimità. Il riferimento è in particolare alla figura della *holding*, forma organizzativa finalizzata alla detenzione di una pluralità di partecipazioni e molto utilizzata dagli Enti locali. Un esame di natura sistematica porta a desumere che anche l’oggetto della *holding* debba rispettare i limiti fissati dalla norma, e non potrà quindi detenere partecipazioni che l’Ente stesso non avrebbe potuto assumere in via diretta. Questo dunque preclude anche alla *holding* il mantenimento di partecipazioni non strettamente necessarie alle finalità istituzionali dell’Ente o di interesse generale¹⁰⁸.

Un ragionamento molto prossimo è applicabile anche ad altre figure, come quella della società *multiutility*, ovvero quei soggetti attivi nella gestione di una pluralità di servizi. In concreto, anche per queste società, si dovrà valutare la coerenza dell’attività svolta in relazione all’ampiezza dell’oggetto sociale: su questo presupposto sarà salvaguardabile la partecipazione della *multiutility* che svolga attività (anche varie) comunque riconducibili a finalità di interesse generale in favore della collettività di riferimento degli Enti partecipanti; diversamente, non potrà considerarsi legittima la detenzione di una *multiutility* di stampo generalista che svolga attività non omogenee ed indifferenziate rispetto agli ambiti territoriali degli Enti di riferimento.

⁽¹⁰⁸⁾ Corte dei Conti, Sez. reg. controllo Lombardia, 14 settembre 2010, n. 874 in www.corteconti.it

CAPITOLO II

La società mista come strumento multiforme tra diritto interno e diritto comunitario

Sommario: 1. *La società mista nell'attuale assetto ordinamentale*; 1.2 *Il socio privato nella società mista affidataria "diretta" di appalto o concessione*; 1.2.1. *La società mista con socio operativo ed il Codice dei contratti pubblici. Spunti d' inquadramento*; 1.2.1.1. *La differente applicazione delle norme in relazione alla tipologia di affidamento*; 1.3 *Il socio privato finanziatore*; 1.4 *Il socio privato gestionale*; 1.5. *Il socio privato nella società mista di mercato*; 2. *La società mista conforme al diritto comunitario: la figura del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*; 2.1 *Il Libro Verde del 2004*; 2.2 *La Comunicazione della Commissione europea del 2008 sui PPPI: un punto di "arrivo"?* 2.3 *Il contributo della giurisprudenza e la "mancata" consacrazione normativa del PPPI*

1. La società mista nell'attuale assetto ordinamentale

Si è già avuto modo di evidenziare che della società mista non è rinvenibile una disciplina completa ed organica nell'ordinamento interno¹⁰⁹. Questa è stata peraltro una delle ragioni che ha portato alle numerose problematiche interpretative di cui si è dato riscontro nelle precedenti parti del lavoro. La figura si è dunque imposta come modulo organizzativo non omogeneo utilizzato dagli Enti pubblici, in particolare dagli Enti locali, per differenti finalità in connessione alle singole disposizioni legislative di previsione (ed in molti casi anche al di fuori di tali casi). Previsioni, quelle del legislatore, che hanno spaziato in modo frammentario nei settori più vari.

In alcuni casi ciò è avvenuto con normative estremamente puntali, come per la gestione delle infrastrutture aeroportuali (l. 24 dicembre 1993,

⁽¹⁰⁹⁾ Su tale aspetto N. AICARDI, *Le società miste*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008 e S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit.

n. 537), l'attuazione di interventi relativi ad alloggi universitari (l. 14 novembre 2000, n. 338), società per le sperimentazioni gestionali nell'assistenza sanitaria (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502)¹¹⁰. Altrove invece si è assistito ad un'opzione per il modello di più ampio respiro, come nel caso delle società delle società di trasformazione urbana e quelle per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 120 e art. 113 del d.lgs. 267/2000)¹¹¹.

Tale varietà applicativa dell'istituto ha spinto la dottrina¹¹² a cercare di suddividere in categorie le molteplici esperienze organizzative valorizzando gli aspetti di differenziazione dei vari modelli, tentando di dare risalto da un lato all'apporto del socio privato e dall'altro l'oggetto dell'attività sociale.

In base al primo criterio si possono individuare principalmente due modelli società miste. Nel primo il partner privato ha una mera partecipazione di tipo finanziario e non apporta il suo carattere imprenditoriale: in questi casi sarà la stessa società mista a svolgere l'attività con una propria organizzazione distinta da quella del socio. Nel secondo la partecipazione del socio privato è invece strategica e finalizzata

⁽¹¹⁰⁾ In merito a tali tipologie gestionali si rimanda ad alcuni scritti che approfondiscono le peculiarità dei singoli modelli. In particolare: per le società di gestione aeroportuale S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008; per le società di sperimentazione gestionale sanitaria M. DUGATO- G. PIPERATA, *Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, in A. PIOGGIA – M. DUGATO – G. RACCA – S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008; C. CUCCURULLO, *La collaborazione tra pubblico e privato in sanità*, Padova, 2005.

⁽¹¹¹⁾ Con riguardo alle società per la gestione di servizi pubblici locali si avrà modo analizzare il modello nel terzo capitolo del presente lavoro. In tema di società per le società di trasformazione urbana si rimanda, tra i molti contributi in dottrina, a L. ZANETTI, *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, in M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit.; M. PASSALACQUA, *Le società di trasformazione urbana quale strumento di valorizzazione territoriale*, in *Urb. e app.*, 2010, pp 133. Si deve peraltro ricordare che le norme in materia di servizi pubblici locali facevano salvi alcuni servizi specifici regolati da norme di settore. E' il caso ad esempio della gestione del servizio di farmacie comunali regolato dalla l. 2 aprile 1968, n. 475.

⁽¹¹²⁾ F. MASTRAGOSTINO, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, cit.; F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; N. AICARDI, *op. cit.*

proprio all'apporto di *know how* industriale così che lo stesso ricoprirà il ruolo di socio operativo e svolgerà in concreto l'attività oggetto della società mista. Va peraltro considerato che sono presenti nell'ordinamento anche società miste la cui connotazione rispetto ai modelli citati è, sotto certi aspetti, mediana: è la figura che si può considerare come "mista direttamente operativa". In queste situazioni il socio privato ricopre un ruolo prettamente gestionale e di supporto alla *governance* societaria pur non svolgendo direttamente il servizio. Discorso differente riguarda poi le società miste operative quotate in mercati regolamentati. Tali soggetti, derivanti principalmente dalle trasformazioni delle aziende municipalizzate, hanno caratteristiche peculiari derivanti proprio dall'apertura dell'azionariato al capitale di rischio¹¹³.

In relazione all'oggetto sociale sono invece individuabili tre grandi aree di utilizzo dello strumento. In primo luogo si rinvengono società miste costituite per la realizzazione di opere o lavori ovvero per la fornitura di beni o servizi in favore o nell'interesse dei soci pubblici o delle collettività da essi rappresentate e che presentano un rilievo economico. In questi casi l'attività potrà essere parificata ad una forma di appalto/concessione data dal socio pubblico in favore della società mista. Vi sono poi società miste il cui oggetto si sviluppa con rilievo ad attività che presentano il pieno carattere d'impresa e che operano sul mercato al pari di tutti gli altri operatori privati in pieno regime di concorrenza.

Infine si possono individuare società miste costituite per svolgere attività prive di una reale prospettiva di redditività economica e nelle quali la "veste" societaria si allontana di più dal modello di diritto privato.

(¹¹³) Le società miste quotate devono ormai ritenersi soggetti interamente rivolti a dinamiche di mercato anche qualora conservino ancora affidamenti diretti (che sono in ogni caso destinati a terminare cessati i periodi transitori fissati dal legislatore). In ogni caso, in questi soggetti, la dinamica di partenariato è ormai piuttosto ridotta. Le partecipazioni dei soci pubblici sono ormai delle vere e proprie partecipazioni finanziarie.

Sebbene si tratti di conformazioni tutte molto differenti tra loro si può rinvenire una particolare attenzione del legislatore alla tutela dei profili della concorrenza ogni qual volta si dia vita ad una forma di collaborazione tra pubblico e privato. Questo aspetto si evidenzia a maggior intensità nel modello sociale dove la *partnership* preveda non solo l'individuazione del socio ma anche l'attribuzione di peculiari vantaggi economici derivanti da un appalto o una concessione. E' però ugualmente presente anche quando tale connessione con l'attività sia meno netta.

Sotto questo profilo si può dunque valutare la società mista anche in relazione al "grado" di sottoposizione alle procedure dell'evidenza pubblica che viene riconnesso ai differenti moduli operativi¹¹⁴. Ecco allora che ancora torna primaria la valutazione del ruolo e dell'opportunità della *partnership* pubblico-privato. Sul punto vi è da chiedersi se la selezione del socio debba sempre essere sottoposta ad una valutazione comparativa passante per una procedura trasparente o se tale procedimento sia ascrivibile solo ad alcuni modelli compartecipati.

Sul punto la giurisprudenza comunitaria ha espresso in modo chiaro che qualora l'amministrazione proceda a costituire un soggetto a partecipazione mista essa è tenuta al rispetto delle regole fissate dai trattati e dunque all'applicazione dei principi di trasparenza e libero mercato¹¹⁵. Il grado di "intensità" di tale procedura sarà però differenziato in relazione allo specifico apporto che il socio avrà nella società ed alla connessione alla sua attività dell'affidamento di una concessione o appalto.

(¹¹⁴) Sul punto R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012

(¹¹⁵) Corte di Giustizia CE 15 ottobre 2009, causa C-196/08 (Acoset), in *Foro it.*, 2010, pp. 514; Corte di Giustizia CE 22 dicembre 2010, n. 215 (Mehiläinen), in www.dirittodeiservizipubblici.it.

1.2. Il socio privato nella società mista affidataria “diretta” di appalto o concessione.

Il modello qui considerato è quello certamente più problematico sia da un punto di vista della tutela della concorrenza che dalla differente ottica delle dinamiche societarie di stampo privatistico. In questi casi, come si avrà modo di vedere, la pervasività delle procedure di selezione si connota per essere particolarmente forte avendo a riguardo sia della scelta del socio che le modalità di affidamento dell'attività. In queste situazioni, il socio viene infatti selezionato per le sue peculiari capacità operative ed assumerà, nella struttura sociale, una funzione di gestione diretta dell'attività che viene formalmente affidata al soggetto misto. Di questa figura ci si occuperà in modo specifico nel capitolo terzo con particolare riferimento alla declinazione che tale strumento ha assunto quale modulo organizzativo per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Anticipando in questo momento solo alcuni rilievi di carattere generale, si deve da subito evidenziare che proprio l'operatività che il soggetto privato ricopre nello svolgimento del servizio, rende necessaria la strutturazione di un procedimento ad evidenza pubblica particolarmente dettagliato ed articolato che finisce per connotare in modo precipuo anche la vita della società stessa. Si tratta di una valutazione complessiva che supera il mero dato economico dell'apporto monetario del socio per concentrarsi invece sugli aspetti qualitativi relativi allo svolgimento dell'attività cui la costituzione della società mista funge da veicolo strumentale per l'affidamento. In siffatte situazioni, il partner così selezionato si contraddistingue per il suo apporto specifico ed operativo che viene dunque definito a monte e per un tempo delimitato. Esso è dunque un socio “instabile” e che occupa una posizione peculiare nella società coprendo il vero ruolo imprenditoriale connesso allo svolgimento dell'attività. La

contingenza della selezione del socio privato con l'espletamento di un'attività di rilievo economico "sottratta" al mercato rappresenta lo snodo centrale della profonda attenzione riservata a questo specifico strumento sia a livello interno che a livello comunitario.

1.2.1. La società mista con socio operativo ed il Codice dei contratti pubblici. Spunti d' inquadramento

In questa parte del lavoro preme in particolare approfondire lo spazio riservato a tale figura all'interno del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Il testo richiama in vari punti la figura della società mista dando alcuni punti di riferimento importanti. In primo luogo viene a rilievo il comma 2° dell'art. 1 secondo il quale *«nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica»*. La previsione riportata mette in evidenza il ruolo centrale dell'evidenza pubblica nella selezione del socio a cui affidare un'attività di carattere economico che sia dunque in grado di apportare un vantaggio al soggetto privato coinvolto. Sottolinea altresì la necessaria presenza di una norma di legge espressa finalizzata alla costituzione di una società mista volta alla realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, ponendo nuove basi al dibattito circa i limiti degli Enti pubblici di dar vita a soggetti di diritto privato, tematica peraltro già affrontata nel primo capitolo di questo lavoro.

Ulteriore norma di rilievo è l'art. 32 del medesimo d.lgs. 163/2006. L'articolo pone alcune problematiche generali connesse all'inserimento delle società a partecipazione mista pubblico-privata all'interno del novero dei soggetti qualificabili come "amministrazioni aggiudicatrici" ai fini dell'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica. Il primo riferimento è

alla lett. c) del comma 1° che espressamente prevede l'applicazione delle norme della contrattualistica pubblica ai «*lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*». La tematica non è di poco conto perché anche la società mista potrebbe avere i connotati dell'organismo di diritto pubblico¹¹⁶ ma tale configurazione non è riscontrabile in modo generalizzato tanto più con riferimento a soggetti che svolgono attività di carattere economico. In questi termini la lettera c) espande in modo evidente la platea dei soggetti potenzialmente sottoponibili all'applicazione delle disposizioni del Codice.

Anzi, pare che il legislatore abbia formulato espressamente il dispositivo in modo da far rientrare nei soggetti obbligati all'evidenza pubblica anche le società partecipate che potrebbero teoricamente "sfuggire" da tale sottoposizione. Il precetto è infatti volutamente molto ampio, ricomprendendo in modo esplicito anche le società degli Enti locali previste agli artt. «*113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*»¹¹⁷. Non di meno la norma tiene distinte le società che hanno ad

(¹¹⁶) La nozione di organismo di diritto pubblico è frutto di una lunga evoluzione soprattutto nella giurisprudenza comunitaria. Ad oggi la nozione trova una definizione anche nel diritto interno al comma 26° dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici che fissa in via normativa le caratteristiche di tali soggetti. Secondo la citata norma rientrano in tale categoria gli organismi anche in forma societaria che abbiano le seguenti caratteristiche: 1) siano istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) siano dotati di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(¹¹⁷) Sul punto R. DE NICTOLIS, *La configurabilità delle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO (a cura di) *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, pp 186.

oggetto della loro attività «*la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza*» dai soggetti partecipati che invece svolgono attività svolgono attività in regime di libero mercato (a cui la lett. c) non è applicabile). Relativamente alle società miste che svolgono servizi pubblici locali, il richiamo espresso alle norme del t.u.e.l. potrebbe portare ad un'applicazione generale della disposizione a tutte le società miste che svolgono tali servizi, anche se di rilevanza economica ed anche se costituite secondo modelli trasparenti. In verità, pare doversi dare una lettura più restrittiva della disposizione. Questo anche alla luce del disposto dell'art. 3-bis, comma 6, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. La disposizione stabilisce infatti che recita «*Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008*». A ben vedere, il richiamo preciso all'applicazione del Codice dei contratti pubblici al modello *in house*, unito alla tendenziale salvaguarda dei soggetti che svolgono attività economicamente rilevanti, porta a ritenere che anche in relazione alle società che svolgono servizi pubblici locali non si debba applicare in toto la previsione del comma 1°, lett. c) ma limitatamente a quei soggetti che rispondono ai requisiti ivi previsti (ovvero rientrano nella nozione di organismo di diritto pubblico).

Altra disposizione di interesse che fa espresso riferimento alla società mista con socio operativo è il comma 3° del medesimo art. 32. In tale comma, è previsto che le società miste, ricadenti all'interno della lett. c) del comma 1°, non sono tenute allo svolgimento di gare per i lavori o i servizi per i quali sono state appositamente costituite, qualora: *i)* la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; *ii)* il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; *iii)* la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo. Si rimanda al terzo capitolo una disamina approfondita della disposizione, segnalando peraltro che della stessa è stata data, sin dalla sua adozione, una lettura volta ad estendere i termini di legittimità degli affidamenti diretti alle società miste operative costituite principalmente per la gestione di servizi pubblici locali¹¹⁸, ed altresì a sottolineare la sola esclusione della procedure di evidenza pubblica per le attività oggetto della gara svolta a monte per l'affidamento della specifica attività. Il ragionamento sarà chiaramente applicabile solo e nei termini in cui la società mista possa essere configurata quale soggetto sottoposto al regime previsto per le "amministrazioni aggiudicatrici" di cui alla più volte citata lettera c).

1.2.1.1. La differente applicazione delle norme in relazione alla tipologia di affidamento

Si è già più volte segnalato, che la società mista può essere costituita dall'Ente sia per l'affidamento di un appalto che per l'affidamento di una concessione. In campo pubblicistico le due figure sono differenziate in relazione alla loro peculiare strutturazione. L'appalto pubblico è infatti un

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. N. AICARDI, *Le società miste*, cit

contratto a titolo oneroso nel quale si prevede l'esecuzione di un'attività da parte del privato (che potrà essere un lavoro o una fornitura o ancora un servizio) remunerata direttamente dall'Amministrazione, sulla quale dunque graverà il costo dell'attività. Diversamente, la concessione si presenta come un contratto nel quale la remunerazione per il privato consiste proprio nella gestione (dell'opera o del servizio) oggetto del contratto. Dunque elemento distintivo che differenzia in modo netto i due istituti è il "rischio" connesso all'operazione, che nel secondo caso sarà assunto dal soggetto che materiale trae il suo vantaggio economico dalla gestione del bene o del servizio¹¹⁹. Il Codice dei contratti pubblici recepisce tali nozione, definendone i contenuti nell'art. 3. Emerge però dalla lettura del testo che un regime differenziato è previsto in relazione ad un particolare tipo di concessione, quella di servizi. Questa figura è infatti regolata all'interno dell'art. 30, che espressamente prevede che «*salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi*» (così il comma 1°). La norma dunque esclude, per la concessione di servizi, l'applicazione generale delle regole contenute nel Codice, facendo poi riferimento al necessità di rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e quelli relativi ai contratti pubblici per la scelta del concessionario. Il richiamo è, in particolare, ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità. La scelta legislativa approntata nel Codice dei contratti pubblici, è diretta conseguenza della medesima esclusione che le concessioni di servizi hanno avuto in sede comunitaria¹²⁰. La situazione è peraltro destinata a mutare a seguito

(¹¹⁹) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, in Foro amm. CdS, 2013, pp.242 con di S. MONZANI, *Il trasferimento del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, cit., 243.

(¹²⁰) Il riferimento è alla Direttive 2004/17 CE e 2004/18 CE in attuazione delle quale è stato concepito il d.lgs. 163/2006.

dell'adozione (recentissima) di un testo comunitario proprio dedicato alle concessioni, sia di lavori che di servizi. La norma introduce dunque una specifica regolamentazione anche per tali strumenti¹²¹, destina ad essere recepita anche nell'ordinamento interno.

1.3. Il socio privato finanziatore

Connotazione assai differente assume il socio privato qualora lo stesso si configuri come socio finanziatore. In tali casi l'apporto è primariamente economico.

Storicamente un riferimento generale è possibile rispetto al fenomeno delle c.d. "privatizzazioni" avvenuto a seguito di un cambio di indirizzo delle amministrazioni in relazione all'intervento pubblico nell'economia¹²². Come già si è avuto modo di vedere, mentre in alcuni casi tali privatizzazioni hanno portato ad una fuoriuscita del pubblico da determinati settori economici in altri casi l'ingresso del capitale privato ha assunto un ruolo di stimolo e prosecuzione nello svolgimento di attività da parte delle società a partecipazione pubblica (è il caso proprio delle società degli Enti locali per la gestione di servizi pubblici). E' peraltro ipotizzabile la presenza di soci finanziatori anche nelle società miste "operative" come sopra descritte. Dal complesso delle norme in materia non si evince infatti un divieto generalizzato di tale figura anche se la sua connotazione è sicuramente complessa. In dottrina è stato evidenziato che se tale ingresso non pare mostrare particolare problemi da un punto di vista societario, meno semplice è il rapporto con i particolari requisiti richiesti alla società mista

(¹²¹) Si tratta della già citata Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

(¹²²) La questione delle privatizzazioni ha coinvolto la dottrina in modo copioso e per molti anni. Tra i tanti contributi di rilievo si ricordano F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, pp 32.

con socio operativo¹²³. E' indubbio infatti che qualora ci si trovi nelle società da ultimo citare il ruolo del privato mero finanziatore dovrà affiancarsi alla presenza di un partner privato operativo che svolga materialmente il servizio. In questo caso, sebbene la presenza di un socio finanziatore che si aggiunga al socio operativo è di per se astrattamente possibile, non vi è certezza circa la realizzabilità di tale operazione e la ragione di tale ingresso. Certamente, vista la necessità per il partner industriale di formulare l'offerta in base alle prospettive economiche dell'iniziativa di partenariato, l'eventuale ingresso di un socio finanziario dovrebbe essere predeterminata già in fase di prima gara per l'affidamento del servizio. Prescindendo dalla casistica presentata, appare chiaro che l'ingresso del socio, anche solo finanziatore, all'interno di una società a partecipazione pubblica può porre evidenti dubbi circa la necessità di adottare procedimento ad evidenza pubblica che diano garanzia di imparzialità e trasparenza¹²⁴.

Questo è tanto più vero quanto le società in questione godono di specifiche posizioni di privilegio dovute ad affidamenti diretti o alla detenzione di patrimoni specifici di derivazione pubblica. Non sembra dunque coerente con il sistema di tutele fornite dall'ordinamento la soluzione di una selezione lasciata alla mera valutazione del socio pubblico su di una base puramente fiduciaria¹²⁵. Una conferma sul punto è stata individuata anche nella disciplina prevista proprio per le privatizzazioni dalla l. n. 474/1994. La norma infatti nella sua formulazione originaria poneva l'attenzione su profili più direttamente connessi all'*intuitu personae*

(¹²³) Sul punto I. DEMURO, *La partecipazione del privato*, in C. IBBA – M.C. MALAGUTI – A. MAZZONI, *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011.

(¹²⁴) La posizione trova peraltro riscontro in dottrina e in giurisprudenza già da lungo tempo. Cfr. M. DUGATO, *I concorsi per partners di società di gestioni di servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 1067.

(¹²⁵) Non sono mancate in giurisprudenza posizioni più aperte all'esclusione dei soci privati meri finanziatori dell'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica: in tal senso Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Foro Amm. CdS*, 2006, pp. 3348. Peraltro la decisione è stata oggetto di critica da parte della dottrina: cfr. L. PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario*, in *Foro Amm. CdS*, 2006, pp. 3352.

favorendo trattative dirette con i potenziali acquirenti delle quote società oggetto di dismissione. La l. 350/2003 ha poi provveduto a modificare il riferimento indicando invece la soluzione delle “modalità trasparenti e non discriminatorie”, sancendo dunque una sorta di abbandono di letture volte ad una esclusione totale di procedimenti di evidenza pubblica in caso di dismissioni. Resta in ogni caso lasciata alle amministrazioni maggiore flessibilità di scelta rispetto alla strutturazione di tali modalità trasparenti vista l'espressa esclusione dalle procedure di contabilità dello Stato.

Si può dunque ritenere, che anche l'ingresso di un socio privato mero finanziatore necessiti di un passaggio attraverso procedure selettive che saranno caratterizzate da una maggiore tasso di flessibilità. In ogni caso dovranno essere rispettati i criteri minimi in grado di rispettare una valutazione basata su principi di trasparenza e non discriminazione così da permettere un forma di competizione tra i potenziali soggetti interessati. In questi casi dunque, differentemente da quanto accade per la scelta del socio operativo, i termini della selezione saranno maggiormente indirizzati alla valorizzazione dell'elemento quantitativo dell'offerta e non di quello qualitativo, tanto più che il socio potrà anche non essere un imprenditore ma un soggetto che svolge solo attività finanziarie.

La rilevanza solo finanziaria della partecipazione del privato viene a rilievo anche al momento dell'uscita dello stesso dalla compagine sociale. Anche in questo caso, le differenze con il modello della mista con socio operativo si rivelano importanti (come si avrà modo di valutare meglio nel terzo capitolo). Il socio che apporta solo capitali potrà infatti cedere la propria quota con maggiore flessibilità non dovendosi sottoporre agli stretti vincoli che rilevano in altri modelli di partenariato. Sarà comunque importante, per il socio pubblico, tutelare la stabilità della società mista anche in questi passaggi individuando, in sede statutaria o in attuazione a

patti parasociali, procedimento precisi connessi all'alternanza dei soci privati.

1.4. Il socio privato gestionale

E' poi ipotizzabile la presenza di soci privati in società miste con una posizione mediana tra quella di soci direttamente operativi e quella di soci finanziari: è caso dei soci gestionali¹²⁶. Il fenomeno è di un certo rilievo e si riconnette alla struttura di società mista che si era venuta a sviluppare in passato specie in alcuni settori economici. Così, ad esempio, nella mista per la gestione dei servizi pubblici locali nella sua versione originale come concepita nelle prime legge degli anni 90' ma ancora nell'art. 113, comma 5 prima della sua modifica ad opera dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008. Si tratta di casi particolari distinti in parte dall'attuale configurazione data ai PPPI in cui è la società mista stessa a svolgere l'attività operativa con la propria struttura aziendale. In queste situazioni il socio privato, sebbene scelto con gara, svolge la propria attività su un piano più prettamente di direzione gestionale attraverso la nomina dell'amministratore delegato e la redazione del piano industriale fornendo un supporto di puro *know how* ma non è il reale gestore del servizio. Sulla legittimità di tale modello in dottrina è stato evidenziato che una interpretazione sostanziale in base ai principi generali dell'ordinamento può portare ad una salvaguardia di tali soggetti almeno fino al rinnovo dell'affidamento visto che tale struttura era coerente al disegno legislativo che si era avuto al momento della costituzione e che comunque vi è stato un momento di evidenza pubblica a monte dell'affidamento alla società mista¹²⁷.

(¹²⁶) Sul punto A. LOLLI, *Le società miste*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, pp. 329

(¹²⁷) Cfr. G. SCARAFIOCCA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

Il rilievo può avere una sua coerenza in termini di tutela delle posizioni acquisite. E' certo che però che tale soluzione non sia proponibile per le società miste configurabili come PPPI di nuova costituzione ed altresì che alla scadenza dell'affidamento per poter procedere ad un rinnovo dello stesso alla società mista questo potrà avvenire solo tramite il passaggio attraverso una gara per la selezione del partner privato che abbia riguardo sia della qualità di socio che dello svolgimento operativo del servizio.

1.5. Il socio privato nella società mista di mercato

Il tema dell'apporto del socio privato e del relativo grado di evidenza pubblica richiesta all'ingresso dello stesso nella compagine sociale, può essere affrontato anche alla luce dell'attività svolta dalla mista. Si è visto, che qualora la società risulti affidataria di attività qualificabili come appalti o concessioni accordati in via diretta dal socio pubblico il passaggio tramite procedimenti trasparenti è certo ed assume ad oggi le peculiarità già evidenziate.

Meno evidente risulta invece tale assunto con riguardo a quelle società miste che agiscono sul mercato in condizioni di parità con gli altri operatori e che dunque non sono costituite per ricevere "direttamente" un affidamento da parte del soggetto pubblico. Ci si chiede dunque se in questi casi l'ingresso del socio privato debba o meno passare attraverso una procedura competitiva o possa essere invece regolato in termini di diritto privato, dando applicazione anche a quanto stabilito dall'art. 1, comma 1bis della legge 241/1990¹²⁸. In merito a tali dubbi è stato autorevolmente sostenuto¹²⁹ che il passaggio attraverso procedure ad evidenza pubblica non dovrebbe sussistere qualora, all'ingresso nella società mista, non

(¹²⁸) La norma, come già riportato, evidenzia appunto che «*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

(¹²⁹) Il riferimento è in particolare a N. AICARDI, *Le società miste*, cit., pp 268.

corrisponda per il privato l'acquisto di una posizione di privilegio derivante dal diretto rapporto con il socio pubblico. In quest'ottica la partecipazione del privato nella società di mercato, qualora si prospetti la mera percezione degli utili che la stessa sia in grado di fornire per la sua competitività imprenditoriale, non sposta il rapporto pubblico-privato dall'asse associativo tipico del diritto privato. In giurisprudenza¹³⁰ si è sostenuto sul punto che l'onere di sottoporre a procedure trasparenti la scelta dei soci privati può altresì produrre degli inconvenienti. Trattandosi infatti di contratti associativi, essi implicano non uno scambio di prestazioni ma la condivisione di obiettivi e mezzi sulla base di un programma strategico, cosa che difficilmente può adattarsi ad un procedimento come quello dell'evidenza pubblica. La mancanza di un affidamento diretto derivante dalla partecipazione in società, pone l'organizzazione mista alla pari degli altri soggetti presenti sul mercato e permette di lasciare la scelta del partner (anche quello privato) relegata ad un livello di mera convenienza economica.

La posizione riportata trova però differente lettura in altra dottrina¹³¹ che ritiene in ogni caso sottoposta a procedure ad evidenza pubblica anche la scelta del socio privato nella mista concorrenziale. Questo deriva dal fatto che l'operazione si risolve comunque in un'attività contrattuale a cui partecipano, quali parti, soggetti pubblici e soggetti privati. Dunque i primi debbono procedere alla scelta dei secondi comunque con un procedimento selettivo che garantisca la qualità e l'affidabilità del socio. Diversamente opinando, si rischierebbe di aggirare i principi che regolano l'attività dell'amministrazione ed in particolare imparzialità e buona andamento. E' chiaro che in quest'ottica la gara sussisterà non solo per evitare vantaggi per il privato ma soprattutto per tutelare la p.a. nella conclusione di un contratto

(¹³⁰) Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 422 in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, con nota di A. VACCA, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, cit., pp. 1225.

(¹³¹) Sul punto S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 160.

che comporta in ogni caso dispendio di risorse pubbliche (è chiaro peraltro che, in questo caso, le gare debbono intendersi ad oggetto unico, ossia per la sola qualità di socio)¹³².

A sostegno di questa visione si può peraltro ricordare quella giurisprudenza che non vede un contrasto tra una procedura selettiva trasparente e la funzionalità dello strumento societario, i cui effetti esecutivi non vengono intaccati da un preventivo procedimento ad evidenza pubblica¹³³.

L'orientamento sembra in linea con le indicazioni della giurisprudenza amministrativa, la quale afferma che la scelta del socio non si può sottrarre ai principi di concorrenzialità e di *par condicio*, sia che si tratti di società miste di maggioranza che di società miste di minoranza, e indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che enuncino espressamente tale obbligo¹³⁴.

In questi casi, il momento di confronto riguarderà però la sola scelta del socio. Resta infatti evidente che qualora una società, anche se partecipata da un Ente pubblico, partecipa in condizioni concorrenziali a gare la sua posizione sarà parificata ai soggetti privati. Questo varrà anche nel caso in cui la società mista partecipasse ad una procedura indetta dall'amministrazione che è sua socia: in questi casi dovranno essere studiati opportuni sistemi per evitare in concreto qualunque forma di influenza o commistione che possa inficiare il risultato della competizione. E' possibile poi configurare la situazione in cui l'amministrazione non decida di costituire un soggetto ma di acquisire o cedere le partecipazioni in un soggetto già esistente.

(¹³²) Sul punto F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, pp 1364.

(¹³³) Cassazione Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1045.

(¹³⁴) Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392, in www.giustizia-amministrativa.it.

Per tali evenienze, l'amministrazione dovrà effettuare una duplice valutazione per comprendere se l'attività è potenzialmente oggetto di una procedura comparativa tra più soggetti, o se invece si tratta di un'operazione che possa coinvolgere un solo operatore predeterminato. Qualora si ricada nella prima situazione è certo che l'Ente dovrà comunque attivare una procedura comparativa aperta a tutti i possibili soggetti interessati. Nel secondo caso, non essendo esperibile tale percorso, l'amministrazione dovrà in ogni caso strutturare il procedimento interno dando ragione delle sue scelte e procedendo all'acquisto o cessione delle quote sociali al prezzo definito in via trasparente da un perito appositamente nominato.

2. La società mista conforme al diritto comunitario: la figura del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato

I fenomeni di collaborazione tra soggetti pubblici e privati hanno da diverso tempo attratto l'attenzione delle istituzioni comunitarie. Le ragioni di tale interesse derivano principalmente dall'estensione che il fenomeno ha avuto in molti Stati membri, dove si è assistito (come nel nostro ordinamento) alla nascita di strutture societarie compartecipate da soggetti pubblici e privati per la realizzazione di attività le più varie¹³⁵. La Commissione europea ha in più occasioni incentivato l'utilizzo di tali strumenti di collaborazione. Infatti,

(135) Per una ricostruzione comparata dello sviluppo delle *partnership* miste nei vari ordinamenti europei si rimanda a D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M.P. CHITI (a cura di) *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2009, pp. 81. Di particolare interesse è lo sviluppo che le società miste hanno avuto nel sistema francese. Si rimanda per un'attenta disamina dei modelli ad alcuni recenti contributi della dottrina: F. MARCHAND, *La nécessaire évolution de la forme sociale des sociétés publiques locales* in *La Semaine juridique*, 2013; S. BRAMERET, *Le statut des élus locaux administrateurs desociétés d'économie mixte locales: entre ombre et lumière* in *La Semaine juridique*, 2013; E. MURREL, *Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte?* in *Contrats et marchés publics*, 2010, 6-13.

anche nel periodo recente è stata sottolineata la valenza positiva della collaborazione pubblico-privata. Tra i vari documenti si ricorda, ad esempio, Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009¹³⁶.

Nel documento la Commissione mette in luce i vantaggi che le *partnership* tra pubblico e privato possono portare in via generale all'economia dei Paesi membri. L'efficacia dei modelli è in particolare posta in correlazione con: 1) la riduzione delle spese per le infrastrutture, attraverso lo sfruttamento dell'efficienza e del potenziale di innovazione di un settore privato competitivo per ridurre i costi o per raggiungere un migliore rapporto qualità/prezzo; 2) il riparto dei costi del finanziamento delle infrastrutture di utilità pubblica; 3) il miglioramento della condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato; 4) l'implementazione di sostenibilità, innovazione, ricerca e sviluppo per ottenere i risultati necessari a trovare nuove soluzioni alle sfide socioeconomiche; 5) l'affidamento al settore privato un ruolo centrale nell'elaborazione e nell'attuazione di strategie a lungo termine per i principali programmi industriali, commerciali e infrastrutturali (così in particolare il punto 2 della Comunicazione).

A tali indubbi vantaggi derivanti da una *partnership* stabile tra pubblico e privato (come detto capace di rispondere a differenti esigenze sia in termini di efficientamento sia in termini di crescita reciproca), corrispondono però altrettanti problemi. In particolare, è stata posta in rilievo la necessità di inserire tali moduli organizzativi all'interno dei vincoli connessi al rispetto dei principi comunitari di concorrenza e libero mercato. La complessità di inquadramento dello strumento deriva peraltro alla variabilità con la quale lo stesso si adatta a differenti situazioni e contesti.

¹³⁶ Si tratta della Comunicazione della Commissione (COM) 2009 – 615 def. per “*Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*”.

Non è infatti possibile parlare di un solo tipo di partenariato ma piuttosto di una figura complessa e flessibile rispetto alle finalità perseguite¹³⁷.

In questa valutazione generale sui partenariati l'attenzione, in questa sede, si concentra in particolar modo su una tipologia specifica (quella del PPPI), la quale è stato oggetto di alcune precisazioni puntuali da parte delle istituzioni comunitarie. Tappa primaria può essere individuata nel Libro Verde del 2004¹³⁸, che certamente rappresenta un momento importante nella identificazione degli elementi fondanti i modelli di collaborazione conformi al diritto comunitario e che segna un profondo cambiamento anche rispetto all'applicazione di istituti connessi nell'ordinamento interno. Come si vedrà, sono peraltro numerosi gli atti e le decisioni che hanno fornito, ad una prima ricostruzione, elementi aggiuntivi e chiarificazione.

2.1 Il Libro Verde del 2004

All'interno di questo testo di indirizzo, la Commissione dà una definizione specifica di partenariato, individuato come «*una di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*». Tale definizione viene subito arricchita da alcuni primi elementi caratterizzanti che si delineano nel senso della stabilità della collaborazione e nella partecipazione attiva dei soggetti privati e pubblici alla realizzazione della *partnership*¹³⁹. La

(¹³⁷) Circa la frammentazione dei modelli di partenariato pubblico-privato si veda, tra i molti, 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 – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

(¹³⁸) Libro Verde della Commissione delle Comunità europee COM(2004)327 Relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" del 30 aprile 2004.

(¹³⁹) In particolare il riferimento è al punto n. 2 del Libro Verde nel vengono individuati come elementi caratterizzanti del partenariato: 1) la durata relativamente lunga del rapporto; 2) le modalità di finanziamento del progetto, garantito in parte prevalente dall'apporto del socio privato; 3) Il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto

Commissione evidenzia che in carenza di una specifica disciplina comunitaria in tema di partenariati si debbono in ogni caso ritenere applicabili al fenomeno i principi del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nello spazio comunitario (in particolare gli artt. 43 e 49 del TCE oggi 49 e 56 TFUE), peraltro sottolineando che le norme relative al mercato interno, comprese le norme ed i principi in materia di appalti pubblici e di concessioni, sono applicate a qualsiasi attività a carattere economico, cioè a qualsiasi attività consistente nell'offrire servizi, beni o lavori sul mercato, anche se questi servizi, beni o lavori mirano a garantire un "servizio pubblico" così come è definito da uno Stato membro. In questo si è da subito voluto restringere il realizzarsi di fenomeni di "fuga" dalla concorrenza che hanno avuto importanti riflessi in settori specifici dell'economia degli Stati europei.

La selezione del partner privato deve dunque seguire le regole generali di trasparenza previste in sede comunitaria per scelta degli operatori economici privati in caso di affidamento di appalti da parte di soggetti pubblici ed in linea generale applicabile anche alle concessioni.

Il Libro Verde individua differenti forme di partenariato a seconda che lo stesso si presenti quale forma di collaborazione basata solo su legami di tipo convenzionale (in questo caso si parla di Partenariato pubblico privato puro), ovvero implichi una cooperazione più intensa tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato che si concretizza nella costituzione di un soggetto autonomo e distinto partecipato congiuntamente (Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato). Quest'ultimo tipo di partenariato è quello a cui

(progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento) mentre il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; 4) la ripartizione dei rischi del progetto che sono in parte maggiore caricati sul socio privato, anche se non è obbligatorio che tale rischio rappresenti la totalità di quelli legati all'operazione.

possono essere ascritte le società miste. Come vedremo però nell'illustrare lo schema di tale collaborazione la Commissione struttura un modello in parte contrastante con quello venutosi a creare nel nostro sistema interno (di questo si tratterà all'interno del terzo capitolo del presente lavoro).

La positività della cooperazione tra soggetto pubblico e soggetto privato è rinvenuta in particolar modo nella possibilità per l'Ente 1) di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell'impresa comune 2) di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un partner privato (p. 54). La creazione di un PPP istituzionalizzato può avvenire sia attraverso la costruzione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente (p. 55). Resta in ogni caso evidente che la creazione di un soggetto autonomo dotato di personalità giuridica propria debba avvenire nel rispetto delle regole comunitarie dell'evidenza pubblica, "quando tale operazione è accompagnata dall'attribuzione di incarichi tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione" (p. 57).

Ciò posto, la Commissione non sembra però escludere in radice l'ammissibilità della costituzione di società miste con partner privato scelto con gara, per lo svolgimento di compiti configurabili come appalti o concessioni in favore o nell'interesse di soci pubblici che siano organismi aggiudicatori. Viene precisato, tuttavia, che una siffatta operazione "non solleva generalmente problemi riguardo al diritto comunitario" soltanto qualora la costituzione della società mista "costituisca una modalità

d'esecuzione dell'incarico affidato nel quadro di un contratto ad un partner privato" (p. 59).

Quindi, il solo modello di società mista conforme al diritto comunitario sembra essere quello in cui il partner privato venga selezionato quale "socio imprenditore", ossia quale socio incaricato della materiale esecuzione delle attività oggetto della società stessa, "nel quadro del funzionamento" di quest'ultima (p. 58).

La valutazione positiva circa la compatibilità comunitaria dell'utilizzo di tale modello viene peraltro ulteriormente subordinata nel Libro verde, al rispetto dei seguenti specifici vincoli:

- il bando di gara per la selezione del socio privato deve individuare in modo preciso le prestazioni al medesimo richieste, stabilendo sua esperienza", ma che tengano conto delle "prestazioni specifiche da fornire" (si cfr. ancora il cit. p. 58);
- le condizioni relative alla costituzione della società mista con il partner pubblico devono essere chiaramente stabilite dal medesimo bando di gara (p. 59);
- la durata della società mista deve coincidere con la durata dell'affidamento dell'incarico al socio privato (p. 61);
- il socio privato, nel corso della durata della società, non deve ottenere l'assegnazione senza gara di compiti aggiuntivi, non menzionati dall'originario bando. Il *partner* privato, infatti, non può "approfittare" della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti, se questo "non è preliminarmente a un bando" (p. 64).

Sempre secondo il Libro verde, in una società mista così delineata la partecipazione del socio pubblico ha, eminentemente, lo scopo di consentire allo stesso, "attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria in seno agli organi decisionali", di "conservare un livello di controllo

relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni", eventualmente anche adattandolo nel tempo in funzione delle circostanze (così al p. 54). Al contrario, sono giudicati non "soddisfacenti", sotto il profilo del rispetto delle regole comunitarie dell'evidenza pubblica, soluzioni organizzative che presuppongono la costituzione di società miste a carattere tendenzialmente stabile, con compiti assegnati in modo non "sufficientemente chiaro e preciso" e tale da sfuggire "a qualsiasi quadro contrattuale", sicché, in concreto, gli incarichi risultino "attribuiti per una durata illimitata". In simili casi, infatti, la "posizione privilegiata della società (...), e dunque del *partner* privato che vi partecipa", rischiano di pregiudicare le condizioni di concorrenza sul settore delle attività oggetto della società stessa, consentendo, nella sostanza, al socio privato, ancorché scelto con gara, di beneficiare indirettamente di un'indebita rendita di posizione (ancora p. 61). Per ragioni analoghe, non viene ritenuto conforme alle regole comunitarie dell'evidenza pubblica neppure l'ingresso successivo di un operatore privato in preesistenti entità a totale partecipazione pubblica, detta "operazione ha per effetto il conferimento a tale operatore di determinati incarichi rientranti nel campo materiale del diritto degli appalti pubblici, incarichi che precedentemente venivano esercitati, direttamente o indirettamente, dai poteri pubblici" o, comunque, l'attribuzione al medesimo "di contratti definibili come appalti pubblici o dello di società mista in analisi e l'evidenza pubblica "a monte" sembra essere il seguente.

Contravviene alle regole comunitarie dell'evidenza pubblica la costituzione, da parte di organismi aggiudicatori, di società miste nelle quali il socio privato sia stato individuato (ancorché con gara) una volta per tutte, sulla base di valutazioni meramente attinenti al suo apporto di capitali e di esperienza, ed aventi ad oggetto, in modo stabile e tendenzialmente illimitato nel tempo, l'esecuzione di attività, non specificamente definite,

configurabili quali appalti o concessioni accordati dai soci pubblici. È invece compatibile con il rispetto delle predette regole comunitarie la costituzione, da parte degli organismi aggiudicatori, di società miste quali entità serventi e strumentali all'esecuzione di specifici contratti di appalto o di concessione conclusi con partner privati scelti con gara, ossia quali (peculiari) modalità esecutive di tali contratti, motivate dall'interesse dei soci pubblici di governare o, comunque, di controllare l'esecuzione dell'incarico oggetto dell'appalto o della concessione anche dall'interno, attraverso la partecipazione agli organi della società mista (nonché - si può aggiungere - dall'interesse di concorrere pro quota alla distribuzione degli utili d'impresa). Il Libro Verde sembra lasciar intendere, cioè, che solo così circoscritta e delimitata la partecipazione del privato alla società mista rispetta i principi di concorrenza e di parità di trattamento, sicché il privato medesimo non viene a trovarsi, in conseguenza di tale partecipazione, in alcuna posizione di indebito vantaggio.

Le considerazioni del Libro Verde che si sono presentate - per quanto mostrino già un elevato grado di elaborazione - sono peraltro rappresentative di istanze preliminari ed interlocutorie finalizzate a sollecitare un inquadramento su temi di interesse in ambito comunitario (è nota infatti la valenza consultiva dei "Libri" comunitari).

In questo senso non si ferma dunque con questo (seppure importante) documento l'indagine delle istituzioni comunitarie sul PPPI. Merita certamente un richiamo la Risoluzione del Parlamento europeo del 2006¹⁴⁰, la quale sollecita la Commissione ad emanare una comunicazione interpretativa proprio relativa ai PPPI che faccia piena chiarezza sull'istituto e sui profili di compatibilità dello stesso con i principi comunitari e le discipline applicabili agli appalti ed alle concessioni di interesse

⁽¹⁴⁰⁾ Si tratta della Risoluzione del Parlamento Europeo n. 2006/2043 (INI) del 26 ottobre 2006.

comunitario. Questo anche e soprattutto nell'interesse degli operatori di mercato e delle amministrazioni coinvolte in forme di collaborazione istituzionalizzata.

2.2 La Comunicazione della Commissione europea del 2008 sui PPPI: un punto di "arrivo"?

Una risposta ai numerosi dubbi interpretativi ancora presenti sul tema delle modalità di costituzione e gestione dei PPPI arriva dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 2008¹⁴¹.

Il testo ha una valenza centrale nella definizione del modello e cerca di delineare in modo chiaro i contorni dell'istituto senza però spingersi oltre la chiarificazione degli aspetti più prettamente connessi alla tutela della concorrenza¹⁴².

In primo luogo viene subito messo in evidenza, ricalcando i precedenti documenti, il limiti del PPPI, che si concentra non su ogni forma di collaborazione tra pubblico e privato ma solo su quelle forme di partenariato in cui *«l'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI. Di conseguenza, la*

⁽¹⁴¹⁾ Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008, C(2007) 6661

⁽¹⁴²⁾ Risulta infatti evidente che la Comunicazione, nella completezza del documento, non affronta molte problematiche che sono più direttamente connesso alla convivenza di pubblici e privati all'interno di un soggetto in veste privatistica. Al punto 2.1 viene infatti affermato che *«Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni. In effetti la Corte di giustizia ha rilevato che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione "interna" (in-house), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione».*

presente comunicazione non contempla quest'ultima situazione» (incipit della comunicazione).

Viene poi ulteriormente chiarito che a prescindere che il PPPI derivi 1) dalla costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), ovvero 2) dalla partecipazione di un partner privato ad un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna", permane univoca la regola per cui *«le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista"»*.

La Commissione, anche alla luce delle numerose visioni contrastanti e formatesi nelle giurisprudenze dei diversi paesi membri¹⁴³, evidenzia peraltro un dato molto importante. La selezione del socio privato nella costituzione del partenariato deve passare per una valutazione che comprenda non solo la mera qualità di socio ma anche la corretta attitudine dello stesso allo svolgimento del servizio che sarà affidato all'entità a capitale misto. In questo senso una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) pare ad avviso della stessa Commissione come difficilmente praticabile. Essa infatti comporterebbe un aggravio procedimentale capace di minare il reale uso del modulo organizzativo, rendendolo un modello di tipo residuale. In quest'ottica risulta più rispondente – alla luce della Comunicazione – una procedura nella quale *«il partner privato è selezionato nell'ambito di una*

(¹⁴³) In Italia si ricorda il contrasto formatosi in giurisprudenza a seguito della sentenza Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589 in www.giustizia-amministrativa.it.

procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione di PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto» (così la Comunicazione al punto 2.2.).

L'impostazione così data al PPPI, comporta una strutturazione del progetto di partenariato fondata da subito sull'individuazione di tutti gli elementi connotanti il progetto di collaborazione, in quanto la selezione dei soggetti privati dovrà necessariamente passare per una valutazione comparativa che tenga conto dello sviluppo di un progetto tecnico ed economico volto a realizzare una specifica *mission* a cui la società mista è rivolta. Ecco dunque la necessità di definire nei documenti di gara l'oggetto specifico dell'affidamento, gli specifici compiti richiesti al socio privato, le modalità di uscita dello stesso e la possibilità di assegnare ulteriori compiti operativi in fase di esecuzione del rapporto.

L'intera procedura di gara dovrà infatti consentire ai privati interessati di comprendere in modo completo in che termini si svolgerà l'attività sociale e in base a quali criteri saranno valutati i singoli apporti gestionali. La specificazione, già in sede di gara, del preciso oggetto alla base del partenariato permette, nell'ottica comunitaria, di evitare la creazione di situazioni di vantaggio per i soggetti privati associati al partner pubblico derivanti dall'eventuale assegnazione di attività ulteriori non oggetto dell'originaria procedura di gara.

Si deve peraltro notare che a compensazione di tale previsione, non volendo irrigidire un istituto caratterizzato da una durata che si protrae per un lungo periodo di tempo, la Comunicazione apre alla possibilità che

l'autorità aggiudicatrice preveda in sede di gara meccanismi di flessibilità che consentano un adattamento delle prestazioni del socio privato sensibili ad un'eventuale mutazione delle esigenze sociali. Così individuata, l'entità a capitale misto è altresì libera di partecipare ad ulteriori gare di appalto, tenendo sempre in considerazione lo specifico oggetto della società.

Emerge pertanto dalla Comunicazione che il PPPI possa sussistere come modello conforme al diritto comunitario solo qualora la partecipazione del socio privato sia definita all'interno di uno specifico quadro regolatorio rispetto al quale siano determinati:

1. l'oggetto e la durata del partenariato
2. gli specifici compiti operativi attribuiti;
3. le modalità di selezione e fuoriuscita dal rapporto sociale
4. i termini dell'attribuzione di ulteriori compiti connessi all'oggetto sociale.

Con tale strutturazione la società mista supera i possibili contrasti con l'ordinamento comunitario in quanto non risulta più la beneficiaria di un affidamento diretto del servizio o dell'attività, ma realizza una modalità organizzativa attraverso la quale la p.a. controlla l'affidamento disposto con procedure ad evidenza pubblica in favore di un socio privato industriale all'interno del soggetto partecipato. La previsione di un affidamento del servizio temporaneo permette la configurazione del socio privato come socio "a tempo" con la possibilità alla scadenza dello stesso di poter procedere ad una nuova gara che potrà riguardare tanto la scelta di un nuovo socio privato quanto la possibilità di una rivalutazione della convenienza del modello organizzativo (potendo il soggetto pubblico optare anche per il passaggio a diverse forme di esternalizzazione).

La connessione dell'attività in capo al socio privato configura il partenariato istituzionalizzato come una sorta di rapporto sociale connotato

da una separazione di ruoli tra socio pubblico e socio privato: il primo chiamato a svolgere un ruolo di controllo mentre il secondo a svolgere operativamente l'attività. Questo è forse il punto di maggior "debolezza" del modello, non fornendo le istituzioni europee una precisa qualificazione (e quantificazione) del riparto delle attività da svolgere nel soggetto partecipato. La problematica, dovuta primariamente ad un'attenzione comunitaria tutta rivolta alla tutela della concorrenza, si riverbera inevitabilmente nei sistemi interni agli Stati membri producendo differenti letture e difficoltà di coordinamento.

2.3 Il contributo della giurisprudenza e la "mancata" consacrazione normativa del PPPI

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di comprendere la rilevanza data al PPPI nella lettura fornita dalle istituzioni comunitarie, in particolar modo dalla Commissione europea.

Nel percorso ricostruttivo dell'istituto non è peraltro mancato un contributo importante offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è intervenuta con alcune importanti decisioni in tema di PPPI¹⁴⁴.

La sentenza Acoset del 2009 è certamente quella che maggiormente ha contribuito a definire i contorni del PPPI, ponendosi su di un astratto filo di continuità con quanto già proposto dalla Commissione nella comunicazione del 2008. In particolare, la sentenza conferma e definisce con maggiore precisione modalità di gara necessarie per dare vita ad un PPPI

(¹⁴⁴) Si ricordano in particolare alcune decisioni di grande rilevanza. In primo luogo Corte di giustizia europea, sez III, 15 ottobre 2009 C.196/08 (Acoset), cit.; Corte di giustizia europea, IV, 6 maggio 2010 C-149/08 (Club Hotel Loutraki), in *www.dirittoegiustizia.it*; Corte di giustizia europea, III, 22 dicembre 2010 C-215/09 (Mehiläinen), cit. .

conforme ai principi comunitari di parità di trattamento e non discriminazione¹⁴⁵.

Merita sottolineare come il giudice europeo, nell'affrontare la tematica dei partenariati, si concentra in modo specifico sulle questioni relative ai termini di affidamento di appalti e concessioni. La valenza della *partnership* è infatti affrontata quasi esclusivamente in termini di tutela della concorrenza piuttosto che di differenziazione del modello organizzativo.

Questa riflessione è ben espressa anche dagli apporti forniti dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Di particolare interesse sul punto è la Risoluzione del 2010¹⁴⁶. Il documento, al punto 15, riprende direttamente quanto espresso dalla Commissione nel 2008 e dalla Corte di giustizia nel 2009, riaffermando che *«affinché si possa assegnare una concessione senza gara concorrenziale a una società mista pubblico-privato costituita specificamente a tale scopo, devono essere soddisfatti tutti i seguenti criteri: 1) il socio privato dev'essere selezionato mediante una procedura trasparente, con pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione dello specifico servizio da fornire; 2) la società mista pubblico-privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato comporterebbe, secondo la Corte, l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale»*. Sulla scorta di tali precisazioni, il

(¹⁴⁵) La decisione è centrale nella definizione della c.d. "gara a doppio oggetto", ovvero la gara unitaria per l'individuazione del socio e per l'affidamento dell'attività. Per il grande rilievo della sentenza essa sarà oggetto di disamina all'interno del terzo capitolo del presente lavoro, in connessione con i vari profili toccati al suo interno.

¹⁴⁶ Ci si riferisce alla già citata Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 (2009/2175(INI)) dal titolo "Nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici".

Parlamento ed il Consiglio ritengono chiarita in modo definitivo la questione dell'applicazione della normativa sugli appalti ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati ed invitano la Commissione e gli Stati membri a emanare dichiarazioni in tal senso. In questi termini sembra che non vi siano ulteriori spazi di approfondimento riservati al PPPI, ne tantomeno la volontà di affrontare in altre sedi le questioni legate allo sviluppo di tale strumento.

Il dato trova un preciso riscontro nella recente Direttiva in materia di concessioni¹⁴⁷. Il testo, di cui si attendeva l'emanazione da molti anni, non fa alcun riferimento al PPPI quale modalità di affidamento delle concessioni ivi considerate. Anzi, manca del tutto un richiamo a tali forme di partenariato ed a eventuali profili di differenziazione dello stesso rispetto ad altre forme di gestione delle attività. Non si ritiene possa parlarsi di una "svista" del legislatore comunitario e ci si deve dunque chiedere quale spazio è oggi riservabile al partenariato istituzionalizzato. Preso atto che il modello è certamente compatibile con i principi comunitari (come detto dalla Commissione prima e dalla Corte di giustizia dopo), viene da chiedersi quale sia la sua validità rispetto ad altre soluzioni organizzative. Esso forse può assurgere più a schema d'azione flessibile che a vero e proprio modello differenziato. In questi termini però è difficile comprendere quale possa essere il suo ruolo nello sviluppo di collaborazioni stabili tra soggetti pubblici e soggetti privati.

In ogni caso, il percorso comunitario sin qui delineato permette di individuare un peculiare modello collaborativo che può certamente essere ascritto all'interno del complesso panorama interno delle società miste.

Lo strumento del partenariato istituzionalizzato pare infatti utilizzabile dalle pubbliche amministrazioni qualora esse si avvalgano dello

⁽¹⁴⁷⁾ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

strumento societario per l'esercizio di finalità istituzionali che si concretizzano nell'attribuzione di uno specifico appalto pubblico o concessione. È proprio questo modello di società mista con socio privato operativo sul quale si concentrerà l'analisi dei profili costitutivi e di *governance* che si appronterà nel proseguo del lavoro.

Si preavvisa peraltro che pur cercando di individuare un profilo generale dell'istituto, non potrà non farsi riferimento al settore in cui lo strumento della società mista ha avuto, storicamente e numericamente, la sua massima espansione: quello della gestione dei servizi pubblici locali.

CAPITOLO III

La società mista operativa per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello alla ricerca di stabilità

Sommario: 1. La società mista con socio operativo scelto con gara: il modello nella disciplina dei servizi pubblici locali; 1.2. La società mista dalla legge 142 del 1990 al Testo unico Enti locali; 1.3 Le modifiche all'art. 113 apportate dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448; 1.4 Le leggi 24 novembre 2003, n. 326 e 24 dicembre 2003, n. 350: una nuova svolta nei servizi pubblici locali; 1.5. L'evoluzione comunitaria e giurisprudenziale: verso una ridefinizione della società mista; 1.6. L'art. 23bis del d.l. 112/2008 conv. in l. 133/2008; 1.7. Una nuova revisione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: il d.l. 135/2009 ed il regolamento 160/2010; 1.8. Dal referendum del giugno 2011 all'art. 4 del d.l. 138/2011; 1.9. La sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012: quale disciplina per i servizi pubblici locali?; 1.9.1. Le norme applicabili dopo la sentenza della Corte costituzionale; 2. La costituzione della società mista operativa da parte dell'ente locale; 2.1 L'individuazione del partner privato e l'affidamento dell'attività; 2.1.2 La necessaria procedure ad evidenza pubblica; 2.1.3. L'affidamento alla società mista è un affidamento diretto?; 2.2. Oggetto della gara ed oggetto della società; 2.2.1. Strutturazione della gara e criteri di valutazione delle offerte; 2.2.2. L'opzione per procedure basate sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2.2.3. I conferimenti dei soci privati e la lex specialis; 2.3. La definizione dei criteri di liquidazione del socio privato; 2.3.1. Il riferimento ai metodi di ammortamento degli investimenti; 2.3.2. Una valutazione "complessiva" della liquidazione del privato; 2.4. Il ruolo dei soci nella società mista con socio operativo; 2.4.1. Il ruolo del socio pubblico; 2.4.2. I termini di "operatività" del socio privato; 2.4.3. L'inquadramento degli "specifici compiti operativi"; 2.5. Lo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quelle oggetto della gara per l'affidamento del servizio; 2.4.1. Limiti all'acquisizione di attività ulteriori ed all'assegnazione di ulteriori compiti operativi al socio privato; 2.4.2. Acquisizioni di ulteriori affidamenti in ambiti territoriali diversi; 2.6. La governance della società mista operativa: atto costitutivo, statuto e patti parasociali; 2.6.1. La differente regolazione dei rapporti endosocietari nella s.p.a. e nella s.r.l.; 2.7. La circolazione delle partecipazioni; 2.8. La nascita della società mista da un soggetto in house; 2.9. Il contratto di servizio; 2.9.1. Natura e definizione del contratto di servizio; 2.9.2. Elementi tipici e contenuto; 2.9.3. La declinazione in relazione alla società mista

1. La società mista con socio operativo scelto con gara: il modello nella disciplina dei servizi pubblici locali

Si è evidenziato che nella gestione servizi pubblici locali¹⁴⁸ la scelta del modulo organizzativo della società mista ha rappresentato un momento di importante affermazione dell'utilizzo di strumenti societari nell'ambito del governo locale. Se infatti il fenomeno delle società miste ha caratterizzato in modo sporadico l'attività delle pubbliche amministrazioni sin dagli anni ottanta del secolo scorso, è proprio nel settore dei servizi pubblici locali che esso trova un particolare terreno "fertile" di sviluppo.

L'impiego del modello societario a partecipazione comunale trova le sue ragioni nell'esigenza di rispondere con maggiore flessibilità alle necessità di efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa, anche se non è mancato chi in dottrina ha evidenziato nel fenomeno (almeno nel suo momento di genesi normativa) una "fuga" dagli strumenti di diritto pubblico

⁽¹⁴⁸⁾ La nozione di servizio pubblico locale si evince in primo luogo dal testo dell'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico Enti locali) il quale recita « *Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*». Sono dunque due gli elementi che vanno a connotare la nozione: il legame con il territorio e la collettività di riferimento da un lato; l'inquadramento all'interno della nozione di servizio pubblico dall'altro. La puntualizzazione non risulta peraltro risolutiva per diversi ordini di ragioni. In primo luogo la definizione di "servizio pubblico" è essa stessa una delle "più tormentate" della scienza amministrativa (cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico*, Bologna, 1986). Secondariamente, la connotazione "locale" risente dell'ampia e mai ben definita autonomia riconosciuta agli Enti territoriali, il cui carattere è spesso alla base della flessibilità con cui le differenti attività vengono ricomprese o espulse dal novero della categoria "servizi pubblici locali". Non essendo possibile in questa sede ripercorre la lunga evoluzione avutasi in dottrina e giurisprudenza si rimanda ad alcuni testi di riferimento. In relazione alla nozione di servizio pubblico: F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998; E. FERRARI, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, pp. 1843; G.F. CARTEI, *Servizio pubblico ed influenza comunitaria: profili evolutivi*, in G.F. CARTEI -V. VANNUCCI (a cura di) *Diritto comunitario e ordinamento nazionale*, Milano, 2003. Con riferimento alla nozione di servizio pubblico locale: M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Tratt. dir. amm.*, diretto da S. CASSESE, Milano, VI, pp. 2581; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008. In giurisprudenza si ricorda alcune recenti decisioni sul tema: Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268 entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

fino a quel momento utilizzati dagli Enti locali¹⁴⁹. Peraltro, la scelta tipologica della società mista ha permesso agli Enti di accedere a forme di cooperazione differenti da quelle conosciute nel passato, con il vantaggio di realizzare collaborazioni con soggetti privati capaci di apportare alla pubblica amministrazione risorse economiche e competenze tecniche¹⁵⁰.

A bene vedere, le valutazioni fino ad ora espresse valgono, in verità, quale espressione di massima in quanto, come si indicherà, l'apertura alla società di capitali come strumento per la gestione dei servizi pubblici locali ha avuto per lungo periodo una funzione molto differente da quella ora riconnessa all'attuale modello di società mista operativa. Essa infatti ha in parte rappresentato una modalità per sottrarsi agli stringenti vincoli definiti dalla disciplina pubblicistica e per il mantenimento di situazioni di privilegio. Questo è stato possibile nel primo periodo di regolamentazione, grazie anche ad una legislazione forse più interessata ad una "privatizzazione" formale dei modelli di gestione che ad una sostanziale esternalizzazione dei servizi. Pareva infatti che la scelta del modello societario avesse come obiettivo principale non quello di "dismettere" la gestione dei servizi pubblici locali ma semplicemente di passare ad una gestione dei servizi con forme privatistiche ma pur sempre in mano pubblica¹⁵¹. La scelta era infatti primariamente sostenuta dalla ricerca di modelli capaci di garantire maggiore flessibilità decisionale ed operativa, riducendo la sfera di commistione tra momenti più prettamente politici ed altri a carattere necessariamente gestionale.

⁽¹⁴⁹⁾ Sul punto F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

⁽¹⁵⁰⁾ G. PIPERATA, *La 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.

⁽¹⁵¹⁾ Su questi profili F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in Giur. Comm., 1995, pp. 685; A. DE CHIARA, *Dai "servizi pubblici" ai "servizi di pubblica utilità": evoluzione della morfologia giuridica dell'interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive*, in www.giustamm.it.

In questo senso, i primi interventi che hanno permesso agli Enti locali di costituire società miste non si sono preoccupati di riservare particolare attenzione al dato concorrenziale¹⁵², privilegiando invece un intervento al privato rivolto principalmente all'ingresso di capitale, mantenendo così nei fatti in capo alle società di gestione l'attività di servizio pubblico.

Preso atto di ciò, anche in ragione dell'incessante e frammentaria disciplina normativa che si avvicendata in materia e della radicale mutazione della società mista per la gestione dei servizi pubblici locali, è di una qualche utilità ripercorrere le tappe fondamentali che dalla nascita del modello di società mista nei servizi pubblici locali hanno portato alla soluzione operativa così come oggi la configuriamo.

1.2. La società mista dalla legge 142 del 1990 al Testo unico Enti locali

L'evoluzione della normativa in materia di gestione di servizi pubblici locali è certamente ascrivibile all'ingresso nell'ordinamento italiano della legge 8 giugno 1990, n. 142. La norma, oltre a mutare lo spettro di servizi ed attività individuabili quali servizi pubblici, ha altresì incrementato gli strumenti a disposizione degli Enti locali.

Ci si riferisce in particolare al disposto dell'art. 22, il quale stabiliva per i Comuni e le Province la possibilità di gestire i servizi pubblici concernenti *la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali* attraverso differenti forme di gestione, in parte non coincidenti con quelle fino ad allora utilizzabili.

(¹⁵²) L. AMMANNATI, *Servizi pubblici, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001.

Oltre alla possibilità di gestire i servizi in economia, a mezzo di azienda speciale o in concessione a terzi (come era già previsto nel precedente R.D. n. 2578/1925), vengono introdotte l'istituzione (solo per i servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale), ma soprattutto le società per azioni a prevalente capitale pubblico¹⁵³.

Tale ultima previsione è certamente quella che ha posto i maggiori problemi di inserimento nel contesto delle attività degli Enti locali. Infatti, come evidenziato anche in dottrina¹⁵⁴, la laconicità dell'articolo in questione poneva certamente molte questioni in relazione a come l'eventuale partecipazione dei privati potesse concretizzarsi rispetto alla "prevalenza" dell'Ente così come anche sulla natura stessa della società¹⁵⁵. Ancora, la norma lasciava del tutto prive di chiarimento le modalità con cui affidare il servizio alla società mista e le procedure per la scelta del socio privato.¹⁵⁶

Le ragioni di questa sinteticità normativa sono forse da rinvenirsi nell'ottica che spinse in origine il legislatore ad optare per le società di capitale quale forma di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, come evidenziato dalla dottrina¹⁵⁷, le novità del 90' non si spinsero molto oltre una sorta di privatizzazione formale, in grado cioè di apportare capitali privati garantendo però allo stesso tempo una salda e sicura dinamica gestionale in mano pubblica. Per ovviare alle lacune del legislatore, la

(¹⁵³) Sul punto G. PERICU, *La partecipazione dei comuni alle società per la gestione dei servizi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Milano, 1999.

(¹⁵⁴) M. DUGATO, *Le società per la gestione*, cit.; M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit.; F. MERUSI, *L'impresa pubblica: uno statuto da evitare*, in *Amministrare*, 1986, pp. 155.

(¹⁵⁵) L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 2000.

(¹⁵⁶) Cfr. Cons. stato, 25 giugno 2002, sez. V, n. 3448, in *Foro amm CdS*, 2002, pp. 1469.

(¹⁵⁷) Cfr. M. CAMMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999 ; più "ottimista" la lettura di altra dottrina che vede nella scelta del modello societario non solo una visione meramente formale ma anche sostanziale nel senso di far penetrare nella gestione dei servizi pubblici dinamiche e tecniche proprie dell'imprenditoria privata. Cfr. G.B. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per i servizi pubblici locali*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Milano, 1999.

giurisprudenza¹⁵⁸ cercò di indirizzare gli Enti verso un uso dello strumento che non rifuggisse da dinamiche di selezione trasparente del socio privato al fine di legittimare il successivo affidamento all'entità mista, seguendo peraltro un orientamento già fissato ancor prima dell'entrata in vigore dell'art. 22¹⁵⁹.

La lettura offerta dal giudice amministrativo non convinceva del tutto parte della dottrina che focalizzando l'attenzione sulla natura della società mista come contratto associativo (e non anche quale contratto di scambio) riteneva prevalente una valorizzazione del principio dell'*intuitu personae* escludendo dunque la necessaria indizione di un procedimento competitivo¹⁶⁰.

Le incertezze interpretative vengono, se possibile, implementate dall'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498. La disposizione, al primo comma, consente l'utilizzo dello strumento societario anche con una partecipazione minoritaria dell'Ente locale, espandendo altresì l'utilizzo della società anche ad altre attività¹⁶¹. Rilevante risulta sul punto la specifica previsione che vede la scelta dei partner privati passare attraverso una procedura di evidenza pubblica qualora il loro ingresso in società si attesti

(¹⁵⁸) In particolare sul punto: Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Ragiufarm*, 1999, pp. 74.

(¹⁵⁹) In particolare Cons. Stato, sez. I, parere 1 febbraio 1985, n. 130, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(¹⁶⁰) Sul punto G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento dei servizi*, in *Nuova Rass.*, 1995, pp. 1086.

(¹⁶¹) L'art 12, comma 1 recitava: «Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonchè per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato».

su quote di maggioranza, avvalorando in parte le tesi che propendevano per l'esclusione di procedure trasparenti per la selezione del socio privato di minoranza.

Peraltro, l'art. 12 sembrava evidenziare un'ulteriore differenziazione tra le s.p.a. a capitale maggioritario e quelle a capitale minoritario, individuando in capo alle prime una sorta di "connessione indiretta"¹⁶² con l'Ente, che consentiva di accedere all'affidamento non solo senza selezioni imparziali dei soci privati ma anche senza necessità di ulteriori provvedimenti di concessione. Al contrario, la specifica previsione della selezione del socio privato maggioritario con gara ha fatto ritenere in un primo momento che in questo secondo caso fosse necessario un ulteriore titolo per l'affidamento del servizio¹⁶³. La tesi è stata poi smentita dal Consiglio di Stato¹⁶⁴, che ha avallato la teoria della legittimità dell'affidamento diretto anche nel caso delle società per azioni a partecipazione pubblica minoritaria.

La soluzione fornita dalla giurisprudenza non risolve però tutte le questioni relative alla qualificazione della società mista ed alla convivenza dei due modelli previsti dal legislatore. Infatti, le disposizioni attuative delle società a partecipazione pubblica minoritaria trovano definizione solo con la legge 29 marzo 1995, n. 95 ed il regolamento attuativo 16 settembre 1996, n. 533¹⁶⁵.

⁽¹⁶²⁾ G. PIPERATA, *Il caso AMGA: alla ricerca della concorrenza per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp 475.

⁽¹⁶³⁾ Rilevante nel dibattito è lo scritto di F. ROVERSI-MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e servizi pubblici*, in *Studi in Onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1973, pp. 724.

⁽¹⁶⁴⁾ Cons. Stato, parere 16 maggio 1996, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁶⁵⁾ Per una disamina completa del D.P.R. 533/1996 si rimanda a G. CAIA - L. NANNI (a cura di) *Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali* - Commentario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp 586.

Autorevole dottrina¹⁶⁶ ha sottolineato la profonda specializzazione che alla mista minoritaria è stata data proprio dalle norme regolamentari, le quali vengono a creare una sorta di statuto speciale della società mista, con deroghe importanti alla disciplina di diritto comune.

In particolare, il testo attribuisce infatti al socio pubblico peculiari facoltà: i) la predeterminazione *ex lege* della partecipazione minima che deve essere riservata agli Enti locali promotori, tale da garantire un adeguato controllo sulla società grazie anche alla puntualizzazione della riserva di nomina di almeno un componente del consiglio di amministrazione, dell'eventuale comitato esecutivo e del "collegio dei revisori" in favore dei soggetti pubblici; ii) l'obbligo per il socio privato di detenere le quote della società per almeno cinque anni senza possibilità di cessione; iii) la subordinazione della cessione della quota del socio privato ad un gradimento da parte dei soci pubblici; iv) i peculiari poteri di scioglimento della società garantiti al socio pubblico per il perseguimento degli interessi collettivi.

Non si può peraltro sottacere che il d.P.R. 533/1996 contenga disposizioni di grande interesse in relazione ai principi che si verranno poi a confermare nel modello di società mista successivo. L'art. 2 fornisce un'ampia disamina dei contenuti che devono essere indicati nel bando di gara, specificando che in esso siano inseriti: a) i contenuti essenziali dello Statuto della costituenda società, con particolare riferimento alle clausole che attribuiscono speciali diritti e facoltà agli Enti pubblici partecipanti; b) i contenuti essenziali dell'eventuale disciplina integrativa concernente i rapporti tra l'Ente promotore e il socio privato di maggioranza; c) la natura del servizio pubblico, le modalità di effettuazione e gli ambiti territoriali interessati, la durata della società (non inferiore ai dieci anni); d) i modi e i

⁽¹⁶⁶⁾ G.F. CAMPOBASSO, *Le società miste per i servizi locali*, cit.

termini per la presentazione delle richieste di invito; e) i criteri che saranno seguiti in sede di valutazione e comparazione delle offerte. L'art. 3, poi, sancisce (come già in precedenza detto) il definitivo ingresso di procedure trasparenti per la scelta del socio privato di maggioranza.

Dunque, se la disciplina prevista per le società a capitale pubblico minoritario ha da un lato il pregio di introdurre in modo esplicito una regolamentazione definita del procedimento di valutazione e selezione dei partner privati, dall'altro comprime lo strumento societario per garantire le finalità del servizio e la tutela del socio pubblico mostrando con evidenza le difformità che il legislatore impone rispetto al modello civilistico¹⁶⁷.

Passaggio ulteriore nel procedimento di apertura verso dinamiche di stampo privatistico, è senza dubbio rappresentato dall'adozione della legge 15 maggio 1997, n. 127, la quale sposta nuovamente "l'asticella" verso una concreta privatizzazione delle forme di gestione nei servizi pubblici locali. La norma, nota anche come Bassanini-bis, ha, con l'art. 17, comma 58°, ampliato il novero delle società miste, prevedendo la possibilità di costituire soggetti compartecipati anche tramite lo strumento della società a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale qualora «*sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio, la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*». L'innovazione è rilevante in quanto rispondente alla necessità di addivenire all'instaurazione di società miste più flessibili e adatte rispetto alle esigenze di mercato. La norma da riscontro in particolar modo alle necessità di gestioni competitiva anche in relazione ai servizi che presentino dimensioni ridotte o che siano rivolti a piccoli enti, mantenendo peraltro i vantaggi della società per azioni in

(¹⁶⁷) C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato. Un tentativo di ricostruzione*, in M.P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato. Concessioni Finanza di Progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009, pp. 193.

termini di operatività extraterritoriale¹⁶⁸. Si deve peraltro evidenziare che la disposizione non solo espande le tipologie di società utilizzabili (s.p.a. ma anche s.r.l.) ma permette anche l'ingresso dell'Ente pubblico in soggetti già esistenti a cui l'Amministrazione partecipa tramite l'acquisto di quote di capitale.

Ulteriore innovazione, rispetto all'originario testo dell'art. 22, è rinvenibile anche nella specificazione che gli Enti locali possono costituire una società per poterle assegnare il servizio anche se tale soggetto derivi dalla trasformazione di entità organizzative già esistenti, purché siano caratterizzate dalla maggioranza del capitale pubblico locale. Anche questa precisazione è utile per sottolineare come la novella dell'art. 17 si pone in un'ottica di progressivo favore nell'utilizzo della società mista per la gestione dei servizi pubblici locali.

Il lungo percorso sin qui delineato trova una sua consacrazione nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico Enti locali). Il t.u.e.l. fa proprie le differenti normative intervenute in modo frammentario cercando di dare unità alla disciplina. All'art 112 viene ribadito l'assunto che *«gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»* (art. 112, comma 1°). E' altresì sancita la possibilità di affidamento in esclusiva dei servizi da parte degli Enti locali in base a quanto stabilito dalla legge (comma 2°). Nell'art. 113 confluisce invece la disciplina già individuata dall'art. 22 della l. 142/90. In particolare, confermata la titolarità del servizio in capo all'Ente locale, l'articolo individua una pluralità di modelli per la gestione dei servizi pubblici locali:

⁽¹⁶⁸⁾ Sul punto, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit.; contra, A. CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove s.p.a. comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, pp. 623.

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

- b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

- c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

- d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

- e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'Ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

- f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116.

Le disposizioni non sembrano introdurre particolari innovazioni alla disciplina se non la positiva ricognizione in un unico testo delle disposizioni prima racchiuse in molte fonti. Rimane però di fondo anche nel testo unico un'anima duale divisa tra partecipazione maggioritaria e minoritaria dell'Ente.

1.3. Le modifiche all'art. 113 apportate dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448

Con l'introduzione dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (nota anche come finanziaria 2002) il legislatore apporta sostanziali modifiche

alla disciplina in materia di servizi pubblici locali segnando un momento di discontinuità con la precedente impostazione¹⁶⁹.

L'intento primario è quello di aprire in modo deciso il settore alle dinamiche concorrenziali, recependo in parte le istanze espresse in sede comunitaria¹⁷⁰. In quest'ottica sembra che lo spazio riservato ai privati sia solo quello dell'esternalizzazione pura del servizio¹⁷¹: la finalità è una piena realizzazione del modello di "concorrenza per il mercato" che passi attraverso procedure ad evidenza pubblica¹⁷².

Ecco dunque le ragioni della sostanziale riscrittura dell'art. 113, con l'inserimento della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza industriale o privi di tale caratteristica a cui viene dedicato un articolo separato, il 113-*bis*¹⁷³.

Nello specifico la disciplina dell'art. 113, facendo espressamente salve le disposizioni previste per i singoli settori specifici (è il caso della L. 36/1994, in tema di servizio idrico integrato; il D.Lgs. 422/1997, in materia di trasporto pubblico locale; il D.Lgs. 79/1999, in materia di energia elettrica; il D.Lgs. 164/2000, in tema di gas) e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie, individua quale modello unico per l'erogazione dei servizi di rilevanza economica quello della società di capitali. In particolare il comma 5° prevede che «*l'erogazione del servizio, da*

(169) Cfr. G. PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Giustizia Amministrativa*, 2002, pp. 1476.

(170) Ci si riferisce in modo specifico all'atto di messa in mora dello Stato italiano da parte della Commissione europea rubricato al n. 2184/1999 e comunicato con lettera n. SG (2000) D/108243 del 8 novembre 2000. In quella sede la Commissione sollevava forti dubbi sulla legittimità dell'ampiezza degli affidamenti diretti presente nella disciplina interna relativa alla gestione dei servizi pubblici locali. Sul punto I. SECCO, *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it

(171) Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90, in *Cons. Stato*, 1996, 1640.

(172) L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp 587.

(173) In realtà manca nel testo una precisa individuazione della nozione di servizi di rilevanza nazionale e molti aspetti di definizione sono devoluti ad un regolamento di attuazione che in realtà non vedrà mai la luce.

svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica». Dunque vi è un netto restringimento delle possibilità di scegliere tra una pluralità di modelli organizzativi ed il ruolo dell'Ente si impone come quello di mero regolatore del servizio e non più di diretto gestore¹⁷⁴.

Ulteriore novità della riforma è la volontà di valorizzare ed incentivare la separazione decisa tra la proprietà delle reti ed impianti e la gestione del servizio a rilevanza industriale. Si deve ritenere che all'interno del concetto di "reti e impianti" il legislatore voglia ricomprendere quanto (a livello di infrastrutture) è fondamentale per la produzione del servizio. Sono dunque da ritenersi esclusi altri beni, quali gli edifici o le strutture amministrative, non caratterizzanti l'attività¹⁷⁵.

La norma prevede che qualora la titolarità di tali reti è dell'Ente locale, la proprietà è intrasferibile (così art. 113, comma 2°), salva la possibilità per gli Enti di conferire tali reti ed impianti in un soggetto appositamente costituito. In questi casi l'Ente (o gli Enti in forma associata) dovranno mantenere la maggioranza delle quote sociali. Qualora la gestione delle reti non coincida con quella del servizio, il comma 4° dell'art. 113 individua due possibili modalità di gestione: 1) a soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli Enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività; b) ad imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7°.

Per quanto riguarda i servizi privi di rilevanza industriale, l'art 113-bis prevedeva differenti modelli di gestione tra cui 1) istituzioni; 2) aziende

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009, pp 140.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

speciali, anche consortili; 3) società di capitali costituite o partecipate dagli Enti locali. Come si può vedere, in questi casi la scelta del legislatore si contrappone a quella fatta per i servizi industriali.

Appare dunque chiaro che la volontà normativa è quella di riservare esclusivamente al mercato quegli spazi in cui si può proporre una libera contendibilità del servizio, con il corollario delle procedure trasparenti, lasciando alla gestione interna dell'Ente le sole attività non appetibili per i soggetti privati e di cui dunque la p.a. deve farsi carico. In questo contesto lo spazio per la società mista si restringe e si modifica¹⁷⁶. In relazione ai servizi di rilevanza economica essa non pare più doversi leggere come un modello organizzativo distinto dall'affidamento a terzi, divenendo di fatto la società di capitali (a prescindere dalla proprietà pubblica, privato o mista) l'unica forma di gestione possibile¹⁷⁷. Rimane invece aperta la possibilità dell'utilizzo della società mista come modello differenziato di organizzazione per la gestione delle reti e per i servizi privi di rilevanza economica¹⁷⁸.

L'uscita dell'amministrazione da "soggetto attivo" nella gestione del servizio si presenta dunque preponderante¹⁷⁹ nella nuova disciplina legislativa che intravede nel mercato la migliore soluzione possibile¹⁸⁰. Le norme non incontrano però la piena approvazione degli organismi comunitari che con una nuova procedura di infrazione¹⁸¹ mettono

(¹⁷⁶) Sul punto si veda C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 714.

(¹⁷⁷) Sul punto R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 180.

(¹⁷⁸) Cfr. G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra i Comuni*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, pp. 1232.

(¹⁷⁹) Sul punto si deve rilevare che ad opera dell'art. 35 viene abrogato anche il comma 2° dell'art. 112 che espressamente prevedeva la possibilità di riserva in esclusiva dei servizi pubblici locali da parte degli Enti locali.

(¹⁸⁰) In senso critico V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 13 del T.U.E.L.)*, cit.

(¹⁸¹) Ci si riferisce all'atto della Commissione CE di reiterazione della messa in mora del 26 giugno 2002, C(2002) n. 2329.

nuovamente in discussione l'impostazione data dal legislatore italiano dando l'impulso per un rapido ripensamento della disciplina.

1.4. Le leggi 24 novembre 2003, n. 326 e 24 dicembre 2003, n. 350: una nuova svolta nei servizi pubblici locali

Con le leggi n. 326 e n. 350 del 2003 torna a riespandersi lo spazio riservato alla costituzione di società miste, in una più ampia e generale revisione dell'intero sistema di affidamento dei servizi pubblici locali. Le norme peraltro segnano l'inizio di un percorso evolutivo caratterizzato da una forte instabilità della disciplina che creerà non poche problematiche interpretative e di attuazione.

Primo elemento di forte innovazione è il superamento della distinzione dei servizi pubblici basata sulla rilevanza industriale degli stessi. La norma infatti mantiene una distinzione ma introducendo un differente concetto, quello della "rilevanza economica". La variazione sembra rispondere alle numerose critiche che avevano toccato la scelta formulata nel 2001. Il concetto di rilevanza industriale, ancorato ad una nozione di organizzazione in forma di impresa, appariva infatti foriero di applicazioni molto difformi ben potendo gli Enti locali¹⁸² traslare tale gestione industriale su servizi in realtà privi di carattere di economicità (come quelli sociali). Peraltro, la mancanza della disciplina regolamentare attuativa dell'art. 35, aveva lasciato molte lacune circa i termini e la modalità di inserimento dei servizi nell'una o nell'altra categoria.

Anche per le ragioni esposte, la disposizione era stata oggetto di disamina da parte della Commissione UE, pronunciata con la nota del 26 giugno 2002 sulla compatibilità comunitaria delle disposizioni contenute dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001 e relative alle forme di gestione dei servizi pubblici locali.

(182) Cfr. S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004.

La sostituzione del concetto di rilevanza industriale con il più corretto termine di rilevanza economica pone in ogni caso la necessità di stabilire le coordinate concettuali che definiscono la nozione di “servizio economico” e, soprattutto, di stabilire quali servizi vadano ascritti a tale categoria. Seguendo le indicazioni provenienti dalla dottrina¹⁸³, il carattere economico del servizio discende da due fondamentali criteri, riconducibili in primo luogo alle caratteristiche ontologiche del servizio ed in secondo luogo alla volontà organizzativa dell’Ente locale.

In altri termini, a differenza della nozione di industrialità del servizio, il cui carattere oggettivo pareva connesso a criteri non rispondenti alle finalità degli enti, il rilievo economico può attingere non soltanto alle caratteristiche strutturali di produzione del servizio ma anche a profili relativistico- relazionali, derivanti dalle scelte organizzative poste in essere dall’Ente locale¹⁸⁴.

Oltre al superamento della "dicotomia" tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilievo, con il più flessibile criterio del rilievo economico del servizio, l'art. 14 della l. n. 326 del 2009 porta ad una profonda modifica dell'art. 113, comma 5°, affiancando all'affidamento a società di capitali scelte con gara anche altri due modelli. Il primo è quello di cui alla lettera *b*) ovvero «*a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche*»; il secondo è quello di cui alla lettera *c*) relativo «*a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti*

(¹⁸³) Sul punto G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(¹⁸⁴) A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

La scelta preponderante per l'evidenza pubblica viene dunque confermata ma la spinta verso una piena liberalizzazione viene decisamente attenuata. Questo primariamente nell'ottica di una riconduzione della disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici in una prospettiva maggiormente rispettosa delle prerogative dell'amministrazione locale e della sua autonomia organizzativa. La riflessione viene svolta in dottrina anche in relazione alle mutazioni apportate nell'ordinamento dalla revisione del Titolo V della Costituzione ed alla valorizzazione dell'integrità delle sfere di competenza degli Enti locali anche rispetto all'ingerenza della disciplina regionale¹⁸⁵.

Una ricerca di equilibrio, quella tra concorrenza ed autonomia, che pare espressiva anche dell'importante decisione della Corte costituzionale¹⁸⁶ con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis. Il giudice delle leggi mette in luce come l'art. 14 si possa inquadrare quale norma-principio legittimata proprio dalla sua finalità di tutela della concorrenza rientrante all'interno della disciplina dell'art. 117, comma 2°, lettera e) della Costituzione, di esclusiva competenza statale. Tale legittimazione, porta a ritenere compatibile l'azione dello Stato con riguardo all'affidamento dei servizi pubblici locali ma solo quelli di rilevanza economica, perché solo rispetto a questi vi è una diretta incidenza sul mercato per la quale appaia giustificata una disciplina finalizzata ad evitare pratiche anticoncorrenziali.

(¹⁸⁵) Sul punto F. MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. serv. pub.*, 2002, pp 17.

(¹⁸⁶) Corte cost., 8 giugno 2004, n. 272, in www.cortecostituzionale.it.

La Corte peraltro, rifacendosi alle tendenze emerse in sede Comunitaria¹⁸⁷, sottolinea il carattere dinamico ed evolutivo della distinzione tra attività economiche e non economiche. In questo senso non è vista come corretta una fissazione a modi elenco dei singoli servizi ma la definizione degli stessi è lasciata all'autonomia degli Enti ed alla successiva valutazione dei giudici interni i quali dovranno compiere un vaglio complessivo che tenga conto non solo delle modalità di organizzazione e gestione adottate dall'Ente locale, ma anche della sussistenza di elementi tipici quali la previsione di un corrispettivo per il soggetto gestore del servizio, versato dalla collettività o direttamente dall'ente locale, oppure dalla fornitura dello stesso in chiave meramente erogativa da parte dell'Ente medesimo¹⁸⁸.

Tornando all'analisi dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, si è visto che all'art. 113, comma 5°, lett. b), il legislatore ha reintrodotto la figura della società mista definitivamente consacrando la sua esistenza come risultato di una procedura ad evidenza pubblica. Non vi sono però ulteriori specificazioni di rilievo circa l'attuazione del modello e le modalità di svolgimento della gara, se non un generale principio di rispetto della concorrenza.

La maggiore connotazione del modello arriva, semmai, dalla distinzione netta che esso viene ad acquisire rispetto allo strumento di cui alla lettera c), ovvero la società interamente pubbliche conformi all'*in house providing* di stampo comunitario. La figura, tra le più discusse nella dottrina

(187) Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) della Commissione delle Comunità europee.

(188) L'abrogazione dell'art. 113bis ha fatto ritenere che in relazione alla gestione di servizi privi di rilevanza economica - in carenza di previsioni specifiche di settore - sia l'Ente locale a porre individuare il modello che ritiene più appropriato. Dunque massima discrezionalità, comunque nei limiti dei principi che regolano le scelte delle Amministrazioni pubbliche. Cfr .A. CAROSELLI, *Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27.07.2004, n. 272 sul sistema normativo in materia di gestione di servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

degli ultimi anni¹⁸⁹, deve la sua origine all'elaborazione approntata dalla giurisprudenza comunitaria che si è spesa in più occasione per delineare i contorni dell'istituto. Invero, già dai primi anni 90' la Commissione europea si era interrogata sui termini dei rapporti tra amministrazioni e soggetti da loro controllati qualora ci fossero fenomeni di affidamenti diretti¹⁹⁰. E' però con la nota sentenza Teckal¹⁹¹ che vengono concretamente definiti i connotati di questo strumento ed i limiti entro i quali poter garantire un affidamento diretto in deroga ai principi di concorrenza e trasparenza. La Corte fissa in prima battuta individua in due circostanze la legittimità della società *in house*: a) una sottoposizione della stessa ad un controllo da parte del socio pubblico analogo a quello esercitato sui propri servizi, b) lo svolgimento nei confronti delle amministrazioni costituenti/partecipanti della parte più importante dell'attività.

La sentenza da una prima descrizione della società *in house* come soggetto agente quale organo indiretto dell'amministrazione e *longa manus* dello stesso, elemento questo che consente di esentare l'affidamento da una gara ad evidenza pubblica in quanto il soggetto non è un "terzo" ma l'amministrazione stessa.

In un momento successivo sempre la Corte di Giustizia¹⁹² implementa il quadro dei requisiti richiesti, indicando come elemento centrale della

(189) Sono numerosi i contributi spesi sull'inquadramento della figura dell'*in house providing*. Tra i molti si ricordano: M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, pp 537; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp 1115; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 665; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, pp 51; S. COLOMBARI, *"Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 2004, pp 1134; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, pp 253.

(190) Libro Verde della Commissione europea su "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" del 27 novembre 1996 e anche il Libro Bianco (COM) 98 n. 143 sulla medesima tematica.

(191) Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98 (Teckal), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, pp. 1392, con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di servizio pubblico e il principio della gara*, *ivi*, pp. 1461.

(192) Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, causa C-26/03 (Staad-Halle) in *Giur. comm.*, 2007, pp. 60.

figura la proprietà totalitaria pubblica. La precisazione non è di poco conto perché i termini della sentenza Teckal avevano fatto presupporre che la figura dell' *in house* potesse convivere con quella della mista non essendo esclusa la presenza del privato. Nella nuova decisione invece la Corte sottolinea come la presenza del privato, per la sua connotazione tipicamente rivolta al lucro ed all'impresa, impedisce la realizzazione di un controllo analogo pieno e realizza altresì forme di vantaggio derivato che non possono coesistere con un affidamento che passi in deroga alle regole dell'evidenza pubblica.

In questo senso viene data una distinzione netta alle due figure dell'*in house providing* e della società mista, la prima necessariamente e totalmente in mano pubblica mentre la seconda contraddistinta dalla presenza di soci anche privati scelti attraverso procedure competitive¹⁹³. Parte della dottrina¹⁹⁴ ha individuato in queste norme del t.u.e.l. la necessità di strutturare la società mista con una valorizzazione del socio privato non meramente in termini quantitativi ma soprattutto in termini qualitativi, con l'attribuzione allo stesso di una quota societaria consistente che gli permetta di non essere mero finanziatore ma reale soggetto con valenza industriale e gestionale.

Restano peraltro aperte le numerose questioni relative alle funzioni che debbono assumere i soci nella società mista e le modalità di

(¹⁹³) La netta distinzione, ormai cristallizzata in giurisprudenza, è oggi resa meno certa da recenti interventi normativi. Si deve infatti notare come la Direttiva 24/2013/UE (Direttiva Concessioni) proponga una lettura più aperta dell'istituto configurando anche la possibilità della presenza di soggetti privati all'interno della compagine sociale. Il riferimento è in particolare all'art. 17, comma 1°, lett. c), il quale recita «*nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione di capitali privati diretti, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*». In questi termini sembra dunque possibile che anche l'*in house* possa assumere i caratteri del partenariato all'interno del quale i soggetti privati ricoprano un ruolo prettamente operativo.

(¹⁹⁴) G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit.

funzionamento delle stesse. Le norme, anche alla luce delle interpretazioni fornite, rimangono sul punto lacunose e non chiare.

1.5. L'evoluzione comunitaria e giurisprudenziale: verso una ridefinizione della società mista per i servizi pubblici locali di rilevanza economica

Il fermento che continuava a coinvolgere la disciplina dei servizi pubblici locali si trovava a confrontarsi con l'impostazione definita a livello comunitario degli istituti e dei modelli di gestione individuati dal legislatore interno. Si è già avuto modo di vedere che proprio ad opera della giurisprudenza comunitaria viene data forma alla società di autoproduzione delle amministrazioni nella veste dell'*in house providing*¹⁹⁵. Ugualmente si è detto che a partire dal 2004 la Commissione europea definisce le coordinate dello strumento di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, evidenziando peraltro i caratteri dell'istituto. In questo contesto con il d.d.l. n. A.S. 772/06, c.d. disegno di legge "Lanzillotta"¹⁹⁶, il legislatore si produce in un tentativo molto ardito di regolamentare in modo unitario il settore dei servizi pubblici.

Il testo si muove alla ricerca di un equilibrio che garantisca da un lato la compatibilità delle soluzioni nazionali rispetto ai principi posti a livello comunitario, in particolare i principi di concorrenza e libera circolazione dei servizi, e dall'altro la tutela dei principi interne individuati già in sede comunitaria, come l'accesso ai servizi ed il livello essenziale garantito degli

(¹⁹⁵) Oltre alle sentenze già citate anche di particolare rilievo è la decisione Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03 (Parking Brixen), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, pp. 1907.

(¹⁹⁶) Si trattava del disegno di legge presentato dal Ministro degli affari regionali al Senato in data 7 luglio 2006 e, successivamente assegnato alla I Commissione Permanente Affari Costituzionali, in sede referente, il 20 luglio 2006. Per un'attenta disamina del testo si rimanda a L. PIANESI – S. VILLAMENA, "Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al disegno delega Lanzillotta", in *www.federalismi.it*.

stessi¹⁹⁷. Gli aspetti essenziali del d.d.l. n. 772/2006 esprimono in realtà una chiara tendenza improntata all'eccezionalità dell'intervento pubblico.

Prendendo le mosse dalla ricerca di concorrenzialità, il legislatore pare piuttosto ripercorrere la strada della esternalizzazione pura del servizio spingendo verso una "nicchia" residuale le opzioni di intervento del pubblico nella gestione dei servizi. La ragione di tale scelta è posta nel rilievo che i valori guida della liberalizzazione e della concorrenza, parametrati alla ponderazione ed al contemperamento dei vari interessi coinvolti, richiedono forme di contendibilità delle prestazioni da rimettere al mercato. In tal senso, il ruolo dell'amministrazione pubblica quale gestore dei servizi, sia in virtù di affidamenti diretti a società *in house*, sia attraverso le società partecipate, è relegato su ipotesi del tutto eccezionali e residuali.

Emblematico di ciò è in particolare l'art. 2 di tale d.d.l. L'articolo, esprimendo una marcata tendenza verso un regime di concorrenza per il mercato (ossia di affidamento a terzi mediante gara), indica delle ipotesi tassative e derogatorie a tale scelta che rappresentano il vero contenuto innovativo del disegno di legge. Il riferimento è in particolare alle lettere b), c) e d) dell'articolo citato nelle quali si prendono in considerazione le scelte di utilizzo della società *in house* e della società mista. Entrambi i moduli organizzativi vengono individuati come strumenti di tipo residuale il cui utilizzo, contrariamente a quanto sancito a livello comunitario, rimane marginalizzato rispetto alla scelta della esternalizzazione.

Ancora più originale pare essere la scelta di connettere tale residualità non tanto a scelte connesse a ragioni di tutela della concorrenza, come vorrebbe far pensare l'art. 1 del d.d.l., ma piuttosto a opzioni legate a valutazioni determinate dall'assetto territoriale e sociale dell'Ente che affida il servizio. A tali fattori viene infatti riconnesso l'obbligo imposto all'Ente

(¹⁹⁷) Cfr. G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009.

locale di motivare le ragioni che rendono necessario un intervento dell'amministrazione anche nella gestione del servizio, disattendendo il principio generale – stabilmente affermato a livello comunitario – che rimette al soggetto pubblico unicamente compiti di regolazione del settore.

L'obbligo motivazionale è particolarmente rafforzato dal momento che l'Amministrazione per giungere alla constatazione della necessità della gestione diretta dovrà previamente adottare una *«analisi di mercato, soggetta a verifica da parte da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove si dimostri l'inadeguatezza dell'offerta privata»*¹⁹⁸.

Dunque, emerge ancor più chiaramente la marginalità della scelta per un affidamento diretto del servizio capace di sussistere solo qualora sia possibile dimostrare in modo totale l'inadeguatezza del mercato a rispondere alle esigenze di servizio. Non sembrano pertanto residuare nelle scelte dell'Ente valutazioni di stampo organizzativo estranee da quelle economiche il che pare interpretare in senso estremo le indicazioni degli organi comunitari i quali si è visto non sembrano richiedere un vincolo così forte alla scelta di autoproduzione da parte dell'Ente¹⁹⁹.

Le condizioni imposte risultano dunque estremamente limitanti e paiono ridurre in modo drastico le valutazioni di opportunità che si sostanzierebbe in capo agli Enti anche sulla scorta del percorso individuato in sede europea. Deve rilevarsi, infatti, che la soluzione adottata dal legislatore nazionale, seppur presa nell'intento di uniformarsi al legislatore comunitario, non pare perfettamente in linea con quanto evidenziato anche

(198) Così art. 2, lett d) del d.d.l. AS 772/06

(199) M.P. CHITI, *“Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?”*, in M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006, pp. 1167.

dalla Corte di giustizia europea²⁰⁰. Infatti, le condizioni idonee a legittimare gli affidamenti diretti, in deroga alle regole comunitarie, qualora sussistenti sono anche bastevoli a giustificare la scelta approntata dall'amministrazione sicchè l'ulteriore aggravio motivazionale non pare derivare da esigenze di rispetto dei dettami comunitari.

Sono dunque numerosi di elementi di contrasto del progetto di legge con l'impianto normativo e giurisprudenziale che si stava in quegli anni sviluppando intorno alle forme di gestione dei servizi pubblici specie locali. Forse anche per questa ragione – ed anche per motivazioni più strettamente politiche – lo stesso non si concretizzerà nella riforma sperata.

1.6. L'art. 23-bis del d.l. 112/2008 conv. in l. 133/2008

Bisogna attendere il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 per un nuovo intervento di rilievo in materia, che toccherà in modo specifico i servizi pubblici a rilevanza economica. In particolare, è da segnalare l'introduzione dell'art. 23-bis ad opera della l. 6 agosto 2008, n. 133 con la quale il citato d.l. è stato convertito. La disposizione, si caratterizza come un ulteriore intervento non integrale, che viene ad incidere in parte sulle disposizioni dell'art. 113 del t.u.e.l. senza tuttavia attuare un chiaro disegno di semplificazione rimandato all'adozione futura di regolamenti di delegificazione (che però saranno adottati solo molto in seguito come si avrà modo di vedere). L'intervento ha in ogni caso la valenza di recepire all'interno della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alcuni elementi espressivi delle posizioni indicate in giurisprudenza sia a livello comunitario che a livello nazionale²⁰¹, senza peraltro riuscire in

(²⁰⁰) Cfr. Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, causa C-410/04 (Anav), in *Foro amm. CdS*, 2007, pp. 309.

(²⁰¹) Il comma 1 dell'art. 23-bis recitava «*Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla*

quell'intento pienamente innovatore della il cui titolo della disposizione faceva presagire²⁰².

Con riferimento alle novità apportate dalla norma relativamente alla società mista, si può notare come il comma 2° dell'art. 23-bis prevedesse «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità».

La scelta legislativa è quella di porre in rilievo la necessaria presenza di una procedura ad evidenza pubblica per procedere all'affidamento del servizio. Il dato era ormai acquisito anche in sede interna ma la scelta delle parole "procedure competitive ad evidenza pubblica" evidenziano la volontà di avvicinarsi alle terminologie di stampo comunitario ponendo maggiore attenzione alla fase competitiva non più solo come momento di tutela per la parte pubblica (come nell'evidenza pubblica di stampo contabilistico) ma anche e soprattutto alla garanzia fornita alla libera e concorrenziale partecipazione dei soggetti privati²⁰³. Il legislatore non si preoccupa nei fatti di definire un

gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili».

(²⁰²) Sul punto in dottrina interessante la valutazione di S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it.

(²⁰³) Sul punto si rimanda a S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di) *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, pp 176; in giurisprudenza di interesse

preciso modello di gara a cui l'Ente debba uniformarsi per la selezione del soggetto a cui affidare il servizio, lasciando sul punto un'ampia discrezionalità all'Ente locale²⁰⁴.

Rilevante è anche l'opzione per la formula "a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite". I precedenti disegni di legge circolati a partire dal 2006 sembrano infatti propendere per una lettura restrittiva dei soggetti a cui poter affidare il servizio. Tale visione era peraltro contrastante con i principi comunitari di parità di trattamento e libera concorrenza. Sul punto anche la giurisprudenza comunitaria si era espressa con una nota sentenza del 2007²⁰⁵ ritenendo non compatibili con i principi europei normative interne finalizzate ad escludere determinate categorie di soggetti dalla possibilità di partecipare a gare pubbliche in ragione della loro forma giuridica. Dunque la soluzione adoperata in sede di adozione dell'art. 23-bis appare certamente in sintonia con tali indirizzi.

Si è visto che il dettato del comma 2° non fa espresso riferimento alla società mista e ci si è dunque chiesti se essa potesse rappresentare un modello di affidamento "ordinario". In questo senso gli elementi sopra indicati, ovvero la struttura societaria o imprenditoriale ed il passaggio tramite una procedura di gara hanno portato a rispondere positivamente al quesito. E' chiaro che tale risposta affermativa è valida qualora la società mista si presenti in linea con lo schema della stessa offerto in sede comunitaria nell'analisi del PPPI (oggetto sociale definito e procedura competitiva che valuti non solo la qualità di socio ma anche l'affidamento del servizio per un tempo definito).

Corte di Giustizia CE, 13 novembre 2008, C-324/07 (Coditel Brabant), in *Guida al diritto*, 2009, pp. 107,

(²⁰⁴) In tema di modelli applicativi di gara per la società mista si veda R. BRUSTIA, *Costituzione della società mista*, in AA.VV., *Le società miste - Nuovi modelli operativi*, Rimini, 2004.

(²⁰⁵) Il riferimento è alla Corte di Giustizia CE, 18 dicembre 2007, causa C-357/2006 (Frigerio), in *Ragiufam*, 2008, pp. 43.

Del resto la tesi è sostenuta anche dal testo del successivo comma 3°, nel quale il legislatore fa espresso riferimento a situazioni in deroga "alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2°", lasciando così intendere che tali modalità sono più di una.

Per completare il quadro delle modalità di affidamento individuate dall'art. 23-*bis*, la previsione delle citate deroghe agli affidamenti ordinari del comma 3 viene connesso alla presenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». All'interno di tale categoria pare doversi configurare la vita della società in house carente di quel momento di "evidenza pubblica" che sembra necessario ai sensi del comma 2 della norma. La novella dell'art. 23-*bis* si orienta dunque verso il superamento della perfetta equivalenza dei modelli di gestione previsti dall'art. 113, comma 5°, con incerta soluzione di coordinamento con tale disposizione (poichè si ricorda l'art. 23-*bis* abroga solo le parti incompatibili con le nuove disposizioni)²⁰⁶.

1.7. Una nuova revisione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: il d.l. 135/2009 ed il regolamento 160/2010

A breve distanza dall'introduzione dell'art. 23-*bis*, la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è ancora oggetto di attenzione da parte del legislatore. Il nuovo intervento avviene ad opera dell'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in l. 20 novembre 2009, n.166, il quale si preoccupa principalmente di specificare e

(²⁰⁶) Cfr. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 1109.

dettagliare quanto già definito dal precedente intervento normativo²⁰⁷. Per ragioni di economia espositiva si focalizzano subito i rilievi dell'intervento sulla figura della società mista.

Si era sopra evidenziato che l'art. 23-*bis* nella sua versione originaria prevedeva due modalità di affidamento della concessione di servizi: una in via ordinaria in favore di imprenditori o società mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e l'altra, in deroga, a società in house. Mancava nei fatti un preciso riferimento alla società mista come modello organizzativo specifico; il problema era comunque risolto positivamente con l'inserimento all'interno delle modalità ordinarie in ossequio alla compatibilità della norma con le previsioni dell'art. 113, comma 5°.

La riforma ha voluto fugare ogni dubbio reintroducendo la società mista come modello di gestione ordinaria. In particolare al comma 2°, dell'art. 23-*bis* è inserita una lettera b) che precisa il conferimento dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria anche «a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Dunque la modalità di affidamento tramite società mista affianca in via ordinaria quella della lettera a), ovvero l'esternalizzazione del servizio ad un concessionario scelto con gara, riproponendo pienamente il modello come soluzione perseguibile in via primaria. La novella pare

(²⁰⁷) Per un'analisi complessiva della portata della novazione si rimanda a B. GILIBERTI - L. PERFETTI - I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e App.*, 2010, pp. 257.

peraltro dare piena attuazione alla configurazione del modello come delineatosi in sede comunitaria (Libro Verde del 2004 e Comunicazione del 2008 sui PPPI) e come avallato dalla giurisprudenza interna. Il riferimento è in particolare al parere del Consiglio di Stato del 18 aprile 2007²⁰⁸ e alla successiva Adunanza Plenaria del 2008²⁰⁹ che ne segue i tratti essenziali. Di entrambi gli arresti si avrà modo di parlare meglio in seguito. Si permetta solo di ricordare in questa sede che gli stessi, riprendendo le indicazioni comunitarie espresse in sede di configurazione dei PPPI, delineano un quadro di società mista "operativa" nella quale il socio privato viene scelto con una procedura competitiva ad evidenza pubblica di tipo unitario ma che passa attraverso ad una duplice valutazione: la qualità di socio della società e la capacità dello stesso in relazione al servizio che sarà affidato alla società mista. In questo senso, il privato non può che assumere una veste operativa e connessa allo svolgimento di compiti già predeterminati in sede di gara per un lasso di tempo definito.

Di particolare interesse sono in questo senso l'inquadramento della nozione di "specifici compiti operativi" e della partecipazione minima del 40%. Anche su questi aspetti ci si intratterrà con maggiore attenzione in seguito ma è sin d'ora da evidenziare la volontà del legislatore di andare oltre le indicazioni emerse in giurisprudenza senza peraltro riuscire a dare pienezza ai propri intenti di definizione dell'istituto. Mancano infatti precisi riferimenti a cosa si debba intendere per "specifici compiti operativi" e neppure è data ragione della scelta della soglia minima del 40% (anche se si possono intuire le ragioni di tale percentuale)²¹⁰.

(²⁰⁸) Parere Cons. Stato, Ad. sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, pp. 611.

(²⁰⁹) Cons. Stato, Ad. Plen, 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. CdS*, 2008, pp. 740.

(²¹⁰) Cfr. S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit.

Nell'analisi delle innovazioni apportate dalla norma si può peraltro rimarcare l'attenzione riservata alle questioni connesse al regime transitorio per gli affidamenti non conformi a quanto stabilito dai commi 2° e 3° del 23-*bis* (come novellato) ed alle partecipazioni di ulteriori gare.

Il riferimento è in primo luogo alle modifiche apportate al comma 8, che per le società miste prevede un doppio regime: una scadenza anticipata dell'affidamento diretto qualora il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica ma le stessa non abbia avuto riguardo della qualità di socio e dell'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio (lett. b); una scadenza naturale qualora l'affidamento diretto del servizio sia stato dato in conformità alla procedura ad evidenza pubblica relativa sia alla qualità di socio che ai compiti operativi di gestione (lett c).

Vi è poi un regime specifico per le società a partecipazione pubblica affidatarie dirette che si fossero quotate in mercati regolamentati entro il 1° ottobre 2003. In questi casi, in rispetto al principio di tutela dei risparmiatori e di certezza dei mercati, è previsto che le stesse possano arrivare a naturale scadenza dell'affidamento, a condizione però che i soci pubblici provvedano a ridurre la loro partecipazione nei termini e nelle modalità indicate (lett. e).

Le previsioni relative al periodo transitorio mostrano due elementi di attenzione. In primo luogo sembra non trovare spazio la sopravvivenza di società miste direttamente operative, ovvero che svolgono esse stesse il servizio ed in cui il socio privato ha primariamente un ruolo manageriale (come erano principalmente sorte nel nostro sistema interno). In seconda battuta si rinviene una generale valutazione della società mista come soggetto "affidatario diretto del servizio", in parziale contrasto con quanto espresso dal parere del

Consiglio di Stato del 2007 e con conseguenze non indifferenti rispetto all'applicazione del successivo comma 9°.

Tale comma da ultimo citato è anch'esso oggetto di revisione da parte dell'art. 15²¹¹. La novella del 2009 confermando i divieti per le società affidatarie diretti di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi (eccezion fatta per le quotate)²¹², propone alcuni elementi di favore in relazione alla possibilità di partecipare alle prime gare successive all'affidamento del servizio. Viene infatti precisato che tale possibilità è concessa alle affidatarie dirette su tutto il territorio nazionale (e quindi anche in relazione ad ambiti differenti da quelli nelle quali rivesta la qualifica di gestori uscenti) e in relazione ai servizi da loro forniti (e non più con la vecchia dicitura dello "specifico oggetto già a loro affidato" con un'apertura per le società *multiutilities*).

Da una lettura complessiva della riforma del 2009 si evince la volontà del legislatore di cristallizzare a livello normativo alcuni principi di origine giurisprudenziale che hanno ormai configurato un modello di società mista per la gestione dei servizi pubblici locali sovrapponibile a quello comunitario di PPPI.

(²¹¹) Il testo dell'art. 23bis, comma 9° come novellato dall'art. 15 recitava: «*Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti*».

(²¹²) Sul punto in senso critico L. PERFETTI, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazioni a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, pp 3343.

Sono però ancora troppe le lacune riservate all'individuazione delle attività riservate al socio privato e pare che l'attenzione normativa sia piuttosto rivolta ad irrigidire il modello per evitare potenziali detrimenti alla concorrenza piuttosto che allo sviluppo dello stesso in senso proprio.

Ad implementare le indicazioni relative alla strutturazione della gara e delle modalità di scelta del partner privato nella mista, contribuisce l'adozione del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. Il Regolamento arriva, dopo lungo tempo, a dare attuazione alle disposizioni contenute dall'art. 23-*bis*. Il testo, strutturato in 12 articoli, prevede *i)* misure in tema di liberalizzazione; *ii)* norme applicabili in via generale per l'affidamento con riguardo a tutte le procedure competitive ad evidenza pubblica e, specificatamente, alle procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; *iii)* regole sul parere che doveva essere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di affidamento *in house*; *iv)* la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione, prescrivendo incompatibilità e divieti, anche ai fini della composizione della commissione di gara; *v)* regole per la cessione dei beni in caso di subentro alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in ipotesi di sua cessazione anticipata; *vi)* l'abrogazione di diverse disposizioni ormai divenute incompatibili con la nuova disciplina.

L'art. 3, comma 1°, precisa che le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 23-bis, comma 2°, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli Enti affidanti. Prosegue poi al comma 3°, prevedendo specifici

elementi da indicare in sede di bando di gara o lettera di invito ai fini di proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati²¹³.

Il comma 4° è dedicato in modo specifico alla scelta del modello di società mista. Ferme restando le indicazioni generali espresse nel comma 3°, viene specificato che nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito debbano assicurare elementi minimi di garanzia. Nello specifico è richiesto che: *«a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo*

(²¹³) Il testo dell'art. 3, comma 3, recitava:«*Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito: a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti; // b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma; // c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti; // d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento; // e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia; // f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'articolo 10, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'articolo 10, comma 2; // g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio».*

23-bis, comma 2; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione».

Proseguendo nell'analisi del Regolamento sono molte le norme di dettaglio che cercano di dare corretta esecuzione all'impianto generale fornito dall'art. 23-bis. Si segnalano in particolare l'art. 7 che impone anche alle società miste che gestiscono servizi pubblici locali di adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3° dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (anche qui vi è l'espressa esclusione delle quotate). L'art. 10²¹⁴ è invece dedicato alla cessione dei beni in caso di subentro di nuovo gestore. In questa sede si cercano di fornire alcuni punti di riferimento sia in relazione alla valutazione dei beni in caso di rinnovo della competizione al termine dell'affidamento sia nei casi di subentro *in itinere* durante il periodo di gestione. Data la centralità del dato economico ai fini della partecipazione alla gara, il legislatore prevede in modo espresso che tali elementi siano definiti e quantificati già in sede bando o lettera d'invito.

(²¹⁴) Il testo dell'art. 10 del Regolamento recitava: «*Cessione dei beni in caso di subentro 1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami. // 2. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente regolamento. //3. L'importo di cui al comma 2 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione».*

Il sistema complessivo definito dall'art. 23-bis (come integrato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 e esplicitato dal Regolamento 160/2010) sebbene non presenti quella visione sistematica e complessiva che i primi disegni di legge sembrano voler attuare in materia di servizi pubblici locali, riceve un avallo sostanziale anche dalla Corte costituzionale ad opera della sentenza n. 325/2010²¹⁵. In quella sede il Giudice delle leggi giudica l'impianto normativo definito dal legislatore nazionale in linea con gli orientamenti comunitari e con i principi sottesi alla realizzazione in un mercato aperto e concorrenziale. Ad avviso della Corte, non appare irragionevole una disciplina, quale quella di specie, intesa a restringere i casi di affidamento diretto anche oltre le linee indicate in sede comunitaria. Il rafforzamento della generale regola pro concorrenziale, prescelta dal legislatore, che impone l'obbligo di procedere all'affidamento solo mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, appare in questo senso proporzionale e giustificata alla finalità perseguita. La normativa europea, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce infatti solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente (nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato) le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime. Peraltro - sempre ad avviso della Corte - la normativa censurata *«non impedisce del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua «speciale missione» pubblica (come si esprime il diritto comunitario), ma trova, tra i molti possibili, un punto di*

(²¹⁵) Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. Cost.*, 2010, pp. 4501 con nota di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, *ivi*, pp. 4645.

equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame» (8.1.2. del considerando in diritto).

Dunque, secondo tale visione, lo Stato ha inteso contemperare la regola della massima tutela della concorrenza con le eccezioni derivanti dal perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'Ente locale e ciò è stato fatto in modo non irragionevole.

Va segnalato altresì che la Corte costituzionale si sofferma anche sul profilo di compatibilità del modello di società mista. Sancendo in modo chiaro la piena compatibilità del modello descritto dalla norma interna con quello definito in sede comunitario, si esprime con favore anche rispetto agli elementi non totalmente coincidenti. Così ad esempio in relazione all'ulteriore condizione che al socio privato sia attribuita «una partecipazione non inferiore al 40 per cento». Sul punto il Collegio rileva *«tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria» (6.1 del considerando in diritto).*

1.8. Dal referendum del giugno 2011 all'art. 4 del d.l. 138/2011

Con l'approvazione del citato Regolamento esecutivo del 2010 il settore dei servizi pubblici locali sembra trovare una certa stabilità. E' però una breve pausa nella generale dinamicità della materia che viene interrotta dall'intervento del referendum abrogativo indetto per i giorni del 12 e 13 giugno 2011 proprio in relazione all'art. 23-bis. Il procedimento

referendario, che aveva quale oggetto principale solo la gestione del servizio idrico²¹⁶ finisce con l'eliminare tutto l'impianto normativo di settore. L'esito positivo del referendum porta all'abrogazione²¹⁷ non solo della norma ma anche delle disposizioni di attuazione previste al d.P.R. n. 168/2010 emanato in esecuzione della stessa. Il settore pertanto sembrava rimanere privo di una reale disciplina. Sul punto in realtà la stessa Corte costituzionale, in sede di ammissione del quesito referendario, aveva evidenziato che dall'abrogazione dell'art. 23-*bis* non sarebbe comunque derivato un vuoto normativo, in quanto risultavano comunque applicabili le normative ed i principi comunitari in grado di garantire un minimo di regolazione e tutela della concorrenza.

All'ampia e rilevante portata dell'esito referendario cerca di dare risposta il legislatore che si attiva in tempi rapidi adottando una nuova normativa di settore. Il riferimento è in particolare al d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Il testo contiene due articoli di interesse per la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: gli artt. 3-*bis* e 4.

L'art. 3-*bis* si occupa in particolare dei servizi c.d. "a rete", per i quali la norma prevede che le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano organizzino il loro svolgimento definendo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei. La volontà espressa è quella di consentire la realizzazione di economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. In questo senso il legislatore pare voler superare la frammentazione delle gestioni a favore di soluzioni di più ampio respiro volte ad incrementare l'efficienza e l'economicità dei servizi. La dimensione ottimale è individuata in quella minima provinciale ma è

(²¹⁶) La compatibilità del quesito era però stata avallata dalla dichiarazione di ammissibilità espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

(²¹⁷) Ad opera dell'art. 1, comma 1°, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

lasciata comunque alle Regioni la possibilità di modificare ed ampliare tale ambito territoriale minimo in ragione di motivate scelte dettate da criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio.

L'articolo maggiormente impattante sulla disciplina di settore è però l'art. 4, disposizione all'interno della quale ritroviamo l'individuazione delle forme di gestioni per i servizi pubblici locali. Ciò che contraddistingue la nuova configurazione data dal legislatore a pochissimo tempo dal esito referendario, è la prospettiva fortemente diretta alla liberalizzazione dei servizi. Questo si evince dall'impostazione dell'intero articolo che pare espressione di disegno che mira all'attuazione di forme di sussidiarietà orizzontale volte al rilascio delle attività direttamente nel mercato. Infatti, solo qualora ciò non sia possibile – per ragioni tecniche o economiche – l'Ente locale è messo nelle condizioni di affidare il servizio in riserva ma in ogni caso favorendo una concorrenza che sia almeno “per il mercato” e dunque passante per un procedimento di evidenza pubblica²¹⁸.

Sul punto sembra dunque da subito leggersi una parziale frizione con gli intenti espressi in sede referendaria volti ad una “riapertura” al pubblico e alla discrezionalità degli Enti nelle scelte di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti la norma, dal titolo "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", pare riproporre le impostazioni già viste nel testo dell'abrogato art. 23-bis con però un profilo ulteriormente restrittivo verso le gestioni in autoproduzione degli Enti locali (relegate a forma assolutamente residuale) ed una tendenziale volontà liberalizzatrice.

(²¹⁸) Sul punto G. CAIA, *Procedure per l'affidamento dei servizi pubblici locali*, in AA.VV. *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012.

Espressione di ciò sono proprio i primi commi della norma che individuano un percorso di valutazione preventiva degli Enti locali, i quali, per poter optare circa il mantenimento in esclusiva del servizio, devono prima esplicitare in apposita delibera motivata le ragioni che impediscono di lasciare totalmente al mercato lo svolgimento di quella determinata attività²¹⁹.

L'aggravio procedimentale è particolarmente forte per i Comuni più piccoli per quali viene anche sancito l'obbligo di ottenere un preventivo parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

In tema di società miste la norma, al comma 12°, riprende quanto già definito nell'art. 23-*bis*. Viene dunque ribadito il modello della società mista conforme al diritto comunitario, costituita attraverso una gara "a doppio oggetto" e finalizzata all'assegnazione di specifici compiti operativi al socio privato. È mantenuta ferma altresì la soglia della partecipazione minima al 40%, la quale si è visto sebbene non individuata in sede europea risulta conforme ai principi generali. La norma inserisce poi nella disciplina primaria le indicazioni operative fornite dal Regolamento (anch'esso caducato) sancendo che il bando di gara o la lettera di invito debbono prevedere i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie, lo svolgimento di specifici compiti operativi da parte del socio privato per tutto il periodo di svolgimento del servizio, le modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

(²¹⁹) La valutazione è prettamente di tipo economico. La possibilità di affidare i servizi in esclusiva è infatti limitata alle sole ipotesi in cui «*in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*» (così l'art. 4, comma 1°).

1.9. La sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012: quale disciplina per i servizi pubblici locali?

La disciplina pro-concorrenziale delineata dal legislatore con l'art. 4 del d.l. 138/2011 non ha lunga permanenza nell'ordinamento. Con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199 la Corte costituzionale dichiara infatti l'illegittimità costituzionale della norma per evidente contrasto della stessa con l'art. 75 della Costituzione²²⁰. Il ripristino, ad opera dell'art. 4, della disciplina dell'art. 23-*bis* non è ritenuta compatibile con il chiaro intento espresso dalla collettività con il referendum del 2011, non rinvenendosi - a ragione della Corte - elementi di novità capaci di giustificare una rinnovata proposizioni di tali disposizioni.

Si potrebbe sul punto obiettare che - sebbene fosse passato poco tempo e non vi fosse stato un cambio di legislatura - non di meno gli avvisi delle istituzioni europee e le spinte economiche emergenziali²²¹ davano alle nuove scelte legislative (rivolte ad una più concreta liberalizzazione dei servizi pubblici) un taglio in parte differente da quello espresso nell'art. 23-*bis*. La Corte costituzionale ha inteso però dare priorità alla salvaguardia dell'intento referendario, rinvenendo nell'art. 4 i medesimi principi ispiratori che erano stati oggetto della decisione della volontà popolare. Non è parso rilevante neppure il fatto che l'art. 4 avesse escluso dalla sua applicazione il servizio idrico integrato (vero oggetto della "battaglia" dei referendum del 2011). Come già evidenziato nella pronuncia n. 24/2011, la Corte ha infatti riconosciuto che l'intento abrogativo riguardava tutti i

(²²⁰) Per un attento commento delle ragioni di tale decisione si rimanda a M. MIDIRI, *La consulta riaccende la discussione sui servizi pubblici locali*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, pp 105; anche A. VIGNERI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, in *www.astridonline.it*. e J. BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pp. 155.

(²²¹) Il riferimento è in particolare alla lettera inviata al Governo italiano dalla Banca Centrale Europea in data 5 maggio 2011 nella quale si indicavano le principali misure di apertura al mercato volte al superamento della crisi economica.

servizi pubblici locali di rilevanza economica e non solo il servizio idrico integrato.

1.9.1. Le norme applicabili dopo la sentenza della Corte costituzionale

Con l'eliminazione della disciplina dell'art. 4, non determinandosi in ogni caso la reviviscenza delle norme precedentemente abrogate, si riapre la possibilità per gli Enti locali di accedere ad una pluralità di modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica senza più i rigidi vincoli della normativa precedente. Rimangono infatti applicabili, oltre alle discipline di settore non toccate dalla sentenza n. 199/2012, i principi generali desumibili dall'ordinamento interno e comunitario nonché quelli affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE come peraltro inquadrati dal giudice interno.

A sostegno della volontà del legislatore di rispettare l'assetto così definito, un successivo nuovo intervento legislativo ha - di fatto - fornito una regolamentazione *de minimis* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica all'interno dell'art. 34, commi 20°-26°, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221²²². La disposizione "istituzionalizza" la necessità di motivare la scelta rispetto al modello di gestione in modo completo e non meramente enunciativo permettendo così «*di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento*» (comma 20). Dunque, a differenza di quanto accadeva con la precedente normativa, l'Ente locale potrà optare anche per l'autoproduzione senza che questo si configuri come una scelta

(²²²) Sul punto C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2013, pp. 3.

assolutamente residuale e oggettivamente improponibile sopra determinate soglie economiche. Tale scelta dovrà essere però il riflesso di un'adeguata ponderazione che dia ragione della convenienza economica e funzionale del modello di gestione verso cui ci si indirizza²²³. Essa dovrà peraltro concretizzarsi in un'apposita relazione tecnico-economica capace di evidenziare le ragioni dei processi valutativi svolti dall'Ente così da rendere il procedimento comprensibile anche per la cittadinanza (e platea di utenza) che del servizio sarà utilizzatrice. La disposizione specifica altresì la necessità di definire gli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, con l'indicazione delle compensazioni economiche previste e questo onde evitare l'eventuale configurazione di oneri impropri o aiuti di Stato che possano portare ad una distorsione della concorrenza.

E' poi implementata l'impostazione già presente nell'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011, con l'inserimento nell'articolo di un comma 1-*bis* che stabilisce «*Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei*» (comma 23°)²²⁴.

In relazione allo strumento della società mista rimangono valide le indicazioni fornite in sede europea in tema di PPPI a cui si affiancano le disposizioni rimaste vigenti, come l'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 che, si è detto, sancisce per i servizi di rilevanza economica "a rete" un'organizzazione ottimale per ambiti territoriali ampi capaci di meglio

(²²³) Il ragionamento è peraltro connesso alla necessità di rispettare i principi organizzativi dell'Amministrazione pubblica: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, pp. 270. In materia di gestione dei servizi pubblici locali in particolare art. 117 t.u.e.l.

(²²⁴) Per un'attenta disamina delle normative applicabili a seguito della sentenza della Corte costituzionale 199/2012 si veda D. MASETTI, *Rassegna delle norme in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica e di società con partecipazione degli enti locali*, in www.giustamm.it.

rispondere a logiche economiche di scala ed efficientamento in termini di resa del servizio. Vengono meno invece le ulteriori specificazioni in senso vincolistico dettate dalle norme non più vigenti, come la quota minima da assegnare al socio privato, lasciando così maggiore flessibilità al modello.

Definiti i tratti "minimi" del modello, quali la necessaria gara "a doppio oggetto" ed la funzione operativa del socio privato, rimangono però grandi lacune su come dare concreta attuazione alla *partnership* tra pubblico e privato: quali sono i limiti reali dell'affidamento? quali i compiti da assegnare al socio privato? quali i criteri per l'avvicendamento tra soci e la corretta metodologia di calcolo della quota sociale? Interrogativi centrali per la vita della società ed il funzionamento del modello che nè il legislatore (tanto interno quanto comunitario) né la giurisprudenza ha saputo, fino ad ora, esplicitare fino in fondo.

Si cercherà pertanto nei prossimi paragrafi di indagare tali aspetti alla ricerca di un modello di società mista operativa capace di ritagliarsi uno spazio definito quale modello di gestione attuabile nei servizi pubblici locali così come in altri settori dove si vorrà sviluppare tale tipo di collaborazione.

2. La costituzione della società mista operativa da parte dell'Ente locale

Si è avuto modo di constatare nel corso del lavoro che gli Enti locali hanno la possibilità di accedere all'utilizzo del contratto di società qualora tale scelta sia funzionale al perseguimento dei propri fini istituzionali.

In questo senso l'attività di interesse generale svolta dalla pubblica amministrazione in veste privatistica deve avere necessarie ricadute positive sulle comunità di riferimento al fine di giustificarne la scelta. Detto questo, appare certamente evidente che l'opzione della costituzione una

società per la realizzazione di un interesse pubblico rimane in ogni caso vicenda dal carattere fortemente discrezionale²²⁵.

Questo è tanto più vero in alcuni settori dove l'ordinamento conosce differenti modelli societari e differenti moduli organizzative perseguibili da parte degli enti²²⁶. Nei servizi pubblici locali, come si è visto, tale pluralità di opzioni era sancita direttamente dal legislatore, che consentiva per la gestione il preciso riferimento alle società anche a partecipazione mista. Del resto, ciò non deve stupire qualora si parta dall'assunto che, come evidenziato anche di recente dalla Corte Costituzionale²²⁷, gli Enti locali godono di una particolare autonomia di autodeterminazione sancita direttamente dalla Costituzione.

L'ampia discrezionalità di cui si è detto comporta la necessità di giustificare in modo specifico la scelta del modulo societario in ragione delle esigenze connesse all'attività da svolgere. Infatti non va mai dimenticato che il fine ultimo dell'Amministrazione è quello di soddisfare al meglio l'interesse pubblico perseguito, ed entro tali margini si esercita la sindacabilità delle sue scelte²²⁸. Dunque sarà fondamentale che i soggetti pubblici competenti, prima di optare per la scelta del modulo misto pubblico privato, valutino attentamente le differenti soluzioni adottabili attraverso un procedimento istruttorio ponderato. Sul punto, si ricorda che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (riprendendo peraltro le disposizioni dell'art. 23-bis), prevedeva la necessaria e preventiva valutazione circa l'eventuale liberalizzabilità del servizio pubblico locale al fine di dare attuazione ai principi di sussidiarietà orizzontale nell'ottica di una piena concorrenza “nel

(²²⁵) In questo E. MELE, *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici locali*, cit.

(²²⁶) Sul punto C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, pp. 143.

(²²⁷) Cfr. Corte Cost. 199/2012, cit.

(²²⁸) Sul punto si rimanda all'importante analisi svolta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

mercato”²²⁹. L’intervento legislativo, si è già visto, è stato ritenuto illegittimo per le ragioni sopra esposte, ma questo non toglie che la scelta della modalità di gestione del servizio resti in ogni caso fortemente connessa a motivazioni non solo di opportunità ma anche tecniche ed economiche. Questo è peraltro ribadito nel già esaminato art. 34 del d.l. 179/2012, che fa espresso riferimento a precisi obblighi di ricognizione delle partecipazioni degli Enti volti proprio a confermare la correttezza delle scelte approntate dalle p.a. All’ineliminabile momento politico connesso alla definizione dell’assetto organizzativo e gestionale dell’attività²³⁰, deve affiancarsi la considerazione che l’opzione per lo strumento di diritto comune comporta l’inevitabile compartecipazione di esigenze pubbliche e private²³¹.

Pertanto l’Amministrazione sarà obbligata a dimostrare la necessaria connessione del servizio con una gestione di tipo imprenditoriale che possa essere meglio sviluppata attraverso una collaborazione fondata su criteri aziendalistici. Per fare ciò, alla base della deliberazione dell’Ente dovranno rinvenirsi attività di carattere tecnico volte alla valutazione di una molteplicità di fattori. In particolare, l’Ente dovrà tenere conto delle caratteristiche storiche e strutturali del servizio in relazione agli elementi di carattere economico finanziario che rendano lo stesso “appetibile” al mercato. Dovrà altresì valutare la strategicità del modello di società mista rispetto ad alcuni elementi fondamentali quali 1) il miglioramento degli standard del servizio; 2) i vantaggi derivanti dal controllo interno svolto nel soggetto societario rispetto a quelli esercitabili quali mero Ente affidante; 3) la valorizzazione degli *assets* strategici detenuti dal soggetto pubblico, in particolare reti ed impianti dedicati allo svolgimento del servizio²³². I

(²²⁹) G. CAIA, *Procedure per l’affidamento dei servizi pubblici locali*, cit.

(²³⁰) F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1970.

(²³¹) Cfr. P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994.

(²³²) Sulla centralità della valorizzazione delle reti di servizio pubblico G. DELLA CANANEA, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, pp. 103.

parametri della scelta del modello della società mista ricadono in questo senso all'interno dei principi che regolano tutta l'attività dell'amministrazione: efficacia, efficienza ed economicità del progetto. Il PPPI, se ben impostato a monte, può infatti tradursi in un'ottima opzione che permette da un lato, un'attenzione particolare al corretto espletamento del servizio, e dall'altro al potenziale contenimento dei costi.

Sviluppate tali riflessioni, l'Ente può dare vita alla società con una specifica deliberazione²³³, che darà ragione della scelta della società mista ed altresì delle modalità di individuazione del socio privato e dei compiti che ad esso saranno affidati. In proposito, sempre la delibera di costituzione dovrà definire anzitutto:

- a) l'ampiezza dell'attività oggetto dell'affidamento e le specifiche funzionalità che si vorranno attribuire al socio operativo;
- b) i criteri per la valutazione del socio e del suo progetto industriale;
- c) le quote spettanti ai singoli soci pubblici e privati;
- d) la durata dell'affidamento, le modalità di rinnovo del partner e la liquidazione del socio uscente;
- e) i modelli dei documenti generali che saranno posti alla base della gestione dell'attività, dell'amministrazione della società e dei rapporti con il socio privato (il riferimento è in particolare allo statuto e ad eventuali patti parasociali);
- f) la scelta del modello societario preferito (tra s.p.a. ed s.r.l.).

(²³³) Nel caso dell'ente locale, la competenza sarà del Consiglio Comunale quale organo a cui spetta la valutazione circa la gestione del servizio pubblico in quanto attività configurabile come di straordinaria amministrazione, rientrante nelle prescrizioni dell'art. 43 c. 1, lett. e) del D.Lgs. n. 267/2000. Sul punto s'è evidenziato che in giurisprudenza è stata affermata la legittimità di un affidamento del servizio anche con atto di Giunta Comunale qualora tale attribuzione sia mera conseguenza della scelta dell'utilizzo della società mista fatta a monte dal Consiglio Comunale, cfr. T.A.R., sez. I, Latina, 5 novembre 2010, n. 1862, in *Foro amm. TAR*, 2010, pp. 3565.

2.1. L'individuazione del partner privato e l'affidamento dell'attività

La peculiarità della società a capitale misto che viene costituita quale forma di PPPI si sostanzia in alcuni elementi che l'evoluzione giurisprudenziale e normativa, di cui si è già in parte data ragione nel corso del lavoro, hanno inquadrato all'interno di contorni definiti.

Risultano tratti distintivi di questo modello l'estrema specificità dell'oggetto sociale nonché la necessaria operatività del *partner* privato che si configura come reale gestore dell'attività di impresa. Il partenariato costituito su queste basi trova la sua legittimità nel passaggio attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica che fungono da momento centrale per lo sviluppo dell'intero percorso di collaborazione. Alla luce della disciplina che vigeva nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, si è potuto comprendere che il passaggio attraverso strumenti di concorrenza "per il mercato" ha permesso di qualificare la società mista come un modello di affidamento non più derogatorio ma pienamente utilizzabile dall'Ente locale e funzionale a dinamiche di gestione non residuali. Dunque, se a monte della scelta dello strumento organizzativo c'è una ponderazione motivata delle differenti opzioni perseguibili, è con l'affermazione di un procedimento pienamente competitivo ed aperto che si realizza la protezione sia degli assetti di mercato sia della migliore definizione del futuro rapporto di partenariato.

2.1.2. La necessità di procedure ad evidenza pubblica

E' ormai indubbio che la scelta di un soggetto pubblico di costituire una società mista per l'esercizio di un'attività a carattere economico che ricada nella configurazione di appalto o concessione pubblica, non possa prescindere da una selezione strutturata attraverso procedure che

permettano di garantire la trasparenza e il libero accesso a tutti i soggetti privati che agiscono nel mercato²³⁴. In questi termini, la dimensione competitiva deve porsi a livello di “concorrenza effettiva” che permetta di finalizzare a pieno lo sviluppo di un mercato coerente e competitivo²³⁵. E’ chiaro infatti che oggi con il termine “procedure ad evidenza pubblica” si debba intendere un complesso procedimento valutativo volto non solo alla tutela dell’interesse pubblico ma anche (e soprattutto) a garantire la libertà di circolazione e la concorrenza rispetto a tutti gli operatori del mercato²³⁶.

L’evidenza pubblica, così intesa, è dunque procedimento imprescindibile qualora si voglia costituire una società partecipata anche da soggetti privati al fine di assegnare alla stessa un’attività esercitata in esclusiva. In questi casi, peraltro, si pongono in luce profili peculiari dovuti alla necessità di contemperare due differenti valutazioni: la prima relativa alla scelta del partner privato, la seconda relativa all’affidamento del servizio.

Preso atto di un primario momento concorrenziale, si erano evidenziate in passato differenti posizioni sui termini in cui tale confronto potesse essere sviluppato. Ci si chiedeva²³⁷ in sostanza se fosse sufficiente una procedura ad evidenza pubblica che si risolvesse in un unico momento competitivo, quello riservato alla ricerca del partner privato, essendo il relativo affidamento del servizio diretta conseguenza della scelta del modulo di società mista. Una prima soluzione che propendeva per la sola scelta del socio con gara, appoggiata anche in giurisprudenza²³⁸, pareva conforme alle

(234) Sul punto si richiama nuovamente la Comunicazione della Commissione delle Comunità europee del 2008 in tema di PPPI.

(235) Cfr. M. MATTIALA, *Società miste e “distorsione” della concorrenza*, cit.

(236) Così R. CARANTA, *Transparence et concurrence*, in R. NOUGUELLOU – U. STELKENS (a cura di) *Droit comparé des Contrats Public*, Bruxelles, 2010, pp. 145.

(237) Sul punto *ex multis* L. IERA, *E’ ancora legittimo l’affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp.984; L. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, 2006, pp 387

(238) Cfr. Cons. Stato, sez V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1999, pp. 555;

disposizioni previste dalle normative di settore ed in particolare all'art. 113 del TUEL, che in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica prevedeva la costituzione di società miste a seguito di gare ad evidenza pubblica per l'affidamento diretto del servizio. D'altronde, nell'ottica dell'allora vigente t.u.e.l., la costituzione di società per azioni a capitale pubblico maggioritario che non comportasse un affidamento diretto del servizio, era vista come soluzione non ragionevole data la volontà degli Enti locali di dar vita a tali soggetti proprio al precipuo scopo di affidare loro i servizi pubblici di propria competenza. Non mancando peraltro un momento concorrenziale ad evidenza pubblica, quello appunto della scelta del socio privato, non si riscontravano elementi di contrasto con le garanzie richieste per l'affidamento di pubblici servizi.

Lo scenario è però radicalmente mutato grazie soprattutto all'intervento delle indicazioni espresse in sede comunitaria che, come si è già avuto modo di vedere, hanno impostato differentemente i termini di utilizzo della società mista.

Su tale scia di cambiamento, si è inserita in modo preponderante la giurisprudenza amministrativa, arrivando a contemplare un modello di società mista con socio operativo conforme. Il richiamo è al già citato parere del Consiglio di Stato 18 aprile 2007 n. 456, ed alla successiva Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008 n.1. Dal parere emerge come il Consiglio di Stato ritenga compatibile con i principi comunitari il modello di società mista soltanto qualora l'affidamento dell'attività al socio privato possa

Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it. La decisione da ultimo riportata evidenziava infatti che « Considerato che la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell'Ente locale che la ha costituita, è immediatamente conseguenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto. Altrimenti opinando, la costituzione di tali società miste non avrebbe alcuna pratica utilità, mentre la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei singoli servizi costituirebbe un'inutile duplicazione di un procedimento già esperito» (punto I° considerando in diritto).

configurarsi come un affidamento di attività operative che derivi da una procedura di gara complessiva. In altri termini, la selezione di un socio quale socio di lavoro (e non mero socio finanziario), fa ritenere al Collegio sufficiente un'unica procedura di gara qualora essa abbia avuto ad oggetto anche le caratteristiche tecniche relative allo svolgimento del servizio e non solo la qualifica di mero socio²³⁹. Così facendo, viene posto un freno all'opposto orientamento, che si era già configurato a seguito di alcune pronunce giurisprudenziali²⁴⁰, in base al quale non si ritenevano sovrapponibili in un'unica procedura le due finalità (selezione del socio ed affidamento del servizio), richiedendo dunque un complesso iter distinto in due fasi di evidenza pubblica. D'altronde, una differente soluzione avrebbe finito per rendere l'utilizzo del modello della società mista più gravoso rispetto all'opzione verso una totale esternalizzazione del servizio, sancendone in parte un limite intrinseco. Il modello presentato nel parere viene fatto proprio anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ribadendo quando già affermato in sede consultiva riafferma la sostanziale conformità della gara per la scelta del partner privato quando questa abbia avuto oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e la qualità di socio²⁴¹

Nella dibattito si inserisce in senso chiarificatore la Corte di Giustizia europea²⁴² che muove da un rinvio pregiudiziale proprio del giudice

(²³⁹) Sul punto in dottrina M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti «in house» e concorrenza per il mercato*, in *Corr. Giur.*, 2007, 895; M. DUGATO, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008. I servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1219; A. SAU, *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partnerariato*, in *Riv. trim. app.*, 2006, pp. 987.

(²⁴⁰) Consiglio di Giustizia Amministrativa della regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589, cit. .

(²⁴¹) Sul punto anche Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 23 settembre 2008, n. 4603, con nota di F.G. ALBISSINI, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 396.

(²⁴²) Così la più volte citata Corte di giustizia europea, sez III, 15 ottobre 2009 C.196/08 (Acoset) qui con commento di A. BORWN, *Selection of the Private Participant in a Public-private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (C-196/08)*, in *Public Procurement Law*

amministrativo italiano²⁴³. Sul punto il giudice europeo sviluppa il ragionamento partendo dalla necessità di garantire il rispetto dei principi comunitari in tema di concorrenza e libero accesso degli operatori di mercato confermando come la sottrazione dalle procedure competitive previste dall'ordinamento comunitario è situazione derogatoria e limitata a situazioni peculiari come nel caso dell'autoproduzione da parte dei soggetti pubblici (*in house providing*). Nel caso della società mista non essendo riscontrabile tale situazione peculiare l'affidamento deve necessariamente passare per una gara che abbia riguardo sia della natura di socio sia dell'affidamento del servizio.

Su questo aspetto la Corte di giustizia valorizza lo strumento di una gara unica per la selezione del socio privato e l'affidamento del servizio non condividendo opzioni che prevedano inutili duplicazioni dei momenti di competizione e confronto. E' stato peraltro evidenziato in dottrina²⁴⁴ che la soluzione pare risolta più su piano di economicità del procedimento e appetibilità del modello che non in ragione di specifici presupposti giuridici. Sul punto si tornerà a breve. In ogni caso, la decisione sancisce in via

Review, 2010, NA 45 ss 8. Nella decisione la Corte precisa: «60. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. // 61. Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quelli di cui trattasi nella causa principale, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato». Sul tema anche G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, pp. 156.

(²⁴³) Si tratta nello specifico del T.A.R., Sicilia - Catania con decisione 13 marzo 2008.

(²⁴⁴) Cfr. S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit.

definitiva l'affermazione della c.d. "gara a doppio oggetto" definendo dunque un'unica procedura complessa fondata su una valutazione complessa che abbia riguardo dei criteri di scelta del socio (della sua solidità economica e dei requisiti sociali) ma altresì della sua competenza a svolgere operativamente il servizio nei termini individuati proprio in sede di gara.

Un socio privato che sarà dunque il soggetto in grado di meglio rispondere alle esigenze di servizio sottese alla costituzione delle soggetto partecipato e che dovrà garantire tale qualifica per tutto il periodo di affidamento (tempo che necessariamente sarà definito entro termini precisi).

2.1.3. L'affidamento alla società mista è un affidamento diretto?

I termini che disciplinano la specifica procedura competitiva richiesta per la costituzione della società mista a cui affidare la gestione di un servizio pubblico portano a riflettere sul corretto uso del termine "affidamento diretto".

Allo stesso è infatti abitualmente ricollegata una situazione in parte derogatoria ai generali principi di concorrenza sintomatica di una scelta dell'Ente locale di approntare il servizio secondo modalità peculiari. Se questo è plausibile per gli affidamenti *in house*, lo stesso non si può dire rispetto all'attuale conformazione della società mista. In passato la questione è stata più volte affrontata per i profili pratici connessi alla detenzione di affidamenti qualificabili come diretti. Si è visto infatti che nella previgente disciplina l'art. 23-*bis* al comma 9° poneva forti limitazioni d'azione alle società detentrici di tali affidamenti. Ad una lettura formale il divieto pareva doversi estendere anche alle società a partecipazione mista ma tale conclusione risultava stridere con il modello che si era venuto a delineare negli anni. Lo stesso Consiglio di Stato nel parere del 2007

evidenziava che l'affidamento alla società mista passato attraverso la procedura a doppio oggetto «*non si possa configurare un “affidamento diretto” alla società mista ma piuttosto un “affidamento con procedura di evidenza pubblica” dell’attività “operativa” della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest’ultimo*». In questi termini si deve ritenere che l'attività «*“affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio*» (così il punto 8 del parere).

Anche la giurisprudenza successiva all'introduzione dell'art. 23-bis, comma 9° si è portata su posizioni di esclusione dell'applicazione della norma alle miste costituite con gara a doppio oggetto²⁴⁵. Viene in quella sede ribadito che l'affidamento ad una società mista pubblica e privata costituita con le modalità indicate dal c. 2, lett. b) dell'art. 23-bis deve essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'U.e. in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara. Questo infatti, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, si presenta come del tutto equivalente all'opzione della esternalizzazione pura del servizio. Risulterebbe dunque irragionevole ed immotivata l'applicazione alla società mista così costituita di divieti di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione. Alla luce di quanto detto, anche in assenza dei vincoli legislativi sopra citati, si può arrivare alla conclusione che la terminologia di “affidamento diretto” qualora applicata alla società mista scelta con gara debba essere letta piuttosto come un “affidamento connesso”. Infatti, tale affidamento si concretizza in connessione con la partecipazione alla gara ed

(²⁴⁵) Sul punto TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222. Entrambe su www.giustizia-amministrativa.it.

è pertanto frutto dei medesimi percorsi logici e valutativi che si possono riscontrare nelle procedure di esternalizzazione *tout court* con anzi la maggiore delicatezza derivante da un progetto di collaborazione che comporta inevitabilmente complessità (positive e negative) che debbono essere valutate anche in sede di gara.

2.2. Oggetto della gara ed oggetto della società

La caratterizzazione operativa ed industriale del socio privato oltre che a comportare una rivalutazione in termini di trasparenza e completezza delle procedure ad evidenza pubblica, ha ridefinito in modo netto anche i termini di attività con cui le società miste sono ammesse ad operare.

Per un lungo periodo di tempo successivo alla “genesi” del modello organizzativo della società mista essa si sia imposta come strumento operativo dalle caratterizzazioni più varie. Prendendo spunto dalla disciplina civilistica (rispetto alla quale l’oggetto sociale può essere meno definito) nella maggior parte dei casi le società miste costituite dagli Enti non avevano una netta caratterizzazione sociale e questo permetteva loro di svolgere una pluralità di servizi ed attività attraverso lo stesso veicolo societario. Il fenomeno era certamente incrementato nelle società miste a prevalente capitale pubblico che si caratterizzavano per una presenza privata soprattutto di carattere finanziario e dove la reale gestione dei servizi era svolta direttamente dalla società mista.

Questa indeterminatezza dell’oggetto sociale permetteva peraltro di aumentare i servizi affidati anche in momenti differenti da quello della scelta del socio privato creando così situazioni di potenziale elusione dei principi comunitari.

Alla luce di tali motivi le società “generaliste”, ovvero con oggetto sociale non definito o estremamente vario, sono state oggetto delle

medesime decisioni che si sono viste in relazione alle procedure ad evidenza pubblica le quali hanno sancito un definitivo superamento del modello per indirizzarsi invece verso una società mista ad oggetto esclusivo. D'altronde, come sottolineato in giurisprudenza, non sarebbe concepibile una gara che verta anche sul futuro affidamento del servizio se la stessa società non viene costituita a monte con la volontà di perseguire un oggetto sociale definito²⁴⁶. La procedura competitiva dovrà dunque specificare in modo preciso l'attività che il socio privato dovrà svolgere e la stessa sarà in parte sostanziale coincidente con l'oggetto della società mista. Il modello societario previsto dal codice civile (con la possibilità di prevedere un oggetto sociale anche variegato, secondo quanto previsto dagli artt. 2328 e 2463 c.c.) viene in un certo senso piegato alle necessità dell'Ente e si trasforma in un soggetto di scopo dove l'oggetto dell'affidamento e l'oggetto sociale finiscono inevitabilmente per coincidere²⁴⁷.

2.2.1. Strutturazione della gara e criteri di valutazione delle offerte

Come si è evidenziato, quella per la scelta del socio privato nella società mista operativa come delineata fino ad ora è una gara dotata di una certa complessità. Per tale ragione essa deve essere strutturata in modo completo e preciso da parte dell'Ente locale. Non si rinviene nella legislazione interna una procedura espressamente individuata per il conferimento di concessioni di servizi a società a capitale pubblico-privato ma sono certamente individuabili dei percorsi argomentativi volti alla ricostruzione di un "modello" valido ed

(²⁴⁶) Sul punto *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, in *Foro amm. CdS*, 2010, pp. 1496.

(²⁴⁷) In dottrina si è peraltro sostenuto che tale "coloritura" esclusiva dell'oggetto sociale non contrasta di per se con la disciplina codicistica essendo comunque pensabile un'ampiezza dell'oggetto anche all'interno della stessa attività sociale; così F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in F. GUERRERA (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, pp. 103.

applicabile. In primo luogo, le indicazioni fornite in sede comunitaria²⁴⁸ portano a ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice debba includere già in sede di redazione degli atti di gara tutte le informazioni alla base del futuro rapporto di concessione sia in relazione al servizio da svolgere sia in relazione alle modalità di partecipazione all'entità mista. In questo senso sarà necessario per il partecipante alla gara conoscere già la definizione di massima dello statuto della costituenda società, dei patti tra azionisti e dei vincoli da essi derivanti così come tutti gli elementi connessi allo svolgimento della concessione, i compiti da svolgere e la durata precisa dell'affidamento²⁴⁹. Il principio di trasparenza e libera partecipazione impone che il partner che voglia essere coinvolto nella collaborazione con il socio pubblico abbia la possibilità di svolgere una concreta *due diligence* che lo metta nella condizione di comprendere da subito il quadro economico e imprenditoriale dell'iniziativa perseguita²⁵⁰. La piena trasparenza con cui la gara per la costituzione della società mista è connotata, si esplica inevitabilmente anche in relazione alla predeterminazione dei criteri e dei elementi in base ai quali sono valutate le offerte dei privati. Il problema dunque non pare più solo quello della necessaria presenza di una equa procedura selettiva (che è presente nel nostro sistema già da lungo termine) ma altresì quello del nuovo "taglio" assunto dal procedimento di aggiudicazione rivolto al mercato. La dottrina²⁵¹ ha segnalato tale evoluzione quale riflesso di una sostanziale mutazione della tradizionale configurazione del rapporto pubblicistico della concessione che viene ad ibridarsi con nuovi principi, differenti esigenze e mutati contesti economici. La *ratio* della tutela della concorrenza ha portato infatti alla

(²⁴⁸) Il riferimento è in particolare alla già presentata Comunicazione della Commissione CE del 2008 relativa ai PPPI.

(²⁴⁹) In relazione a tale aspetto dell'affidamento, anche la recente Direttiva 24/2013/UE ha posto in evidenza come «*per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti*» (così considerando n. 52 della Direttiva).

(²⁵⁰) Cfr. S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit., pp 182.

(²⁵¹) G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, pp 58.

necessità di ridefinire la nozione di affidamento in concessione portando ad un riduzione significativa delle durate e ad una "fisiologica" successione nel tempo dei soggetti gestori. In tale prospettiva l'avvicendamento delle gestioni dovrà tenere conto di schemi e programmi compatibili con le esigenze organizzative d'impresa²⁵².

2.2.2. L'opzione per procedure basate sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Data la peculiarità dei procedimenti si è da lungo tempo escluso che la scelta del contraente potesse passare tramite sistemi automatici o standardizzati²⁵³ prospettando invece l'utilizzo di sistemi dell'evidenza pubblica connotati da maggiore flessibilità e completezza di valutazione. Non si deve peraltro dimenticare che anche il d.P.R. 533/1996 in relazione alla costituzione di società miste a capitale pubblico minoritario, sancendo la necessità dell'evidenza pubblica per la selezione del socio privato, faceva un diretto richiamo al procedimento di appalto-concorso di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 con riferimento al metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Se è vero che la norma non risulta più totalmente conferente alla disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, non di meno mette in luce la tendenziale volontà - anche legislativa - di guardare a modelli concorsuali capaci di valutare l'offerta in modo complessivo e con riferimento sia al dato economico che al dato tecnico. Per di più si deve ritenere che lo strumento della concessione, per le sue caratteristiche di durata e variabilità, debba necessariamente essere supportato da un piano economico-finanziario che dia espressione della fattibilità del percorso

(²⁵²) G. DI GASPARRE, op. cit., L'autore sul punto evidenzia l'innovazione di vedute sottolineando come che «*si tratta di una successione dei rapporti di diritto comune, com'è la successione dei rapporti tra imprese, per cui il nuovo gestore subentra nelle obbligazioni relative ai mutui contratti per la realizzazione dei piani di investimenti oggetto del precedente affidamento...*» pp. 58.

(²⁵³) Sul punto G. ALPA - A. CARULLO - A. CLARIZIA, *Le s.p.a. e le gestioni dei servizi pubblici locali*, Milano, 1998.

di gestione²⁵⁴. Di tali elementi è espressione anche la normativa che nel tempo si era formata in materia di servizi pubblici locali. Come già visto, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 aveva indicato, da ultimo, alcuni punti cardinali in base ai quali procedere alla gara per l'affidamento del servizio. I profili di interesse individuati dal legislatore correvano su binari ben precisi: la valutazione concreta dei piani tecnico-economici presentati in relazione all'economie di scala prodotte ed all'efficientamento dei costi con positive ricadute per tutto il periodo di affidamento anche sulla modulazione delle tariffe del servizio e sui costi relativi al personale; la ponderazione dei requisiti tecnici ed economici richiesti alla specificità della gara e la connessione dei termini di durata dell'affidamento in relazione piano di investimenti proposto dal gestore in relazione allo schema di base previsto negli atti di gara; la valutazione degli elementi qualitativi delle offerte devoluta ad una commissione nominata dall'Ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia.

Tali elementi erano poi ulteriormente specificati proprio per la costituzione di società miste con socio operativo con la previsione di una prevalenza degli elementi basati su qualità e corrispettivo del servizio rispetto a riferiti al prezzo delle quote societarie, con particolare attenzione agli apporti gestionali connessi agli specifici compiti operativi connessi alla servizio oggetto di affidamento.

E' ben evidente che in questi termini lo spazio per la discrezionalità dell'Ente locale è destinato ad essere declinato in modo puntuale verso una procedura di selezione che non può non tener conto della specificità dell'affidamento. La riflessione porta a riconnettersi con tematiche già affrontate che possono in questa sede ricevere ulteriori approfondimenti. In particolare si può evidenziare che sebbene l'art. 30 del d.lgs. 163/2006 escluda le concessioni di servizi dall'applicazione completa delle norme del Codice dei contratti pubblici, non di meno esse rappresentano sotto certi

(254) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2005, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it.

aspetti punti di riferimento non prescindibili dalle amministrazioni. Il riferimento è ad esempio all'individuazione di criteri per la valutazione "morali" e tecnico-professionali dei candidati, i cui elementi possono essere desunti dalla struttura offerta proprio dagli articoli del Codice che prevedono espressamente requisiti di idoneità di ordine generale (art. 38) e di ordine professionale (art. 39). Il richiamo alle norme appare quanto mai utile nel definire la figura di un soggetto, il socio privato, con cui la pubblica amministrazione intende instaurare un rapporto duraturo e caratterizzato da una peculiare collaborazione attiva. Allo stesso modo potrebbe essere configurata l'applicazione delle indicazioni fornite dal Codice in merito alla valutazione della partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei. Sul punto va infatti ricordato che la platea dei soggetti che possono aderire al modello di partenariato qui in analisi è molto ampio. Il legislatore interno²⁵⁵, seguendo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia CE²⁵⁶, si era preoccupato di configurare la partecipazione di tali raggruppamenti anche nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, segnalando peraltro la necessità di strutturare la gara tenendo conto della loro partecipazione e con la previsione espressa di esclusione per le forme di aggregazione foriere di potenziali limiti alla concorrenza (come nel caso del raggruppamento di soggetti già da soli idonei a coprire tutti i requisiti di gara). Volendo continuare l'indagine dei limiti entro i quali l'Ente locale può costruire la "propria" gara per l'affidamento del servizio si può fare una precisazione circa i termini di tale flessibilità. Sebbene anche la nota Comunicazione della Commissione sui PPPI parli di "possibilità" per l'Ente di fare riferimento alle norme disposte in materia di appalti, appare quantomai evidente che le regole previste per tale settore sono oggi espressione dell'immanente necessità di tutelare la trasparenza e la concorrenza in tutta

(²⁵⁵) Cfr. art. 4, comma 11°, lett. d) del d.l. 138/2011.

(²⁵⁶) Il riferimento è in particolare alla già citata decisione "Frigerio".

l'attività contrattuale della p.a. Da ciò deriva che le stesse più che rappresentare un'opzione finiscono per consolidarsi in principi imperativi capaci di integrare e sovrapporsi alla *lex specialis* di gara²⁵⁷.

Di conseguenza in sede di redazione del bando di gara dovranno essere esplicitati i criteri alla base della valutazione delle offerte con l'individuazione di un parametro oggettivo per la ripartizione dei punteggi che tenga conto sia degli elementi qualitativi che degli elementi quantitativi delle proposte presentate. In particolare potranno essere predisposte dall'Ente schede e moduli indicativi di punteggi numerici relativi ad ogni criterio individuato per la valutazione delle offerte. Nella definizione di tali strumenti pare necessario, date le caratteristiche dell'affidamento, dare proporzionalmente maggiore risalto agli elementi qualitativi dell'offerta di modo che il punteggio riferibile agli stessi abbia preponderanza in sede di aggiudicazione²⁵⁸.

Le riflessioni sopra esposte trovano oggi un riscontro diretto anche a livello di normativa comunitaria. Infatti, come si è già avuto modo di constatare, in data 26 febbraio 2014 è stata adottata la Direttiva 2014/23/UE, dedicata proprio all'aggiudicazione dei contratti di concessione. Nel testo, all'art. 41, il legislatore europeo fa espresso riferimento al criterio del "vantaggio economico complessivo" per la valutazione delle offerte alla base dell'aggiudicazione della concessione. Il termine si differenzia nella forma da quello dell'offerta "economicamente più vantaggiosa" ma pare essere espressivo delle medesime finalità connesse alla configurazione di una prestazione valutata nella sua complessità e non solo in termini di mera offerta economica.

(²⁵⁷) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 180.

(²⁵⁸) Sul punto S. VALAGUZZA, *op. cit.*, pp 186 che ricorda le indicazioni date in tal senso dall'Avvocato generale Riuz- Jarabo Colomer nella causa Corte di Giustizia CE - C-196/08 - Acoset

2.2.3. I conferimenti dei soci privati e la *lex specialis*

La diretta connessione della gara con la specificità dell'attività che il socio privato si troverà a svolgere porta a riflettere circa la valutazione da dare, in sede di strutturazione della *lex specialis*, agli eventuali conferimenti che il socio privato possa apportare nel nuovo soggetto misto da costituire.

Il punto è di un certo interesse poiché una errata configurazione di tali apporti potrebbe costituire un blocco alla più ampia partecipazione alla gara per i tutti i soggetti potenzialmente interessati. Infatti, nel il caso in cui si basasse la ripartizione dei punteggi per la valutazione delle offerte sbilanciata in relazione ai conferimenti, da parte del privato, di beni o reti funzionali al servizio ma non riproducibili da altri è chiaro che si comprometterebbe la funzione della stessa gara. Non sarebbe più centrale il piano industriale ed economico connesso alla gestione, ma prevarrebbe semplicemente il vantaggio di una posizione acquisita in precedenza dai soggetti partecipanti a scapito degli elementi di innovazione ed efficienza. E' dunque importante che l'amministrazione costruisca la gara in modo flessibile così da garantire l'ottimizzazione delle offerte e libertà organizzativa dei concorrenti. Sul punto la giurisprudenza²⁵⁹ propone alcuni elementi di supporto che possono aiutare le Amministrazione nella costruzione degli atti di gara. E' stato infatti evidenziato che la *lex specialis* può ben considerare l'apporto di beni da parte del privato quando essi rappresentino uno strumento operativo per lo svolgimento dell'attività, la cui disponibilità può essere acquisita attraverso una pluralità di istituti giuridici tra i quali «*titolarità, ATI, avvalimento, contratto di utilizzazione e conferimento*»²⁶⁰. Dunque quando il bene non costituisce un elemento non duplicabile, con immediati effetti discriminatori per i concorrenti che ne

(²⁵⁹) Si deva in particolare TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 11 ottobre 2012, n. 452, in www.giustizia-amministrativa.it.

(²⁶⁰) Cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 11 ottobre 2012, n. 452, *op. cit.*, punto 4 considerando in diritto.

siano privi, esso è correttamente preso in valutazione dalla stazione appaltante nella ripartizione dei punteggi di gara in quanto espressione di una capacità operativa del futuro gestore. Sarà nel caso opportuno, come già visto sopra, che tale valorizzazione in termini di punteggi di gara sia bilanciata da ampie previsioni che permettano la più ampia possibilità di accesso a tali strumenti operativi anche attraverso forme differenti da quelli della proprietà *tout court*.

2.3. La definizione dei criteri di liquidazione del socio privato

Come già riportato un elemento importante al fine di poter dare esito ad una *partnership* finalizzata alla gestione di un'attività tramite il modello della società mista è la definizione degli elementi che riguardano le prospettive economiche dell'iniziativa. Le indicazioni della Commissione CE, poi recepite nell'ordinamento interno, hanno sancito la necessità che il socio privato non si configuri come un socio stabile ma come un soggetto coinvolto nell'iniziativa per un tempo determinato coincidente con l'affidamento oggetto della gara di selezione²⁶¹. Pertanto è immanente al modello stesso la necessità di garantire un concreto avvicendamento dei soci privati che sia basato su criteri predeterminati già in sede di gara che siano dunque già conoscibili e valutabili in fase di proposizione delle offerte e di redazione del piano industriale. Le norme di settore che si sono occupate del tema hanno proposto soluzioni non del tutto risolutive.

⁽²⁶¹⁾ Sul punto si sottolinea che al termine di tale periodo è ben possibile per l'amministrazione rivalutare la propria scelta in favore del modello organizzativo della società mista ma questo non comporta che essa debba essere forzosamente liquidata o sciolta potendosi immaginare che la stessa continui a dare attuazione al proprio oggetto sociale tramite la selezione di un nuovo *partner* operativo. Peraltro anche in ottica societaria l'art. 2484, comma 1, cod. civ. impone un obbligo di scioglimento qualora l'oggetto sia già stato conseguito o non sia più perseguibile.

2.3.1. Il riferimento ai metodi di ammortamento degli investimenti

Sul punto i già richiamati art. 10 del Regolamento 168/2010 e l'art. 4, comma 30°, del d.l. n. 138/2011, riprendendo impostazioni già utilizzate in passato²⁶², si sono concentrati su una sostanziale valutazione della liquidazione in termini di ammortamento degli investimenti sui beni con un meccanismo di "ribaltamento" di tali costi in capo al gestore subentrante. Fatta salva dunque la necessità cedere i beni strumentali al servizio al nuovo gestore come modalità funzionale allo svolgimento delle attività operative, c'è da chiedersi se il riferimento ai soli ammortamenti degli investimenti possa essere un criteri realmente in grado di rispondere ad una liquidazione effettiva della quota sociale detenuta dal socio privato. La differente modalità di configurazione del rapporto rispetto alla più diretta esternalizzazione del servizio tramite concessione comporta però l'estensione dell'indagine ad ulteriori approfondimenti.

2.3.2. Una valutazione "complessiva" della liquidazione del privato

Come correttamente evidenziato dalla dottrina²⁶³, un utile riferimento integrativo potrebbe essere fornito dalla disciplina civilistica in tema di società. In particolare, il profilo della liquidazione della quota del socio è individuata con riferimento ad alcuni istituti del codice civile ovvero il recesso (art. 2437 c.c.), l'esclusione (art. 2347-*bis* c.c.) ed il riscatto delle

(²⁶²) Il riferimento è sempre all'ambito dei servizi pubblici locali ed in particolare alla previsione dell'art. 113, comma 9° del t.u.e.l. come modificato dall'art. 35 della l. 448/2001, che stabiliva « *Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara* »

(²⁶³) M. LIBANORA, *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing*, cit., pp. 204; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit, pp. 193

azioni (art. 2437-*sexies* c.c.). Le predette norme, oltre a fungere da utile elemento per la parametrizzazione dei rapporti in caso di fenomeni patologici tra soci (come si avrà modo di vedere parlando del contenuto dello statuto), possono essere usate per selezionare ulteriori elementi integrativi per la valutazione del calcolo di indennizzo del privato uscente. Il controverso aspetto della determinazione di tale valore potrebbe in quest'ottica essere risolto in modo differenziato in ragione del tipo di gestione e del servizio svolto con una maggiore o minore indicizzazione del calcolo rispetto ai differenti criteri di tipo reddituale, ovvero di tipo patrimoniale. Se l'amministrazione optasse per il modello della s.p.a. un richiamo alle norme del recesso permetterebbe l'utilizzo della valutazione previsto dall'art. 2437-*ter* c.c. che prevede una determinazione fatta sia tenendo conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali che dell'eventuale valore di mercato delle azioni. La disposizione dunque, prevede un criterio più ampio di quello meramente connesso all'ammortamento degli investimenti che può dare valore anche ad specifici apporti del socio privato come i profili di *know-how* o le migliorie in termini di efficienza. Peraltro l'autonomia statutaria pare potersi spingere anche oltre tali indicazioni avendo come limite però la connessione con parametri oggettivi²⁶⁴, come le risultanze di bilancio o le stime peritali, così da non rendere aleatoria la tutela dei soci.

Una valutazione della partecipazione quanto più realistica e concreta, pare in grado di aumentare l'appetibilità dell'iniziativa agli altri operatori di mercato che volessero valutare l'acquisizione della stessa²⁶⁵ (questo tanto più nel caso in cui il costo del subentro è caricato come onere per il gestore entrante). Anche qualora la forma scelta fosse quella della società a

(²⁶⁴) Sul punto R. RORDORF., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Soc.*, 2003, pp 924

(²⁶⁵) Cfr. A. PACIELLO, *Art. 2437-2437-sexies*, in G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Le società di capitali*, Napoli, 2004

responsabilità limitata è possibile individuare criteri di liquidazione del socio facendo riferimento sempre alle previsioni connesse al recesso del socio, rispetto al quale è prevista la valutazione sulla base del valore di mercato della quota ceduta.

Dunque, sebbene le norme primarie e le indicazioni comunitarie non forniscano un quadro completo delle modalità di valorizzazione della partecipazione del gestore uscente, l'autonomia sociale, tramite gli strumenti tipici del diritto civile, può forse permettere una configurazione preventiva in grado di permettere ai privati di strutturare le loro offerte con cognizione di causa rispetto a quanto gli sarà dovuto al momento dell'uscita dalla compagine sociale. Per altro verso, tale autonomia, potrà portare alla valutazione di elementi capaci di stimolare i privati a proporre gestioni più efficienti e efficaci che potranno essere riconosciuti in sede di rinnovo della gestione.

2.4. Il ruolo dei soci nella società mista con socio operativo

Uno degli elementi che certamente caratterizza maggiormente il modulo organizzativo di cui si stanno indagando i contorni è certamente rappresentato dal ruolo che all'interno del soggetto costituito debbono assumere il socio pubblico ed il socio privato. Infatti, la società costruita sull'impianto del PPPI può apparire uno strumento creato non tanto per "fare insieme" ma piuttosto per "fare" e basta, nel senso di attribuire l'attività operativa solo al socio privato in sorta di "sub-affidamento"²⁶⁶. Non va però dimenticato che la regolazione dell'attività svolta dal socio privato della mista è ricondotta all'interno della regolazione sociale, tanto più che - così si avrà modo di approfondire - l'operatività del socio privato sarà

⁽²⁶⁶⁾ La riflessione è sviluppata anche da M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, pp 855

disciplinata con forme tipiche dei legami tra soci nelle società di capitali²⁶⁷. Sulla base di tale rilevanza, la giurisprudenza amministrativa²⁶⁸ si è recente espressa rilevando come, superata la fase dell'evidenza pubblica, i rapporti tra il socio privato e la società mista sono regolati e definiti in via esclusiva dagli strumenti del diritto societario, non assumendo rilevanza esterna con il committente pubblico. In questo senso, la ripartizione dei compiti e gli obblighi connessi sono espressione dei rapporti endosocietari ma la società mista - quale soggetto giuridico distinto - rimarrà il soggetto che dovrà relazionarsi con l'Amministrazione affidante. La posizione esposta, porta ad una visione del PPPI differente da quella che vorrebbe la società mista come una forma di "esternalizzazione veicolata" da uno strumento giuridico intermedio. Essa rappresenta invece *«uno strumento di partnership pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), dotato di personalità giuridica propria, per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, in virtù del quale il socio pubblico assume un ruolo imprenditoriale e profili di rischio così come il socio privato, e tra i profili di rischio, per entrambi sussistenti, rientra anche quello che la società partecipata non ottenga le commesse per le quali è stata costituita, o soccomba nel giudizio teso all'ottenimento di quelle commesse»*²⁶⁹.

La posizione è suggestiva e valorizza certamente la valenza dell'utilizzo dello strumento societario come "vera collaborazione" tra pubblico e privato. Essa però non arriva in modo concreto a definire i profili di reale differenziazione del modello. Tale lettura pare peraltro discostarsi dalle rilevanze giuridiche che del modello è stato dato in sede comunitaria: perchè mai il soggetto privato dovrebbe partecipare relativa anche

⁽²⁶⁷⁾ Il riferimento è in particolare all'uso dello strumento individuato nell'art. 2345 c.c. in materia di prestazioni accessorie del socio). In dottrina sul punto A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in G. MORBIDELLI (a cura di) *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, 2010, Roma, pp. 64.

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2013, in *Foro amm. CdS*, 2013, pp. 429.

⁽²⁶⁹⁾ Ancora Cons. Stato n. 1225/2013, cit. al punto 3.2. del considerando in diritto.

all'affidamento del servizio se poi questo è posto nel rischio della comune attività d'impresa? Il punto di convergenza potrebbe forse essere trovato nella strutturazione connessa degli atti di controllo interno (statuto-patti parasociali) e quelli di controllo esterno (contratto di servizio).

2.4.1. Il ruolo del socio pubblico

In relazione al ruolo del soci pubblico, la scelta di costituire un soggetto societario a cui poi affidare l'attività permette infatti di sviluppare fenomeni di *decision making* alternativi a quelli strutturabili qualora si decida di esternalizzare totalmente l'attività. Il controllo interno alla società permette infatti all'Ente di sviluppare forme di direzione e vigilanza sull'attività che non sarebbero forse attuabili anche con una ottimale strutturazione del contratto di servizio²⁷⁰. Gli strumenti forniti dal diritto privato consentono la configurazioni di rapporti di interazione che presentano aspetti di maggiore flessibilità ed adattabilità alle esigenze di molte attività specie con rilievo economico e strutturato tipicamente imprenditoriale.

La cooperazione diretta in soggetto giuridico di diritto comune permette altresì al pubblico di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un partner privato. In questo senso non è irrilevante la "formazione" *in itinere* che può accumularsi in capo agli amministratori pubblici quando questi partecipino direttamente alla vita della società; formazione che certamente può consentire di meglio comprendere le esigenze del servizio anche da un punto di vista più strettamente manageriale.

(²⁷⁰) Per una più ampia disamina dei fenomeni di controllo e direzione del socio pubblico nelle società partecipate si veda R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, cit.; di interesse anche A. PERICU, *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria. Profili privatistici*, in AA.VV. *Studi in tema di Forma Societaria. Servizi pubblici locali. Circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, pp. 183.

2.4.2. I termini di "operatività" del socio privato

Per comprendere pienamente le potenzialità per le parti di una *partnership* così intensa è fondamentale chiedersi quali siano i limiti dell'apporto fornito dal socio privato. Questo punto rappresenta un "nodo gordiano" che ancora sembra non totalmente risolto²⁷¹.

In una prima fase di vita del modello di società mista, con particolare riferimento alla disciplina dei servizi pubblici locali, era stata sostenuta in dottrina la presenza di una duplicità di modelli connessi alla partecipazione maggioritaria o minoritaria della p.a. alla società²⁷². Solo a questo seconda tipologia, regolata in modo specifico dal DPR 533/1996 si riconnetteva una peculiare funzione "imprenditoriale" del socio privato il quale apportava un vero e proprio *know how* gestionale al servizio. La tesi era peraltro avvalorata dalla presenza, solo per le miste minoritarie, di una specifica disciplina ad evidenza pubblica per la scelta del socio.

In più occasioni si è avuto modo di sottolineare che l'apporto industriale del socio privato alla *mission* societaria rappresenta invece il vero momento di caratterizzazione del modello di PPPI individuato in sede comunitaria. Dunque ad oggi paiono superate le questioni relative all'*an* dell'attività del socio privato non potendosi più avvalorare ipotesi di partenariato istituzionalizzato solo ed esclusivamente a carattere finanziario.

Più complessa è invece la definizione del *quantum* dell'attività operativa che deve essere affidata al socio privato. Sul punto si sono registrate diverse posizioni con letture più flessibili ed altre più restrittive del modello.

(²⁷¹) Sul punto A. GUERREIRI, *L'effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato*, in *Urb. e App.*, 2012, pp 1068.

(²⁷²) Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Dir. Soc.*, 1998, pp 391.

Il Consiglio di Stato nell'importante parere 456/2007 connette la legittimità della società mista alla possibilità che il *partner* industriale si configuri quale socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio o di fasi dello stesso. Dunque in questa lettura è possibile immaginare che il socio privato svolga anche solo alcune fasi dell'attività che saranno certamente quelle caratterizzanti l'oggetto sociale.

La posizione del Consiglio di Stato viene avvalorata successivamente dalla Comunicazione della Commissione del 2008 che sul punto specifica che *«l'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità»*. In questa espressione si può notare come l'attività del privato possa anche non coprire la totalità dei compiti assegnati alla società e così anche la sua gestione.

2.4.3. L'inquadramento degli "specifici compiti operativi"

Il legislatore interno sembra seguire tale impostazione quando con l'introduzione dell'art. 15 del d.l. 135/2009 va a modificare il testo dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 che regolava proprio la figura della società mista in ambito di servizi pubblici locali. L'inserimento è molto preciso ed evidenzia la necessità di affidare al socio privato individuato con la c.d. gara a doppio oggetto «specifici compiti operativi» connessi alla gestione del servizio.

E' da rilevare che la novella ha modificato il testo inserendo proprio la parola "specifici" compiti operativi facendo così pensare che tali compiti debbano essere in qualche modo individuati in uno spettro più stretto rispetto alla generale attività della società. Anche in questo caso però la norma ha prestato il versante a più letture anche non conformi.

Autorevole dottrina²⁷³ ha evidenziato che la disposizione si prestava ad una lettura più “permissiva” nei confronti delle società costituite secondo un modello non più conforme dove era la società stessa a svolgere con una propria struttura industriale l’attività di servizio e nelle quali il socio privato scelto con gara poteva dunque assumere – in via transitoria – una qualificazione operativa più “debole”. Diversamente per le società miste costituite *ex novo* secondo il nuovo modello tale interpretazione risultava più difficile dovendosi invece propendere per un affidamento operativo completo.

Si è così venuto a creare un orientamento in giurisprudenza che ha optato per una visione ben precisa dell’ampiezza dei compiti operativi da assegnare al socio. In particolare è stato sottolineato che *«il criterio guida nella utilizzazione della società mista è quello della salvaguardia della libera concorrenza, che risulta garantita solo se il capitale pubblico interviene senza sottrarre all’imprenditoria privata le utilità che questa potrebbe trarre da un affidamento del medesimo appalto al di fuori dello schema societario, in esito al semplice esperimento della gara per la scelta del contraente»*. Pertanto, la conformità allo schema del PPPI *«impone che al socio privato sia affidata – non una qualunque compito operativo, purchè precisamente determinato – bensì ogni attività necessaria all’esecuzione dell’appalto che sia suscettibile di rendere una utilità»*²⁷⁴. Secondo la visione riportata vi è dunque una specularità tra i compiti da assegnare al socio operativo della società mista e la dimensione dell’attività che si avrebbe nel caso dell’opzione per la differente forma di esternalizzazione tramite appalto.

(²⁷³) Il riferimento è in particolare a G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)* in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

(²⁷⁴) In questi termini si esprime Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348 in *Foro amm. CdS*, 2012, pp. 959. Il Collegio evidenzia peraltro che *«la società appaltatrice a capitale pubblico non ha la facoltà di affidare direttamente alla propria controllata quote di attività nell’ambito dell’esecuzione di opere pubbliche, in violazione del principio di libera concorrenza»*.

Il punto di vista della definizione dei compiti operativi si sposta dunque su un piano differente che coinvolge la discrezionalità delle scelte dell'Ente circa la "dimensione" dell'affidamento nel suo complesso. Per questo motivo la posizione della giurisprudenza sopra citata viene esplicitata da successivi arresti che specificano alcuni aspetti della vicenda. Il riferimento è in primo luogo ad una recente decisione del Consiglio di Stato²⁷⁵. In questa sede il giudice amministrativo, contestando la decisione di primo grado, ha evidenziato i principi desumibili in materia di società miste non si spingono al punto di esigere che al partner privato venga assegnata la totalità assoluta delle attività operative. Ai fini della legittimità del ricorso allo schema della società mista, infatti, non è indispensabile *«che al socio privato sia affidata proprio "ogni attività necessaria all'esecuzione dell'appalto che sia suscettibile di rendere una utilità economica", sufficiente essendo che al medesimo vengano conferiti i compiti operativi -per così dire- preminenti. Nessun principio impone che le prestazioni da affidare al socio privato coincidano con la totalità delle attività riferibili alla società mista, o al suo socio pubblico»* (così nel considerando in diritto al punto 5e).

I giudici si muovono dall'idea di fondo del carattere alternativo e fungibile degli strumenti dell'appalto pubblico e del contratto di società mista concluso a valle di una gara c.d. a doppio oggetto. Questo porta a desumere che in caso di opzione per il secondo modello non può ritenersi necessaria la messa a gara anche di quei compiti operativi che, in ipotesi di ricorso da parte dell'Amministrazione, invece, al modello alternativo dell'appalto pubblico, la stessa potrebbe ben espletare da sé, senza necessità di ricorrere anche per essi al mercato. Sul punto è dunque riproponibile la configurazione data già nel parere 456/2007 nel quale era valorizzata la possibilità della suddivisione dell'attività anche in fasi autonome non per

(275) Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2390, in *Foro amm. CdS.*, 2013, pp. 1330

questo obbligatoriamente oggetto di affidamento. E' di un certo interesse che i giudici proponano una lettura del modello delle società mista operativa in comparazione con le scelte di diretta esternalizzazione dell'attività, almeno da un punto di dei termini dell'affidamento. Questo si evince anche dal richiamo fatto in sentenza alla previsione dell'art. 32, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, che in tema di società miste, si limita ad esigere che la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o servizio in misura superiore al 70 % del relativo importo in combinato con le previsioni dell'art. 53, comma 2 del medesimo testo legislativo il quale prevede che l'appalto possa avere ad oggetto anche la sola esecuzione dei lavori, onde la progettazione può ben essere curata anche integralmente dalla Stazione appaltante come di progettazione interna. Peraltro anche in relazione alle attività relative «*all'amministrazione della società con locazione dei locali, la provvista del personale e dei relativi beni strumentali*» viene sancita la possibilità che le stesse siano riservate in capo alla stazione appaltante trattandosi di attività rispetto alle quali non si configura alcuna sottrazione di utilità all'imprenditoria privata, non venendo in rilievo attività necessarie all'esecuzione dell'appalto, ma attività organizzative interne del tutto neutre occorrenti in modo analogo da parte di qualsiasi struttura complessa.

Dunque da questa configurazione emerge una connotazione della società mista all'interno della quale il socio privato appare più come un soggetto esecutore di una frazione dell'attività che come socio operativa completo. In questo senso, la lettura degli "specifici compiti operativi" sembra concretarsi in un sub-affidamento di parte del servizio che però lascia non del tutto chiariti i termini del rapporto societario connesso all'esercizio dell'attività che deve comunque inserirsi all'interno di un rapporto associativo. Se è infatti l'amministrazione che può riservarsi la

gestione amministrativa, non si comprende appieno come operino le dinamiche di *governance* tra i soci e se vi sia una reale alterità tra l'ente quale socio pubblico della società mista e l'Ente quale stazione appaltante che affida il servizio.

La tendenziale flessibilità del modello della società mista è messa in evidenza anche dalla giurisprudenza successiva²⁷⁶. Il T.A.R. lombardo sottolinea che tale strumento non è di per se vincolato a uno schema assolutamente rigido in merito alla separazione dei compiti operativi (e delle conseguenti remunerazioni) tra i soci pubblici e quelli privati. Tale separazione svolge al contrario *«un duplice ruolo che conferma la legittimità di questo tipo di collaborazioni, in quanto (a) risulta determinato puntualmente il criterio di scelta del socio privato (la Corte di Giustizia nella sentenza Acoset afferma al punto 60 che la scelta del socio privato deve avvenire anche in relazione “alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire”), e (b) viene pesato il contenuto economico delle prestazioni del socio privato, in modo che quest’ultimo consegua precisamente le utilità che potrebbe trarre dall’affidamento dello stesso servizio al di fuori dello schema societario, in esito all’esperimento di una gara per la scelta del contraente in relazione a un appalto oppure a una concessione di lavori o servizi»* (così nel considerando in diritto al punto 14).

La libertà concessa dal diritto comunitario alle forme di partenariato pubblico-privato, che pare sconsigliare una codificazione troppo rigida del modello, porta – a parere del Collegio – alla a far propendere per la non necessità di individuare vincoli *ex lege* alla ripartizione delle prestazioni tra i soci pubblici e quelli privati delle società miste. In particolare *«non esiste un vincolo all’attribuzione integrale o pro quota dell’intero servizio al socio*

(²⁷⁶) T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, Ordinanza 25 ottobre 2013, n. 518, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

privato. Al contrario, anche all'interno di un servizio da svolgere in modo unitario o integrato, possono sempre essere scorporate e attribuite al socio privato attività specifiche, secondo le esigenze delle amministrazioni interessate, purché il risultato complessivo sia ragionevole sul piano organizzativo (nel diritto interno la scorporabilità di fasi del servizio è stata ritenuta legittima già con il parere di CS Sez. II 18 aprile 2007 n. 456)» (così al punto 15 del considerando in diritto).

L'evoluzione dell'operatività del socio sembra dunque muoversi verso una sostanziale equiparazione dell'affidamento "dentro" alla società mista con quello potenzialmente acquisibile "al di fuori" della stessa. La parametrizzazione delle stessa pare poi lasciata in parte alla discrezionalità dell'ente nei limiti della "ragionevolezza" complessiva dell'attività affidata rispetto al disegno complessivo individuato nella scelta del modulo organizzativo adottato. La giurisprudenza ha dunque in parte chiarito i dubbi circa il *quantum* dell'attività da affidare al socio (che è certamente specifica ma può non essere totalizzante). Ha invece forse aumentato le perplessità sull'*an* della collaborazione in forma societaria non fornendo delucidazioni in merito alle dinamiche organizzative interne al mista e alla valenza di una "*vicinitas*" che superi la scelta di mera esternalizzazione.

2.5. Lo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quelle oggetto della gara per l'affidamento del servizio

Si è visto che il modello di società mista così inquadrato esiste in ragione dell'esercizio di una specifica attività all'interno della quale si concretizza anche l'attività del socio privato. Tale evidenza ha posto non pochi problemi in relazione allo svolgimento di compiti ulteriori eventualmente affidati alla stessa ovvero all'acquisizione di differenti servizi non originariamente oggetto del bando di gara.

In questa prospettiva vengono a rilievo differenti problematiche connesse da un lato al rispetto delle procedure di selezione del socio privato, e dall'altro dai vincoli derivanti dalla peculiare specificità dell'oggetto sociale.

2.5.1. Limiti all'acquisizione di attività ulteriori ed all'assegnazione di ulteriori compiti operativi al socio privato

La definitiva opzione per la gara a doppio oggetto relativamente alla scelta del socio privato della mista affidataria di concessione o appalto, porta con sé ulteriori limiti innegabilmente derivanti da tale opzione concorrenziale. La necessità di un oggetto sociale esclusivo che resti fisso durante tutto il periodo dell'affidamento comporta, come si è potuto constatare²⁷⁷, l'individuazione del partner privato in relazione ad un ambito definito di attività, la cui espansione può comportare evidentemente una variazione dei termini competitivi contrastante con i principi comunitari. In questo senso, la giurisprudenza interna ha avuto modo di specificare che l'affidamento di ulteriori servizi e attività non originariamente previste dal bando di gara debba passare per una procedura trasparente soggetta ai medesimi termini di evidenza pubblica²⁷⁸. Peraltro, questa posizione pare conforme anche al dettato normativo, ed in particolare a quanto disposto dal già citato art. 32, comma 3, d.lgs. 163/2006, il quale espressamente esonera la società mista [ricadenti nella lett. c) del comma 1°] dalle procedure competitive relative al solo affidamento oggetto della gara originaria, così evidenziando che gli eventuali ulteriori affidamenti non possano essere concessi in deroga a tali procedure concorrenziali.

La stessa norma mette poi in luce che le attività oggetto di affidamento "diretto" debbono essere svolte internamente dalla stessa

⁽²⁷⁷⁾ Cfr, Corte di Giustizia Sez. III, 15 ottobre 2009, n. C196/08, cit.

⁽²⁷⁸⁾ *Ex multis*, Consiglio di Stato Sez. V 13 febbraio 2009 n. 824, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 450.

società. Questo ci permette di ritenere che oltre all'attività principale oggetto della gara siano conferibili al socio privato le prestazioni accessorie comunque riconducibili all'oggetto principale. In tal senso, il limite a queste prestazioni strumentali alla gestione del servizio è stato individuato in dottrina nella marginalità che esse ricoprono rispetto all'affidamento principale²⁷⁹. In ogni caso, sarebbe opportuno che tali attività funzionali al servizio avessero un espresso riferimento già in sede di bando di gara, in quanto una loro eventuale lettura quale servizio autonomo renderebbe necessaria l'esternalizzazione delle attività stesse con una procedura di gara. Avuto riguardo della complessità e della durata del rapporto, è dunque possibile una limitata modificazione dell'originario oggetto di gara senza che ciò comporti una violazione del principio di par condicio o una trasformazione in senso "generalista" della società qualora tali variazioni siano comunque determinabili in base agli atti dell'originaria competizione ad evidenza pubblica²⁸⁰.

Con specifico riguardo all'acquisizione di affidamenti ulteriori rispetto a quello/i definiti all'interno del procedimento di gara per la selezione del socio privato, possono poi venire a rilievo ulteriori questioni questa volta non solo connesse alla tutela della concorrenza ma altresì alla più volte citata funzionalizzazione dell'attività sociale ai fini dell'Ente costituente.

Sul punto si rimanda a quanto già evidenziando parlando di scelta del modello e costituzione della società, ricordando peraltro il limite di scopo delle società partecipate da Enti pubblici definito all'interno dell'art. 3, comma 27, l. 244/2007.

(²⁷⁹) Sul punto, deve essere valutato il valore di tale attività accessoria in modo che esso non risulti preponderante rispetto alla prestazione di servizio. Cfr. A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it; M. LIBANORA, *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing*, Milano, 2011.

(²⁸⁰) Cfr. Consiglio di Stato Sez. V 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 1080 con nota di A. MUSSA, *Le società miste nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 1085.

2.5.2. Acquisizioni di ulteriori affidamenti in ambiti territoriali diversi

Tematica ancora più complessa è quella relativa all'eventuale acquisizione da parte della società mista di affidamenti al di fuori del territorio dei soci pubblici anche qualora compatibili con l'oggetto sociale²⁸¹. La questione è stata a lungo dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, le quali si sono interrogate se la funzionalizzazione della società ad uno specifico scopo potesse comportare dei limiti all'attività imprenditoriale della stessa²⁸². Il dato era certamente influenzato anche dai limiti che erano previsti in precedenza in relazione all'espletamento di servizi pubblici locali da parte delle aziende speciali, per le quali si riteneva indubbio il vincolo territoriale²⁸³.

Ad una prima lettura della giurisprudenza amministrativa ostile alla possibilità di attività *extra moenia* per le società miste²⁸⁴, è seguita un'apertura dello stesso Consiglio di Stato che rivedendo la sua precedente posizione, si è espresso evidenziando come la connotazione pubblicistica dell'Ente, sebbene non predetermini in via generale una preclusione per la società costituita di svolgere ulteriori attività anche in ambiti territoriali

(²⁸¹) Sul tema vi è stata grande discussione in dottrina. Tra i molti contributi M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1054; M. SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e ambito territoriale ottimale*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2857; L. MASI, *Società miste e extraterritorialità: due interventi simultanei del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2006, 324 ss.; C. CONTESSA, *Ancora sul divieto extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di strumentalità?*, in *Urb. e app.*, 2010, 462; E. SCAGLIONE, *L'attività extra territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 3389; R. CAMPORESI, *I vincoli dell'azione dell'ente locale a mezzo di società partecipate*, in *La finanza locale*, 2006, 57.

(²⁸²) Sul punto, in particolare R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2001; anche M. ROVERSI-MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, pp. 89.

(²⁸³) Di rilievo il contributo di G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro Amm. TAR* 2002, pp. 1568. Si veda altresì N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale dell'azienda speciale*, in *Regione e governo locale*, 1992, pp. 121.

(²⁸⁴) Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 1988, n. 818, in *Giur. it.*, 1988, pp. 87.

diversi, richieda che tale espansione sia in diretta connessione con gli obiettivi di interesse pubblico di cui l'Ente è impersonificazione²⁸⁵.

L'interpretazione del vincolo di scopo in senso positivo (ovvero la diretta connessione tra l'affidamento extra territoriale e l'utilità pubblica dell'Ente) ha subito poi un'ulteriore attenuazione questa volta in senso negativo. Sempre il Consiglio di Stato ha infatti affermato che la funzionalizzazione con la collettività di riferimento possa fungere da limite qualora l'ulteriore attività comporti una distrazione di risorse e mezzi che sia effettivamente apprezzabile e che realisticamente possa portare pregiudizio alle collettività stesse²⁸⁶.

Tale ultima impostazione ha peraltro avuto letture non del tutto coerenti e anche la giurisprudenza successiva ha in ogni caso evidenziato la necessità di una valutazione in concreto degli effetti connessi all'estensione dell'attività imprenditoriale della società mista²⁸⁷.

Rimanevano peraltro vive in dottrina le critiche sollevate in relazione ai limiti d'azione delle società miste²⁸⁸. Si è infatti evidenziato come tale vincolo rappresentasse un restringimento delle capacità del soggetto giuridico poco compatibili con le previsioni del diritto comunitario ed il principio della libera circolazione dei capitali²⁸⁹ per tenendo in considerazione la possibilità di contemperare le esigenze di tutela della

(²⁸⁵) Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, *cit.*

(²⁸⁶) Così Cons. Stato, Sez. III, 3 settembre 2001, n. 4586, *cit.*

(²⁸⁷) Si ricordano in particolare Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 9 maggio 2008, n. 1552. e Cons. St., Sez. V., 11 gennaio 2011, n. 77. In dottrina S. VALAGUZZA, *Le società miste comunali*, *cit.*, pag. 177, ha ben evidenziato questo orientamento basato sul presupposto che «*che la società mista è un vero e proprio imprenditore economico e rischia capitali appartenenti, parimenti, al soggetto privato e al soggetto pubblico, lo svolgimento, da parte della società mista, di attività extraterritoriale impone la concreta ed effettiva dimostrazione che l'attività costituente l'oggetto sociale sia vantaggiosa e non pregiudichi gli interessi della comunità locale*».

(²⁸⁸) F. GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 560.

(²⁸⁹) Il riferimento è in particolare all'art. 63 Trattato CE. La questione è ben sviluppata da D. MINIUSI, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e divieto di acquisizione di servizi ulteriori: un singolare rapporto tra giudici e legislatore*, in *Nuova Rassegna*, 2012, pp. 135.

concorrenza anche in relazione alle società che svolgono servizi di interesse economico generale.

Sul punto è intervenuto anche il legislatore con la specifica previsione racchiusa nel comma 33°, dell'art. 4 l. 138/2011 nella sua versione modificata dalla l. n. 183/2011. La norma prevedeva espressamente per lo specifico settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica l'impossibilità per le società miste di acquisire affidamenti ulteriori o in ambiti differenti qualora l'attività principale fosse stata oggetto di un affidamento diretto non espressivo del principio di gara a doppio oggetto.

Sebbene il testo sia stato successivamente abrogato, il dato è importante e serve a comprendere che qualora l'affidamento principale sia rispondente ai principi di concorrenza e trasparenza non vi sono motivi ostativi allo svolgimento da parte della società mista di attività anche in ambiti territoriali differenti.

Va chiarito in chiusura che le riflessioni sopra esposte debbono comunque essere considerate in relazione alla partecipazione a nuove competizioni concorrenziali a cui partecipi la società mista come entità sociale distinta.

Resta in ogni caso sempre possibile per il socio privato svolgere attività d'impresa nelle modalità e forme consentite dall'ordinamento civile nei limiti di quanto definito dagli atti di gara nonché dallo Statuto e dagli eventuali Patti Parasociali sottoscritti in sede di costituzione della società.

2.6. La *governance* della società mista operativa: atto costitutivo, statuto e patti parasociali

Il procedimento di costituzione di una società mista con socio operativo comporta una complessa attività che si struttura su due differenti piani operativi. C'è, come analizzato, un primo momento più propriamente

“pubblicistico” all’interno del quale si concretizza la scelta dell’Ente per il modello organizzativo e si delineano i criteri per la selezione del “miglior” partner possibile. In questa fase vengono poste le basi per la definizione di tutta l’attività futura della società e si definisce anche quale sarà la configurazione specifica che assumeranno il socio pubblico ed il socio privato.

Non va però dimenticato che lo strumento utilizzato rientra pienamente all’interno degli strumenti di diritto comune e sono le regole di questo settore giuridico che devono regolare la vita e la gestione della società. Si è infatti già più volte ripetuto che le peculiari finalità portate dal socio pubblico e la connotazione specifica dell’oggetto sociale introducono elementi di “coloritura” che però non snaturano la caratterizzazione prettamente privata della società mista operativa. Per questa ragione assumeranno ruolo dominante le statuizioni definite all’interno degli atti che tipicamente sono utilizzati nel diritto privato, attività non certo semplice dati gli elementi derogatori che abbiamo visto caratterizzare questo modello operativo.

Si tratta di limiti speciali e ulteriori rispetto a quelli generalmente connessi alla modificabilità del profilo soggettivo di un contratto pubblico dopo la sua aggiudicazione. In questo senso l’autonomia regolamentare dei soci, pur pienamente riconosciuta, deve però adeguarsi al modello tipico definito in sede di costruzione del partenariato istituzionalizzato, definito in sede comunitaria, per evitare di incorre in una degenerazione dell’uso degli strumenti di diritto civile già criticata per il passato²⁹⁰.

(²⁹⁰) Si ricorda infatti che in molte occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare come l’uso degli schermi societari non può risolversi in un ‘abuso’ della personalità giuridica tale da sottrarre l’attività delle amministrazioni al dominio della legge e all’osservanza delle vincolanti e imperative discipline per esse dettate; così anche Cons. Stato., V, 18 dicembre 2009, n. 8376, in *Foro Amm. CdS*, 2009, pp. 2864.

La strutturazione degli atti che regoleranno la vita della società dovranno per questo connettersi agli elementi indefettibili del modello. In primordine si dovrà dare atto dei differenti ruoli assunti dai soci nella gestione dell'impresa e dell'attività industriale: al socio pubblico primariamente l'attività di controllo e indirizzo sulla gestione, al socio privato lo svolgimento primario dell'attività operativa della società mista (entro i contorni di cui si è data ragione nei paragrafi precedenti). A ciò si dovrà altresì connettere il mantenimento dell'assetto così definito per tutto il tempo dell'affidamento evitando dunque trasformismi nell'assetto sociale e predeterminando modalità e oneri connessi al ricambio dei soci al termine individuato in sede di gara.

Come evidenziato da attenda dottrina²⁹¹, per il tramite degli strumenti forniti dal diritto civile, l'autonomia societaria deve inizialmente adeguarsi a questi caratteri inderogabili del partenariato (ché altrimenti non si giustificerebbe l'affidamento diretto del servizio alla società mista) e successivamente deve garantirne l'integrità durante tutta la gestione del servizio. Questo permetterà al socio pubblico di acquisire e conservare un livello di controllo relativamente elevato sulle vicende societarie e consentendo al socio privato di essere direttamente e autonomamente coinvolto nella gestione del servizio.

Soprattutto dopo la riforma del 2003, l'autonomia societaria sembra avere gli strumenti normativi per adattare l'architettura della società mista a queste necessità del modello²⁹². Si cercheranno dunque di indagare gli spazi per tale conformazione, analizzando le disposizioni che, negli atti costitutivi, negli Statuti e nei patti parasociali, permettono la ricostruzione di una *governance* rispondente ai principi sopra enucleati.

(²⁹¹) F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 511

(²⁹²) R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005.

In relazione all'atto costitutivo, esso rappresenta il momento contrattuale in cui si dà vita alla società e nel quale viene manifestata la volontà di istituire un rapporto stabile e definito. Lo stesso deve risultare conforme alle previsioni fissate dal codice civile in relazione al differente modello societario che viene scelto, ovvero seguendo la disciplina delle società per azioni (art. 2328 c.c.) oppure quella prevista per le società a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.). Elementi centrali dell'atto risultano poi la specificazione della differente partecipazione in società del socio pubblico e del socio privato e la concreta definizione dell'oggetto sociale.

In merito al primo aspetto, è in questo momento che si definiranno le rispettive quote sociali spettanti ai soci in relazione a quanto già esplicitato all'interno degli atti di gara. Va evidenziato che la normativa attualmente vigente non impone vincoli precisi rispetto alle quote attribuite al socio pubblico ed al socio privato. Si può però rilevare che lo specifico modello di mista operativa sin qui delineato deve far propendere per un rapporto di quote che veda il socio privato quale soggetto dotato di una partecipazione rilevante rappresentativa del suo ruolo industriale e gestionale. Al contempo, tale quota rilevante parrebbe doversi contenere all'interno della soglia di minoranza (ovvero al di sotto del 50%), così da garantire un controllo societario da parte dell'Ente pubblico. Sebbene infatti, come si vedrà, il diritto civile fornisce strumenti per vincolare l'attività dei soci anche in carenza di un controllo effettivo, tali soluzioni appaiono in molti casi non ottimali ad una struttura che vede la presenza del socio privato quale socio a tempo "determinato" in una veste molto simile a quella del concessionario di servizi.

Secondo aspetto di rilievo, come detto, è quello relativo all'oggetto sociale. Tale elemento assume estrema importanza in quanto rappresenta la ragione ed il limite alla scelta del modello societario. Sarà ben possibile

individuare campi accessori e strumentali al servizio principale ed anche attività finanziarie e gestionali ad esso connesse, ma non dovrà mai mancare il collegamento all'oggetto principale che connota la società a capitale misto. È sempre nell'atto costitutivo che si darà ragione degli eventuali conferimenti di beni connessi allo svolgimento del servizio. In questi casi, sarà molto importante che a tali beni venga data in fase costitutiva la corretta valorizzazione finanziaria, in quanto in molte situazioni sarà proprio in relazione a tali conferimenti che il socio pubblico sottoscriverà le proprie quote sociali. Peraltro, il valore dei conferimenti di cui si darà atto in questa fase costitutiva dovrà essere il risultato di un'attività peritale, svolta precedentemente alla conclusione della fase ad evidenza pubblica, che abbia i connotati di trasparenza e certezza tecnica. Va detto che tali conferimenti potranno assumere differenti caratterizzazioni: nella maggior parte dei casi la valorizzazione sarà fatta non in relazione alla piena proprietà dei beni ma al loro godimento da parte della società (*rectius* del socio privato) per lo svolgimento dell'attività sociale. Questo sarà in particolare il caso di servizi il cui espletamento richieda l'utilizzo di peculiari reti di proprietà pubblica.

Nell'atto costitutivo si rinviene anche l'identificazione del modello di amministrazione adottato, del numero di amministratori e dei loro poteri. Il punto è particolarmente delicato in questo tipo di società e necessità di un specifico approfondimento che verrà successivamente sviluppato.

Oltre agli elementi citati, l'atto costitutivo dovrà chiaramente contenere gli elementi formali richiesti dalle citate norme civilistiche, nello specifico l'individuazione precisa dei soci, la denominazione, la sede legale nonché la durata della società. Proprio rispetto alla durata, bisogna specificare che la stessa è riferita alla società nel suo complesso e non alla permanenza dei soci privati nella compagine sociale. Sebbene in sede comunitaria è stato rilevato che la durata del partenariato debba coincidere

con quella della società²⁹³, si può immaginare che la “vita” della società, come indicata a livello costitutivo, possa avere un’indicazione parzialmente diversa da quella dell’affidamento.

Infatti, anche al termine del periodo di affidamento individuato in sede di gara, l’attività sociale potrebbe proseguire qualora l’Ente costituente decida di riutilizzare tale modello organizzativo facendo subentrare, con ulteriore procedimento ad evidenza pubblica, un nuovo socio privato operativo (che potrebbe anche differire da quello precedente). La soluzione potrebbe essere quella di individuare nei rapporti societari schemi e termini capaci di attivare sistemi automatici che impediscano il rinnovo dell’affidamento e l’uscita del socio privato senza per questo dover scogliere la struttura già costituita. Questo appare tanto più corretto se si ragiona in termini di economicità ed efficacia dell’operazione.

2.6.1. La differente regolazione dei rapporti endosocietari nella s.p.a. e nella s.r.l.

Spostando l’attenzione al momento più propriamente dedicato alla regolazione dei rapporti endosocietari tra il socio pubblico e il *partner* privato riveste un ruolo centrale la corretta definizione dei termini convenzionali definita all’interno dello Statuto. In particolare, il diritto societario permette di regolare l’assetto “statico”²⁹⁴ del governo sociale attraverso un’ampia autonomia statutaria che permette di caratterizzare la partecipazione dei soci articolando la stessa secondo le precise esigenze organizzative e funzionali della società mista. Per queste ragioni è fondamentale che la società costituita si indirizzi verso il modello societario che meglio risponde alle esigenze dei soci.

(²⁹³) Un riferimento in questo senso è ad esempio al punto 61) del Libro Verde della Commissione del 2004; sul punto si rimanda al cap. 2 par. 2.1.

(²⁹⁴) Sul punto, R.URSI, *Società ad evidenza pubblica*, cit.

Ad un'attenta analisi, il modello di società a responsabilità limitata sembra mostrare maggiore flessibilità anche rispetto alle previsioni statutarie. L'art. 2468 c.c. al comma 3° consente infatti di attribuire ai singoli soci speciali diritti riguardanti l'amministrazione della società o anche la distribuzione degli utili, in deroga al generale principio di proporzionalità rispetto alle partecipazioni e/o ai conferimenti. Come evidenziato in dottrina²⁹⁵, questo permette anche di superare la disciplina speciale prevista dall'art. 2449 c.c. relativa alle società per azioni partecipate da Enti pubblici, spostando in modo rilevante la concreta gestione amministrativa della società sul socio privato. La previsione sembra peraltro coerente con la configurazione del socio privato come socio industriale su cui grava lo svolgimento concreto dell'attività di servizio.

Oltre a ciò, vi è anche la possibilità di attribuire alcune delle competenze decisionali direttamente all'organo amministrativo rafforzando così l'autonomia e l'influenza del privato sulla gestione operativa della società, così dando maggiore risalto alla distinzione del ruolo dei soci e all'influsso dietro determinazione dell'Ente (art. 2479 c.c.). Chiaramente tali specifiche attribuzioni saranno ascrivibili al socio privato come individuato in fase di gara, e dunque potranno subire una rivalutazione in caso di trasferimento della partecipazione che in ogni modo sarà comunque soggetta alle regole del diritto comunitario, come si approfondirà in seguito.

Sempre nella s.r.l., è altresì possibile prevedere una valorizzazione dell'apporto del socio privato che passi attraverso il conferimento della propria attività a favore della società mista. Si tratta di una forma di "capitalizzazione"²⁹⁶ dei conferimenti d'opera provenienti dal partner privato che ben si attagliano alla figura del socio operativo anche se

(²⁹⁵) F.LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in www.giustamm.it.

(²⁹⁶) F. GUERRERA, *Lo Statuto nella nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, cit.

all'interno dei limiti individuati dalla norma (art. 2464 c.c.). Tali conferimenti possono assumere le caratteristiche più varie concretizzandosi anche in tecnologie, *know how* e prestazioni future.

Dal punto di vista del socio pubblico, si riscontrano disposizioni volte a garantire un rafforzamento delle competenze anche in caso di partecipazione minoritaria capaci di attribuire allo stesso diritti di consultazione su determinate materie ovvero il potere di veto sulle decisioni assembleari di maggiore impatto (art. 2479-*bis* c.c.). Non va dimenticata neppure la previsione dell'art. 2473-*bis* c.c., che consente ai soci di prevedere specifiche esclusioni per giusta causa; in questi casi, come evidenziato in dottrina²⁹⁷, lo Statuto potrebbe individuare speciali forme di riscatto della partecipazione del partner privato da parte del socio pubblico²⁹⁸ connesse al verificarsi di eventi patologici o negativi per la pubblica amministrazione. Ancora, potranno trovare applicazione clausole specifiche volte ad istituire obblighi di co-vendita a carico del socio privato qualora sia prevista negli atti sociali un'adeguata garanzia del corrispettivo previsto per l'attività e gli investimenti attuati (c.d. clausola di *drag along*)²⁹⁹. Questi sistemi si rivelano particolarmente utili per una società, come quella in analisi, che si presenta come modello in cui coabitano differenti esigenze ed il cui mantenimento è fortemente connesso a scelte organizzative della p.a.

Anche il modello della società per azioni permette di adattare la "vita" della società in relazione alle esigenze dei soci, sebbene presenti profili di

(²⁹⁷) F. GUERRERA, op. cit.

(²⁹⁸) Qui sarà l'ente e non la società mista a dovere acquisire la quota, per non entrare in contrasto con le disposizioni dell'art. 2474 c.c.

(²⁹⁹) Si segnala che la giurisprudenza civile ha sancito la validità di tale clausole quando queste siano in ogni caso rispettose di un principio di equa valorizzazione della quota obbligatoriamente dismessa e che dunque dunque che non determini in concreto un effetto espropriativo della differenza tra il valore effettivo della partecipazione e il valore convenzionalmente fissato per il trasferimento. Cfr. Tribunale civile di Milano, 1 aprile 2008, con nota di L. FABBRINI, *Validità delle clausole statutarie di drag along*, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 1034

maggior rigidità rispetto a quello della s.r.l.. In primo luogo, si può fare riferimento alla disciplina prevista dall'art. 2345 c.c., con riferimento alla nota categoria delle azioni con prestazioni accessorie. La norma consente infatti ad alcuni soci di obbligarsi ad eseguire specifiche prestazioni d'opera, differenti dai conferimenti in denaro, qualora gli atti costitutivi della società ne determinino il contenuto, la durata, le modalità ed il compenso. Questa previsione ha avuto grande utilizzo sin dal passato specie all'interno delle società miste costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali. La stessa norma appare utile anche in relazione all'attuale formula di mista come società "a composizione variabile" (in quanto soggetta al possibile ricambio periodico del socio operativo), permettendo di connettere la partecipazione del privato direttamente al compimento delle attività operative definite in sede di gara.

Peraltro, l'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 2345 c.c. sembra potersi coniugare con l'ulteriore valorizzazione dell'apporto del socio privato per il tramite dell'art. 2350, comma 2°, c.c.³⁰⁰. Secondo tale disposizione è possibile l'emissione di apposite azioni fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore.

La norma risponde bene ad alcune esigenze tipiche delle società multiservizi di gestire in modo separato le diverse attività ed i rapporti con i relativi soci operativi senza la necessità di creare patrimoni separati e con il vantaggio di poter meglio gestire il ricambio del partner privato e l'eventuale emergere di fenomeni patologici. Si richiamano anche in questa sede le specifiche previsioni già analizzate in tema di valorizzazione della quota del gestore uscente, ovvero il recesso (art. 2437 c.c.), l'esclusione (art. 2347-bis c.c.) ed il riscatto delle azioni (art. 2437-sexies c.c.). Tali

⁽³⁰⁰⁾ In riferimento alla conformità di tale soluzione Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *Foro amm. CdS*, 2011, pp. 2335.

disposizioni, correttamente inserite all'interno degli statuti societari, possono permettere di superare situazioni di stallo nel rapporto tra i soci permettendo peraltro l'applicazione di meccanismi volti a rendere più semplice la fuoriuscita del socio privato dalla compagine sociale ed il ricambio dello stesso con un nuovo soggetto. Peraltro, proprio in caso di società ad oggetto plurimo (ma non comunque generalista), sarà possibile altresì l'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 2437-sexies c.c. in vista del riscatto da parte dell'Ente pubblico di azioni di categoria emesse in relazione alle differenti attività.

Le soluzioni per regolare i rapporti all'interno della società mista sono certamente molte e capaci di rispondere alle specifiche esigenze dei soci. Gli stessi potranno peraltro decidere di definire tali strumenti all'interno di differenti atti contrattuali che, si è già detto, saranno in ogni caso parte integrante della gara pubblica così che i soggetti che vi partecipano possano già avere un quadro chiaro e completo dei termini dei futuri rapporti in società.

Oltre all'atto costitutivo e allo statuto è possibile fare ricorso ad un altro modello contrattuale, che ha la particolare valenza di intervenire quale pattuizione tra i soci stessi e dunque lasciando maggiore flessibilità in capo agli atti che invece racchiudono la disciplina generale della società e che assumono, pertanto, rilevanza esterna.

I patti parasociali sono a tutti gli effetti dei contratti che hanno una funzione ormai riconosciuta dall'ordinamento che ne ha introdotto una disciplina generale all'interno dell'art. 2341-bis c.c.³⁰¹. Anche prima della loro definitiva consacrazione ad opera della riforma del 2003³⁰² essi

⁽³⁰¹⁾ In riferimento alla peculiarità di tali accordi D. PROVERBIO, *I patti parasociali*, Milano, 2010.

⁽³⁰²⁾ D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6

avevano però già avuto un largo uso³⁰³ per la loro capacità di vincolare i soci senza vincolare la società e dunque restando estranei a tutti i soggetti non sottoscrittenti.

Questa caratteristica, fa sì che il rilievo assunto dai patti parasociali si caratterizzi sotto forma di responsabilità delle parti in caso di mancato rispetto degli stessi; in questo senso l'eventuale attività contraria ai patti non sarà opponibile ai terzi e dunque anche le attività sociali connesse resteranno pienamente valide (tipo caso e la violazione di patti di voto in assemblea che non rende illegittime le deliberazioni assunte).

2.7. La circolazione delle partecipazioni

Ulteriore tematica di grande interesse nella costruzione dei necessari assetti sociali del modello di società mista operativa, di cui si stanno ricostruendo i contorni, è la quella relativa alla circolazione delle partecipazioni dei soci, soprattutto quella dei soci privati. La stabilità degli assetti proprietari è fondamentale per garantire il corretto svolgimento dell'attività sociale ed il rispetto delle procedure competitive, svolte a monte per addivenire alla selezione del socio. Se si obiettasse diversamente, ci si troverebbe nell'assurda posizione di essere soggetti ad un pericoloso "trasformismo" del socio che annullerebbe gli sforzi fatti. Fondamentale risulta l'introduzione nello schema sociale meccanismi di "specialità debole" che consentano di garantire la permanenza del socio o quantomeno la possibilità di valutare la sua fuoriuscita all'interno di un percorso condiviso e già predefinito. Dunque il soggetto pubblico che decida di costituire la struttura mista dovrà si dall'indizione della procedura porsi differenti problemi: 1) garantire la permanenza del socio privato durante il periodo

⁽³⁰³⁾ In dottrina si parlava di patti parasociali già dall'introduzione del Codice civile, sul punto G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942 ora in *Diritto delle società*, Scritti giuridici, II, Padova, 1992.

dell'affidamento; 2) studiare sistemi capaci di rispondere alle eventuali deficienze del *partner*; 3) definire in modo puntuale le modalità di uscita del socio al termine dell'affidamento³⁰⁴.

Nel caso si sia optato per la struttura della società a responsabilità limitata potrà essere prevista nello Statuto una clausola di intrasferibilità della partecipazione ai sensi dell'art. 2469, comma 1° c.c. Differentemente, nella società per azioni si potrebbe optare in modo analogo per l'utilizzo della clausola prevista dall'art. 2355-*bis* c.c., la quale però vede il suo limite nel termine di cinque anni. In entrambe le situazioni si pone il problema del rapporto dell'utilizzo di strumenti di blocco con l'eventuale esercizio di un recesso da parte del socio privato e con il principio del "gradimento" da parte del socio pubblico.

Infatti, nell'ottica del modello schematizzato con il PPPI di stampo europeo ad ogni fenomeno che comporta una modifica sociale durante l'attività affidata alla società mista (o meglio al suo socio operativo) dovrebbe condurre naturalmente allo svolgimento di una nuova procedura ad evidenza pubblica. Il mero gradimento (anche se da parte del socio pubblico) non potrebbe in linea generale superare i necessari profili di tutela del mercato.

Più compatibile con l'istituto risulta invece una eventuale clausola di "prelazione" in capo al socio pubblico³⁰⁵ volta al riacquisto della quota del socio privato qualora sia attuata in vista di una successiva competizione per l'individuazione del nuovo partner operativo.

I rilievi sopra esposti si debbono applicare anche nel caso di operazioni straordinarie volte all'ingresso di nuovi soci nella compagine già

⁽³⁰⁴⁾ In tema di trasferibilità delle partecipazioni in società miste P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in F. FIMMANO' (a cura di) *Le società pubbliche*, Milano, 2011.

⁽³⁰⁵⁾ Chiaramente resta esclusa una prelazione in favore del socio privato in quanto questo comporterebbe una forma di elusione delle regole dell'evidenza pubblica; sul punto Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2000, n. 3009.

esistente³⁰⁶. La giurisprudenza amministrativa³⁰⁷ ha infatti evidenziato che tutte le operazioni straordinarie volte a mutare la compagine sociale di un soggetto che abbia ottenuto un affidamento “diretto” in virtù di speciali deroghe o procedure comporta la necessità di un nuovo momento partecipativo che coinvolga gli operatori di mercato in modo non discriminatorio.

2.8. La nascita della società mista da un soggetto *in house*

Differente dalla tematica della circolazione delle quote sociali della società mista è quella relativa alla dismissione di quote di società a partecipazione pubblica totalitaria. Si deve infatti evidenziare che il nostro ordinamento (ed anche quello comunitario) consente la possibilità di addivenire alla costituzione di una società mista anche attraverso la cessione di quote pubbliche ad un soggetto privato. Il riferimento espresso è contenuto nell’art. 113, comma 12° del t.u.e.l., il quale recita *«l’ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere»*. La norma (che trova riscontro anche in quanto stabilito all’interno del Libro Verde del 2004) consente dunque l’apertura al mercato del soggetto *in house*, con una cessione che non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere. E’ chiaro peraltro che godendo la società *in house* di un affidamento diretto dell’attività, l’ingresso del socio privato dovrà inevitabilmente passare per una selezione ad evidenza pubblica. Come

⁽³⁰⁶⁾ Sui profili dell’evidenza pubblica in relazione alle operazioni straordinarie che coinvolgono le società miste L. PERFETTI, *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, pp. 2300; in senso più ampio A. RUOTOLO – M. MALTONI, *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in GUERRERA F. (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

⁽³⁰⁷⁾ Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 2864.

evidenziato dalla giurisprudenza³⁰⁸, tale procedura dovrà peraltro presupporre l'ingresso di un socio operativo capace di poter proseguire la gestione del servizio. In questi termini la gara dovrà avere ad oggetto non solo la quantificazione economica della quota ma altresì le capacità gestionali del socio subentrante. Non si deve infatti dimenticare che dando vita ad soggetto misto affidatario di un servizio, sarà in capo al privato la gestione operativa dell'attività. Attraverso una procedura trasparente sarà poi possibile evitare che il soggetto che entra nella compagine sociale possa godere di un affidamento senza aver dimostrato di averne i requisiti.

Peraltro si deve rilevare che, nel caso di società affidatarie diretti di servizi a rete ai sensi dell'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011, la procedura per l'individuazione del soggetto privato spetterà all'autorità di bacino competente rispetto al territorio di riferimento.

2.9. Il contratto di servizio

Va osservato che l'utilizzo della società mista per la gestione di un servizio non elimina il rapporto che esiste tra l'Ente pubblico e la titolarità del servizio stesso. Infatti, anche nei fenomeni di esternalizzazione l'Ente rimane il vero titolare dell'attività e del relativo potere concessorio. Per questa ragione ad esso è sempre ascrivibile la possibilità di determinare le modalità e le caratteristiche con cui l'attività dovrà essere svolta. Appare evidente che l'apertura al mercato (anche nei casi di costituzione di società miste) non possa comportare detrimento all'efficiente svolgimento del servizio.

In questi termini, il contratto di servizio rappresenta un documento fondamentale per definire la regolamentazione degli obblighi nascenti tra le parti del rapporto concessorio/di affidamento e per individuare a monte i

⁽³⁰⁸⁾ Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, cit.

termini entro i quali dovrà svolgersi l'attività. Esso permette altresì di fungere da strumento di controllo "esterno" del soggetto che materialmente gestisce il servizio. Dunque, nella definizione del contratto di servizio si dovranno contemperare differenti interessi: da un lato assicurare la compatibilità delle scelte dell'Ente in relazione alle esigenze del servizio, dall'altro promuovere condotte imprenditoriali orientate all'efficienza e all'economicità³⁰⁹.

2.9.1. Natura e definizione del contratto di servizio

Il legislatore ha previsto l'inserimento di tale documento individuandolo come contratto relativo alla regolazione dei rapporti tra l'Ente e l'azienda speciale. Questo è avvenuto per la prima volta nell'art. 4 della legge 29 marzo 1995, n. 95. Altro riferimento è rinvenibile peraltro già nell'art. 5 dPR 533/1996 proprio in tema di società miste a partecipazione pubblica minoritaria, dove si parla espressamente di "convenzione". E' però con la riforma al t.u.e.l., introdotta dalla legge 448/2001, che si ha una valorizzazione in senso generale del contratto di servizio come strumento per la regolazione dei rapporti tra gli Enti titolari del servizio ed i soggetti erogatori. Ecco allora che attraverso il contratto di servizio si permette una costante valutazione dei parametri di efficienza del servizio, dell'universalità dello stesso e dell'economicità del servizio pubblico.

Proprio per la centralità di tale atto rispetto ai rapporti tra l'Ente locale ed il gestore (con le conseguenti ricadute sulla collettività di riferimento) si è aperta una importante discussione circa la qualificazione e la natura di tale contratto di servizio. Si sono infatti contrapposte in giurisprudenza due differenti visioni che hanno portato ad un inquadramento di tale strumento di regolazione e controllo come atto di

⁽³⁰⁹⁾ A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010.

stampo privatistico ovvero di spiccato carattere pubblicistico³¹⁰. Quest'ultima impostazione è in particolare derivata dalla connessione del contratto di servizio con la categoria degli accordi ad oggetto pubblico ove la volontà espressa dall'amministrazione è comunque attività funzionalizzata all'esercizio di un potere prettamente pubblicistico³¹¹. In quest'ottica «*il rapporto mediante il quale un ente pubblico affida ad un erogatore (il gestore) lo svolgimento di determinati servizi pubblici*» non sarebbe inquadrabile all'interno dei negozi di diritto privato ma piuttosto all'interno della categoria degli accordi sostitutivi del provvedimento come previsti ai sensi dell'art. 11 della legge 241/1990³¹², in quanto atto bilaterale volto all'esercizio di potestà pubbliche. Questo comporta che in relazione al contratto di servizio dovranno applicarsi le discipline del codice civile solo in quanto ciò sia compatibile con l'esercizio del potere amministrativo. Certo la qualificazione pubblicistica non comporta il venir meno del vincolo contrattuale che costituisce elemento essenziale della disciplina codicistica (art. 1372, comma 1°, c.c.) però è chiaro che gli elementi derogatori del modello contrattuale sono tali da far assumere alla nozione di "contratto" una valenza quasi solo terminologica.

La scelta pubblicistica comporta non poche ricadute nella regolazione dei rapporti tra gestore e amministrazione. In primo luogo si modificano i termini della giurisdizione applicabile al contratto di servizio che sarà totalmente devoluta al giudice amministrativo, in ossequio a quanto previsto dall'art. 133, comma 1°, lett a), in materia di formazione, conclusione ed

⁽³¹⁰⁾ La prima posizione, meno seguita, è stata proposta dal TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 4 novembre 2009, n. 1181, in *Giur. Merito*, 2010, pp. 830. La seconda, prevalente, è stata sostenuta in varie decisioni; tra le tante si ricordano T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, in *Foro amm. T.A.R.*, pp. 3069; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 26 settembre 2013, n. 2206, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, pp. 2685.

⁽³¹¹⁾ Per una attenta disamina della qualificazione e dell'evoluzione della nozione in relazione al contratto di servizio si veda C. VIVANI, *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 355.

⁽³¹²⁾ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, *op. cit.*

esecuzione degli accordi sostitutivi del provvedimento³¹³. In secondo luogo sarà possibile per l'amministrazione esercitare poteri di recesso unilaterale connessi alla presenza di sopravvenute ragioni di interesse pubblico. In questi casi peraltro, anche volendo sostenere tale possibilità, la facoltà della p.a. dovrà comunque essere riconnessa ad esigenze pubblicistiche forti e nei limiti di proporzionalità rispetto al sacrificio che viene richiesto al contraente privato³¹⁴. Ancora, non potrebbe applicarsi al contratto di servizio la disciplina privatistica della nullità per violazione di norme imperative di cui all'art. 1339 c.c. relativamente alla sostituzione di clausole e prezzi imposti, dovendosi invece optare per un procedimento basato su di un'azione di annullamento ai sensi dell'art. 210^{octies} della l. 241/90, attraverso la quale è consentito il controllo giurisdizionale sull'eventuale violazione di norme imperative da parte di un atto esercizio del potere pubblico³¹⁵.

La configurazione pubblicistica del contratto di servizio, con la conseguente problematicità della tutela del gestore privato, spinge a ritenere quantomeno necessaria una strutturazione dello stesso da parte dell'amministrazione in modo quanto più possibile chiara e precisa. Come suggerito in dottrina³¹⁶, l'Ente dovrà opportunamente evitare la creazione di incertezze sugli elementi di regolazione e risoluzione del rapporto individuando già nell'atto possibili percorsi per rispondere in modo rapido a fenomeni di contrasto tra le parti e definendo, se possibili, gli ambiti di attività non configurabili come comportamenti ed attività costituenti espressione di potestà pubbliche.

⁽³¹³⁾ Va rilevato che anche in materia di servizi pubblici si ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ma con esclusione delle questioni relative a indennità, canoni ed altri corrispettivi come previsto dall'art. 133, comma 1°, lett. c). La differenza non è di poco conto.

⁽³¹⁴⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 1230, in *Foro amm.*, 1991, 12.

⁽³¹⁵⁾ Sul punto si richiama nuovamente la decisione del T.A.R. Piemonte n. 2750/2010.

⁽³¹⁶⁾ M. LIBANORA, *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing*, cit.

2.9.2. Elementi tipici e contenuto

Proprio per garantire il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, il contratto di servizio è individuato nel suo "scheletro" di regolamentazione già in sede di gara e soggetto solo ad una integrazione che deriverà proprio dall'esito della competizione concorrenziale. L'offerta selezionata sarà infatti alla base della definizione dei precisi contenuti tecnici ed economici che caratterizzeranno lo svolgimento del servizio. A tal fine, l'amministrazione potrà prevedere nei contratti di servizio una serie di elementi a tutela del corretto svolgimento dell'attività. In particolare si tratta di strumenti con differenti caratteristiche che possono racchiudere un contenuto minimo necessario per regolare le principali evenienze connesse al rapporto tra l'Ente, il gestore e l'utenza³¹⁷. Seguendo tali impostazione si possono così indicare disposizioni relative 1) ai termini di definizione dei piani di investimento anche in relazione al conferimento da parte dell'Ente di beni e risorse strumentali allo svolgimento del servizio; 2) all'individuazione di meccanismi premiali/sanzionatori connessi allo svolgimento dell'attività; 3) alle modalità di verifica e monitoraggio della qualità del servizio e della sua efficienza; 4) alla determinazione delle modalità di subentro del nuovo gestore; 5) alla quantificazione dell'eventuale indennizzo al gestore uscente; 6) alle possibili modifiche apportabili al contratto di servizio. Di particolare interesse su questo punto sarà la definizione delle retribuzioni del gestore connesse al raggiungimento del risultato ovvero all'efficientamento del servizio, o ancora, la previsione dettagliata degli specifici obblighi di investimento durante il periodo di affidamento ed altresì la soggezione a

(³¹⁷) Una schematizzazione di tale contenuto minimo è tracciata da un recente rapporto dell'aprile 2013 intitolato "Linee guida sul contratto di servizio" presentato in collaborazione dal Dipartimento degli Affari Regionali ed INVITALIA all'interno del *Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli Enti Pubblici delle Regioni "Obiettivo convergenza" per l'implementazione della riforma del mercato dei Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica*"

previsioni connesse alla garanzia dell'erogazione in continuità del servizio svolto (questo con particolare rilievo in materia di servizi pubblici)³¹⁸.

Come già rilevato, risulta direttamente connessa al contratto di servizio anche l'attività di controllo e monitoraggio svolta dall'Ente al fine di assicurare il corretto svolgimento delle prestazioni. Si tratta in particolare della possibilità di istituire specifici sistemi informativi e di reportistica correlati alla gestione delle attività, che possono essere svolti anche da soggetti costituiti *ad hoc* tra le parti in via paritetica con la funzione di una verifica costante dei livelli gestionali e prestazionali. Sulla base di tali attività è possibile introdurre elementi di flessibilità del rapporto nei limiti di quanto già previsto in sede di gara. Non va dimenticato infatti che il rapporto tra l'Ente ed il gestore si caratterizza per una durata non breve ed è dunque necessario immaginare strumenti in grado di rispondere ai necessari adattamenti richiesti dall'espletamento dell'attività, senza peraltro che questo comporti un radicale mutamento delle condizioni individuate a monte dell'affidamento.

2.9.3. La declinazione in relazione alla società mista

Con particolare riferimento alle società miste, l'inserimento del contratto di servizio nei rapporti intercorrenti tra le parti assume aspetti differenziati. La presenza di una struttura intermedia tra l'Amministrazione ed il reale gestore del servizio (il socio privato operativo scelto con gara) comporta la frammentazione dei momenti di regolazione che andranno dunque specificati in rapporto alle posizioni delle parti. Non a caso anche in sede comunitaria³¹⁹ si è ben specificato che, nelle procedure di costituzione del partenariato istituzionalizzato, debbano essere individuati non solo i

⁽³¹⁸⁾ Sul punto B. SPADONI, *Il contratto di servizio pubblico nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁽³¹⁹⁾ Il riferimento è ancora alla più volte citata Comunicazione della Commissione del 2008 su PPPI.

termini delle relazioni di regolazione tra il socio pubblico ed il socio privato, ma altresì il rapporto tra amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale mista da costituire.

Questo mette in evidenza l'esistenza di due differenti rapporti giuridici distinti e collegati: il primo relativo al rapporto tra i soci nella società e regolato in modo principale dagli atti di carattere societario, il secondo tra la società mista e l'Ente definito in via preponderante sulla base del contratto di servizio. Si è evidenziato che questo rapporto diarchico comporta un nesso di presupposizione necessaria tra i due rapporti³²⁰. Dal legame tra socio ed Ente affidante nascerebbe perciò il sottostante rapporto indiretto tra società mista ed amministrazione così che alla cessione del rapporto tra socio privato e soggetto pubblico viene meno anche l'affidamento alla società mista (e questo sia nel caso di conclusione "naturale" dell'affidamento che nelle situazioni più propriamente patologiche). Non si deve poi dimenticare che proprio per la pluralità di rapporti presenti nella società mista, il contratto di servizio deve rappresentare una forma di garanzia dell'amministrazione nel perseguire in modo concreto obiettivi di qualità, efficienza ed economicità del servizio. Il potenziale conflitto di interessi dell'Ente, sia controllore che controllante, può trovare in queste sede di regolazione un punto fermo ed uno strumento principi attraverso il quale esprime il suo ruolo di regolatore, creando un rapporto di terzietà con la mista capace di portare a *standard* elevati di servizio a cui il partenariato aspira.

(³²⁰) Sul punto in particolare A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, cit. pp. 65.

3. La società mista come modello organizzativo differenziato: riflessioni conclusive.

Il percorso sin qui delineato può permettere di svolgere alcune riflessioni conclusive in relazione all'utilizzo e ai possibili sviluppi del modello di società mista. Sono riflessioni che inevitabilmente risentono di un'instabilità che, come si è visto, pare connaturata all'istituto. A ben vedere però tale caratterizzazione "incerta" deriva fundamentalmente dalla declinazione che di tale strumento è stata data dalla normativa. Con uno sguardo rivolto all'ordinamento interno, le tensioni paiono duplici. In primo luogo, vi è la generale tendenza alla "necessaria classificazione" che spinge il legislatore ad ibridare i modelli societari³²¹ nell'ottica di ricondurre l'attività dei soggetti pubblici soci all'interno di alvei del diritto pubblico che però mal si contemperano con il carattere tipico della società. Un'ibridazione cercata e voluta che però non si dimostra utile rispetto alle finalità perseguite (ed anzi in molte occasioni dannosa)³²². Veramente l'applicazione di vincoli pubblicistici rappresenta la migliore soluzione di contemperamento degli interessi? Non sono declinabili gli strumenti tipici del diritto societario al fine di garantire comunque una tutela degli interessi connessi alle attività svolte dalle società miste? Le questioni non sono di facile risposta ma in questo senso lo sforzo legislativo dovrebbe essere improntato ad una maggiore coerenza interpretativa e di sistema. Da qui il secondo limite. Il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario, si sa, non è sempre di facile declinazione. Le diverse modalità di approccio al diritto e le divergenze, spesso non minimali, degli elementi di tutela possono portare a soluzioni non del tutto coincidenti. E' vero però che in molte occasioni il

(³²¹) Una tendenza che, come visto nel primo capitolo, si ripropone in molti provvedimenti normativi differenti. Sul tema C. VOLPE, *Società mista tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in *Urb. e app.*, 2006, pp. 343.

(³²²) Sul punto si veda M. DUGATO, *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Istituzioni del federalismo. Quaderni*, 2011.

nostro legislatore ha “abusato” dello schermo comunitario per “rifuggire” dal compito – ad esso spettante – di regolatore delle attività economiche e sociali.

La materia dei servizi pubblici locali, sopra inquadrata, è in questo senso emblematica. L'intervento della sentenza 199/2012 e la disciplina minimale ad essa conseguente, sono state giustificate proprio sulla base della presenza di una disciplina europea, fatta di norme e di principi, che si può comunque ritenere bastevole a regolare in modo chiaro la materia. Ciò che consegue a questa scelta “di risulta”, non pare però ottemperare alla migliore definizione possibile degli assetti sociali. Infatti, all'interno di una cornice definita in ambito comunitario, sono molti gli spazi di normazione che rimangono comunque aperti per il legislatore italiano e sono notevoli i margini di valorizzazione che possono essere attribuiti ad aspetti non residuali della materia in oggetto³²³.

Sul punto il pensiero va in primo luogo ai numerosi atti comunitari³²⁴, dai quali emerge con evidenza che i fondamentali principi di concorrenza e libero mercato trovano, in alcuni settori, delle formule di convivenza con appositi meccanismi di flessibilità capaci di meglio rispondere alle esigenze di regolazione dei singoli Stati membri. Così è nel caso dei servizi di interesse economico generale (*rectius* servizi pubblici di rilevanza economica) nei confronti dei quali è possibile prevedere strumenti di compensazione economica, atti a valorizzare i profili di universalità del

(³²³) La riflessione è svolta in modo approfondito da M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, pp. 133.

(³²⁴) Di particolare interesse risultano la Comunicazione della Commissione UE sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale 2012/C 8/02 e la Comunicazione della Commissione UE su una disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico 2011/C 9404.

servizio e di qualità della prestazione offerta, senza che ciò comporti automaticamente la violazione degli artt. 106 e 107 del TFUE³²⁵.

La flessibilità fornita in sede europea deriva dalla coscienza che in alcuni settori della vita economica e sociale degli Stati, la mera valorizzazione degli aspetti di tutela della concorrenza non può di per sé essere sufficiente a dare risposta alle necessità delle comunità di riferimento. Il legislatore italiano sembra avere preso consapevolezza di ciò, ma non pare che nell'attuale momento storico si sia spinto oltre a un formale presa d'atto di tale spazio d'azione³²⁶. Sarebbe invece importante che la normativa interna andasse oltre, configurando soluzioni e limiti, definendo modalità concrete e fornendo agli interpreti (e primariamente alle Amministrazioni) una *road map* attraverso la quale inquadrare le proprie scelte. Questo permetterebbe di dare una migliore definizione degli equilibri di cui la materia necessita, senza per questo vincolare e limitare la discrezionalità degli enti, che anzi, proprio alla luce delle indicazioni fornite dal legislatore nazionale, troverebbe un punto di riferimento oggettivo. Non più dunque disposizioni concentrate sul determinazioni di "paletti" circa i modelli utilizzabili (contrastante con la volontà referendaria ed anche con le indicazioni comunitarie), ma normative dettagliate di principi, all'interno dei quali giustificare scelte e soluzioni. La riflessione porta ad un ulteriore passaggio che sposta nuovamente l'attenzione sul cuore della ricerca: la società mista come modello di PPPI. Anche in questo caso gli interrogativi e

(³²⁵) Sul punto si richiama la sopra citata Comunicazione del 2012 che al punto 4 dei considerando evidenzia che «4. Parallelamente alla presente comunicazione, la Commissione prevede di adottare un regolamento sugli aiuti «de minimis» specifico per i SIEG che chiarisce che talune misure di compensazione non costituiscono aiuti di Stato a norma dell'articolo 107 del trattato (3), e pubblica una decisione (4) che dichiara taluni tipi di compensazioni dei SIEG che costituiscono aiuti di Stato compatibili con il trattato a norma dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato e li esonera dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, e una disciplina (5) che stabilisce le condizioni in base alle quali gli aiuti di Stato per i SIEG cui non si applica la decisione possono essere dichiarati compatibili ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato».

(³²⁶) Il riferimento è in particolare all'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012. La norma riprende la dicitura comunitaria senza fornire un'ulteriore declinazione della stessa.

le questioni non sembrano lontane sul piano della logica giuridica. Si è avuto modo di comprendere come il modello di PPPI definito in sede comunitaria abbia connotati che allontanano la figura dai contorni che si erano invece imposti nel nostro paese per un certo numero di anni. In quest'ottica la società mista è compatibile allo strumento europeo qualora sia costruita per la realizzazione di una specifica *mission* sociale, che finisce con il concretizzare una sorta di "sub-affidamento" in favore del socio privato scelto con gara³²⁷. Dunque una mera scelta organizzativa, un'alternativa all'esternalizzazione *tout court* che non segue una via preferenziale e non gode di posizioni differenziate³²⁸. Ma è realmente così? In questi termini quali sono i vantaggi della costituzione di una società mista? Certamente lo strumento societario permette un controllo di maggiore impatto da parte del socio pubblico grazie anche agli strumenti forniti dal diritto societario. Si è però visto che anche gli strumenti endosocietari sono declinati spesso in un'ottica totalmente preventiva sicchè il loro rilievo emerge più come elementi della gara pubblica che come reali strumenti di regolazione della vita sociale. E' anche vero che l'utilizzo di un "contenitore" giuridico terzo permette, forse in maniera più semplice, di gestire gli investimenti relativi all'ammodernamento ed all'estensione delle reti e dei beni funzionali allo svolgimento del servizio, garantendo la permanenza del soggetto sociale anche con un ricambio dei soci privati gestori. Da questi aspetti di utilità non pare però emergere a pieno quel carattere "positivo" di partenariato che già il Libro Verde del 2004 metteva a preambolo delle scelte comunitarie (senza peraltro che ciò corrispondesse poi ad una vera esplicitazione dei termini di

(³²⁷) La posizione è sintetizzata in alcune decisioni di rilievo della giurisprudenza amministrativa. Tra le molte si ricorda la già citata Cons. Stato n. 1574/2012, cit.

(³²⁸) La sostanziale parificazione al modello a quello dell'esternalizzazione a soggetti terzi pare emergere anche dai più recenti atti normativi comunitari. In particolare si segnala la nuova Direttiva 2014/23/UE in materia di contratti di concessione nella quale non trova spazio una differenziazione applicativa delle regole per i modelli di PPPI, mentre una declinazione espressa trova lo strumento dell'*in house providing*.

questa collaborazione attiva). E' qui forse che si può creare lo spazio di intervento del legislatore interno, che, come detto in generale per tutta la disciplina dei servizi pubblici, ha sostanzialmente accettato di fare un passo indietro rispetto al suo ruolo di regolatore³²⁹. Se è infatti chiaro che la disciplina comunitaria fornisce alcuni *imput* non derogabili³³⁰, non altrettanto palese appare la scelta di non dare una maggiore dignità identitaria alla società mista operativa. Tale modello organizzativo può trovare la sua caratterizzazione solo nei tratti indicati dagli atti europei? A questa domanda pare potersi dare una risposta negativa. Sarebbe dunque interessante lo sviluppo di un apparato normativo interno che, partendo dalle linee guida già dettate, delineasse una disciplina dedicata e coerente con la differenziazione dello strumento nei suoi tratti operativi ed esecutivi. Dunque in primo luogo la definizione dei margini di operatività del socio privato e della possibilità del socio pubblico di avere un ruolo attivo nella gestione della società e quantomeno nella valutazione delle opzioni gestionali. In secondo grado l'introduzione di schemi generali volti alla valorizzazione dei momenti di collaborazione tra soci che possa portare anche all'individuazione di soluzioni migliorative durante il periodo di gestione del servizio³³¹, con riflessi diretti anche in fase di rinnovo dell'affidamento. Appare evidente che affinché l'operazione abbia successo, è necessario individuare già in fase di gara un disegno complessivo delle obbligazioni e delle condizioni che regoleranno il rapporto di affidamento e

(³²⁹) Anche recentemente in dottrina è stato evidenziato il ruolo attivo che il legislatore interno potrebbe assumere nel definire in modo ottimale il regime giuridico di alcuni settori dell'economia anche all'interno delle indicazioni fornite in sede comunitaria. Sul punto G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, pp. 27; T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'instabilità nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus*, 2012, pp. 417.

(³³⁰) Definiti in modo chiaro anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE: in particolare il rinvio è alla più volte citata sentenza Acoset.

(³³¹) Questo vale a maggior ragione quanto oggetto dell'affidamento è un servizio pubblico, ambito nel quale le esigenze di efficienza ed economicità si uniscono alla necessità di universalità e pieno accesso. In questi settori, la società mista potrebbe essere costruita quale momento di convergenza ottimale di tali interessi.

gli aspetti ad esso connessi. Non di meno è possibile fornire alle Amministrazioni coinvolte indicazioni di principio, attraverso le quali modulare il rapporto con il privato mettendo in risalto le possibili scelte organizzative che diano effettiva ragione del vantaggio derivante da una collaborazione all'interno di un soggetto societario distinto. Probabilmente solo in questa visione che accentui il "fare insieme" il modello della mista può trovare realmente una sua ragion d'essere quale strumento organizzativo differenziato.

BIBLIOGRAFIA

ACQUARONE G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. it.*, 1999, 1258.

AICARDI N., *L'attività extraterritoriale dell'azienda speciale*, in *Regione e governo locale*, 1992, 121.

AICARDI N., *Società miste ed evidenza pubblica "a monte"*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2007, 3, pp. 593 – 641.

AICARDI N., *Le società miste*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008.

ALBISSINI F. G., *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 396.

ALPA G.- CARULLO A. – CLARIZIA A., *Le s.p.a. e le gestioni dei servizi pubblici locali*, Milano, 1998.

AMMANNATI L., *Servizi pubblici, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001.

ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv.dir. comm.*, 2012, pp. 573.

AZZARITI A., *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it

BARTOLINI A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 741.

BARTOLINI A., *Organo e ufficio*, in MORBIDELLI G. (a cura di) *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, 2010, Roma.

BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998.

BERCELLI J., *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 155.

BONETTI T., *Le società mite: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del federalismo - Quaderni*, Rimini, 2011, 37.

BONETTI T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus*, 2012, 417.

BONURA H. - CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011.

BRAMERET S., *Le statut des élus locaux administrateurs desociétés d'économie mixte locales:entre ombre et lumière* in *La Semaine juridique*, 2013.

BROWN A., *Selection of the Private Participant in a Public-private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (C-196/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, NA 45 8.

CAIA G., *Società a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rassegna*, 1995, 1082.

CAIA G. - NANNI L. (a cura di) *Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali - Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp 586.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1998.

CAIA G., *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CAIA G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, pp. 1568.

CAIA G., *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra i Comuni*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 1232.

CAIA G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)* in FOLLIERI E. (a cura di) *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, Napoli, 2010.

CAIA G., *Modi di gestione dei servizi pubblici locali e Procedure per l'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, pag. 321 ss. e pag. 326 ss.

CAIA G., *Procedure per l'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, pag. 326 ss.

CALCAGNILE M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2012, 3713.

CAMERIERO L., *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'IRI alle società pubbliche*, in DE NICTOLIS R. – CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.

CAMMELLI M. – ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999

CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

CAMMELLI M. – DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in CAMMELLI M. – DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008

CAMPOBASSO G.F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Dir. Soc.*, 1998, 391

CAMPORESI R., *I vincoli dell'azione dell'ente locale a mezzo di società partecipate*, in *La finanza locale*, 2006, 57.

CARANTA R., *Transparence et concurrence*, in R. NOUGUELLOU – U. STELKENS (a cura di) *Droit comparé des Contrats Public*, Bruxelles, 2010, 145.

CARINGELLA, F. *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, pp 1364.

CARPEGNA BRIVIO E., *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato - Private-public companies for local services and the principle of subsidiarity. A number of problems of integration between public and private* in *Il diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 91.

CARROZZA L. - FRACCHIA F., *Privatizzazione degli aeroporti e ruolo dei soggetti pubblici*, in *Foro it.*, 2001, pp. 75.

CARTEI G.F., *Servizio pubblico ed influenza comunitaria: profili evolutivi*, in G.F. CARTEI -V. VANNUCCI (a cura di) *Diritto comunitario e ordinamento nazionale*, Milano, 2003.

CAVALLO PERIN R. - CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51.

CAVALLO PERIN R., *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in BONURA H. - CASSANO M. (a cura di) *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011.

CAVAZZUTI F., *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. Comm.*, 1995, 685.

CERRINA FERRONI G., *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, 2011.

CERRINA FERRONI G. - FRANCO FERRARI G., *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato : modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012.

CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

CHIEPPA R., *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in GUERRERA F. (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

CHITI M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, introduzione al volume CHITI M.P. (a cura di) *Le*

forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale, Bologna, 2006.

CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115.

CINTIOLI F., *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *www.giustamm.it*.

CIRENEI M.T., *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983.

CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato*, in *Corr. Giur.*, 2007, 893.

CLARICH M., *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253.

CODAZZI E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto d'impresa e diritto di società*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*;

COLOMBARI S., *"Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 2004, pp 1134.

CONTESSA C., *Ancora sul divieto extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di strumentalità?*, in *Urb. e app.*, 2010, 462.

CORTESE F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

CORTESE F., *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in MARCHETTI B. (a cura di) *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Atti del seminario di Trento, 12 dicembre 2012, Padova, 2012.

CUCCURULLO C., *La collaborazione tra pubblico e privato in sanità*, Padova, 2005.

DE CHIARA A., *Dai “servizi pubblici” ai “servizi di pubblica utilità”: evoluzione della morfologia giuridica dell’interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive*, in www.giustamm.it.

DE FERRA G., *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, 798.

DE NARDIS F., *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000.

DE NICTOLIS R., *La configurabilità delle società pubbliche*, in DE NICTOLIS R. – CAMERIERO L. (a cura di) *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 186.

DE NICTOLIS R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109.

DE PRETIS D., *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M.P. CHITI (a cura di) *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2009, 81.

DELLA CANANEA G., *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, . 103.

DELLA SCALA M. G., *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012

DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, 58.

DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

DOMENICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 13 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002, 211.

DOMENICHELLI V. (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008;

DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

DUGATO M., *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008. I servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1219;

DUGATO M., *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Istituzioni del federalismo. Quaderni*, 2011.

DUGATO M., *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1054;

DUGATO M., *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista* in *Munus*, 2011, pp. 501 - 514;

DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, 855.

FABBRINI L., *Validità delle clausole statutarie di drag along*, in *Giur. comm.*, 2009, 1034.

FERRARI E., *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, 1843.

FIMMANÓ F. (a cura di) *Le società pubbliche*, Milano, 2011.

FLORENZANO D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.

GAGLIARDI B., *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 692.

GALGANO F., *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988

GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 347.

GAROFOLI F., *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie*, in *Foro it.*, 1999, 178.

GIAMPAOLINO C. F., *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, 998.

- GIANNINI M.S.**, *Il potere pubblico*, Bologna, 1986.
- GIANNINI M.S.**, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993.
- GIANNINI M.S.**, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GILIBERTI B. - PERFETTI L. - RIZZO I.**, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 257.
- GOISIS F.**, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 560.
- GOISIS F.**, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004,
- GOISIS F.**, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. economia*, 2013, 41.
- GOCCIAMANI F.**, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 822.
- GUARINO R.**, *La causa pubblica nel contratto di società*, in FIMMANO' F. (a cura di) *Le società pubbliche. Ordinamento crisi ed insolvenza*, Milano, 2011;
- GUERRARA F.**, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in GUERRERA F. (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.
- GUERRERA F.**, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 511.
- GUERRIERI A.**, *L'effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato in Urbanistica e appalti*, 2012 , 1070 – 1079.
- GUIDA P.**, *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in F. FIMMANO' F. (a cura di) *Le società pubbliche*, Milano, 2011.
- G. GUZZO**, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009.

IERA L., *E' ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 984.

IBBA C., MALAGUTI M.C.; MAZZONI A. (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, 2011;

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003.

LIBANORA M., *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing: gli strumenti per rilanciare servizi pubblici e investimenti negli enti locali*, Milano, 2011;

LOLLI A., *Le società miste*, in **MASTRAGOSTINO F.** (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, pp. 4645.

LUCIANI F., «Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *www.giustamm.it*, 2012;

MARCHAND F., *La nécessaire évolution de la forme sociale des sociétés publiques locales* in *La Semaine juridique*, 2013.

MARZUOLI C., *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 143.

MARONE F., *Società degli enti locali e art. 41 della Costituzione: il Comune è un imprenditore?*, in *Munus*, 2011, 159.

MASETTI D., *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del Bersani)*, in *www.giustamm.it*.

- MASETTI D.**, *Rassegna delle norme in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica e di società con partecipazione degli enti locali*, in *www.giustamm.it.*
- MASI L.**, *Società miste e extraterritorialità: due interventi simultanei del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2006, 324.
- MASTRAGOSTINO F.** (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo : dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011.
- MELE E.**, *Procedimento amministrativo, i segni di una crisi*, in *Foro amm.*, 1991, 1855.
- MELE E.**, *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003.
- MARCOLUNGO C.**, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato. Un tentativo di ricostruzione*, in CHITI M.P. (a cura di) *Il partenariato pubblico privato. Concessioni Finanza di Progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009.
- MERUSI F.**, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1970.
- MERUSI F.**, *L'impresa pubblica: uno statuto da evitare*, in *Amministrare*, 1986, 155.
- MERUSI, F.** *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MATTIALA M.**, *Società miste e "distorsione" della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 721.
- MASSERA A.**, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 1201.
- MAZZAMUTO M.**, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, 537.
- MERLONI F.**, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. serv. pub.*, 2002, 17.

MIDIRI M., *La tutela della concorrenza e i servizi pubblici locali: questioni di giurisprudenza* in FOFFANI L., FREGNI M.C., LAMBERTINI M. (a cura di) *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011.

MIDIRI M., *La Consulta riaccende la discussione sui servizi pubblici locali - Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2012, n. 199*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2012, 105.

MIDIRI M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, 133.

MORBIDELLI G., *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1997, 493.

MOZZATI A., *Contributo allo studio del contratto di servizio*, Torino, 2010.

MINIUSSI D., *Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e divieto di acquisizione di servizi ulteriori: un singolare rapporto tra giudici e legislatore*, in *Nuova Rassegna*, 2012, 135.

MURREL E., *Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte?* in *Contrats et marchés publics*, 2010, 6-13.

MUSSA A., *Le società miste nell'ordinamento italiano* *Foro amm. CdS*, 2009, 1085.

MONZANI S., *Il trasferimento del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm. CdS*, 2013, 243.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NICODEMO G.F., *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 158 ss.

OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942 ora in *Diritto delle società*, Scritti giuridici, II, Padova, 1992.

OPPO G., *La nuova legislazione commerciale - pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 157.

OTTAVIANO V., *Sull'impiego ai fini pubblici delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 144.

PACIELLO A., *Art. 2437-2437-sexies*, in G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di) *Le società di capitali*, Napoli, 2004.

PARISIO V., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367.

PASSALACQUA M., *Le società di trasformazione urbana quale strumento di valorizzazione territoriale*, in *Urb. e app.*, 2010, 133.

PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2010, 555.

PERFETTI L., *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazioni a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 3343.

PERFETTI L., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, 2006, 387.

PERICU G., *La partecipazione dei comuni alle società per la gestione dei servizi*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Milano, 1999.

PERICU A., *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria. Profili privatistici*, in AA.VV. *Studi in tema di Forma Societaria. Servizi pubblici locali. Circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007.

PETRARCA F., *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società "in house" e miste* in *Rivista di dirittosocietario*, 2012, 632 - 646.

PIANESI L. - VILLAMENA S., *"Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al disegno delega Lanzillotta"*, in www.federalismi.it.

PICOZZA E., *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010

PIOGGIA A. – DUGATO M. – RACCA G. – CIVITARESE MATTEUCCI S. (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008.

PIPERATA G., *Il caso AMGA: alla ricerca della concorrenza per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 475.

PIPERATA G., *La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale* introduzione al volume MASTRAGOSTINO F. (a cura di) *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

PIPERATA G., *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 27.

PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994.

PITTALIS G., *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Giustizia Amministrativa*, 2002, 1476.

PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

POLICE A., *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008

PROVERBIO D., *I patti parasociali*, Milano, 2010.

RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997.

ROMANO A., *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2011, 241.

RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Soc.*, 2003, 924.

RORDORF V. R., *Le Società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

ROSTAGNO S., *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell'art. 3, comma 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n.° 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in www.giustamm.it.

ROVERSI-MONACO F., *Gli enti di gestione*, Milano, 1967.

ROVERSI-MONACO F., *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e servizi pubblici*, in *Studi in Onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1973.

ROVERSI-MONACO M., *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, pp. 89.

RUOTOLO A. - MALTONI M., *Problemi di "riassetto" delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in GUERRERA F. (a cura di) *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

SANDULLI M.A., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa in federalismi.it*, 2012;

SAU A., *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partenariato*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 987 ss

SCAGLIONE E., *L'attività extra territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *Foro Amm. CDS*, 2008.

SCARAFIOCCA G., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amministrativo-C.d.S.*, 2005, 665.

SCOTTI E., *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale*, in *Riv.it. dir. pubb. com.*, 2002, 777.

SECCO I., *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in www.osservatorioappalti.unitn.it

SINISI M., *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e ambito territoriale ottimale*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2857.

SPADONI B., *Il contratto di servizio pubblico nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

TRAVI A., *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO – A BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di) *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare 2008*, 5.

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2005, 180.

URSI R., *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012

VALAGUZZA S., *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011

VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012.

VALAGUZZA S., *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in B. MARCHETTI (a cura di) *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale, Atti del seminario di Trento, 12 dicembre 2012*, Padova, 2012

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali*, Rimini, 2000.

VANDELLI L., *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2013, 3398.

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004

VASSIA F., *Società "in house providing" e miste e responsabilità da direzione e coordinamento* in *Rivista di diritto societario*, 2012, pp. 647 - 667.

VIGNERI A., *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, in *www.astrionline.it*.

VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

VITALE C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Istituzioni del Federalismo – Quaderni*, Rimini, 2011.

VIVANI C., *I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*, in *Urb. e app.*, 2011, 355.

VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e app.*, 2003, 714.

VOLPE C., *Società mista tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in *Urb. e app.*, 2006, 343.

VOLPE C., *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2013.

ZANETTI L., *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, in **CAMMELLI M. – DUGATO M.**, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

ZUNARELLI S., *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008

WEIGMANN R., *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005.