

**Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna**

**Dottorato di Ricerca in**

**Diritto Europeo**

**Curriculum in Diritto ed Economia Europea**

**XXVII ciclo**

**Settore Concorsuale: 12/E3**

**Settore Scientifico-Disciplinare: IUS/05**

**Titolo della tesi:**

**L'integrazione verticale tra pubblico e privato.**

**Una ricostruzione delle società a capitale misto per i servizi  
pubblici locali secondo le categorie della teoria economica  
dell'organizzazione.**

**Candidato:**

**Alessandro Lucchetti**

**Coordinatore del Corso:**

**Prof. Lucia Serena Rossi**

**Relatore: Prof. Marco Lamandini**

**Esame finale anno 2016**

## Introduzione

La riflessione giuridica italiana non frequenta abitualmente le teorie economiche dell'organizzazione e quando la frequentazione si manifesta è per svolgere un discorso metodologico e talvolta ideologico; eppure lo studio delle indicazioni degli economisti in tema di organizzazione non manca mai di rivelare una significativa rilevanza del diritto come strumento di conformazione ed ottimale costruzione della transazione economica, ivi incluse, come nel caso della presente indagine, quella tra una parte pubblica ed una parte privata per l'organizzazione e gestione di servizi di pubblica utilità locale nella forma di società di capitali.

La ricerca propone una ricostruzione del fenomeno giuridico ricorrendo al contributo che proprio la teoria economica dell'organizzazione ha fornito circa i criteri selettivi degli istituti da applicare a ciascuna tipologia di "*transazione*" rispetto ai caratteri di quest'ultima. La transazione in esame è quella tra la pubblica amministrazione e l'operatore economico privato nel momento in cui perfezionano una intesa collaborativa scaturita da un fabbisogno pubblico di approvvigionamento.

La tesi che orienta il presente studio è che la complessità della prestazione della parte privata oggetto di approvvigionamento pubblico ed i relativi problemi di incompletezza contrattuale trovano risposta nella integrazione verticale tra parte pubblica e parte privata all'interno della società di capitali.

Si sostiene, in particolare, che, maggiore risulta la complessità del progetto sotteso alla cooperazione tra la parte pubblica e la parte privata, più auspicabile diviene allora il ricorso al contratto

associativo; mentre, meno complesso il progetto si presenta, maggiore è la preferenza verso un contratto di scambio.

Il fondamento razionale del ricorso da parte pubblica alla società mista con la parte privata, piuttosto che ad un appalto ovvero a qualsivoglia altra forma contrattuale commutativa rispetto a quella associativa, risiede, pertanto, nell'esigenza di reazione e rimedio ad uno stato di incompletezza contrattuale che caratterizza il progetto sotteso alla relazione tra le due parti e che è conseguenza della complessità del progetto medesimo.

E' convinzione di chi scrive che la scelta del modello istituzionale, "*contrattuale*" ovvero "*istituzionalizzato*", entro cui dar luogo alla relazione di partenariato risulti sottovalutata all'interno delle tradizionali analisi ("*Value for money analysis*" e "*Public Sector Comparator*") volte a rivelare la maggiore convenienza del rapporto di partenariato rispetto alle tradizionali forme di "*procurement*".

D'altra parte, è agevole rilevare come, nell'ambito del corrente dibattito sulle società pubbliche, risulti tutto sommato marginale il tema circa la selezione della appropriata forma di "*governo*" della transazione all'interno delle opzioni possibili, relazione "*contrattuale*" ovvero relazione "*istituzionalizzata*", nella configurazione del rapporto di partenariato, preferendo il Legislatore o, in senso più ampio il potere pubblico, dedicarsi ad interventi di limitazione della capacità di diritto privato dell'ente pubblico, in particolare degli Enti Locali, in tema di costituzione di società di capitali, senza riflessione alcuna sulle specificità della singola "*transazione*" da considerare, in relazione a cui modellare la scelta della soluzione istituzionale, "*contrattuale*" ovvero

“*istituzionalizzata*”, di governo della “transazione” medesima, tra parte pubblica e parte privata.

La convinzione che muove la presente indagine è che, al crescere della complessità della prestazione, divenga corrispondentemente più auspicabile l’affermazione di una relazione “*istituzionalizzata*”.

Il criterio che il presente studio intende proporre – appunto quello della società mista come rimedio all’elevata incompletezza contrattuale – costituisce un metodo di orientamento dinanzi alla tradizionale decisione di “*make or buy*” ovvero di combinazione tra “*make and buy*” nell’ambito dell’approvvigionamento pubblico.

Nel contempo, l’analisi ritiene di dover segnalare il “*deficit*” dell’intervento legislativo in tema di società a partecipazione pubblica.

La ricerca ha seguito con attenzione il dibattito e la conseguente evoluzione normativa interna per l’adozione di misure di riforma della disciplina vigente in tema di servizi pubblici locali e di società partecipate.

Una fortunata coincidenza temporale, rispetto ai tempi dello studio, ha visto la recentissima approvazione dei due schemi di decreto legislativo da parte del Consiglio dei Ministri nella versione quindi sottoposta alla c.d. “*bollinatura*” da parte della Ragioneria Generale dello Stato.

Nel prosieguo dell’esposizione i due testi vengono indicati rispettivamente come “*Decreto Servizi Pubblici Locali*” e “*Decreto Partecipate*”; a questi ultimi, si è aggiunto l’ulteriore schema di decreto legislativo, parimenti già approvato da parte del Consiglio dei Ministri, ma non ancora “*bollinato*”, in tema di disciplina dei

contratti pubblici, così come risultante dal recepimento delle nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni.

Il quadro che emerge, pur nella fluidità inevitabile delle prime letture normative, consente comunque di formulare alcune considerazioni di orientamento.

Il Legislatore delle società a partecipazione pubblica, infatti, non è riuscito e non riesce ad orientare né a sostenere la scelta dell'amministrazione circa il modello ottimale di costruzione della transazione né tanto meno a fornire indicazioni circa l'impiego degli strumenti di diritto comune – segnatamente quelli del diritto societario comune – nella costruzione della relazione tra parte pubblica e parte privata all'interno della società di capitali.

Ciò che si ritiene di dover chiedere al Legislatore non è, dunque, un diritto societario speciale delle società a partecipazione pubblica da sovrapporre (o peggio contrapporre) al diritto societario comune bensì è un impegno regolatorio nell'orientare la pubblica amministrazione nell'impiego degli strumenti di diritto comune.

Entro tale prospettiva è, quindi, ricostruita la relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata, inserendo la medesima nei canoni teorici ed operativi della *“Economia dei Costi di Transazione”* ed in particolare della c.d. *“Comparative Economic Organization”* circa le modalità alternative di organizzazione della *“Transazione”* all'interno dei modelli forniti in primo luogo dagli istituti del diritto dei contratti e delle società.

Lo sviluppo dell'indagine è affidata alla tripartizione tipica delle analisi di *“Economia dei Costi di Transazione”*, muovendo, dopo il primo capitolo di inquadramento del tema, dall'iniziale fase di analisi dei caratteri della transazione tra parte pubblica e parte

privata sino a quella successiva di descrizione degli istituti di governo di tale “*transazione*” ed infine alla ricostruzione della c.d. operazione di “*allineamento*” degli istituti di governo ai caratteri della transazione medesima.

**Il tema, il metodo e la delimitazione dell'indagine.**

**La “*transazione*” tra pubblico e privato nella relazione di partenariato.**

**Sommario:** 1. Il tema: le determinanti della scelta pubblica in favore del partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto collaborativo tra parte pubblica e parte privata. 1.1. Il partenariato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata. 1.2. Una nozione provvisoria di partenariato. 1.3. Una nozione provvisoria di istituzionalizzazione del partenariato. 1.4. Il partenariato come scelta dell'amministrazione. 1.5. La parte privata nella scelta del ricorso al partenariato. 1.6. La scelta tra le modalità alternative di configurazione del partenariato e le relative determinanti. 1.7. Ragioni economiche e vincoli giuridici nella scelta della modalità di configurazione del partenariato. 2. Il contesto: il rapporto collaborativo nella rappresentazione dualistica di pubblico e privato. 2.1. Pubblico e privato nella varietà dei modelli di capitalismo. 2.2. I valori evocati dalla rappresentazione dualistica di pubblico e privato. 2.3. La rappresentazione dualistica di pubblico e privato nel sistema giuridico. 2.4. Pubblico e Privato come polarità e le regole del rapporto collaborativo come disciplina delle variazioni lungo uno spettro continuo. 3. La ricostruzione: le determinanti nella scelta del modello secondo le teorie economiche dell'organizzazione e delle istituzioni. 3.1. Le origini della “*Organizational Economics*”. 3.2. La “*Organizational Economics*” come parte del programma di ricerca della “*New Institutional Economics*” e nella evoluzione di quest'ultima. 3.3. Il ruolo della “*Transaction Costs Economics*” quale metodo di indagine nella evoluzione della “*New Institutional Economics*”: la “*Transazione*” come oggetto di indagine e le tecniche d'indagine. 3.4. La “*Comparative Economic Organization*” e le modalità alternative di organizzazione della “*Transazione*”. 4. Il metodo e le sue ragioni: l'analisi del rapporto collaborativo tra parte pubblica e privata secondo la “*Transaction Costs Economics*” quale tecnica ricostruttiva per il giurista. 5. Il piano di lavoro: le fasi operative dell'analisi della “*Transazione*” tra parte pubblica e

parte privata: descrizione dei caratteri della transazione, ricognizione degli istituti di governo della transazione, allineamento degli istituti ai caratteri. 6. La delimitazione dell'indagine e le sue ragioni di attualità: pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici e locali tra rispondenza del rapporto al modello di partenariato definito dall'ordinamento europeo, opzioni delle politiche pubbliche e vincoli posti dalla volontà popolare.

**1. Il tema: le determinanti della scelta pubblica in favore del partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto collaborativo tra parte pubblica e parte privata.**

La ricerca muove essenzialmente dalla seguente domanda: se esistono i contratti di appalto e, più in generale, i contratti di scambio tra parte pubblica e privata, perché mai la parte pubblica deve ricorrere ad un contratto di società con la parte privata?<sup>1</sup> Più precisamente: quali sono le determinanti giuridiche e quali gli

---

<sup>1</sup> La domanda è inevitabilmente sollecitata da R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), p. 389, secondo cui, “[I]n view of the fact that while economist treat the price mechanism as a co-ordinating instrument, they also admit the co-ordinating function of the “entrepreneur”, it is surely important to enquire why co-ordination is the work of the price mechanism in one case and of the entrepreneur in another. The purpose of this paper is to bridge what appears to bridge a gap in economic theory between the assumption (made for some purposes) that resources are allocated by means of the price mechanism and the assumption (made for other purposes) that this allocation is dependent on the entrepreneur-co-ordinator. We have to explain the basis on which, in practice, this choice between alternatives is effected.” Il tema è, dunque, quello relativo alla domanda secondo cui, posto che vi sono mercati, perché mai debbono esservi imprese. Nel nostro caso, la contrapposizione è tra l’assetto “contrattuale”, nell’ambito del quale riscontriamo una relazione di scambio tra le parti, e quello “istituzionalizzato”, secondo la terminologia della Unione Europea, in cui le parti si integrano “verticalmente”.



strumenti istituzionali che orientano ed attuano la scelta della parte pubblica verso un contratto associativo piuttosto che verso un contratto di scambio?

Nella prospettiva della presente indagine, oggetto di esame sono le implicazioni giuridiche, tanto sul piano dell'ordinamento europeo e della produzione delle agenzie internazionali quanto di quello interno, della questione di adeguatezza delle soluzioni organizzative ed istituzionali agli specifici caratteri della relazione contrattuale tra parte pubblica e parte privata con particolare riferimento a quelle costituite in forma societaria e, tra queste, quelle partecipate da Autonomie territoriali per l'erogazione di servizi pubblici locali.

### **1.1. Il partenariato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.**

La società di capitali, ai fini della presente indagine, è, dunque, intesa ed investigata come sede del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata, dove tale rapporto scaturisce da un fabbisogno di approvvigionamento della prima, avente ad oggetto lavori, beni, servizi o solo "*know-how*", che individua la seconda quale "*provider*" utile per il soddisfacimento di tale fabbisogno, secondo un programma prestabilito.

Tale sede assume, da un lato, una valenza organizzativa, intesa come luogo e strumento di coordinamento delle condotte delle parti rispetto all'attuazione del programma, e, dall'altro, lato, una valenza istituzionale, intesa invece come vincolo per le parti all'osservanza delle regole vigenti per tale sede ed all'interno di tale

sede, entrambe convergenti verso la produzione di un effetto conformativo della condotta delle parti medesime.

## 1.2. Una nozione provvisoria di partenariato.

Secondo la corrente letteratura internazionale formatasi sul punto, “*public-private partnership (PPP) relates to risk-transferring and long-term cooperation between the State and a private institution to realize a public facility and/or a service*”<sup>2</sup>.

Entro tale impostazione la relazione di “*partenariato*” deve essere riferita in senso ampio e generale ad ogni forma di cooperazione di lungo termine tra le autorità pubbliche e gli operatori economici preordinata ad assicurare il finanziamento ovvero la realizzazione di un’infrastruttura ovvero la fornitura di un servizio, all’interno di un rapporto di non breve durata, nell’ambito del quale:

i) è definito un programma di attuazione di un progetto di interesse pubblico che combina la creazione di valore per la medesima parte pubblica con l’apporto di interessi individuali (“*PPP is a device to foster public interest, e.g. value-for-money for the taxpayer, using private self interest to organize the social activity, i.e. tasks the sovereign should take care of*”<sup>3</sup>);

ii) il finanziamento di tale progetto è garantito dalla parte privata, sia pure non escludendo apporti di risorse pubbliche;

---

<sup>2</sup> P. de Vries, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 9.

<sup>3</sup> P. de Vries, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 10.

iii) i rischi sono ripartiti tra la parte pubblica e la parte privata, in ragione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi;

iv) la parte privata è tendenzialmente titolare di compiti operativi concernenti l'attuazione del programma (attraverso la progettazione, la realizzazione ed il finanziamento) mentre la parte pubblica si riserva la definizione degli obiettivi di interesse generale da perseguire e raggiungere attraverso il progetto (in termini soprattutto di standard dei servizi offerti e di politica dei prezzi di corrispettivo ai fini dell'accesso a tali servizi) e la relativa attività di controllo del rispetto di questi obiettivi<sup>4</sup>.

È importante sin d'ora notare come la medesima letteratura sopra richiamata sottolinei spiccatamente l'esigenza di rendere trasparente e responsabile la relazione, consentendo l'agevole comprensione che gli interessi privati coinvolti nell'operazione risultano senz'altro e con nitore subordinati all'aspetto di interesse pubblico di cui è portatore e rispetto a cui è funzionale il progetto ultimo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> P. de Vries, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 10, secondo cui “[E]conomic relations should be based on mutual self-interest; impersonal, unprivileged calculation results in commercial relations. It follows from this that PPPs should not be contaminated with clientelism and favouritism. A PPP ought to be based on contractual relationships defining ‘tit-for-tat’ arrangements; instruments to meet a well-defined public interest by means of partnerships with private agents fuelled by self-interest”.

<sup>5</sup> P. de Vries, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 10-11, secondo cui “[P]ublic access to information concerning a PPP project, accountability, is aimed at demonstrating that the private interests are subordinated to the public interest of the project”.

La persuasività pubblica dell'operazione di partenariato diviene, in tal modo, una componente fondamentale per la riuscita del progetto, qualunque sia l'assetto prescelto.

### **1.3. Una nozione provvisoria di istituzionalizzazione del partenariato.**

All'interno del fenomeno di partenariato, come sopra in via provvisoria descritto, è tratto distintivo del modello proposto dalla Unione Europea, la distinzione tra partenariati di "*tipo puramente contrattuale*" – intesi come fondati su legami esclusivamente convenzionali (su tutti appalti e concessioni) – e quelli di "*tipo istituzionalizzato*" – caratterizzati dalla presenza di una entità terza entro cui si svolge la relazione di collaborazione tra parte pubblica e parte privata – in cui tale entità terza, appunto distinta dalle due parti, diviene vincolo organizzativo ed istituzionale tra le parti medesime, non più circoscritto alla sola relazione convenzionale.

La c.d. "*istituzionalizzazione*" della relazione all'interno di una struttura "*terza*" non è, peraltro, fenomeno né nuovo né circoscritto al solo ordinamento europeo, ricorrendone anzi molteplici esempi nella prassi seguita dalle agenzie internazionali (la "*World Bank*" in primo luogo ed in particolare la relativa "*Public-Private Infrastructure Advisory Facility*") attraverso le c.d. "*Public-Private Joint Venture*".

E' vero, però, che è tratto distintivo dell'ordinamento dell'Unione Europea quello di porre – in senso assai rigoroso e per ragioni essenzialmente riconducibili alla rilevanza del diritto allora comunitario degli appalti e delle concessioni nell'ambito del processo di integrazione del mercato unico – il tema della

istituzionalizzazione del partenariato all'interno del “*framework*” giuridico del “*procurement*” pubblico, tanto per la fase di selezione del “*partner*” quanto per la disciplina della fase esecutiva del programma di collaborazione in senso rispettoso alle regole dell'approvvigionamento pubblico in ambito europeo.

Nel contempo proprio le differenze strutturali e funzionali nonché, prima ancora, formali delle due tipologie di partenariato – appunto quello convenzionale e quello istituzionalizzato – emergono dal confronto tra la disciplina dei contratti associativi, come sicuramente è quello che genera il fenomeno di costituzione della c.d. “*entità terza*” nel partenariato istituzionalizzato, quello dei contratti di mero scambio o commutativi, quali appalti e concessioni.

Il tema significativo diviene, pertanto, quello del fondamento dell'opzione tra l'uno o l'altro dei modelli della relazione di partenariato.

#### **1.4. Il partenariato come scelta dell'amministrazione.**

Sembra indispensabile puntualizzare come la decisione circa l'opzione tra il contratto associativo e quello commutativo – ovvero tra la forma istituzionale o convenzionale entro cui costruire la relazione di partenariato – sia rimessa ed appartenga all'ambito deliberativo della parte pubblica promotrice dell'iniziativa<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Si veda oggi la Relazione illustrativa allo schema del Decreto Legislativo per il recepimento delle direttive nn° 2014/23/UE, nn° 2014/24/UE nn° 2014/25/UE, sin qui approvato preliminarmente sulla base della L. n° 11/16 di delega (di seguito “*Decreto Contratti Pubblici*”) la quale, commentando i nuovi Artt. 180 e 181 dello schema osserva: “[L]’articolo 180 (*Partenariato pubblico e privato*) e l’articolo 181 (*procedure di*

Tanto implica non solo che una simile scelta è sottoposta alla disciplina giuridica propria del procedimento e quindi del provvedimento amministrativo – con ogni conseguenza quanto alla natura autoritativa ed imperativa di tale atto ed al relativo regime

---

*affidamento) individuano una disciplina innovativa e organica con lo scopo di promuovere una sinergia tra poteri pubblici e privati per finanziare, costruire o gestire infrastrutture o fornire servizi pubblici. Ciò sotto il profilo finanziario risulta particolarmente vantaggioso ai fini della realizzazione di progetti particolarmente complessi ed innovativi, in quanto la cooperazione con i privati fa sì che l'amministrazione possa vedere aumentate le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative, attingendo a capitali privati. Nel contempo, la nuova disciplina può fungere da stimolo per l'economia nel suo complesso, in quanto si prevede che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano provenire non solo dal canone riconosciuto dall'ente concedente ma anche da qualsiasi altra forma di contropartita economica, quale, ad esempio, l'introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Per la prima volta si distingue il ricorso al PPP per la realizzazione delle c.d. "opere a freddo" e "opere a caldo", a seconda che le stesse siano o meno dotate di un'intrinseca capacità a generare reddito attraverso ricavi da utenza in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito. La disposizione chiarisce che la corretta allocazione e distribuzione dei rischi trova presupposto nell'equilibrio economico finanziario, inteso come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economico e sostenibilità finanziaria. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Infine, la norma prevede che la sottoscrizione del contratto di partenariato pubblico privato avvenga contestualmente al perfezionamento del contratto di finanziamento, onde evitare rischi di insolvenza. Si prevede che la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica, anche mediante dialogo competitivo e che l'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti."*

delle invalidità – ma anche che l’ampiezza dei margini di apprezzamento discrezionale, sottesi a tale opzione in assenza di parametri normativi che vincolino o comunque orientino significativamente la decisione, non può che essere ricondotta a motivi ed obiettivi di interesse pubblico.

Quest’ultimi, dunque, valutati all’interno di un apposito esercizio di discrezionalità, amministrativa e non solo tecnica, costituiscono i canoni teleologici dell’azione dell’amministrazione pubblica in sede di opzione verso l’una o l’altra forma di partenariato.

Interessanti sono, dunque, le conseguenze – ed ancora di più le soluzioni in sede di ricostruzione sistematica del fenomeno – allorquando la cura dell’interesse pubblico, attraverso il provvedimento amministrativo che decide l’opzione in favore della istituzionalizzazione del partenariato, incontra, con inevitabili tensioni, lo scopo lucrativo che caratterizza le società di capitali e le relative attese del socio privato.

### **1.5. La parte privata nella scelta del ricorso al partenariato.**

La parte privata – id est: il “*partner*” nella relazione di partenariato e precisamente il socio privato nella istituzionalizzazione della relazione nella società di capitali – risente, a sua volta, del contatto con la pubblica amministrazione.

Ne risente, in primo luogo, perché le esigenze di cura dell’interesse pubblico si traducono – secondo l’ormai risalente nozione di “*evidenza pubblica*” – nell’esigenza di intellegibilità delle ragioni poste a fondamento dell’individuazione della parte privata.

In secondo luogo – e forse in senso ancora più distintivo del fenomeno – impongono alla parte privata la condivisione, all'interno della vicenda associativa costituita dal contratto di società di capitali, di tali ragioni, attraverso un delicato equilibrio di composizione delle rispettive attese tra le parti del programma di collaborazione.

#### **1.6. La scelta tra le modalità alternative di configurazione del partenariato e le relative determinanti.**

È l'esigenza di ricerca di tale equilibrio tra le parti della relazione di partenariato ad essere, nella prospettiva sin qui seguita, la ragione ultima e propellente dell'impegno della parte pubblica nella selezione del modello ottimale tra le opzioni alternative di configurazione del partenariato medesimo.

Più precisamente: quanto più complessa – e potenzialmente esposta a fluttuazioni ed oscillazioni nell'arco di lungo termine della relazione – è la ricerca dell'equilibrio tra le attese delle parti, quanto preferibile è che le parti si sottopongano congiuntamente a vincoli, di natura organizzativa ed istituzionale, all'interno di un unico ambiente giuridico comune, quello della società di capitali, al fine di conformare le reciproche condotte in senso coordinato allo scopo comune.

La condivisione degli scopi e dell'oggetto sociale – oltre che dell'unitario assetto di amministrazione e controllo nonché dei procedimenti deliberativi che caratterizzano e distinguono la vicenda societaria – divengono strumenti per rafforzare la convergenza delle condotte delle parti rispetto al programma di collaborazione concordato.



### **1.7. Temi economici e vincoli giuridici nella scelta della modalità di configurazione del partenariato.**

Una duplice area di indagine sembra allora emergere dalle considerazioni sin qui formulate.

Da un lato, divengono determinanti le ragioni economiche sottese al tema del contenimento dei costi – o comunque al controllo circa tali costi – così come generati dagli elementi di incertezza ed imprevedibilità, sempre presenti nelle relazioni di lungo termine ed ancora più accentuati in caso di esecuzioni di programmi contrattuali a contenuto complesso, e dai connessi fenomeni di incompletezza contrattuale e di relativi possibili comportamenti opportunistici tra le parti, ivi inclusi (e non ultimi) quelli indotti dal ciclo elettorale della parte pubblica.

Dall'altro lato, si pone al giurista il compito di verificare l'idoneità degli strumenti posti a disposizione dall'ordinamento per giungere – proprio ad iniziativa della parte pubblica promotrice – ad una consapevole selezione degli istituti disponibili e quindi alla configurazione dell'assetto ottimale, sia dal punto di vista organizzativo sia da quello istituzionale, della relazione di partenariato.

### **2. Il contesto: il rapporto collaborativo nella rappresentazione dualistica di pubblico e privato.**

I temi sin qui delineati – ed in particolare la ricostruzione in termini collaborativi (o cooperativi) della relazione tra pubblica amministrazione ed operatore economico privato – debbono,

peraltro, essere considerati nella consapevolezza del più ampio contesto costituito dalla rappresentazione dualistica (quando non antagonistica) tra pubblico e privato.

### 2.1. Pubblico e privato nella varietà dei modelli di capitalismo.

La distinzione tra “*Liberal Market Economies*” (LME) e “*Coordinated Market Economies*” (CME), secondo l’approccio alla politica economica proprio della teoria delle “*varietà di capitalismo*”<sup>7</sup>, presenta, in tale prospettiva, una interessante chiave di ricostruzione dei ruoli tra pubblico e privato, in disparte lasciando ogni indagine sulla modelli non capitalistici, a partire dalle economie di piano.

L’approccio della teoria delle “*varietà di capitalismo*” è comunque quello di una politica economica che pone l’impresa al centro delle proprie considerazioni come attore cruciale in una economia capitalistica<sup>8</sup> ma, nello stesso tempo, riconosce la capacità (e la necessità) di interazione strategica dell’impresa con molteplici altri attori, tra cui il potere pubblico.

E non è un caso – a conferma forse del partenariato quale elemento europeo in senso distintivo – che proprio la linea di

---

<sup>7</sup> Cfr., per una rassegna dei temi, P.A. Hall e D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford-New York, 2001.

<sup>8</sup> P.A. Hall e D. Soskice, *An introduction to Varieties of Capitalism*, in P.A. Hall e D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford-New York, 2001, p. 6, secondo cui “*This varieties of capitalism approach to the political economy is actor centered, which is to say we see the political economy as a terrain populated by multiple actors, each of whom seeks to advance his interests in a rational way in strategic interaction with others.*”

demarcazione sopra richiamata tra “*Liberal Market Economies*” (LME) e “*Coordinated Market Economies*” (CME), vede le imprese, nelle prime economie, come condizionate, all’interno del loro reciproco coordinamento, dalle dinamiche di domanda ed offerta formatesi su mercati concorrenziali mentre, nelle seconde tali dinamiche scaturiscono primariamente da interazioni strategiche tra imprese ed altri attori, tra cui, ancora una volta (anche se non solo) il potere pubblico.

In ultima analisi è all’interno di tale interazione strategica che, in termini di politica economica e secondo l’approccio sopra delineato, si colloca la relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata, ricordando inevitabilmente che “*in any national economy, firms will gravitate toward the mode of coordination for which there is institutional support*”<sup>9</sup>.

## **2.2. I valori evocati dalla rappresentazione dualistica di pubblico e privato.**

Le interazioni strategiche tra impresa – intesa come operatore economico privato – e potere pubblico si muovono, peraltro, e risentono di una più ampia dimensione valoriale e culturale che connota il dualismo pubblico e privato<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> P.A. Hall e D. Soskice, *An introduction to Varieties of Capitalism*, in P.A. Hall e D. Soskice (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford-New York, 2001, p. 9.

<sup>10</sup> Per una rassegna dei temi si vedano J. Freeman e M. Minow, *Government by contract. Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA. U.S.A.) e London (U.K.) e M.J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 6, 1982), pp. 1423-1428 ma anche G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

Risale a Bobbio la lettura della distinzione tra pubblico e privato come una delle grandi dicotomie nel pensiero giuridico e politico occidentale, idonea a definire la visione individuale e collettiva del mondo, sulla base di un triplice ordine di considerazioni:

i) la demarcazione tra pubblico e privato diviene, in primo luogo, la distinzione giustiniana tra diritto pubblico e diritto privato su cui larga parte della costruzione giuridica occidentale è formata e poggia (“*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”, Digesto, 38.2.14);

ii) la distinzione pubblico e privato tende a divenire esaustiva, escludendo categorie “terze” in virtù di un potente effetto di semplificazione;

iii) la medesima distinzione non solo esclude categorie “terze” ma altresì determina un effetto escludente reciproco al proprio interno, nel senso che ciò che è pubblico non può essere privato e viceversa.

Ed è probabilmente anche per tali ragioni che l’ibridazione di due concetti (pubblico e privato) tanto polarizzati – ibridazione inevitabilmente insita nella relazione di partenariato – genera diffidenze<sup>11</sup> (Minow) di pre-comprensione culturale e talvolta puramente emotive.

---

<sup>11</sup> M. Minow, Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion, 116 Harvard Law Review, 1229 (2003), p. 1229, la quale si interroga sulla seguente domanda: “*What happens to the scope and content of public values when public commitments proceed through private agents?*”

E', però, significativo notare che altri ambiti della riflessione giuridica <sup>12</sup>si sono dedicati al superamento di tale dicotomia, chiarendo, ad esempio, come il contrario di “*privato*” non sia “*pubblico*” bensì “*comune*”, così contraddicendo opposte affermazioni semplificatrici.<sup>13</sup>

Si tratta di comprendere, anticipando sin d’ora uno specifico tema che verrà trattato più avanti, se possa stabilirsi un parallelismo – utile anche ai fini di una diversa legittimazione culturale del rapporto di collaborazione tra pubblico e privato nell’ambito del partenariato – tra il “*comune*” come nozione della relazione giuridica che si instaura tra bene oggetto di diritto reale e collettività come soggetto titolare di tale diritto reale, da un lato, e, dall’altro, la considerazione, parimenti collettiva, della molteplicità di interessi su cui incide il diritto dell’impresa.

Considerazione, quest’ultima, particolarmente significativa allorquando il fenomeno d’impresa è organizzato all’interno del contratto della società di capitali, secondo modelli che sono, ad esempio, quelli della “*team production*”, intesa come consapevolezza e conseguente ordinazione dei molteplici interessi (e non certo solo quello dei soci) su cui incide la decisione amministrativa della società di capitali, contrapposta al principio di massimizzazione del valore degli azionisti, e, quindi, della “*corporate social responsibility*”.

---

<sup>12</sup> Il riferimento è alla riflessione civilistica sui diritti reali per i quali su tutti si veda S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>13</sup> P. de Vries, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 9, secondo cui “[P]rivate is the counterpart of public”.

### 2.3. La rappresentazione dualistica di pubblico e privato nel sistema giuridico.

Nel sistema giuridico, la contrapposizione tra pubblico e privato si presenta, in primo luogo, come dualismo tra diritto pubblico e diritto privato e quindi tra diritto amministrativo e diritto pubblico, nell'ambito della quale matura, peraltro, presto la consapevolezza circa il riconoscimento che le organizzazioni amministrative operano tanto con strumenti (ed in regime) di diritto pubblico quanto con strumenti (ed in regime) di diritto privato.

È stato osservato che, in tal modo, la dicotomia pubblico-privato, si sposta all'interno del medesimo diritto pubblico - e segnatamente del diritto amministrativo - divenendone una "*dialettica interna*"<sup>14</sup>, nell'ambito della quale vengono elaborate distinzioni concettuali tra "*attività privata e di diritto privato dell'amministrazione*", tra "*contratti ad oggetto privato e ad oggetto pubblico*", da cui si genera la nozione di procedimento ad evidenza pubblica per denotare l'emersione dell'interferenza pubblicistica all'interno di una sequenza altrimenti connotata in larga parte da manifestazioni di volontà negoziale, assoggettate al regime del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

È importante osservare che tale tradizione scientifica si estende anche alla riflessione giuridica sul diritto delle società di capitali, allorquando, proprio ricorrendo alla nozione di contratto

---

<sup>14</sup> In tali termini G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, passim.

ad evidenza pubblica (id est: concluso al termine di un procedimento ad evidenza pubblica che cristallizza la manifestazione di volontà negoziale dell'amministrazione), si giunge ad affermare che è possibile parlare "*come del contratto di evidenza pubblica, così di una società di evidenza pubblica che resta società quanto il primo resta contratto*"<sup>15</sup>.

È, in tale quadro, che matura la riflessione attorno ai caratteri della società a partecipazione pubblica come sede della relazione collaborativa tra parte pubblica e parte privata.

#### **2.4. Pubblico e Privato come polarità e le regole del rapporto collaborativo come disciplina delle variazioni lungo uno spettro continuo.**

A ben vedere, le esperienze dell'ordinamento mostrano come la combinazione tra pubblico e privato, intesa come combinazione della relazione collaborativa tra parte pubblica e privata, forniscono una molteplicità di soluzioni rappresentabili come variazioni lungo uno spettro continuo ai poli estremi del quale si collocano le decisioni di "*buy*" o "*make*" della pubblica amministrazione.

Si parte, dunque, da un grado zero costituito dall'acquisto "*spot*" di prestazioni che la parte pubblica opera presso un

---

<sup>15</sup> Cfr G. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, 167, oggi in G. Oppo, in *Scritti giuridici*, Vol. VII, 2005, pp. 340 e segg.; del medesimo A. si segnala, altresì, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, Vol. VI, 2000, pp. 48 e segg.. Una importante riflessione sul percorso della riflessione ancora dell'A. in esame è rinvenibile in G. Marasà, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo*, in *Giur. Comm.*, 2, 2012, pp. 197 e segg..

“provider” privato e si giunge – attraverso appunto modulazioni intermedie quale la relazione di partenariato (nella diversa gradazione della variante “*contrattuale*” e di quella “*istituzionalizzata*”) – sino alla internalizzazione del “*provider*” privato nell’organizzazione della parte pubblica fruitrice della prestazione precedentemente acquistata.

### **3. La ricostruzione: le determinanti nella scelta del modello secondo le teorie economiche dell’organizzazione e delle istituzioni.**

Il passaggio dall’acquisto “*spot*” all’internalizzazione del fornitore della prestazione – e le sue implicazioni teoriche prima ancora che quelle determinate dal rilievo empirico di tali fenomeni – è alla base della complessiva produzione scientifica in ordine agli strumenti “*non-market*” di costruzione ed esecuzione delle transazioni, sino alla confluenza nel più ampio alveo della c.d. “*New Institutional Economics*”.

La transazione, quale oggetto di riflessione, viene, dunque, inserita e studiata all’interno di modelli, organizzativi ed istituzionali, nella accezione rispettivamente di Williamson e North<sup>16</sup>, che la contengono e la governano.

---

<sup>16</sup> Si esprime in tal senso C. Menard, *The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 9, secondo cui “*One important contribution of New Institutional Economics (NIE) has been to disentangle issues regarding organizational choices and those relating to institutional rules in which they are embedded, while simultaneously referring to a common set of concepts, mainly: property rights; modes of governance allocating and transferring these rights (with particular attention to contracts); and the related transaction costs. Indeed, along the organizational dimension*



### 3.1. Le origini della “*Organizational Economics*”.

A partire, dunque, dagli apporti della teoria economica dell'organizzazione<sup>17</sup>, deve essere definito il contesto del dibattito entro cui si è sviluppato il tema della relazione collaborativa tra parte pubblica e parte privata.

È noto come tale dibattito origini dall'investigazione della teoria economica circa il significato del fenomeno organizzativo<sup>18</sup>, dapprima, in termini di sola constatazione dell'incidenza della qualità del “*management*” sulla produttività e profittabilità dell'impresa<sup>19</sup>, quindi sulla nozione di imprenditorialità e sulla

---

*(often identified as “Williamsonian”) as well as the institutional one (classified as “Northian”), a key issue has to do with the adequacy of organizational and institutional solutions with the transaction at stake. The interactions of these two dimension when it come to the provision of network infrastructure, which is the main focus of this chapter, help to explain the difficulties that the diffusion and implementation of PPP face”.*

<sup>17</sup> Per la ricostruzione dell'evoluzione delle teorie economiche dell'organizzazione si rinvia a R. Gibbons e J. Roberts, *Introduction*, in R. Gibbons e J. Roberts (a cura di), *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton University Press, 2013, pp. 1-4.

<sup>18</sup> C. Menard, *A New Institutional Approach to Organization*, in C. Menard e M.M. Shirley (a cura di), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, Dordrecht, Berlin, Heidelberg, New York, 2005. P. 281, secondo cui: “*Modern economic theory has long neglected, even ignored, the analysis of the different modes of organization that characterize a market economy. Notwithstanding the efforts of Alfred Marshall, one of its founding fathers, in identifying the properties of “business organizations” (1920, Book IV, chap. 10. Sq), standard microeconomics relied for decades on the concept of firms as production functions, an umbrella to the technologically determined combination of inputs. This situation has changed under the influence of the celebrated paper by Coase on “The Nature of the Firm” (1937).*”

<sup>19</sup> Cfr. F. Walker, *The Source of Business Profits*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1, 265-288, 1887

natura dell'impresa<sup>20</sup> e sulle prime affermazioni circa la transazione come unità minima di indagine tanto nelle relazioni extra-impresa quanto quelle intra-impresa<sup>21</sup> nonché sulle conseguenze dei conflitti tra proprietà e management<sup>22</sup>, sino alla prospettazione del tema in ordine ai confini dell'impresa ed alla ricostruzione del momento del controllo gerarchico come distintivo di tale nozione di impresa<sup>23</sup> e di quella invece relativa alla lettura che ha visto il fenomeno dell'organizzazione come un sistema collaborativo<sup>24</sup>.

Negli anni cinquanta e sessanta emergono ulteriori modelli teorici, i quali definiscono la relazione lavorativa come uso di autorità piuttosto che di negoziazione, quale indispensabile reazione proprio all'incertezza ed alla necessità di continuo adattamento tra le parti della medesima relazione lavorativa<sup>25</sup> e rilevano l'affermazione del “*management*” professionale<sup>26</sup>.

Negli anni settanta, viene osservato che “*it is only in our era, and even then haltingly, that the rational design of organization has become a a subject of inquiry*” e che “*the need for collective*

---

<sup>20</sup> Cfr. F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Hart, Schaffner and Marx, 1921

<sup>21</sup> Cfr. J.R. Commons, *Institutional Economics*, Madison, WI, University of Wisconsin Press, 1934

<sup>22</sup> Cfr. A. Berle e M. Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Harcourt, Brace and World, 1932

<sup>23</sup> Cfr. R. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4, 386-405, 1937

<sup>24</sup> Cfr. C. Barnard, *The Functions of the Executive*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1938

<sup>25</sup> Cfr. H. Simon, *A formal theory of the employment relation*, in *Econometrica*, 19, 293-305, 1951

<sup>26</sup> Cfr. A. Chandler, *Strategy and Structure*, Cambridge, MA, MIT Press, 1962

*action and the allocation of resources through non market methods*<sup>27</sup>.

L'odierno stato della ricerca è così sintetizzato: *“There are now several alternative theories of organization in economics, with “transaction cost economics”, “agency theory”, “property rights theory”, and a mix of resource-based and evolutionary perspective as the leading approaches. Beyond serious divergences, the diversity of approaches is striking. The development of competing explanations reflects an increasing interest for the nature of organizations. This becomes particularly obvious when looking at the resurgence of the literature on the theory of the firm, but also at the booming number of papers on other modes of organizations, e.g. strategic alliances, joint ventures, etc. However, it also suggests that we still miss an integrated theory*<sup>28</sup>.

**3.2. La “Organizational Economics” come parte del programma di ricerca della “New Institutional Economics” e nella evoluzione di quest’ultima.**

---

<sup>27</sup> Cfr. K. Arrow, *The Limits of Organization*, New York, W.W. Norton, 1974

<sup>28</sup> C. Menard, *A New Institutional Approach to Organization*, in C. Menard e M.M. Shirley (a cura di), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, Dordrecht, Berlin, Heidelberg, New York, 2005. P. 281, il quale aggiunge: *“The hard core of these theories can be summarized as follows. Transaction cost focuses mostly on explaining the existence and properties of alternative modes of organization and the tradeoffs among them. Agency theory primarily examines incentives, i.e., the way a principal can induce agents to behave according to his interest. The property rights paradigm, “old” or “new, centers on ownership and the related allocation of decision rights as a determinant for understanding relationship-specific investments. The resource-based-evolutionary view explores mainly how organizations develop internal characteristics, such as routines and know-how, in order to deal with their environment”*.

In tale evoluzione culturale si inserisce, dunque, la riflessione sulla contrapposizione tra mercati e gerarchie nella spiegazione dei fenomeni “*di make or buy decision*” e quindi di integrazione verticale nonché la conseguente apertura del programma di ricerca della “*Transaction Cost Economics*”<sup>29</sup> sia pure nella duplice variante rispettivamente dedicata ai temi organizzativi mediante la c.d. “*Comparative Economic Organization*”<sup>30</sup>, intesa come studio della comparazione di funzionalità di diverse soluzioni organizzative, ovvero ai temi istituzionali attraverso la c.d. “*Property Rights Theory*”.

Nel contempo si affermano le investigazioni sulla transazione “*embedded*” nell’ambiente giuridico della società di capitali sia attraverso la teoria della impresa e quindi della società quale “*nexus of contracts*”<sup>31</sup> e quindi sul tema dei costi di agenzia nell’ambito della relazione societaria<sup>32</sup>.

All’interno di tale evoluzione delle teorie delle organizzazioni si affermano nuove categorie di soluzioni organizzative come gli “*ibridi*” in cui le parti non completamente integrate verticalmente rimangono autonome nel controllo e nell’impiego di specifici

---

<sup>29</sup> Cfr. O. Williamson, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, in *American Economic Review*, 61, pp. 112-123, 1971; O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication*, New York, Free Press, 1975; O. Williamson, *The Economics Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985

<sup>30</sup> Cfr. O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, 36, pp. 269-296, 1991

<sup>31</sup> Cfr. A. Alchian e H. Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Economic Review*, 62, 316-325, 1972

<sup>32</sup> Cfr. M. Jensen e W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360, 1976

“assets”<sup>33</sup> ed entrano nell’oggetto di indagine della “*Comparative Economic Organization*” piuttosto che della “*Property Rights Theory*”.

Quest’ultima appare rilevante ai fini della presente indagine non tanto ai fini dell’applicazione operativa dei c.d. “*Property Rights*”, come si dirà appresso, bensì per i contenuti definitivi che la medesima teoria propone, distinguendo tra “*Property Rights*” in senso stretto, relativi al controllo sugli “assets” oggetto della transazione, inteso come potere di conferimento ed esclusione dei medesimi “assets” nel e dal perimetro della transazione medesima, e c.d. “*Decision Rights*”, concepiti, invece, come potere di decisione sull’uso (“*id est*”: modalità di impiego) di tali “assets” all’interno della transazione. Tali ultimi diritti proprietari appaiono, in particolar modo, importanti ai fini del coordinamento dell’attività delle parti nella relazione pubblica di partenariato.

**3.3. Il ruolo della “*Transaction Costs Economics*” quale metodo di indagine nella evoluzione della “*New Institutional Economics*”: la “*Transazione*” come oggetto di indagine e le tecniche d’indagine.**

La “*Transaction Costs Economics*”, inserita nel più ampio contesto di riflessione scientifica della c.d. “*New institutional Economics*”, si propone, infatti, di offrire una metodologia attraverso la quale scegliere l’assetto istituzionale più idoneo al

---

<sup>33</sup> Cfr. C. Ménard, *Hybrid Modes of Organization*, 2011

governo di una determinata transazione<sup>34</sup>, nell'intento di ridurre ogni costo diverso da quello di produzione.

La riduzione del costo di transazione, appunto inteso come ogni costo diverso da quello di produzione (come quelli di ricerca ed informazione ovvero quelli di negoziazione ed ancora di più di rinegoziazione), costituisce, dunque, l'obiettivo di efficienza economica perseguito mediante la scelta dell'assetto istituzionale ottimale.

L'unità minima oggetto di studio da parte della TCE è appunto la “*transazione*”<sup>35</sup>, intesa quale relazione distinta dai seguenti caratteri: a) conflitto, in quanto le parti presentano interessi avversari; b) mutualità, in quanto le parti confidano nel conseguimento di un vantaggio rispettivo e reciproco; c) ordine, in quanto le parti svolgono le prestazioni di rispettiva competenza secondo un programma prestabilito e concordato. L'assetto istituzionale ottimale di governo della transazione è, dunque, quello idoneo ad “*ordinare*” le prestazioni delle parti, in misura economicamente efficiente.

Nel contempo, la TCE sottolinea come lo svolgimento del programma nel tempo implichi l'esposizione delle parti ad eventualità impreviste e devianti rispetto all'originaria pattuizione, ponendo, pertanto, al centro della propria indagine, la capacità di adattamento dell'assetto istituzionale che presiede alla transazione rispetto alle predette eventualità.

---

<sup>34</sup> Cfr. O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication*, New York, Free Press, 1975

<sup>35</sup> Cfr. J.R. Commons, *The Problem of Correlating Law, Economic and Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 8, pp. 3-26, 1932

I due fondamentali assetti istituzionali di governo delle transazioni, l'uno all'estremo rispetto all'altro e quindi contrapposti, sono il mercato e l'impresa, laddove, nel primo, la capacità di adattamento si esprime attraverso la condotta, autonoma e spontanea, di operatori economici indipendenti<sup>36</sup>, mentre, nel secondo<sup>37</sup>, è esito del potere di direttiva e quindi di coordinamento dell'imprenditore.

L'unità minima oggetto di studio da parte della TCE è appunto la “*transazione*”<sup>38</sup>, intesa quale relazione distinta dai seguenti caratteri: a) conflitto, in quanto le parti presentano interessi avversari; b) mutualità, in quanto le parti confidano nel conseguimento di un vantaggio rispettivo e reciproco; c) ordine, in quanto le parti svolgono le prestazioni di rispettiva competenza secondo un programma prestabilito e concordato.

L'assetto istituzionale ottimale di governo della transazione è, dunque, quello idoneo ad “*ordinare*” le prestazioni delle parti, in misura economicamente efficiente.

### 3.4. La “*Comparative Economic Organization*” e le modalità alternative di organizzazione della “*Transazione*”.

---

<sup>36</sup> Cfr. F. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, in *American Economic Review*, 35, pp. 519-530, 1945

<sup>37</sup> Cfr. C. Barnard, *The Functions of the Executive*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1938

<sup>38</sup> Cfr. J.R. Commons, *The Problem of Correlating Law, Economic and Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 8, pp. 3-26, 1932

E' bene sottolineare comunque una specifica autonomia della c.d. “*Comparative Economic Organization*” rispetto alla c.d. “*Property Rights Theory*”.

La “*Comparative Economic Organization*”<sup>39</sup> è, infatti, indagine circa la comparazione di funzionalità di diverse soluzioni organizzative.

In quanto tale “*Comparative Economic Organization*” afferisce non tanto (o comunque non solo) al momento dell’assegnazione dei c.d. “*Property Rights*”.

Centrale è, invece, il momento successivo dove i medesimi “*Property Rights*” divengono oggetto di pretese di rinegoziazione e quindi di nuova assegnazione tra le parti all’interno di un procedimento che la soluzione organizzativa prescelta è chiamata a strutturare e disciplinare.

La comparazione di maggiore o minore funzionalità rispetto ai caratteri della transazione è, dunque, il punto di arrivo dell’indagine, secondo la sequenza operativa articolata nelle tre fasi della descrizione dei caratteri della transazione da disciplinare, descrizione dei caratteri degli istituti di governo della transazione ed infine allineamento di tali istituti di governo ai caratteri della transazione medesima.

#### **4. Il metodo e le sue ragioni: l’analisi del rapporto collaborativo tra parte pubblica e privata secondo la “*Transaction*”**

---

<sup>39</sup> Cfr. O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, 36, pp. 269-296, 1991



***Costs Economics***” quale tecnica ricostruttiva per il giurista e nel rispetto dei vincoli di statuto epistemologico di quest’ultimo.

La ricostruzione giuridica del fenomeno in esame procede attraverso il ricorso ai principi della “*Transaction Costs Economics*” ed in particolare della “*Comparative Economic Organization*”.

Si badi: chi scrive è ben consapevole che la TCE costituisce oggi un metodo di analisi – ed ancora prima un programma di ricerca – assai collaudato, a partire dai contributi seminali degli inizi degli anni trenta, da parte di Ronald Coase. Ed in ultima analisi si tratta di un metodo maturo. Meno ricorrente è, però, l’impiego della TCE per l’analisi giuridica delle relazioni, contemporaneamente “*cooperative*” e “*competitive*” (appunto “*ibride*” secondo la terminologia usata dagli studiosi della TCE), tra parte pubblica e parte privata.

Il punto è che la TCE fornisce al giurista uno strumento assai potente nella “*descrizione*” della “*transazione*” e delle soluzioni di governo di quest’ultima, in disparte questioni “*normative*” dell’analisi assai più controverse e controvertibili.

La decisione cruciale e fondamentale per la TCE è, dunque, quella tra mercato e impresa, ovvero tra “*buy*”, inteso come acquisto del bene in esito ad una relazione di scambio conclusa ed esaurita sul mercato, e “*make*”, da leggere quale produzione diretta del bene ricercato in esito alla stabile integrazione nell’impresa degli operatori o comunque dei fattori in precedenza reperiti sul mercato.

La scelta tra l’uno e l’altro modello è rimessa all’esito dell’indagine attorno ai caratteri della transazione ed a tali esiti è rimessa, altresì, in senso assolutamente rilevante per la presente

indagine dedicata alle società miste, anche la scelta di formule intermedie che presentano combinazioni di “*make*” e “*buy*” e non solo alternative tra i due modelli.

La contrapposizione tra “*mercato*” ed “*impresa*”, in tale prospettiva, risale agli albori dell’elaborazione della c.d. “*New institutional Economics*”, laddove veniva segnalata l’esistenza di un vuoto ricostruttivo ed una sostanziale aporia teorica, costituita dall’incapacità di spiegare perché mai, esistendo mercati (id est: risorse allocate per mezzo di meccanismi di prezzo), dovessero esistere imprese (id est: risorse allocate per mezzo di meccanismi di loro coordinamento spettanti in capo all’imprenditore).

Tali considerazioni non debbono, peraltro, costituire ragioni di confusione circa i differenti statuti epistemologici che regolano l’attività dell’economista e del giurista.

Il metodo prescelto per l’indagine, quanto, in particolare, all’apporto delle teorie e quindi all’analisi economica del fenomeno organizzativo, è, per il giurista, eminentemente descrittivo con una inevitabile funzione predittiva circa il rendimento del singolo istituto giuridico considerato, ma non normativo.

In altri termini, la valenza euristica dell’apporto delle teorie economiche è circoscritta essenzialmente a consentire all’interprete (a) di comprendere il fenomeno economico su cui l’ordinamento incide<sup>40</sup> a mezzo di un determinato istituto nonché

---

<sup>40</sup> F. Denozza, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, pp. 1-2, per il quale “*L’analisi degli effetti delle norme rappresenta un passaggio essenziale dell’attività del giurista*”, aggiungendosi che “*ciò è evidente per il giurista ausiliario del legislatore e per il giurista critico della legislazione vigente, ma non è meno vero per il giurista interprete. Si può discutere del ruolo che l’analisi degli effetti di una norma (intesi, ovviamente, come effetti complessivi e non come giustizia del caso singolo) è autorizzata ad esplicitare nel processo di*

(b) di concludere, quindi, circa gli effetti che su tale fenomeno economico produce la modalità di conformazione degli istituti prescelta dall'ordinamento<sup>41</sup>; mentre non viene richiesto all'analisi

---

*interpretazione della norma in questione, e come i risultati di questa analisi debbano coordinarsi con quelli suggeriti da altri metodi interpretativi (l'interpretazione letterale, l'interpretazione per principi, l'interpretazione sistematico -dogmatica). Non credo si possa contestare, invece, la necessità di tener conto anche degli effetti che una norma produce quando sia interpretata in un modo anziché in un altro. Nessuno, penso, può ragionevolmente sostenere che tutte le norme possono essere interpretate prescindendo sistematicamente dalla considerazione degli effetti prodotti dalla scelta dell'una o dell'altra interpretazione possibile. Nonostante ciò, l'attenzione usualmente prestata dai giuristi al tema generale dei criteri di valutazione degli effetti delle norme è al quanto scarsa".*

<sup>41</sup> R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il Mercato delle Regole. Analisi economica del diritto civile*, Vol. I, Fondamenti, Il Mulino, Bologna, pp. 14 -15, secondo cui *"In generale, alle radici delle diverse concezioni sta una diversa idea del positivismo: laddove per l'economista positivismo significa chiara distinzione fra mondo del fatto e mondo del valore, per il giurista positivismo significa principio di autorità dell'ordinamento. Entrambe le discipline si stanno lentamente allontanando da questi presupposti. Ma siamo ancora lontani dalla convergenza epistemologica. Lo sviluppo della ricerca interdisciplinare di diritto ed economia può far compiere notevoli passi avanti. A condizione, però, ch'essa non tradisca la sua vocazione e non lasci materializzare involuzioni preoccupanti, quali quelle che, sull'onda di un successo crescente, si sono venute profilando in tempi recenti. Per fare chiarezza sul punto, è bene riflettere, per metafore, su «scenari», o forse «stati d'animo», dell'EAL. Le pagine si popolano di calcoli sofisticati. Ma chi li fa, nel mondo reale? I giudici? Gli operatori? Calcoli siffatti riuscirebbero difficili là dove - mercati ordinari- è normale farli. Figuriamoci quando, come nel nostro caso, un mercato in senso tecnico non c'è ed i prezzi sono sempre soltanto impliciti. Si va così ad un EAL «normativa» (e, sin qui, niente di male) senza il prima e il dopo di un'EAL intesa a capire preliminarmente com'è il diritto, piuttosto che chiedersi come dovrebbe essere. L'idea di una Law and Economics nel segno di uno scambio reciproco fra settori disciplinari stinge in un'analisi economica del diritto dove quest'ultimo funge soltanto da oggetto: uno fra i tanti, solo un poco più curioso, perché, nel frattempo (e in altri quartieri, segnatamente quello di Law and Finance), ci si è accorti che «legal rules do matter». Il terzo scenario è ancora di là da venire è quello che, col nostro lavoro, vorremmo contribuire a costruire, propiziando un'umiltà*

economica di vincolare normativamente la soluzione interpretativa ovvero applicativa dell'istituto ovvero ancora di sua evoluzione nelle vicende dell'ordinamento<sup>42</sup>.

---

*autenticamente interdisciplinare. Se chiave d'ingresso ha da essere il Ph. D. in Economics, sia chiaro che ne occorre un'altra, ossia l'equivalente qualificazione sul versante giuridico: più banalmente, l'educazione del giurista deve svolgersi su entrambi i versanti. E ciò perché le technicalities scandiscono anche il mondo del diritto, sino a renderlo proverbialmente inaccessibile a chi non paghi lo scotto di dotarsi di adeguati strumenti conoscitivi. L'EAL, che ha contribuito ad illuminare tanti buschi neri dell'universo giuridico, molto più ancora fare per spianare, e ricondurre a ragione, quelle asperità tecniche, purché si rassegni a conoscerle da presso. Senza lasciarsi irretire nell'incubo monotono di un'EAL per soli economisti”.*

<sup>42</sup> R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il Mercato delle Regole. Analisi economica del diritto civile, Vol. I, Fondamenti*, Il Mulino, Bologna, pp. 17-18, per i quali “*L’approccio romanista classico è, infatti un approccio eminentemente ermeneutico: il diritto è incorporato in testi legislativi- i codici- ed il compito del giurista è interpretare questi testi, scoprendo il significato delle scelte collettive e legislative di cui tali testi sono la risultante. In questo senso l’approccio tradizionale continentale guarda indietro e sostanzialmente «nega» le scelte dell’interprete. Il giurista non compie delle scelte, queste sono già state fatte dalla legislazione; semmai, il giurista (giudice o avvocato che sia) opera scelte limitate, fra i significati possibili lasciati aperti dal testo, ma sempre in virtù di criteri autoritativamente fissati (ricorso all’analogia, ai principi generali, ecc.). Perciò il problema dell’indeterminatezza del diritto si pone sempre come un difetto: un problema di linguaggio non sufficientemente preciso, che lascia spazio a più significati. Lo sviluppo del diritto diviene un problema eminentemente linguistico ed il linguaggio appare proprio come la casa delle regole. Al contrario, l’approccio di EAL guarda in avanti; guarda alle conseguenze delle regole ammesse e seleziona in base alla desiderabilità di tali conseguenze. Le scelte del giudice e dell’avvocato non sono negate: sono ammesse esplicitamente, ma sono indirizzate in base a criteri di efficienza. Il linguaggio diviene molto meno importante: le regole hanno una loro giustificazione non ermeneutica, le parole sono solo un modo di rappresentarle, ed esse possono venire verbalizzate in modi molteplici. Può addirittura dirsi che l’EAL costituisce proprio il contraltare netto all’approccio della dottrina pura del diritto che per decenni ha costituito il paradigma indiscusso del giurista continentale. Secondo tale dottrina, il giurista deve essere un tecnico della norma positiva dettata dall’autorità statale e non deve occuparsi né dei suoi motivi (lasciati al legislatore), né delle sue conseguenze (di cui si occupa il sociologo), né*

Detto ancora più esplicitamente: il ricorso all'economia dei costi di transazione, quale strumento di comprensione del fenomeno della istituzionalizzazione del partenariato, non equivale ad aderire ad un programma ideologicamente orientato alla eliminazione ovvero comunque alla riduzione dei costi di transazione ma semplicemente rivela l'intendimento dell'interprete di comprendere la presenza di tali costi nonché le conseguenze di tale presenza dei costi e della loro allocazione sul rendimento atteso degli istituti giuridici.

Il giurista non trae conclusioni normative da ricognizioni descrittive bensì interpreta lealmente una norma che è data – in primo luogo nel rispetto del “*testo*” quale limite primario – e ne predice la resa all'interno di un sistema.

Non solo: è significativo notare che proprio l'economista che ha contribuito alla definizione “*seminale*” dei presupposti teorici della teoria economica dei costi di transazione, non ha esitato a mettere in guardia dal trarre conclusioni normative dalle indagini sui costi di transazione.

Gli sviluppi dell'elaborazione circa le conseguenze di un modello teorico in cui i costi di transazione sono pari a zero<sup>43</sup>, ben lungi dal costituire auspicio di un mondo con costi di transazione zero<sup>44</sup>, hanno, infatti, indicato l'esigenza di indagare sulle

---

*dei valori ad essa sottesi (su cui si intrattiene il filosofo). L'EAL si pone oggi, in un sistema di civil law, come uno strumento essenziale di critica, per superare un formalismo ermeneutico che impedisce di rivelare i meccanismi istituzionali del sistema stesso”.*

<sup>43</sup> Cfr. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44, 1960

<sup>44</sup> Cfr. R.H. Coase, *The Institutional Structure of Production*, in *American Economic Review*, 82, pp. 713-719, 1992

conseguenze di costi di transazione positivi nella ricerca degli assetti istituzionali ottimali<sup>45</sup>.

L'attrattività per il giurista del metodo di analisi in esame risiede, pertanto, nello spostamento di attenzione dal momento del mero meccanismo di prezzo, tipico del modello "*Arrow-Debreu*", a quello della relazione contrattuale, all'interno di un impianto teorico, che attribuisce rilevanza alle istituzioni ed alla loro configurazione.

**5. Il piano di lavoro: le fasi operative dell'analisi della "Transazione" tra parte pubblica e parte privata: descrizione dei caratteri della transazione, ricognizione degli istituti di governo della transazione, allineamento degli istituti ai caratteri.**

La trattazione si svolgerà secondo un'apposita articolazione che, in coerenza al modello operativo della TCE<sup>46</sup>, prevede: 1) la descrizione dei caratteri della "*transazione*" in esame e quindi della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata, ricostruita quale componente sostanziale della decisione della prima di approvvigionamento rispetto all'apporto della seconda, 2) la descrizione dei caratteri della struttura di governo della relazione di partenariato istituzionalizzato e quindi della società di capitali come sede del coordinamento tra parte pubblica e parte

---

<sup>45</sup> Cfr. O. Williamson e S. Tadelis, *Transaction Cost Economics*, in R. Gibbons e J. Roberts (a cura di), *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton University Press, 2013.

<sup>46</sup>Cfr. O. Williamson e S. Tadelis, *Transaction Cost Economics*, in R. Gibbons e J. Roberts (a cura di), *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton University Press, 2013.

privata; 3) l'allineamento della struttura di governo ai caratteri della transazione e quindi la ricostruzione del partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali come integrazione verticale “*ibrida*” tra “*mercati*” e “*gerarchie*”.

**6. La delimitazione dell'indagine e le sue ragioni di attualità: pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici e locali tra rispondenza del rapporto al modello di partenariato definito dall'ordinamento europeo, opzioni delle politiche pubbliche e vincoli posti dalla volontà popolare.**

La delimitazione dell'indagine alle società partecipate delle Autonomie territoriali per l'erogazione di servizi pubblici locali è riconducibile ad un triplice ordine di ragioni:

i) la responsabilità pubblica dell'Ente locale e la vicinanza con il territorio destinatario della prestazione del servizio, con ogni conseguenza quanto alle implicazioni istituzionali e politiche, aumentano i rischi di condotte opportunistiche ad iniziativa di entrambe le parti – in primo luogo in sede di richiesta di rinegoziazione dei termini dell'originario programma di collaborazione concordato – e la corrispondente esigenza di strumenti di contenimento di tali rischi;

ii) la polarizzazione della dialettica societaria tra le sole due parti socie, appunto quella pubblica e quella privata, all'interno di una società “*chiusa*”, enfatizza, quasi icasticamente, sia la ricostruzione di tale vicenda societaria come “*organizzazione ibrida*” (ed in particolare come “*Joint Venture*”) tra le due componenti interne, diversamente orientate nelle loro rispettive finalità (di interesse generale l'una e di lucro l'altra) sia il

passaggio, sottostante all'intero processo di istituzionalizzazione del partenariato, da un rapporto tipicamente commutativo o di scambio tra le due parti ad uno associativo tra le medesime parti, specificamente al fine di aumentare il rapporto di coordinamento reciproco nell'attuazione del programma di collaborazione;

iii) la partecipazione degli Enti Locali alle società di capitali – e quindi le modalità di riconfigurazione degli istituti del diritto societario comune in ragione di tale partecipazione – costituiscono oggetto di una intensa quanto disorganica attenzione del Legislatore statale, come evidente anche dai contenuti del dibattito circa il c.d. “*Capitalismo municipale*” e delle relative iniziative in sede di analisi delle politiche pubbliche (come nel caso del c.d. “*Piano Cottarelli*”).

Oggetto di indagine è, dunque, la società mista preposta allo svolgimento di servizi pubblici locali a rilevanza economica con prevalente capitale pubblico e non quotata, a valere, in coerenza e conformità con la scelta compiuta dal Legislatore interno, a partire dal D.Lgs. n° 267/00 e s.m.i. e prima ancora della L. n° 142/90, di dettare una disciplina uniforme, quale soluzione istituzionale trasversale per ogni settore delle c.d. “*utilities*”.

Le ragioni di una simile delimitazione – appunto: società mista preposta allo svolgimento di servizi pubblici locali a rilevanza economica con prevalente capitale pubblico e non quotata – risiedono nella singolare vicenda che l'evoluzione normativa dell'ordinamento interno presenta per il settore dei servizi pubblici locali.

Dopo, infatti, un ininterrotto quindicennio di interventi legislativi a cadenza pressoché annuale, gli esiti del referendum popolare del 2012 che hanno condotto alla abrogazione dell'Art.



23-bis del D.L. n° 112/08 e la successiva sentenza n° 199/12 della Corte Costituzionale hanno, infatti, indotto il Legislatore statale ad un scelta di intensa limitazione delle proprie prerogative, tradottasi nella formula posta dall'Art. 34 del D.L. n° 179/12 e s.m.i. secondo cui *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine 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, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

In assenza di ulteriori disposizioni, poiché la disciplina del comma sopra citato pressoché esaurisce le indicazioni del Legislatore statale sul punto, il completamento del quadro normativo in materia viene, dunque, rimesso, da un lato all'ordinamento dell'Unione Europea e, pertanto, ai generalissimi principi di Trattato, mancando una organica disciplina di diritto derivato applicabile ai servizi di interesse economico generale, e, dall'altro lato, alle iniziative degli Enti Locali ovvero delle loro articolazioni organizzative di secondo livello, quali le Autorità di Ambito, le quali sono chiamate a dare attuazione, mediante atti e provvedimenti amministrativi, a contenuto generale e quindi individuale, ai principi del TFUE, come sopra richiamati, con ovvie interessanti ricadute quanto alla eterogeneità delle soluzioni prescelte.

Se, da un lato, appare evidente come una simile scelta di abdicazione alle prerogative statali in tema di concorrenza ex Art. 117 comma 2° lett. e) della Costituzione abbia presentato sino ad oggi non pochi aspetti problematici.

Dall'altro, è vero, però, che il quadro appare in movimento, come confermato dalle più recenti iniziative legislative delegate di cui al c.d. “*Decreto Servizi Pubblici Locali*” ed al c.d. “*Decreto Partecipate*” di cui “*infra*”, così come adottati in esercizio della delega in tema di riforma della pubblica amministrazione di cui agli Artt. 19 e 18 della L. n° 124/15, a loro volta accompagnati dal c.d. “*Decreto Contratti Pubblici*” adottato in esercizio della delega di cui alla L. n° 11/16 per il recepimento delle nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni.

E' intuibile come tale assetto ordinamentale in evoluzione renda il settore un interessante campo di indagine scientifica, laddove l'impostazione prescelta di verifica delle implicazioni dell'integrazione verticale tra pubblico e privato deve misurarsi esclusivamente con le clausole generali del Trattato, così espandendo la facoltà delle parti di affidarsi alle regole di diritto comune.

La prevalenza del capitale pubblico e la natura di “*closed company*” della non quotata enfatizzano, infine, la relazione bilaterale tra parte pubblica e parte privata nell'ambiente giuridico societario.

Nel contempo, proprio per effetto del rinvio alle previsioni dell'ordinamento europeo, a cui inevitabilmente gli ulteriori nuovi tentativi di intervento legislativo si rivolgono, è doverosa la ricostruzione della società mista preposta allo svolgimento di servizi pubblici locali a rilevanza economica quale “*partenariato*”

*pubblico-privato istituzionalizzato*”, come definito dalla Commissione UE (Comunicazione 91/02 del 2008).

Entro tale ambito delimitato, l’indagine – posto che la relazione contrattuale tra parte pubblica e parte privata per l’erogazione di servizi di pubblica utilità ricade nell’ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del diritto europeo degli appalti e della concessioni in senso conforme al quale deve essere naturalmente orientata l’attività di interpretazione del diritto interno sul punto – assume che:

i) tale relazione contrattuale, così come dall’ordinamento europeo ed interno definita in termini di partenariato pubblico-privato (contrattuale ovvero istituzionalizzato) presenta i tratti tipici delle transazioni a contenuto complesso (lungo termine di relazione, alta specificità di investimento ed elevata incompletezza contrattuale con esposizione al rischio di comportamenti opportunistici delle parti) così come delineati dalle teorie dell’organizzazione economica;

ii) l’opzione a favore della istituzionalizzazione del partenariato, a mezzo della costituzione di una entità terza in cui trovino coordinamento le attività tra la parte pubblica e la parte privata della relazione, costituisce soluzione auspicabile al crescere della complessità della relazione, in quanto, come confermato dalle medesime teorie dell’organizzazione economica, la risposta, tanto organizzativa quanto istituzionale, all’intensificazione del fenomeno di incompletezza contrattuale e delle relative incertezze circa la condotta delle parti è usualmente affidata all’introduzione, all’interno della transazione, di una entità terza con compiti di coordinamento tra le parti medesime;

iii) il fenomeno di coesistenza tra parte pubblica e parte privata all'interno della entità terza, costituita in forma di società a capitale misto ai fini della presente indagine, con funzioni di coordinatore tra le parti – riconducibile alla categoria delle c.d. “*organizzazioni ibride*” in cui le parti, pur integrandosi verticalmente (appunto all'interno di una società mista), rimangono però titolari di diritti proprietari e di decisione distinti ed autonomi rispetto alla vicenda societaria appositamente costituita e quindi non conferiti, i quali cooperano ma altresì competono tra loro – non è però privo di criticità;

iv) gli istituti del diritto societario comune forniscono strumenti congrui per il governo delle criticità sopra rappresentate attraverso l'esercizio degli spazi di autonomia statutaria e negoziale che i tipi legali delle società di capitali ma, nel contempo, l'impiego di tali istituti di diritto comune e lo stesso accesso al contratto di società debbono essere inseriti nel quadro della legislazione speciale per le società a partecipazione pubblica e dei relativi limiti e divieti dalla medesima previsti, così imponendo una verifica critica circa l'idoneità della disciplina portata da tale legislazione speciale ad assicurare, tanto alla parte pubblica quanto a quella privata, l'esercizio delle facoltà di modulazione e comunque di impiego degli istituti del diritto comune delle società di capitali ai fini della massima congruità della forma di governo della transazione rispetto agli obiettivi attesi.

## II

### I caratteri della “*transazione*”.

**Relazione di lungo termine, alta specificità di investimento, complessità ed incompletezza contrattuale nella collaborazione tra pubblico e privato.**

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. La scelta tra produzione pubblica o produzione privata per i servizi di interesse economico generale. 2.1. La responsabilità pubblica nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale. 2.1.1. Il quadro istituzionale scaturente dai principi del TFUE in tema di servizi di interesse economico generale. 2.1.2. Il riconoscimento formale del ruolo dei servizi di interesse economico generale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e del TFUE. 2.2. Le scelte dell'ordinamento interno tra promozione della concorrenza e municipalismo. 2.2.1. Sull'evoluzione della normativa interna tra esiti referendari di abrogazione e pronunce di incostituzionalità. 2.2.2. Per una rilettura della legislazione interna in senso più dettagliatamente conforme all'ordinamento europeo. 2.2.3. La posizione della giurisprudenza costituzionale interna in tema di rapporto tra la fonte europea e quella statale. 2.2.4. Sull'erogatore del servizio di interesse economico generale secondo le indicazioni della Commissione UE. 2.2.5 Sulla nozione rilevante di impresa secondo la giurisprudenza europea. 2.2.6. Sulle indicazioni della giurisprudenza europea in tema di applicazione dell'Art. 106 TFUE. 2.2.7. Sull'opportunità di una disciplina interna di fonte statale a valere quale quadro ordinamentale di riferimento per il settore in esercizio della competenza esclusiva ex Art. 117 comma 2° lett. e) Cost.. 2.3. La neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra produzione pubblica e produzione privata. 2.3.1. La “*neutralità*” come deferenza rispetto alla scelta dello Stato Membro in ordine alla produzione pubblica ovvero privata del servizio. 2.3.2. La “*neutralità*” come irrilevanza della natura pubblica o privata del produttore del servizio rispetto all'applicazione delle norme del TFUE in tema di libertà di circolazione e concorrenza. 2.4. Sull'opportunità di una disciplina interna di fonte statale a valere quale quadro ordinamentale di riferimento per il settore in esercizio della competenza esclusiva ex Art. 117 comma 2° lett. e) Cost. e sui contenuti della sua realizzazione storica attraverso il “*Decreto Servizi Pubblici Locali*” adottato in esercizio della delega posta dall'Art. 19 della L. n° 124/15 e s.m.i.. 2.4.1. La ricostruzione della responsabilità pubblica di erogazione dei “*servizi pubblici locali di interesse economico generale*” da parte del c.d. “*Decreto Servizi Pubblici Locali*” tra limitazione dei diritti speciali ed esclusivi e modalità di organizzazione del servizio in funzione di promozione della concorrenza. 2.4.1.1. I criteri di delega posti

dall'Art. 19 del c.d. *“Decreto Servizi Pubblici Locali”* tra conferma della responsabilità pubblica in capo alle Autonomie Locali e spinta verso il superamento dei regimi di esclusiva non giustificati. **2.4.1.2.** I principi e la nozione di *“servizio pubblico locale di interesse economico generale”* tra intervento pubblico e mercato e gli strumenti di suo *“affidamento”* tra riserva e liberalizzazione di attività. **2.4.1.3.** Il vincolo alla definizione della finalità di intervento pubblico e giudizio di proporzionalità sulle misure di restrizione del processo competitivo nel mercato attraverso l'imposizione di obblighi di servizio ovvero attraverso la costituzione di diritti speciali od esclusivi a favore della parte affidataria. **2.4.1.4.** Le modalità di gestione del servizio e l'ulteriore applicazione del principio di proporzionalità a salvaguardia del processo competitivo per il mercato: la *“società mista”* quale tipologia di affidamento (rinvio). **2.4.2.** Gli obiettivi di missione di interesse generale della parte pubblica come guida nella costruzione della relazione di partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali (rinvio). **3.** Il contributo dell'analisi economica in ordine alla decisione di produzione del servizio ed in particolare dell'analisi relativa alla scelta pubblica di incaricare la parte privata di tale compito di produzione. **3.1.** Il fenomeno di *“delega di poteri”* nel quadro del c.d. *“agency problem”* ed i *“poteri residuali di intervento”* della parte pubblica in caso di produzione del servizio a cura privata nella letteratura economica. **3.2.** La complementarità tra le teorie economiche dell'impresa e quelle della privatizzazione nella ricostruzione da parte del giurista del fenomeno di *“integrazione verticale”*. **3.3.** Integrazione verticale e *“poteri di controllo”*. **3.4.** Carenze informative, incompletezza contrattuale e poteri residuali di intervento della parte pubblica nella teorie della privatizzazione. **3.5.** Poteri residuali di intervento ed incompletezza contrattuale nella teoria dell'impresa. **3.6.** Relazione contrattuale di lungo termine, elevata specificità di investimento, incertezza e complessità delle prestazioni oggetto di contratto. **3.7.** L'interfaccia di coordinamento tra le parti quale centro unificato di direzione nella soluzione istituzionale di governo delle incertezze e delle complessità della *“transazione”* nella *“Transaction Costs Economics”* e nella *“Property Rights Theory”*. **3.8.** Incompletezza contrattuale, poteri di controllo e strategie di integrazione verticale della parte pubblica dalla relazione *“in - house providing”* alla relazione di partenariato con la parte privata. **4.** La relazione di partenariato e la relazione di partenariato istituzionalizzato. **4.1.** I caratteri della disciplina della relazione di partenariato nell'ordinamento multilivello. **4.2.** La posizione della UE in tema di partenariato. **4.3.** Le indicazioni dell'ordinamento interno in tema di partenariato secondo le più recenti indicazioni fornite dal c.d. *“Decreto Contratti Pubblici”* adottato in esercizio della delega di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE di cui alla L. n° 11/16. **4.4.** La istituzionalizzazione della relazione di partenariato secondo la Commissione UE come variante rispetto alla relazione contrattuale. **5.** La componente di rischio e la sua allocazione nella disciplina delle

concessioni nella direttiva 2014/23/UE come conferma dei caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato. **5.1.** La nozione di “*concessione*” nella direttiva 2014/23/UE. **5.2.** Il rischio e la disciplina della selezione del “*concessionario*” nonché l’ampiezza dispositiva delle “*varianti*” quale conseguenza dei caratteri della concessione nei “*considerando*” della direttiva 2014/23/UE. **5.3.** Rischio e trattamento contabile della relazione di partenariato sul bilancio della parte pubblica. **5.4.** La decisione sull’assetto istituzionale della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata come componente della “*Value for money analysis*” e del “*Public Sector Comparator*” nella scelta in favore della relazione di PPP piuttosto che di una forma ordinaria di “*procurement*”. **5.5.** Il rilievo della disciplina delle tipologie delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici nel confronto con le teorie economiche in tema di aste e la loro ricaduta nella tradizione giuridica dell’ordinamento interno dinanzi alle diverse indicazioni della U.E.. **6.** Conclusioni. **6.1.** Relazione di lungo termine, alta specificità di investimento, complessità, incompletezza contrattuale e carenze informative come caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata e come fattori determinanti dell’esigenza di rafforzamento dei poteri d’intervento della parte pubblica. **6.2.** Indicazioni per la ricostruzione del fondamento razionale della istituzionalizzazione del partenariato nel prosieguo dell’indagine.

## **1. Introduzione.**

1. La descrizione dei caratteri della “*transazione*” costituisce la prima fase operativa dell’analisi della relazione di partenariato istituzionalizzato tra parte pubblica e parte privata. Tale relazione è, in primo luogo, espressione della decisione pubblica di approvvigionamento presso la parte privata di uno specifico apporto ad un’attività economicamente rilevante la cui titolarità risulta propria della medesima parte pubblica ovvero addirittura, come nel caso dei servizi di interesse economico generale pubblici locali, il cui svolgimento è affidato alla responsabilità pubblica.

È significativo notare sin d’ora come le indicazioni dell’ordinamento europeo siano nel senso di ritenere che l’oggetto dell’apporto privato alla relazione di partenariato istituzionalizzato debba consistere nella partecipazione attiva all’esecuzione dei

compiti assegnati all'entità appositamente costituita quale sede istituzionalizzata della relazione ovvero nella gestione di tale entità. Non solo: le medesime indicazioni sono, altresì, nel senso di precisare che il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non configura una relazione di partenariato istituzionalizzata, così ulteriormente sottolineando la centralità dell'apporto privato nell'esecuzione di compiti operativi, il cui assolvimento diviene obbligazione della medesima parte privata nell'ambito della relazione con la parte pubblica. L'indagine circa i caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato istituzionalizzato deve, pertanto, muovere dall'esame dell'oggetto di tale approvvigionamento pubblico di apporto privato nonché degli istituti che ne disciplinano la progressiva formazione e definizione nonché le modalità di selezione della parte privata preposta a renderlo, entro il quadro di complessiva responsabilità pubblica rispetto agli esiti ultimi di tale approvvigionamento.

Il presente capitolo è, dunque, dedicato alla descrizione dei caratteri della transazione intercorrente tra parte pubblica e parte privata, circoscrivendo l'indagine al modello operativo astratto e generale del partenariato istituzionalizzato, così come presentato dalla produzione dell'ordinamento europeo ed applicando a detto modello l'impostazione metodologica d'indagine sopra descritta, sia pure valutandone le implicazioni per i servizi pubblici locali.

Centrali sono naturalmente i temi relativi **(a)** alla responsabilità pubblica per la prestazione del servizio – la quale rivela come il partenariato risulti, in ultima analisi, uno strumento di approvvigionamento per la medesima parte pubblica delle competenze e capacità operative della parte privata – ed inoltre **(b)**



alla corrispondente ampiezza di autonomia della medesima parte privata, quasi sempre preordinata a consentire a tale operatore privato di gestire il “*rischio*” che, nelle sue varie articolazioni, viene dalla parte pubblica trasferito a carico di tale operatore economico privato.

Sotto tale profilo, il trasferimento del “*rischio*”<sup>47</sup> e la gestione del medesimo da parte dell’operatore privato divengono fondamento – non solo della possibilità di determinare la fuoriuscita, degli eventuali impegni economici e patrimoniali nonché finanziari posti dall’iniziativa, dal perimetro del calcolo dell’indebitamento del settore pubblico (ad esempio con esenzione, per gli Enti Locali italiani, dal c.d. “*Patto di Stabilità Interno*”) – ma, altresì e sul piano dei contenuti procedimentali e provvedimenti per la selezione del socio, di una riconosciuta significativa latitudine di apprezzamento discrezionale della parte pubblica nel corso della selezione medesima ai fini dell’individuazione dell’operatore più idoneo alla gestione, in autonomia, di tale rischio.

Trasferimento del rischio<sup>48</sup>, riconosciuta autonomia dell’operatore privato nella conduzione dell’iniziativa di

---

<sup>47</sup> Si veda anche oggi ANAC, Determinazione n° 10 del 23.09.2015 recante “*Linee Guida per l’affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi*”.

<sup>48</sup> Si vedano ora le definizioni fornite all’Art. 3 dello schema di “*Decreto Contratti Pubblici*”, secondo cui “*zz) «rischio operativo» il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia*

partenariato a fronte di tale rischio trasferito e significativa latitudine di apprezzamento discrezionale della parte pubblica divengono elementi costitutivi della relazione, enfatizzando gli elementi di incompletezza contrattuale, soprattutto nella conduzione operativa dell'iniziativa e nelle conseguenze della medesima.

Analoghe indicazioni emergono, del resto, dalla recente direttiva 23/2014/UE in tema di concessioni - non a caso una ulteriore categoria di partenariato sia pure contrattuale e non istituzionalizzato - e dal relativo schema di decreto legislativo (c.d. "Decreto Contratti Pubblici"), già adottato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri ed in fase di promulgazione, in esercizio della legge di delega n° 11/16, appunto approvata ai fini del recepimento delle nuove direttive in tema di appalti pubblici e concessioni, che andranno a riformare la vigente disciplina codificata dei contratti pubblici.

I tratti distintivi del carattere della transazione (relazione di lungo termine, alta specificità di investimento ed incertezza in dipendenza dell'elevata incompletezza contrattuale) emergono, dunque, come confermati dall'indicazione dell'Unione Europea, anche a valere per i servizi pubblici locali, nonché dal medesimo

---

*puramente nominale o trascurabile; aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.»*

dato normativo interno, il quale viene richiamato esclusivamente al fine di trovare ulteriore riscontro di presenza anche nell'ordinamento interno.

## **2. La scelta tra produzione pubblica o produzione privata per i servizi di interesse economico generale.**

L'ordinamento dell'Unione Europea salvaguarda e rispetta la scelta degli Stati Membri di garantire alle autorità pubbliche interne la facoltà di decidere se esercitare in proprio una determinata attività economica ovvero affidarla a terzi. Tale principio di libertà degli Stati Membri nella decisione di produzione pubblica o privata risulta, in particolare, rafforzato in tema di servizi di interesse generale, rispetto ai quali le previsioni di Trattato riconoscono ed individuano una specifica responsabilità di parte pubblica nella loro organizzazione e relativa produzione. È, dunque, indispensabile puntualizzare tanto i termini di tale responsabilità pubblica quanto i problemi sottesi alla decisione, parimenti pubblica, tra la produzione diretta dei servizi ovvero quella affidata a terzi, evidenziando sin d'ora come proprio la responsabilità pubblica in tema di servizi di interesse economico generale costituisca limite e misura della scelta di configurazione finale degli assetti organizzativi e funzionali della modalità di prestazione dei servizi con specifico riguardo all'ipotesi di suo affidamento a terzi.

### **2.1. La responsabilità pubblica nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale.**

Il contesto istituzionale entro cui si colloca la responsabilità pubblica per la prestazione dei servizi di interesse economico generale è la risultante di fondamentali opzioni degli ordinamenti in ordine sia alla titolarità in capo ai cittadini di specifici diritti di prestazione esigibili nei confronti del potere pubblico sia, più in generale, in ordine al ruolo ed alla portata dell'intervento di tale potere pubblico in economia. L'esito ultimo ed il contenuto di tali opzioni fondamentali scaturiscono dal dialogo tra le previsioni dell'ordinamento costituzionale interno e quelle dei trattati dell'Unione Europea, così come condotto e coltivato dalle rispettive Corti. L'inquadramento di tale responsabilità passa attraverso la ricostruzione dei passaggi fondamentali di tale dialogo in senso funzionale all'indagine in ordine ai vincoli che tale medesima responsabilità pone al potere pubblico per l'ipotesi di ricorso all'apporto della parte privata nell'erogazione del servizio.

#### **2.1.1. Il quadro istituzionale scaturente dai principi del TFUE in tema di servizi di interesse economico generale.**

I principi del TFUE in materia sono desumibili da una triangolazione di disposizioni, secondo cui (i) esiste una specifica responsabilità pubblica, dell'Unione e degli Stati Membri per le rispettive competenze, nell'erogazione di tali servizi (Art. 14) ed inoltre (ii) la missione di interesse generale di tali servizi giustifica eventuali restrizioni della concorrenza, a mezzo di diritti speciali ovvero esclusivi attribuiti, solo se strettamente indispensabili, alle finalità sottese alla missione medesima nonché, infine, (iii) l'operatore incaricato dell'erogazione di tali servizi, qualora in regime di mercato, è comunque sottoposto, posta la neutralità delle

disposizioni fondamentali dell'Unione rispetto al regime proprietario dell'Unione, alle regole di concorrenza ed alle libertà di circolazione del Trattato. In qualunque modo venga declinato il ruolo della responsabilità pubblica rispetto all'erogazione di tali servizi, quest'ultima, all'interno del quadro di principi sopra descritto rimane intatta ed insopprimibile, come del resto, risulta confermato anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Art. 36). Si pone allora una questione di corretta costruzione della relazione tra parte pubblica e parte privata, in conformità a tali principi di mantenimento della responsabilità pubblica, partendo, peraltro, dalla consapevolezza secondo cui i servizi pubblici locali a rilevanza economica (ovvero i servizi di interesse economico generale secondo la terminologia della UE) costituiscono, entro tale quadro, sicuro potenziale oggetto della relazione di partenariato, allorquando la parte privata diviene affidataria del servizio da rivolgere alla collettività degli utenti.

#### **2.1.2. Il riconoscimento formale del ruolo dei servizi di interesse economico generale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e del TFUE.**

È interessante notare, in primo luogo, che la formale sanzione del ruolo dei servizi di interesse generale, quale tratto fondamentale e costitutivo dell'identità della Unione, è posta solennemente, tanto nei principi della Carta dei Diritti Fondamentale dell'Unione Europea (Art. 36 rubricato come "*Accesso ai servizi di interesse economico generale*") quanto nel TFUE (Art. 14 già Art. 16 TCE).

Le disposizioni rispettivamente stabiliscono, quanto nella Carta dei Diritti Fondamentali, che, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati, ed inoltre, quanto al TFUE, che, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti, aggiungendo, altresì, che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.

## **2.2. Le scelte dell'ordinamento interno tra promozione della concorrenza e municipalismo.**

Entro tale quadro istituzionale di riferimento per la disciplina europea dei servizi di interesse economico generale, deve inevitabilmente essere collocata la vicenda italiana.

### **2.2.1. Sull'evoluzione della normativa interna tra esiti referendari di abrogazione e pronunce di incostituzionalità.**

È noto come si è giunti all'odierna disciplina interna in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica. Dopo un ennesimo tentativo di intervento nel settore – settore caratterizzato da innovazioni normative più o meno estemporanee ma assolutamente periodiche (circa un intervento normativo all'anno dal 1998 in avanti) – il Legislatore interno ha dovuto prendere atto della intervenuta caducazione di tale disciplina, portata dall'Art. 23 bis del D.L. n° 112/08, per effetto dell'esito di abrogazione, sancito con il D.P.R. n° 113/11, conseguito al referendum popolare, ammesso dalla sentenza n° 24/11 della Corte Costituzionale.

Il medesimo Legislatore ha, quindi, dovuto, altresì, constatare la successiva pronuncia di incostituzionalità resa con sentenza n° 199/12 dell'Art. 4 del D.L. n° 138/11, adottato dal Governo, appunto in sostituzione della precedente disciplina abrogata per esito referendario, avendo la Corte Costituzionale giudicato, tale ultimo intervento, volto a ripristinare la precedente disciplina, quale elusivo della volontà popolare, così come espressa in sede referendaria.

Dinanzi a tale complessive conseguenze di caducazione della disciplina sino a quel punto adottata, l'ordinamento interno si è attestato sulla soluzione, adottata attraverso l'Art. 34 comma 13° del D.L. n° 179/12, di mero rinvio alle previsioni dell'ordinamento europeo, secondo la nota formula in base alla quale *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine 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, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della*

*sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.*

Nessuna più specifica indicazione è oggi rinvenibile nell'ordinamento interno in tema di organizzazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

### **2.2.2. Per una rilettura della legislazione interna in senso più dettagliatamente conforme all'ordinamento europeo.**

Sul punto è, però, indispensabile soffermarsi ulteriormente. Se è vero, infatti, che alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa impugnata dalle Regioni ed ancora prima all'abrogazione di quella oggetto di referendum, consegue solamente *“l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria”* (C.Cost. n° 24/11), è altrettanto vero che l'applicazione delle sole disposizioni rilevanti di Trattato rimessa alle singole Autonomie Locali non può non porre l'esigenza di uniformità della disciplina sull'intero territorio nazionale. Esigenza, quest'ultima, strettamente coerente alle finalità di osservanza degli obblighi di Trattato, da un lato, e, dall'altro, alle prerogative del Legislatore statale in tema di tutela e promozione della concorrenza (C.Cost. n° 325/10).

Entro tale prospettiva, il breve richiamo della lettura fornita dalla Corte Costituzionale circa la portata degli obblighi comunitari sul punto e dei principi che la Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia indicano come regolatori della materia



sembra utile ai fini della ricostruzione dei margini di intervento del Legislatore statale interno.

### **2.2.3. La posizione della giurisprudenza costituzionale interna in tema di rapporto tra la fonte europea e quella statale.**

La posizione della Corte Costituzionale italiana è nel senso di ritenere che la normativa europea “*consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell’ente locale, allorquando l’applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell’ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall’aggiudicante sull’affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall’aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell’attività dell’affidatario in favore dell’aggiudicante*” (C.Cost. n° 199/12). Duplice è, dunque, il contenuto rilevante della posizione della Corte: si richiama, da un lato, la necessaria conformità del soggetto in regime “*in - house providing*” – che era appunto oggetto dell’intervento normativo sottoposto a scrutinio di costituzionalità per effetto di ricorso in via diretta delle Regioni, ai noti presupposti indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in senso dunque rilevante non solo per il regime “*in - house*” ma anche per ogni altro erogatore del servizio, ivi inclusa la società mista ovvero l’impresa prevista in relazione puramente contrattuale con la parte pubblica. Dall’altro lato, la Corte afferma, in senso certamente più significativo, l’assoggettamento di tutti tali soggetti alla disciplina

di TFUE in tema di limiti alla costituzione di diritto di esclusiva da parte degli Enti Locali (Art. 106 del TFUE).

#### 2.2.4. Sull'erogatore del servizio di interesse economico generale secondo le indicazioni della Commissione UE.

Tale conclusione della Corte Costituzionale italiana trova naturalmente conferma nella posizione della Commissione UE, la quale:

a) da un lato, ricorda (COM, 2003, 270 in data 21.05.2003) che *“per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie. In ogni caso, il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza. Per quanto riguarda la partecipazione dello stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)”*;

b) dall'altro, precisa (ancora COM, 2003, 270 in data 21.05.2003, cit.) che *“i fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi in-house o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86 (oggi appunto Art. 106 TFUE, n.d.r.). La*

*giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati (cfr. Silver Line Reisebüro, C-66/86 in data 11.04.89, n.d.r.); nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta (cfr. Höfner, C-41/90 in data 23.04.91, n.d.r.) nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza (cfr. Vlaamse Televisie Maatschappij, T-266/97 in data 08.07.99, n.d.r.). E' rilevante, dunque, la coincidenza della posizione in ordine all'assoggettamento del fornitore di servizi, ivi incluso quello "in - house", alle disposizioni di Trattato in tema di limiti alla costituzione di diritti esclusivi (Art. 106 TFUE).*

#### **2.2.5 Sulla nozione rilevante di impresa secondo la giurisprudenza europea.**

La necessaria applicazione dell'Art. 106 TFUE al fornitore di servizi di interesse economico generale, ivi incluso (si ribadisce) quello "in - house" discende, del resto, dalla effettiva riconducibilità di quest'ultimo - da verificare nella concretezza della fattispecie volta per volta considerata - alla nozione di impresa, tenuto conto, in proposito, della nota irrilevanza (recte: "neutralità") del regime proprietario pubblico o privato ai fini dell'applicazione delle disposizioni di Trattato (Art. 345 TFUE) al soggetto che risulti qualificabile come "impresa". E' noto che la nozione d'impresa nel diritto della UE della concorrenza è molto ampia ma la giurisprudenza della Corte di Giustizia è, sul punto, più articolata di quanto alcune perentorie affermazioni rinvenibili

in letteratura consentano. E' utile, in proposito, richiamare la rassegna fornita dalla medesima Corte in una recente pronuncia (**Compass Datenbank GmbH**, C-138/11, in data 12.07.2012), ove si ricorda che:

a) costituisce un'impresa, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze del 23 aprile 1991, *Höfner e Elser*, C-41/90, Racc. pag. I-1979, punto 21, nonché del 17 febbraio 1993, *Poucet e Pistre*, C-159/91 e C-160/91, Racc. pag. I-637, punto 17);

b) costituisce attività economica qualunque attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato (sentenze del 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris/Commissione*, C-82/01 P, Racc. pag. I-9297, punto 79; del 1° luglio 2008, *MOTOE*, C-49/07, Racc. pag. I-4863, punto 22, e del 3 marzo 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09).

c) lo Stato stesso può, pertanto, agire come impresa (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 1985, *Italia/Commissione*, 41/83, Racc. pag. 873, punti 16-20); per contro, le attività che si ricollegano all'esercizio di pubblici poteri non presentano un carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal TFUE (v., in tal senso, sentenze dell'11 luglio 1985, *Commissione/Germania*, 107/84, Racc. pag. 2655, punti 14 e 15; del 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Racc. pag. I-43, punto 30, nonché *MOTOE*, cit., punto 24);

d) un soggetto di diritto, segnatamente un ente pubblico, può essere considerato un'impresa unicamente per quanto riguarda una parte delle sue attività, se queste ultime corrispondono a quelle

che devono essere qualificate come attività economiche (citate sentenze *Aéroports de Paris/Commissione*, punto 74, e *MOTOE*, punto 25);

e) infatti, nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri (v., in tal senso, sentenza del 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commissione*, C-113/07 P, Racc. pag. I-2207, punti 72 e segg.);

f) peraltro, la circostanza secondo cui un prodotto o un servizio fornito da un ente pubblico e inerente all'esercizio, da parte del medesimo, di pubblici poteri venga fornito dietro un corrispettivo previsto dalla legge e non determinato, direttamente o indirettamente, da tale ente, di per sé non è sufficiente a fare qualificare l'attività svolta come attività economica e l'ente che la svolge come impresa (v., in tal senso, citate sentenze *SAT Fluggesellschaft*, punti 28 e segg., nonché *Diego Calì & Figli*, punti 22-25).

Assai articolata si presenta, dunque, la ricostruzione che la Corte di Giustizia fornisce in ordine alla nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza UE e, quindi, in particolare, dei limiti alla costituzione di diritti speciali ed esclusivi.

#### **2.2.6. Sulle indicazioni della giurisprudenza europea in tema di applicazione dell'Art. 106 TFUE.**

Non meno articolata è, del resto, la posizione della Corte di Giustizia in ordine all'applicazione del richiamato Art. 106 TFUE ed ai canoni che regolano lo scrutinio di proporzionalità tra esigenza di soddisfazione della missione di interesse generale e limitazione della concorrenza mediante introduzione del diritto esclusivo. La rassegna di giurisprudenza della Corte è, in questo caso, utilmente fornita da altra nota pronuncia (International Mail Spain, C-162/06 in data 15.11.2007), secondo cui:

a) gli Stati membri possono conferire ad un prestatore di servizi, in quanto impresa cui è attribuita la gestione di un servizio di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono restringere, o addirittura impedire, la concorrenza nella misura in cui ciò è necessario per consentirgli l'adempimento della sua funzione di interesse generale e, in particolare, di beneficiare di condizioni economicamente accettabili (v. sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, Racc. pag. I-2533, punti 14-16);

b) a questo proposito, emerge dalla medesima giurisprudenza che non è necessario che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, o che il mantenimento di tali diritti sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili (sentenza 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco, Racc. pag. I-4109, punto 54);

c) In tale contesto, la Corte ha precisato che l'obbligo del titolare di questa funzione di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi, e giustifica quindi una limitazione della concorrenza da parte di imprenditori privati nei settori economicamente redditizi (sentenza Corbeau, cit., punto 17).

Ricordando che ulteriori elementi utili alla ricostruzione del “test” di proporzionalità giungono dalla giurisprudenza in tema di aiuti di stato (Altmark, C-280/00 in data 24.07.2003) e dal diritto derivato prodottosi sul punto (da ultimo il Regolamento UE n° 360/12 in tema di regime “*de minimis*” per gli aiuti alle imprese incaricate di servizi di interesse generale), sembra significativo osservare che i canoni della verifica richiamano, più o meno espressamente, quelli tradizionali elaborati per l'applicazione del principio di proporzionalità alle libertà di circolazione (necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto della misura rispetto all'interesse tutelato mediante la deroga alla libertà).

### **2.3. La neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra produzione pubblica e produzione privata.**

Il quadro istituzionale che emerge dalla ricostruzione sopra svolta, ivi inclusa la parte relativa alla singolare vicenda italiana, è quello secondo cui l'ordinamento dell'Unione Europea, in tal senso vincolando gli Stati Membri, sancisce, da un lato, la responsabilità pubblica per la salvaguardia dei diritti di prestazione dei cittadini, mentre, dall'altro, afferma l'assoluta neutralità del diritto europeo e delle istituzioni della Unione rispetto alla decisione interna degli

Stati di procedere all'erogazione diretta ovvero a mezzo di parti private terze dei servizi medesimi. E' noto che il fondamento positivo di tale affermazione viene rinvenuto nella disposizione dell'Art. 345 del TFUE secondo cui i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati Membri. La formula normativa deve essere, peraltro, colta nella sua duplice differente portata.

### **2.3.1. La “neutralità” come deferenza rispetto alla scelta dello Stato Membro in ordine alla produzione pubblica ovvero privata del servizio.**

E' neutro, infatti, l'ordinamento europeo nel senso in cui lascia impregiudicata la scelta degli Stati Membri di provvedere direttamente all'erogazione dei servizi. E' in applicazione di tale principio, del resto, che la Commissione della UE giunge ad affermare che la “*erogazione dei servizi di interesse generale può essere organizzata in collaborazione con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private*”. Si tratta, dunque, di neutralità rispetto alla decisione di organizzazione del servizio, la quale lascia libero lo Stato Membro di compiere le proprie valutazioni di politiche pubbliche in ordine alla decisione se provvedere direttamente ovvero mediante parti terze al compito di erogazione, ferma rimanendo la responsabilità delle Autorità per la regolamentazione del mercato ed il controllo sugli operatori affinché svolgano le funzioni di servizio pubblico che sono state loro affidate. Entro tale prospettiva il principio di neutralità assicura che l'ordinamento europeo non ponga vincoli di



orientamento in favore dell'una o dell'altra soluzione organizzativa ai fini dell'erogazione.

**2.3.2. La “neutralità” come irrilevanza della natura pubblica o privata del produttore del servizio rispetto all'applicazione delle norme del TFUE in tema di libertà di circolazione e concorrenza.**

Nel contempo, l'ordinamento della UE è neutro anche nel senso secondo cui, qualunque sia o possa essere stata la decisione dello Stato Membro in ordine alla erogazione diretta ovvero mediante parti terze dei servizi di interesse economico generale, il soggetto preposto a tale attività, qualora munito dei caratteri d'impresa, rimane comunque sottoposto alle regole del Trattato e, segnatamente, a quelle in tema di libertà di circolazione e di concorrenza, nei termini, peraltro, sopra esaminati. E' questa una neutralità delle disposizioni di Trattato, appunto quelle in tema di libera circolazione e tutela della concorrenza già sopra segnalate, rispetto al regime proprietario pubblico o privato dell'impresa.

Qualunque, pertanto, sia la scelta dell'Autorità pubblica in tema di organizzazione del servizio di interesse economico generale, le disposizioni di Trattato in questione trovano applicazione allorquando ad essere incaricata del servizio sia un'impresa, pubblica o privata che quest'ultima sia e quindi senza alcun riguardo al regime proprietario della medesima. E' vero che l'Autorità pubblica potrebbe decidere di avvalersi, per l'erogazione dei servizi, non già di un'impresa, per quanto pubblica, bensì di una pubblica amministrazione o comunque di una soggettività pubblica diversa dall'impresa. E', però, altrettanto vero che i percorsi interpretativi della giurisprudenza della Corte di Giustizia

sono giunti, sul punto, a ridurre significativamente i margini di una simile opzione, laddove si consideri che: i) la Corte ritiene che costituisca impresa ogni soggetto che svolge attività economica: ii) la stessa Corte, in materia di concorrenza, ha stabilito che debba essere considerata un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento; ii) ancora la Corte, infine, per quanto riguarda la libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento e quindi le usuali basi normative di tutto il diritto derivato degli appalti e delle concessioni, ha deciso che le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbano essere considerate come attività economiche ai sensi del trattato, pur non esigendo che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Appare evidente allora che la quasi totalità dei servizi prestati diviene, in tal modo suscettibile di essere ritenuta *“un'attività economica”* in conformità alle disposizioni di Trattato e quindi ad essere assoggettata alle regole di libertà di circolazione e concorrenza stabilite dal Trattato medesimo.

**2.4. Sull'opportunità di una disciplina interna di fonte statale a valere quale quadro ordinamentale di riferimento per il settore in esercizio della competenza esclusiva ex Art. 117 comma 2° lett. e) Cost. e sui contenuti della sua realizzazione storica attraverso il *“Decreto Servizi Pubblici Locali”* adottato in esercizio della delega posta dall'Art. 19 della L. n° 124/15 e s.m.i..**

La rassegna sopra svolta sembra suggerire l'opportunità di una riflessione sull'intervento del Legislatore statale, il quale, in

esercizio delle prerogative di promozione e tutela della concorrenza sul territorio nazionale e con specifico riferimento alle esigenze di applicazione uniforme dei principi dell'ordinamento europeo sin qui richiamati, ben potrebbe giungere ad una ricognizione di tali principi e ne organizzarsi quindi l'applicazione mediante l'introduzione di apposite linee guida.

Queste ultime, in coerenza a quanto sopra esposto, dovrebbero precisare (a) quando ed in che termini ricorrano i caratteri d'impresa in capo al soggetto fornitore di servizi di interesse economico generale, ivi incluso quello in regime "*in-house*", laddove l'Ente Locale decida di ricorrere a tale modello ed inoltre (b) quali parametri debbano regolare la decisione dell'Ente Locale di costituire un diritto di esclusiva in capo a tale soggetto.

Appare sinceramente singolare in ultima analisi, che in un contesto istituzionale, quale quello italiano, dove la esigenza di uniformità in tema di promozione e tutela della concorrenza è stata ripetutamente ribadita, in primo dalla Corte Costituzionale ex Art. 117 comma 2° Cost. lett. e), si sia lasciato integralmente agli Enti Locali la definizione, su base di singolo Ente, la definizione delle modalità organizzative dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, in senso conforme alle disposizioni di principio portate dal TFUE, senza alcuna disciplina di fonte statale che funga da riferimento uniformante.

**2.4.1. La ricostruzione della responsabilità pubblica di erogazione dei "servizi pubblici locali di interesse economico generale" da parte del c.d. "Decreto Servizi Pubblici Locali" tra limitazione dei diritti speciali ed esclusivi e modalità di**

**organizzazione del servizio in funzione di promozione della concorrenza.**

Si è detto sopra come, entro il singolare quadro sin qui disegnato e caratterizzato appunto dalla scelta “*post-referendaria*” di “*self-restraint*” dell’ordinamento interno rispetto all’autonomia degli Enti Locali, sia però intervenuta la previsione dell’Art. 19 in tema di “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale*” della Legge n° 124/15, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, la quale, da un lato, abbandona decisamente ogni atteggiamento di autolimitazione della potestà legislativa statale mentre, dall’altro, non solo si colloca nitidamente in coerenza con le indicazioni europee di Trattato, come del resto non poteva non essere, ma non esita, almeno ad avviso di chi scrive, ad optare per un deciso orientamento pro-concorrenziale e di liberalizzazione dei servizi, sia pure nel rispetto delle prerogative delle Autonomie Locali.

**2.4.1.1. I criteri di delega posti dall’Art. 19 del c.d. “*Decreto Servizi Pubblici Locali*” tra conferma della responsabilità pubblica in capo alle Autonomie Locali e spinta verso il superamento dei regimi di esclusiva non giustificati.**

I criteri di delega risultano netti nello stabilire, in primo luogo, il “*riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla*

*legge statale, dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”* (cfr. lettera a) del comma 1° dell'Art. 19).

Nel contempo, la medesima disposizione criteri non esita ad indicare quali criteri concorrenti di delega, la “*soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio”* (cfr. lettera b) del comma 1° dell'Art. 19).

In particolare, la delega segnala l'esigenza di apposta “*definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee<sup>49</sup>*” (cfr. lettera c) del comma 1° dell'Art. 19) nonché di “*individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia*

---

<sup>49</sup> Il criterio di delega sottolinea, nel dettaglio, tale esigenza “*con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011”*;

*organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”* (cfr. lettera e) del comma 1° dell’Art. 19).

Sin da tali prime indicazioni ed a parte gli ulteriori significativi criteri di delega portati dalla disposizione in esame<sup>50</sup>, emergono, nitidamente, almeno due direttrici

---

<sup>50</sup> Gli ulteriori criteri sono quelli relativi alla lettera “d) *definizione, anche mediante rinvio alle normative di settore e armonizzazione delle stesse, dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” nonché alle seguenti ulteriori lettere “f) *introduzione, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di incentivi e meccanismi di premialità o di riequilibrio economico-finanziario nei rapporti con i gestori per gli enti locali che favoriscono l'aggregazione delle attività e delle gestioni secondo criteri di economicità ed efficienza, ovvero l'eliminazione del controllo pubblico; g) individuazione dei criteri per la definizione dei regimi tariffari che tengano conto degli incrementi di produttività al fine di ridurre l'aggravio sui cittadini e sulle imprese; h) definizione delle modalità di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali; i) revisione delle discipline settoriali ai fini della loro armonizzazione e coordinamento con la disciplina generale in materia di modalità di affidamento dei servizi; l) previsione di una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi, anche attraverso la modifica della disciplina sulle incompatibilità o sull'inconferibilità di incarichi o cariche; m) revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, in base a principi di tutela e valorizzazione della proprietà pubblica, di efficienza, di promozione della concorrenza, di contenimento dei costi di gestione, di semplificazione; n) individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti, al fine di assicurare la trasparenza nella gestione e nell'erogazione dei servizi, di garantire l'eliminazione degli sprechi, di tendere al continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi; o) previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale per gli utenti dei servizi; p) introduzione e potenziamento di forme di consultazione dei cittadini e di partecipazione diretta alla formulazione di direttive alle amministrazioni pubbliche e alle società di servizi sulla qualità e sui costi degli stessi; q) promozione di strumenti per supportare gli enti*

fondamentali ai fini della presente indagine: la prima costituita da scelte di promozione della concorrenza e comunque di apertura al mercato, insite nella volontà di procedere alla “*soppressione*” dei “*regimi di esclusiva, comunque denominati*”, quindi anche l’attribuzione di “*diritti speciali o esclusivi*”, nonché di indicare nella “*concorrenza nel mercato*” la modalità ordinaria di approvvigionamento dei servizi e solo in via derogatoria la “*concorrenza per il mercato*”; la seconda, rappresentata, invece, dalla scelta del criterio di proporzionalità rispetto agli obiettivi di interesse pubblico attesi quale tecnica di sindacato circa ogni ipotesi di deroga o restrizione del processo competitivo.

#### **2.4.1.2. I principi e la nozione di "servizio pubblico locale di interesse economico generale" tra intervento pubblico e**

---

*proprietari nelle attività previste all'articolo 18, per favorire investimenti nel settore dei servizi pubblici locali e per agevolare i processi di razionalizzazione, riduzione e miglioramento delle aziende che operano nel settore; r) previsione di termini e modalità per l'adeguamento degli attuali regimi alla nuova disciplina; s) definizione del regime delle sanzioni e degli interventi sostitutivi, in caso di violazione della disciplina in materia; t) armonizzazione con la disciplina generale delle disposizioni speciali vigenti nei servizi pubblici locali, relative alla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro; u) definizione di strumenti per la trasparenza e la pubblicizzazione dei contratti di servizio, relativi a servizi pubblici locali di interesse economico generale, da parte degli enti affidanti anche attraverso la definizione di contratti di servizio tipo per ciascun servizio pubblico locale di interesse economico generale; v) definizione di strumenti di rilevazione, anche attraverso banche dati nazionali già costituite, dei dati economici e industriali, degli obblighi di servizio pubblico imposti e degli standard di qualità, nel rispetto dei principi dettati dalla normativa nazionale in materia di trasparenza”.*

mercato e gli strumenti di suo “*affidamento*” tra riserva e liberalizzazione di attività.

Le statuizioni normative in tema di “*finalità*” e “*principi generali*” volute dal Legislatore delegato sono articolabili attorno a tre fondamentali aree tematiche: la responsabilità pubblica nell’organizzazione e produzione del servizio, la promozione della concorrenza e la conseguente sottoposizione a scrutinio di proporzionalità di ogni deroga ai principi di mercato, la parità tra impresa pubblica ed impresa privata in conformità al vincolo europeo di neutralità del regime proprietario (pubblico o privato appunto) nell’applicazione delle regole di concorrenza.

Quanto alla responsabilità pubblica di erogazione del servizio, la norma (Art. 4 comma 1°) riecheggia le formule del T.F.U.E. (Art. 14) e della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (Art. 36), sancendo che il decreto “*ha la finalità di affermare la centralità del cittadino nell’organizzazione e produzione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, anche favorendo forme di partecipazione attiva. A tal fine, nel rispetto della Costituzione e dei principi del diritto dell’Unione europea, l’assunzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono ispirate a principi di efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate ai costi standard, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, concorrenza nell’affidamento dei servizi, sussidiarietà, anche orizzontale, e trasparenza*”.



La previsione è quindi rafforzata dall'ulteriore affermazione secondo cui, tra i diritti degli utenti, sono riconosciuti *“l'accessibilità, la continuità, la non discriminazione e i migliori livelli di qualità e sicurezza”* (comma 5°<sup>51</sup>), ponendo in capo ai *“soggetti competenti all'organizzazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale”* gli obblighi di *“vigilanza e controllo e adeguati livelli di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”* (comma 7°).

Nel contempo, il comma immediatamente successivo (comma 2°) precisa che *“le disposizioni del presente decreto promuovono la concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici locali di interesse economico generale”*, così ribadendo la piena sottoposizione alle regole di mercato interno dei soggetti preposti alla erogazione dei servizi di interesse economico generale.

In conformità, quindi, all'applicazione dei principi regolatori del mercato interno così come previsti dal T.F.U.E. (Art. 106), lo schema di decreto afferma che gli *“oneri aggiuntivi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico sono compensati nella misura*

---

<sup>51</sup> E' questa la previsione del comma 5° dell'Art. 4 del decreto, secondo cui *“[A]gli utenti dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono assicurati l'accessibilità, la continuità, la non discriminazione e i migliori livelli di qualità e sicurezza, nel rispetto dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed in), della Costituzione”*, alla quale si aggiunge quella del comma 7° di chiusura secondo cui *“[I] soggetti competenti all'organizzazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e), m), ed s), della Costituzione, assicurano adeguate forme di vigilanza e controllo e adeguati livelli di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”*.

*strettamente necessaria a consentire il perseguimento da parte del prestatore del servizio della specifica missione a esso affidata e nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato” (comma 6°).*

Ed in pari coerenza agli obblighi di Trattato (Art. 345 T.F.U.E.) si chiarisce che le “*amministrazioni e gli enti competenti all'organizzazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale rispettano la parità di trattamento, anche tra imprese pubbliche e private, e operano secondo il principio di proporzionalità, nei limiti di quanto necessario per garantire le esigenze imperative di interesse generale*”.

Posti tali principi, è ancora più interessante notare la scelta da parte del Legislatore delegato di costruire la nozione di “*servizi pubblici locali di interesse economico generale*” o “*servizi di interesse economico generale di ambito locale*” attorno alla necessità di “*intervento pubblico*”, precisando che ricadono nel perimetro definitorio “*i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Lo schema di delega aggiunge, poi, in senso del tutto coerente, che sono “*servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete*” o “*servizi di interesse economico generale a rete di ambito locale*” quei “*servizi pubblici locali di interesse economico generale che siano suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti*”

Si chiede, in altri termini, ai Comuni ed alle Città metropolitane, in primo luogo, di decidere se ed in quali termini i singoli “*servizi*” oggetto di considerazione siano “*necessari*” al fine di “*assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali*” nella prospettiva di “*garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”.

Trattasi evidentemente di deliberazione contraddistinta da amplissima discrezionalità rimessa agli organi titolari dei poteri di pianificazione e programmazione dei Comuni e delle Città metropolitane, alla quale non è naturalmente estraneo l'orientamento e l'indirizzo politico di tali organi e che costituisce, invece, un “*prius*” logico e giuridico rispetto alle ulteriori decisioni amministrative in tema di organizzazione e modalità di gestione dei servizi.

In secondo luogo, infatti, è chiesto, ai Comuni ed alle Città Metropolitane, di valutare, dopo la “*necessità*” del servizio nei termini sopra precisati, anche la “*necessità*” dell'intervento pubblico a sostegno del servizio.

Il giudizio di “*necessità*” dell'intervento pubblico è qui intesa quale accertamento dell'impossibilità di erogazione del servizio<sup>53</sup> per l'ipotesi di assenza di tale intervento.

---

*funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti alla regolazione a opera di un'autorità indipendente, inclusi quelli afferenti al ciclo dei rifiuti”, laddove il tratto qualificante della definizione sembra essere appunto l'esistenza di un “collegamento funzionale”, peraltro, di non agevole impiego interpretativo.*

<sup>53</sup> La formula della disposizione dello schema di delega si riferisce tanto all'ipotesi di impossibilità in termini assoluti (i servizi *non sarebbero svolti senza un intervento pubblico*) ovvero in termini relativi (i servizi comunque “*sarebbero svolti a condizioni differenti in termini*”

La “*necessità*” dell’intervento pubblico a sostegno del servizio, in particolare ai fini di garanzia della “*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*” sembra allora divenire presupposto definitorio del servizio medesimo.

Ferma rimanendo l’imprescindibile valutazione preliminare, di inevitabile ampio connotato politico prima ancora che amministrativo, circa la coerenza del servizio rispetto alla “*soddisfazione dei bisogni delle comunità locali*”, è, dunque, indispensabile, ai fini della configurazione della fattispecie astratta di “servizio pubblico locale di interesse economico generale”, anche nella sua diversa accezione di “*servizio a rete*”, che il medesimo servizio considerato richieda necessariamente l’intervento pubblico appunto ai fini di garanzia della sua “*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*”, così imponendo alla parte pubblica titolare del potere di illustrare le ragioni ed i termini di tale necessità dell’intervento, in conformità all’obbligo generale di motivazione dei provvedimenti stabilito dall’Art. 3 della L. n° 241/90 e s.m.i., quale disciplina del procedimento amministrativo.

Appare netta la differenza qualitativa di questo secondo esercizio di poteri amministrativi rispetto al primo: in esame, nel caso dell’accertamento della “*necessità*” dell’intervento pubblico al fine di garantire la “*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e*

---

*di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*” appunto in assenza dell’intervento pubblico.

*sicurezza*” del servizio, è un apprezzamento tecnico circa la dimostrazione della incapacità del mercato attraverso le proprie dinamiche ed i propri processi competitivi a fornire il servizio in questione. E’, dunque, la richiesta di prova circa la configurabilità di un vero e proprio “*market failure*”, la cui portata ed entità dimensionano l’intervento pubblico.

Non solo: deve, inoltre, ritenersi che, proprio la portata dell’affermato e comprovato “*market failure*” dimensioni corrispondentemente o, in senso più preciso, proporzionalmente, la costituzione ed attribuzione di “*diritti esclusivi*” e “*diritti speciali*” in favore dell’operatore individuato per la fornitura e la gestione dei servizi, attraverso l’apposito di affidamento, nelle vesti giuridiche e secondo le definizioni stabilite<sup>54</sup>.

E’ chiara la finalità: effetti restrittivi della concorrenza “*nel*” mercato, determinati dalla limitazione in favore di uno o più soggetti della facoltà di esercizio dell’attività di svolgimento di un determinato servizio, debbono essere giustificati e proporzionalmente dimensionati, oltre che accompagnati dal

---

<sup>54</sup> Costituisce “*affidamento del servizio*”, ai sensi dell’Art. 2 comma 1°, lett. c) del decreto, il “*contratto a titolo oneroso di appalto o concessione, stipulato nelle forme consentite dall’ordinamento, in virtù del quale gli enti pubblici competenti ai sensi del presente decreto affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione*” dei servizi pubblici locali di interesse economico generale “*nonché l’esecuzione di lavori e opere pubbliche a esse strutturalmente e direttamente collegati, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”. La formulazione della definizione richiama inevitabilmente quella portata dalla direttiva 2014/23/UE ed oggi dal “*Decreto Contratti Pubblici*” per la nozione di concessione, ove il diritto di gestire i servizi implica e porta con sé il rischio operativo che sposta la qualificazione del contratto da appalto a concessione.

passaggio ad una concorrenza “*per il*” mercato ai fini dell’aggiudicazione di tali “*diritti speciali*”<sup>55</sup> ovvero “*diritti esclusivi*”<sup>56</sup> in favore dell’operatore che verrà individuato e con il quale verrà stipulato l’apposito atto di affidamento del servizio medesimo, congiuntamente o disgiuntamente rispetto a quello relativo alla concessione della eventuale dotazione infrastrutturale relativa<sup>57</sup>.

**2.4.1.3. Il vincolo alla definizione della finalità di intervento pubblico e giudizio di proporzionalità sulle misure di restrizione del processo competitivo nel mercato attraverso l’imposizione di obblighi di servizio ovvero attraverso la**

---

<sup>55</sup> Costituisce "*diritto speciale*", ai sensi dell’Art. 2 comma 1°, lett. g) del decreto, il “*il diritto concesso da un'autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata, compatibile con i trattati europei e avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività*”.

<sup>56</sup> Costituisce "*diritto speciale*", ai sensi dell’Art. 2 comma 1°, lett. f) del decreto, il “*il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata, compatibile con i trattati europei e avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività*”.

<sup>57</sup> Costituisce "*concessione della gestione della rete*" o "*affidamento della gestione della rete*", ai sensi dell’Art. 2 comma 1°, lett. d) del decreto, il “*contratto stipulato nelle forme consentite dall'ordinamento in virtù del quale gli enti pubblici competenti ai sensi del presente decreto affidano a uno o più operatori economici la gestione della rete, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali per la produzione del servizio, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire gli stessi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

**costituzione di diritti speciali od esclusivi a favore della parte affidataria.**

L'esigenza ed i requisiti di prova in ordine alla sussistenza di un "*market failure*", nei termini sopra ricostruiti, sembra trovare, peraltro, ulteriore grado di dettaglio nella disciplina della decisione di c.d. "*assunzione*" del servizio (Art. 5 appunto rubricato come "*assunzione del servizio*"), diverso da quelli "*già previsti dalla legge*".

E' da ritenere ovviamente che il Legislatore delegato abbia ritenuto indispensabile dettare criteri per orientare la scelta, da parte del potere pubblico territoriale, verso l'assunzione, non tanto forse del servizio in sé, quanto, piuttosto e più precisamente, della responsabilità di erogazione del servizio, per tutte le ipotesi in cui tale erogazione non costituisca già responsabilità pubblica in virtù di apposita disposizione di legge.

Siamo dinanzi, dunque, a criteri preordinati a guidare il Comune e la Città metropolitana, laddove non soccorre la volontà della legge ed è evidente, pertanto, il valore sistematico di tale indicazione fornita dal Legislatore delegato.

Quest'ultimo, dopo la solenne affermazione iniziale circa il connotato di "*funzione fondamentale*" della "*attività di produzione di beni e servizi*", stabilisce, infatti ed in coerenza agli esercizi definitivi compiuti nelle lettere a) e b) del comma 1° dell'Art. 2, che la "*individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, diversi da quelli già previsti dalla legge, è effettuata previa verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse*

*come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio” (Art. 5 comma 2°).*

L'indicazione normativa, peraltro, non si arresta alla segnalazione dell'obbligo di “*previa verifica*” ma si spinge alla definizione del contenuto di tale attività di verifica, prevedendo (Art. 5 comma 3°) che la “*verifica dell'idoneità del mercato a soddisfare le esigenze di interesse pubblico di cui al comma 2, può avvenire anche mediante forme di consultazione del mercato, da svolgersi con modalità adeguate e proporzionate alle caratteristiche del servizio, anche per via telematica. La consultazione pubblica ha ad oggetto l'interesse pubblico generale che si intende soddisfare attraverso l'assunzione del servizio, le condizioni qualitative ed economiche da garantire, le modalità con le quali si intende perseguire l'interesse pubblico*” e precisando che la “*consultazione si conclude con un documento che attesti i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e indichi le ragioni dell'accoglimento o del mancato accoglimento delle proposte, in applicazione dei principi di cui all'articolo 4*”, come sopra individuati.

La previsione è, quindi, rafforzata dall'obbligo di pubblicazione del “*provvedimento con il quale l'ente delibera l'assunzione del servizio, corredato dal documento che illustra gli esiti della verifica*” sopra menzionata “*sul sito dell'amministrazione*” nonché da quello di trasmissione del medesimo provvedimento all'Osservatorio per i Servizi Pubblici Locali<sup>58</sup> ed infine dalla

---

<sup>58</sup> L'Osservatorio per i Servizi pubblici locali è istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico ai sensi dell'Art. 13, comma 25-bis, del D.L. n° 145/2013 al fine di garantire la raccolta di dato ed informazioni aggiornate sull'organizzazione e sulla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti



sottoposizione di tale provvedimento alle facoltà di sua interlocuzione in sede amministrativa e quindi di eventuale successiva impugnazione in sede giurisdizionale da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, “*in caso di violazione dei criteri e delle procedure di cui al presente articolo*”, così come previsti dall'Art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287<sup>59</sup>.

Appare chiaro come la costruzione della “*verifica dell'idoneità del mercato a soddisfare le esigenze di interesse pubblico*” come presupposto dell'assunzione del servizio costituisca, in primo luogo, un significativo vincolo di limite alle facoltà di intervento del potere

---

urbani, al servizio idrico integrato e al trasporto pubblico locale, all'esito di apposito protocollo d'intesa tra il Ministero dello Sviluppo Economico, il Dipartimento per gli Affari Regionali le Autonomie e lo Sport, il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi, il Dipartimento per le Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio ed Invitalia, sulla base di attribuzioni meglio definite con Decreto ministeriale 8 agosto 2014.

<sup>59</sup> La disposizione, introdotta all'Art. 21-bis nel corpo della L. n° 287/90 s.m.i. dall'Art. 35 comma 1° del D.L. n° 201/11 e s.m.i. e rubricata come “*Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*”, stabilisce che: “*1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*”, vale a dire dei riti speciali del codice del processo amministrativo. Detto altrimenti l'intera norma assicura alla Autorità una generale legittimazione all'impugnazione di atti e provvedimenti amministrativi che si assumono in contrasto con la disciplina di tutela della concorrenza.

pubblico territoriale nonché, in secondo luogo, un nitido indirizzo in favore della promozione del mercato, intesa come apertura di settore agli operatori economici privati, così rivelando una vera e propria nuova opzione, in termine di politiche pubbliche per il settore, compiuta da parte dell'ordinamento interno, rispetto alla tradizionale neutralità dell'Unione Europea rispetto alla decisione di produzione pubblica o privata dei servizi.

Ai fini della presente indagine quello che, però, sembra essere significativo è che gli obblighi di *“verifica”* pongono a carico del Comune e della Città metropolitana un onere di definizione degli specifici obiettivi di interesse pubblico perseguiti con la decisione di *“assunzione del servizio”*, da stabilire, in senso *“differenziale”* rispetto a quanto non conseguibile dal mercato e presso il mercato.

In senso del tutto analogo, si pone, d'altra parte, l'ulteriore disposizione, collocata nell'Art. 6 rubricato come *“modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico”*, secondo cui, in coerenza alle finalità ed ai principi generali indicati dal decreto, *“l'amministrazione valuta se il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico in relazione al servizio pubblico locale di interesse economico generale possa essere assicurato mediante: a) l'imposizione, ove consentito dall'ordinamento vigente e secondo le modalità da esso previste, di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato; b) riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli da utilizzare per la fruizione del servizio; c) l'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a carico di uno o più operatori economici individuati”* secondo le modalità stabilite dal decreto medesimo.

Gli specifici obiettivi di interesse pubblico, obbligatoriamente individuati ed illustrati dalla parte pubblica nonché sottoposti

all'esame di Autorità terze, divengono, pertanto, misura non solo della congruità, in termini più specifici di proporzionalità, della decisione di "*assunzione del servizio*", ma anche di quella ulteriore di imposizione di oneri e vincoli al mercato ed agli operatori, da valutare, anche questi ultimi, secondo il criterio di loro proporzione rispetto agli obiettivi di interesse generale stabiliti nonché predeterminati negli esiti di verifica.

E' importante notare, infine, che l'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico esclusivamente ad "*uno o più operatori*", con inevitabile insorgenza a favore di questi ultimi dei diritti di remunerazione per l'espletamento di tali obblighi ed altrettanto inevitabile deroga ai principi di mercato sia pure salvaguardata attraverso le procedure competitive per l'individuazione di tali operatori, diviene solo una delle possibili modalità di perseguimento degli obiettivi prestabiliti di interesse generale, dovendo, a quel punto, la parte pubblica argomentare perché opta verso quest'ultimo anziché in favore della imposizione generalizzata di oneri a tutti gli operatori ovvero in favore del sostegno agli utenti.

**2.4.1.4. Le modalità di gestione del servizio e l'ulteriore applicazione del principio di proporzionalità a salvaguardia del processo competitivo per il mercato: la "*società mista*" quale tipologia di affidamento (rinvio).**

Qualora, in esercizio delle modalità alternative poste dall'Art. 6 del decreto, la scelta della parte pubblica si orienti nel senso dell'attribuzione obbligo e quindi anche del diritto di gestire ed erogare il servizio pubblico, esclusivamente in favore di "*uno o più operatori*", "*l'ente competente all'organizzazione del servizio*" è

chiamato a scegliere “*la modalità di gestione dello stesso tra le seguenti opzioni: a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici; b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124 – appunto la disposizione di delega relativa alla disciplina riordino delle società a partecipazione pubblica di cui “infra” nel capitolo che segue, n.d.r. – ; c) gestione diretta, mediante affidamento in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche; d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale*”.

E' questa (comma 1° dell'Art. 7 rubricato come “*Modalità di gestione del servizio*”) un'elencazione non nuova nell'ordinamento italiano e mutuata direttamente dalle ripetute indicazioni dell'Unione Europea come sopra richiamate; è però, importante segnalare che il Legislatore delegato del 2016 torna ad imporre, riprendendo una formula già impiegata in passato e poi superata dagli interventi normativi seguiti alla consultazione referendaria, un obbligo intensificato di motivazione circa la scelta della tipologia di “*modalità di gestione*”.

Dopo gli obblighi argomentativi circa l'individuazione del servizio pubblico locale a rilevanza economica e la decisione di assunzione del servizio medesimo, la parte pubblica è chiamata a rendere intellegibile l'ulteriore percorso argomentativo seguito nella “*opzione*” verso una “*modalità di gestione*” piuttosto che un'altra, tra quelle indicate dalla norma, ponendo, sul punto, specifici vincoli.

Il decreto prevede, infatti, che *“la scelta della modalità di gestione del servizio è effettuata con provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta”* e che il medesimo provvedimento *“definisce, in relazione alle caratteristiche del mercato, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e la loro durata, la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti e descrive il sistema di compensazione, se previsto, indicando i parametri per il calcolo, il controllo e l'eventuale revisione della compensazione, nonché le modalità per evitare ed eventualmente recuperare le sovracompensazioni”*.

L'emersione delle ragioni poste a fondamento delle scelte compiute dalla parte pubblica è chiaramente funzionale al sindacato sull'effettiva osservanza del principio di proporzionalità nella introduzione di soluzioni istituzionali di restrizione del processo competitivo rispetto alle finalità di interesse generale perseguite.

L'obbligo di motivazione si intensifica, peraltro, ancora ulteriormente allorquando si tratta di escludere l'accesso di operatori terzi dalla titolarità della gestione del servizio, la quale viene, invece, affidata ad una articolazione, organizzativa e funzionale (c.d. regime *“in house providing”*), della medesima parte pubblica affidante.

E', infatti, previsto che (comma 3°) che, per l'ipotesi di *“affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che*

*tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard” definiti dal medesimo decreto “nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”, concludendo addirittura che nel caso in cui “non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, il provvedimento è motivato anche in ordine all'eventuale impossibilità di procedere mediante suddivisione in lotti nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, al fine di consentire l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa”.*

Anche, in tal caso, esattamente come per l'ipotesi relativa alla decisione di assunzione del servizio di cui all'Art. 5 comma 2°, è stabilita la sottoposizione del complesso provvedimento adottato dall'ente competente all'esame, addirittura preventivo, dell'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato<sup>60</sup>.

Trattasi chiaramente, come anche rivelato da tali forme di controllo intermedio operato da Autorità terze sull'operato amministrativo dell'ente competente all'affidamento, di una disposizione preordinata alla promozione del mercato ed

---

<sup>60</sup> E' stabilito, infatti, al comma 5° dell'Art. 7 in esame che “[P]rima dell'adozione del provvedimento di cui al comma 3, l'amministrazione invia lo schema di atto deliberativo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che esprime un parere entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dello stesso. L'Autorità può chiedere, per una sola volta, chiarimenti all'amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del termine. Il provvedimento finale deve essere analiticamente motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dall'Autorità”.

all'accesso delle imprese, pubbliche e private in posizione di parità concorrenziale, alla titolarità della gestione del servizio, rimanendo, invece, ammessa, solamente al ricorrere di presupposti assai stringenti, l'opzione in favore del regime c.d. "*in house*", in quanto subordinata all'accertamento in ordine alla circostanza che la scelta *non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard*".

La valutazione di proporzionalità si estende naturalmente anche alla "*durata dell'affidamento*"<sup>61</sup> ed ai meccanismi di remunerazione degli investimenti<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> È la previsione dell'Art. 8, rubricato infatti come "*durata dell'affidamento*", il quale prevede che [S] *alve le previsioni di settore, la durata dell'affidamento è fissata dall'ente concedente in funzione della prestazione richiesta, in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti e comunque in misura non superiore al periodo necessario ad ammortizzare gli investimenti previsti in sede di affidamento e indicati nel contratto di servizio di cui all'articolo 21, in conformità alla disciplina europea e nazionale in tema di contratti pubblici*" ed in senso ancora più stringente per il "*caso di affidamento in house di servizi pubblici locali di interesse economico generale diversi da quelli a rete*", si stabilisce che "*la durata dello stesso non può comunque essere superiore a cinque anni*", imponendo al termine una nuova riconsiderazione delle ragioni di giustificazione del ricorso a tale modello.

<sup>62</sup> E' in tal senso la previsione del comma 4° dell'Art. 7, secondo cui "[P]er i servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, il provvedimento di cui al comma 3 contiene, altresì, un piano economico-finanziario con la proiezione, per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti e deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nell'ipotesi di affidamento in house di tali servizi, il piano economico-finanziario deve, inoltre, specificare l'assetto economico-patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio".

E', dunque, entro tale quadro di disciplina che si colloca il ricorso alla relazione istituzionalizzata di partenariato in forma di società di capitali, la quale, in conformità alla previsione della lettera b) del comma 1° dell'Art. 7 del decreto, diviene, appunto, la *“società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124”*, fermo rimanendo sin d'ora che ulteriori elementi ricostruttivi vengono forniti proprio dalla disciplina del c.d. *“Decreto partecipate”*, adottato in esercizio della delega di cui al menzionato Art. 18 della L. n° 124/15, al cui esame, nel capitolo che segue, si rinvia.

**2.4.2. Gli obiettivi di missione di interesse generale della parte pubblica come guida nella costruzione del costruzione della relazione di partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali (rinvio).**

Le risultanze scaturenti dall'esame sin qui condotto del testo normativo in esame rivelano come l'impostazione prescelta dal Legislatore delegato del 2016 sia quella di imporre alla pubblica amministrazione competente la debita focalizzazione e specificazione delle proprie ragioni di intervento suppletivo rispetto al dispiegamento dell'ordinario processo competitivo sul mercato.

La conclusione acquisisce, peraltro, un ulteriore significato ai fini della presente indagine: la precisa definizione degli obiettivi di interesse generale diviene uno prezioso strumento



per l'elaborazione dei risultati attesi dalla parte pubblica all'interno della relazione di partenariato.

Tali risultati, appunto perché relativi a finalità di interesse pubblico coincidenti con obiettivi di benessere sociale, in senso ampio inteso, divengono l'utilità ultima, rispetto al conseguimento della quale si pone il corrispettivo in favore della parte privata, così legittimando un percorso logico "*a contrario*", in ragione del quale, se tali finalità di interesse pubblico costituiscono il fondamento della mitigazione dello scopo lucrativo della società a capitale misto, allora il profitto eccedente la soddisfazione di tali finalità è legittimamente perseguito e conseguito dalla parte privata.

**3. Il contributo dell'analisi economica in ordine alla decisione di produzione del servizio ed in particolare dell'analisi relativa alla scelta pubblica di incaricare la parte privata di tale compito di produzione.**

Le indicazioni del diritto fondamentale dell'Unione chiariscono, nei termini sopra esposti, che, se, da un lato, l'ordinamento europeo rimane neutrale rispetto alla decisione dello Stato Membro circa il regime proprietario del soggetto erogatore del servizio, è però vero, dall'altro lato, che tale neutralità sul soggetto erogatore non equivale in nessun modo all'abdicazione da parte del potere pubblico della responsabilità circa l'erogazione medesima. Responsabilità, quest'ultima, che il diritto fondamentale dell'Unione ribadisce anzi nettamente in capo alle istituzioni europee ed agli Stati Membri, addirittura riconoscendo a tale responsabilità uno specifico tratto identitario

della coesistenza civile in Europa. Si tratta, pertanto e nell'ambito della presente ricerca, di calare il dato istituzionale della responsabilità pubblica nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale nel contesto dell'analisi economica in ordine alla decisione di produzione del servizio ed in particolare dell'analisi relativa alla scelta pubblica di incaricare la parte privata di tale compito di erogazione.

3.1. Il fenomeno di “*delega di poteri*” nel quadro del c.d. “*agency problem*” ed i “*poteri residuali di intervento*” della parte pubblica in caso di produzione del servizio a cura privata nella letteratura economica.

La ricostruzione della relazione tra parte pubblica e parte privata come decisione di approvvigionamento deve muovere, in primo luogo, da una duplice consapevolezza che la letteratura economica ha, da tempo, sottolineato.

In primo luogo, quella secondo cui la decisione tra decisione tra produzione pubblica ovvero privata di beni e servizi di interesse collettivo presenta una variegata articolazione di soluzioni intermedie, nell'ambito delle quali la parte pubblica e la parte privata organizzano le loro relazioni istituzionali<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. D.E.M. Sappington e J.E. Stiglitz, Privatization, Information and Incentives, NBER Working Paper Series, Working Paper n° 2196, Cambridge (MA, U.S.A.) March, 1987, p. 3, secondo cui: “*in practice, the relevant choice of organizational mode is not always the "either/or" choice of public versus private provision. Institutional arrangements like regulation occupy intermediate positions in the continuum of ownership possibilities. Such institutions incorporate many of the desirable (and undesirable) features of both public and private enterprise*”.

In secondo luogo, tali soluzioni intermedie possono essere graduate in relazione alla maggiore o minore intensità dei poteri di controllo ed intervento pubblico auspicati, da un'intensità massima in cui la produzione è riservata esclusivamente alla parte pubblica ad una minima, astrattamente configurabile ma, come si è visto sopra, preclusa dall'ordinamento europeo, in cui la responsabilità pubblica è totalmente dismessa e l'utente è chiamato ad acquistare il servizio in un mercato liberalizzato<sup>64</sup>. La decisione di partenariato è, dunque, da collocare entro tale contesto di opzioni.

Il punto cruciale è che la produzione di servizi, ma anche di beni, pone un fondamentale problema, comune tanto al soggetto pubblico quanto al soggetto privato allorquando posti dinanzi alla decisione circa la scelta delle modalità organizzative di tale attività di produzione.

Tale problema è, come noto, quello della necessità del trasferimento del potere di decisione in favore di apposito soggetto che, preposto all'attività, disponga della specifica conoscenza o comunque della specifica informazione circa le concrete condizioni entro cui svolgere la medesima attività di produzione del servizio e del bene in questione. L'indisponibilità di tale precisa conoscenza

---

<sup>64</sup> Cfr. D.E.M. Sappington e J.E. Stiglitz, Privatization, Information and Incentives, NBER Working Paper Series, Working Paper n° 2196, Cambridge (MA, U.S.A.) March, 1987, p. 1, "*The important difference between public and private ownership, in our view, involves the residual rights of intervention. Under public enterprise, the government retains some authority to intervene directly in the delegated production arrangements and implement major policy changes when it is deemed necessary to do so. Under private ownership, special rights of intervention are afforded creditors (in the event of bankruptcy) and major financial interests (who can gather the resources necessary to finance a takeover of the private arm); but the government's right to intervene is more limited than under public ownership*".

o di tale specifica informazione preclude l'esercizio di tale potere di decisione sulla singola scelta operativa a tutti coloro che, poiché lontani dall'operatività della produzione, sono privi delle conoscenze o delle informazioni per assumere la singola decisione in ordine alla conduzione operativa, costringendo, in ultima analisi, tutti questi ultimi soggetti a delegare l'esercizio di tale potere di decisione sulla singola scelta operativa.

E tale vicenda, come si è detto, è di esperienza comune tanto alla produzione privata che alla produzione pubblica<sup>65</sup>: così come il titolare di un diritto sull'impresa privata, in qualunque veste giuridica organizzata, è costretto alla delega in favore del "manager", se non è in condizione di occuparsi direttamente dell'operatività della produzione, altrettanto il consigliere comunale, ad esempio, è costretto alla delega in favore del "manager" affinché, quest'ultimo, si occupi della operatività

---

<sup>65</sup> Cfr. ancora D.E.M. Sappington e J.E. Stiglitz, Privatization, Information and Incentives, NBER Working Paper Series, Working Paper n° 2196, Cambridge (MA, U.S.A.) March, 1987, p. 1, "Although the labels 'public' and 'private' may elicit images of very distinct modes of operation, many similarities exist between the everyday operations of public and private enterprise in practice. Both modes involve substantial delegation of responsibility. Neither Congressmen nor minority shareholders directly control the daily activities of an enterprise that is, in principle, under their control. Instead, oversight of the arm's operation is delegated to a commission or board of directors. A chief executive officer or president is also endowed with considerable discretion to influence the firm's operations. There generally follow many additional layers of authority under both forms of ownership. The hierarchy of authority terminates in both cases with managers who use their precise knowledge of local conditions to make daily decisions that directly affect the firm's performance. Thus, if one examines their everyday functioning, public enterprises and privately owned firms appear quite similar in many respects".

dell'erogazione del servizio pubblico ai cittadini della comunità locale.

Tale fenomeno è ben noto alla letteratura economica che vede appunto la delega dei poteri di decisione sullo svolgimento dei compiti di produzione come un tipico rimedio al deficit di conoscenza ovvero di informazione della parte delegante.

Il c.d. "*agency problem*" è, in altri termini ed in primo luogo, un tema legato all'indisponibilità della conoscenza e delle informazioni in capo al soggetto costretto alla delega (il c.d. "*principal*") in favore di altro soggetto (il c.d. "*agent*"), che, per ragioni essenzialmente di prossimità alla fonte delle conoscenze o informazioni richieste, come nel caso di contatto con la conduzione operativa della produzione, dispone, invece, delle conoscenze ed informazioni necessarie. Qualunque sia l'aspetto critico della relazione tra delegante e delegato, appare evidente che il tema fondamentale risiede nel potere di intervento del primo sul secondo.

Anche in questo caso il fenomeno si manifesta in senso assolutamente identico tanto nell'ambito di soggetti pubblici quanto di soggetti privati, nei termini già sopra segnalati. Il Consiglio Comunale non dispone di conoscenze sulle informazioni per poter condurre direttamente la produzione di servizi pubblici locali ed infatti ne delega l'operatività a parti terze ma rispetto a all'operato di tali parti terze mantiene e si riserva specifici diritti di intervento, attraverso, ad esempio, le clausole apposte al contratto di servizio. Esattamente come nell'impresa esercitata in forma di società di capitali, il socio delega l'amministrazione della società e la conduzione dell'operatività della produzione all'amministratore, riservandosi poteri di controllo e reazione rispetto all'operato di

quest'ultimo, sia pure entri limiti che i vari tipi e modelli, previsti dal diritto societario, consentono. Alla necessità della delega per difetto di conoscenza od informazioni corrisponde, dunque, l'esistenza di un potere residuale d'intervento da parte del delegante sul delegato.

Si apre, dunque, un'ulteriore duplice questione relativa, da un lato, a quale debba essere allora l'intensità del potere residuale d'intervento del delegante e, dall'altro lato, ancora più precisamente, in cosa consista precisamente il nesso di corrispondenza tra “*deficit*” di informazione e potere residuale d'intervento.

### **3.2. La complementarità tra le teorie economiche dell'impresa e quelle della privatizzazione nella ricostruzione da parte del giurista del fenomeno di “*integrazione verticale*”.**

La risposta al quesito deve essere fornita a partire dalla constatazione, almeno da parte del giurista, dall'esistenza di una specifica complementarità tra le teorie economiche dell'impresa e quelle della privatizzazione<sup>66</sup>, dove l'indagine circa le ragioni sottostanti all'integrazione verticale tra due soggetti produttori di beni o servizi costituisce l'elemento comune alle due teorie.

---

<sup>66</sup> Sul punto, O.D. Hart, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*, in *The Economic Journal*, 113, n° 486, Conference Papers, March, 2003, p. 70, il quale sottolinea “*the very close parallel between the theory of the firm and the theory of privatisation*”.

Prendiamo, nella letteratura economica sulla teoria dell'impresa<sup>67</sup>, il caso di due imprese A e B. L'impresa A può essere una produttrice di cucine e l'impresa B una produttrice di componenti per cucine. Supponiamo che vi siano ragioni per cui le imprese A e B debbano avere una relazione di lungo termine. Tale relazione può essere svolta in due modi: A e B possono avere un contratto tra loro ma rimanere imprese indipendenti; oppure A e B possono fondersi e svolgere quindi la loro transazione, dando quindi esecuzione a quest'ultima, all'interno di una sola impresa: anzi, più precisamente, all'interno di un'unica impresa.

L'analoga questione è posta, in verità, dalla letteratura economica sulla privatizzazione.

Supponiamo che A rappresenti, una Municipalità Locale (o comunque una parte pubblica in veste di decisore circa le modalità di produzione pubblica ovvero privata del servizio) e B rappresenti

---

<sup>67</sup> O.D. Hart, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*, in *The Economic Journal*, 113, n° 486, Conference Papers, March, 2003, p. 70, il quale osserva come “[I]n the vertical integration literature one considers two firms, A and B. A might be a car manufacturer and B might supply car-body parts. Suppose that there is some reason for A and B to have a long-term relationship (e.g., A or B must make a relationship-specific investment). Then there are two principal ways in which this relationship can be conducted. A and B can have an arms-length contract, but remain as independent firms; or A and B can merge and carry out the transaction within a single firm. The analogous question in the privatisation literature is the following. Suppose A represents the government and B represents a firm supplying the government or society with some service. B could be an electricity company (supplying consumers) or a prison (incarcerating criminals). Then again, there are two principal ways in which this relationship can be conducted. A and B can have a contract, with B remaining as a private firm, or the government can buy (nationalise) B”. Il medesimo A. aggiunge “[t]he issues of vertical integration and privatisation have much more in common than not. Both are concerned with whether it is better to regulate a relationship via an arms-length contract or via a transfer of ownership”.

un'impresa che fornisce alla parte pubblica determinati servizi. L'impresa B può essere, ad esempio, il fornitore del servizio di raccolta rifiuti ovvero del servizio idrico. Anche in questo caso, come nel caso delle Imprese A e B rispettivamente produttrici di cucine e di componenti per cucine, ci sono due modi fondamentali in cui la relazione può essere condotta: A e B possono avere una relazione contrattuale tra loro, con B che rimane un'impresa privata a sé stante oppure A può comprare (“*recte*”: acquisire in ambito pubblico) B, la quale, a quel punto, perde la propria soggettività e diviene una mera articolazione interna della soggettività pubblica che provvede direttamente all'erogazione del servizio.

E' evidente allora che tanto il tema dell'impresa come esito di integrazione verticale quanto quello delle privatizzazioni convergono, in senso complementare nella costruzione della modalità d'integrazione tra parti private tra loro e tra parti pubbliche con parti private, sul comune quesito se sia preferibile regolare la relazione tra le due parti a mezzo di un contratto ovvero a mezzo di trasferimento di proprietà.

E' bene precisare, in proposito, che il trasferimento di proprietà costituisce alternativa alla relazione contrattuale nel senso che attraverso il primo giungiamo al superamento di due soggettività distinte (le imprese A e B ovvero la Municipalità Locale A e l'impresa B negli esempi sopra svolti) mediante l'acquisizione da parte del soggetto A della proprietà del soggetto B. Sin d'ora, peraltro, deve essere osservato che specifiche soluzioni intermedie sono praticabili tra il modello costituito dal trasferimento della proprietà di B in favore di A e quella della pura relazione contrattuale tra A e B. Basti pensare al caso di un terzo soggetto C



che viene appositamente costituito da A e B e della cui proprietà A e B sono congiuntamente titolari. Non vi è dubbio che, in tal caso, vi sia una deviazione rispetto al modello costituito dal trasferimento di proprietà mediante acquisto di B da parte di A ma è altrettanto vero che tale ipotesi rimane comunque significativamente diversa da quella di una pura relazione contrattuale tra A e B in quanto entrambe superano le loro distinte soggettività, pur conservandole e non annullandole (come accade invece nel caso della integrazione verticale pura), per integrarsi in un terzo soggetto, appunto C, il quale diviene sede della loro integrazione. In questo caso il soggetto C diviene un modello intermedio rispetto a quello della integrazione verticale pura e della relazione contrattuale pura, caratterizzato, da un lato, dalla costituzione di una apposita sede in cui l'effetto di integrazione si realizza nonché, dall'altro, dalla conservazione di una distinta soggettività in capo ai due soggetti A e B entro la sede costituita dal soggetto C. Tale soggetto, sia pure soggetto terzo tra A e B, è chiamato a svolgere su questi ultimi, il medesimo ruolo che A svolge sulla componente di impresa di B una volta che quest'ultima è stata acquisita in proprietà dal medesimo soggetto A, nelle ipotesi sopra svolte di integrazione verticale.

### **3.3. Integrazione verticale e “*poteri di controllo*”.**

Qualunque sia la modalità (ed il grado di intensità) con cui l'integrazione verticale si realizza è chiaro, in ogni caso, che l'esigenza a cui risponde il processo di integrazione è quella dell'aumento dei poteri di controllo e di intervento, di una parte

sull'altra parte, rispetto all'attività oggetto della relazione tra le due medesime parti.

Si è già detto come l'esistenza di tale potere di controllo trovi il proprio fondamento, da un lato, nella inevitabile necessità di delega e, dall'altro come tale necessità sia, a sua volta, imposta da un difetto di conoscenza od informazioni in capo al delegante,

Quest'ultimo, appunto, da un lato, è costretto a ricorrere al delegato mentre, dall'altro lato, conserva uno specifico potere residuale d'intervento sul delegato medesimo. Negli esempi sopra svolti il tema della delega si ripropone esattamente tra le imprese A e B ovvero tra la Municipalità Locale A e l'impresa B. Anzi: la parte A acquisisce la proprietà di B perché è insoddisfatta della mera relazione contrattuale intercorrente con B, con cui A ha delegato a B lo svolgimento di determinati compiti nell'ambito della specifica transazione. Tale relazione contrattuale, in particolare, non assicura ad A il potere di controllo ed intervento che quest'ultima ritiene adeguato nella relazione contrattuale con B e nella connessa delega in favore del soggetto B medesimo.

La ragione di tale valutazione di inadeguatezza deve essere ricondotta alla gravità del "*deficit*" di informazioni e di conoscenze del delegante rispetto a quelle disponibili al delegato ed all'impossibilità che tale "*deficit*" venga colmato "*ex ante*" da apposite previsioni contrattuali, le quali, non potendo cogliere ogni eventualità e contingenza nella fase esecutiva del rapporto, risultano inevitabilmente incomplete.

Il nesso di corrispondenza tra "*deficit*" di informazione della parte delegante e potere residuale d'intervento di quest'ultimo sulla parte delegata deve, dunque, essere rinvenuto nella incompletezza della relazione contrattuale tra le due medesime

parti. L'integrazione verticale, intesa, in primo luogo, come intensificazione dei diritti di controllo e di intervento di una parte sulle questioni non coperte dal contratto perché appunto incompleto, diviene allora misura di reazione a tale incompletezza e di governo della medesima<sup>68</sup>.

### **3.4. Carenze informative, incompletezza contrattuale e poteri residuali di intervento della parte pubblica nella teorie della privatizzazione.**

Il tema dell'incompletezza contrattuale<sup>69</sup> ed ancora prima quello del “*deficit*” di informazioni e conoscenze tra le parti diviene

---

<sup>68</sup> E' ancora O.D. Hart, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*, in *The Economic Journal*, 113, n° 486, Conference Papers, March, 2003, p. 70, il quale osserva “if the only imperfections in are those arising from moral hazard or asymmetric information, organisational form – including ownership and firm boundaries – does not matter: an owner has no special power or rights since everything is specified in an initial contract (at least among the things that can ever be specified). In contrast, ownership does matter when contracts are incomplete: the owner of an asset or firm can then make all decisions concerning the asset or firm that are not included in an initial contract (the owner has ‘residual control rights’)” e, quindi, “[A]pplying this insight to the privatisation context yields the conclusion that in a complete contracting world the government does not need to own a firm to control its behaviour: any goals – economic or otherwise – can be achieved via a detailed initial contract. However, if contracts are incomplete, as they are in practice, there is a case for the government to own an electricity company or prison since ownership gives the government special powers in the form of residual control rights”.

<sup>69</sup> I. Ayres e R. Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, in *Yale Law Journal*, Vol. 101, 729, 1992, quindi ripubblicato in E.B. Rasmussen (a cura di), *Game Theory and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham (U.K.) e Northampton (MA, U.S.A.), 2007, pp. 729 e 730, secondo cui “Two separate groups of academics have brought about a renaissance of sorts in the analysis of incomplete contracts. Law and economics scholars- writing in law reviews- have shown renewed interest in how efficiency- minded lawmakers should fill gaps in

allora utile per comprendere l'insostenibilità dell'affermazione di indifferenza, almeno nella prospettiva del decisore pubblico, tra proprietà privata e proprietà pubblica dell'impresa nell'erogazione dei servizi<sup>70</sup>.

---

*incomplete contracts. Yet even before this, a group of economists- writing in economics journals- began developing new theories of “incomplete contracting “ that are still largely unincorporated in the legal literature. These two strands of analysis have remained largely independent, in part because they focus on two different forms of contractual incompleteness. Legal scholars use the term “incomplete contracting” to refer to contracts in which the obligations are not fully specified. A contract to sell a good would be “obligationally” incomplete, for example, if it failed to specify the price, quantity, or date of delivery. In contrast, a contract is obligationally complete if the obligations of the parties are fully specified for all future states of the world. A contract that failed to specify the seller’s obligations in the event of a flood or the buyer’s breach would thus be obligationally incomplete. Default rules respond to obligational incompleteness by filling these obligational gaps. Economics scholars, on the other hand, use the term “incomplete contracting” to refer to contracts that fail to fully realize the potential gains from trade in all states of the world. These contracts are considered “contingently” incomplete or “insufficiently state contingent”. For example, a contract to deliver certain goods to a house tomorrow for \$100 may be obligationally complete in the sense that obligations are fully specified for all future states of the world. However, the contract may be insufficiently state contingent in that the contractual obligations fail to fully realize the potential gains from trade in all states of the world. Contracts that are “insufficiently state contingent”(contingently incomplete) give private parties incentives -in at least some states of the world- to either renegotiate or breach the original contract to realize these additional gains from trade”.*

<sup>70</sup> D.E.M. Sappington e J.E. Stiglitz, Privatization, Information and Incentives, NBER Working Paper Series, Working Paper n° 2196, Cambridge (MA, U.S.A.) March, 1987, p. 24, “*In concluding, we wish to emphasize that neither public nor private provision can fully resolve the difficult incentive problems that arise when considerations of imperfect information result in delegation of authority. The choice between modes of organization simply defines the transactions costs of future intervention into these delegated relationships, and thereby influences the likelihood of such intervention*”.

La relazione contrattuale “*incompleta*”<sup>71</sup> tra parte pubblica e parte privata costituisce una questione imprescindibile per cogliere le implicazioni della scelta tra produzione pubblica del servizio e produzione privata del medesimo.

In un mondo di contratti completi ed omnicomprensivi nonché privo di “*deficit*” di informazione e conoscenza, non c’è differenza tra produzione pubblica ovvero produzione privata del servizio per il decisore pubblico, come la Municipalità Locale dell’esempio sopra svolto.

---

<sup>71</sup> J.A. Gomez-Ibanez, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge (MA, U.S.A.) e London (U.K.), 2006, p. 84, per il quale “*If capture is an important source of instability in discretionary regulation, incompleteness is the key source of instability in the contractual approach. Private contracts and concession contracts promise stability because they purport to describe all the obligations of the parties in advance. In so doing, contracts eliminate the need for discretion and thus the temptation for capture. If a contract does not anticipate all the important developments that occur during its life, however, the parties involved face an unhappy choice. They can live with a contract that no longer serves their interests, or they can renegotiate the contract despite having made investments that leave them vulnerable to opportunism. The dilemmas created by incompleteness are even more acute for concession contracts than for private contracts. With private contracts the utility and its customers negotiate directly, but with concession contracts the interests of the customers are represented by government, which raises the issue of trust. Modern concession contracts are usually awarded through open and competitive bidding to reassure citizens that their government is securing a fair agreement. But if that concession contract proves to be obsolete, then any renegotiations take place without the safeguard of competitive bidding. And renegotiations can also raise popular doubts as to whether the bidding in the original, or any subsequent, competition was really sincere. Governments usually opt to renegotiate incomplete contracts, because the prospect of living with inadequate services under the old contract seems too painful. But the government that renegotiates puts its credibility at risk with citizens as well as with investors, and ultimately jeopardizes popular support for private infrastructure*”.

Quest'ultima, proprio in virtù della completezza ed onnicomprensività del contratto chiamato a regolare la relazione tra le parti, la delegante e la delegata allo svolgimento del servizio, nonché dello stato di onniscienza della prima sulla condotta della seconda, potrà prevedere ogni eventualità futura: stabilire e modulare esattamente la remunerazione degli amministratori, le politiche di prezzo o di tariffa, le tecnologie opportune con cui variare il servizio prodotto, le modalità operative correnti.

In un simile modello, conseguentemente, data l'integrale previsione anticipata in sede di contratto di ogni evoluzione possibile, il risultato non solo di produzione del servizio ma di complessiva "*performance*" economica sarà non solo nella piena disponibilità del decisore pubblico ma addirittura e soprattutto sarà esattamente identico, tanto in regime di produzione (e proprietà) pubblica quanto in regime di produzione (e proprietà) privata. Il punto è: esistono evidenze empiriche che confermino la verosimiglianza di un simile ambiente istituzionale?

Le considerazioni sopra esposte sono ben note alla letteratura economica che le ha formalizzate a mezzo di una serie di teoremi circa la neutralità della proprietà pubblica o privata delle imprese e quindi della produzione pubblica o privata di servizi<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Per una rassegna della produzione, oltre quanto sopra già indicato, si veda, esattamente nel senso del parallelismo sopra ripercorso tra teorie della privatizzazione e teorie dell'integrazione verticale d'impresa, P. Walker, *Just for fun: the Theory od Privatisation*, 2012, postato su <http://antidismal.blogspot.it> e quindi ripreso su <http://sciblogs.co.nz/the-dismal-science/2012/11/29/just-for-fun-the-theory-of-privatisation/> il quale rinvia a D. Bos, *Privatization: A Theoretical Treatment*, Oxford: Oxford University Press, 1991; M. Boycko, A. Shleifer e R.W. Vishny, A Theory of Privatisation, in *The Economic Journal*, 106, n° 435 March, pp. 309-19, 1996; O.D. Hart, A. Shleifer e R.W. Vishny, The Proper Scope of

Tutti questi teoremi stabiliscono formalmente le condizioni entro cui la proprietà pubblica o privata della produzione è irrilevante ai fini dell'allocazione delle risorse. In breve tutti questi teoremi mostrano le condizioni entro le quali la proprietà dell'impresa non conta o comunque non fa la differenza.

Di tutti gli assunti su cui poggiano i risultati di neutralità, il più importante e fondamentale è quello secondo cui i contratti di lungo termine, esaustivi di ogni evenienza futura, possono essere effettivamente scritti ed applicati. Assunto, quest'ultimo, quello appunto della scrittura ed applicazione di contratti di lungo termine esaustivi di ogni evenienza futura, il quale è definito sostanzialmente inverosimile dalla stessa letteratura che lo ha postulato.

Verosimili sono, invece, solamente i contratti incompleti, anche per quanto concerne le relazioni tra la parte pubblica, decisore della scelta tra produzione pubblica o privata del servizio, ed i soggetti produttori, pubblici o privati, del servizio in questione. E proprio tale incompletezza contrattuale crea un ruolo ed uno

---

Government: Theory and an Application to Prisons, in *Quarterly Journal of Economics*, 112, 4, November, 1997, pp. 1127-61; J.J. Laffont e J.Tirole, Privatization and Incentives, in the *Journal of Law, Economics, & Organization*, 7, Special Issue, Papers from the Conference on the New Science of Organization, January, 1991, pp. 84-105; K. Schmidt, Incomplete Contracts and Privatization, in *European Economic Review*, 40(3-5), 1996, pp. 569-79; K. Schmidt, *The Costs and Benefits of Privatization: An Incomplete Contracts Approach*, in *The Journal of Law, Economics & Organization*, 12(1), pp. 1-24, 1996; C. Shapiro e R.D. Willig, *Economic Rationales for Privatization*, in Industrial and Developing Countries, in E.N. Suleiman e J.Waterbury, (a cura di), in *The Political Economy of Public-Sector Reform and Privatization*, Boulder, Westview Press, 1990; A. Shleifer e R.W. Vishny, *Politicians and Firms*, in *Quarterly Journal of Economics*, 109(4), November, 1994, pp. 995-1025.

spazio di rilevanza al regime proprietario dell'impresa o comunque del soggetto produttore del servizio.

E', infatti, la proprietà dell'impresa e, più precisamente, sono i diritti di intervento e controllo insiti nel regime proprietario ad attribuire alla parte proprietaria il potere di assumere decisioni su questioni non coperte dal contratto.

### **3.5. Poteri residuali di intervento ed incompletezza contrattuale nella teoria dell'impresa.**

Il tema della integrazione verticale, nell'ambito della letteratura economica sulla teoria dell'impresa, è posto, dalla medesima letteratura, esattamente come strategia operativa di adattamento alla situazione di incompletezza contrattuale dinanzi ad esigenze di adattamento della relazione tra le parti per ogni forma di sopravvenienza, eventualmente insorta ed occorsa nell'arco del rapporto.

E' significativo notare come, nell'impostazione della letteratura che dato avvio alla riflessione sul punto, il momento cruciale, in cui la transazione tra due parti avvia la propria progressiva esposizione alla prospettiva di integrazione verticale tra le parti medesime, viene individuato nella fase in cui le predette parti decidono di attribuire alla reciproco rapporto contrattuale il carattere di relazione di lungo termine entro cui è valorizzata la continuità delle rispettive prestazioni all'interno di un programma negoziale dato.

Il lungo termine che caratterizza la relazione diviene, pertanto ed in primo luogo, l'innescò di una fondamentale trasformazione del medesimo rapporto contrattuale in un rapporto di dipendenza



bilaterale tra le parti. Ciascuna delle parti attribuisce rilievo all'identità dell'altra, la quale, per tale circostanza, diviene di difficile sostituzione.

Le modalità di espressione di tale rilievo, noto come “*specificità di investimento*”, sono varie e possono riguardare capacità personali e relazionali delle parti, loro abilità, dotazioni tecnologiche ovvero infrastrutturali o di capitali, ovvero ancora luoghi o siti ove si svolge la prestazione. In tutti tali casi, i beni a “*specificità di investimento*” presentano il carattere comune di non poter essere dispiegati in altra utilizzazione ovvero in favore di altri utilizzatori se non a pena di una cospicua perdita della loro capacità nonché valore di produzione. Tale prospettiva di perdita diviene, dunque, un vincolo alla prosecuzione e quindi alla continuità del rapporto, appunto in una relazione di crescente dipendenza reciproca tra le parti della transazione, alimentata circolarmente dal pattuito lungo termine.

### **3.6. Relazione contrattuale di lungo termine, elevata specificità di investimento, incertezza e complessità delle prestazioni oggetto di contratto.**

Tale relazione di lungo termine e l'elevata specificità di investimento, che ne incoraggia la prosecuzione nel tempo, conducono inevitabilmente le parti della medesima a fronteggiare situazioni non contemplate dalla originaria disciplina contrattuale e quindi non pattuite, le quali espongono, altrettanto inevitabilmente, la transazione a tre eventualità possibili: quella, in primo luogo, di alterazioni al regolare svolgimento della fase esecutiva del programma contrattuale pattuito appunto per

l'effetto della contingenza imprevista; quella, in secondo luogo, dell'allontanamento o comunque della deviazione delle parti dal modello di condotta orientato a finalità di cooperazione reciproca nell'affrontare la contingenza imprevista, magari al fine di sfruttare opportunisticamente la previsione letterale del contratto che, da un lato, non risponde più, poiché si è rivelata inadeguata dinanzi all'imprevisto occorso, all'esigenza di mantenere il doveroso equilibrio di reciproco vantaggio, ma che, dall'altro lato, viene strumentalmente invocata per resistere alla necessaria variazione della medesima ai fini di riequilibrio delle prestazioni tra le parti; quella, in terzo luogo, di inutile o non proficuo ricorso all'Autorità Giurisdizionale per la difficoltà di quest'ultima di fornire una definizione della controversia, in senso consapevole ed informato nonché in ultima analisi intelligente ed adeguato, oltre che tempestivo, alle finalità ricercate dalle parti con il programma contrattuale originariamente pattuito.

Le eventualità sin qui descritte costituiscono, pertanto, altrettante vicende contrattuali a cui, da un lato, le parti della transazione sono esposte e che, dall'altro lato, rivelano, innanzi tutto, una insopprimibile incertezza della evoluzione esecutiva del rapporto contrattuale. Incertezza, quest'ultima, la quale, risulta aggravata dalla complessità della transazione, intesa come molteplicità dei caratteri delle reciproche prestazioni oggetto di contratto e delle corrispondenti previsioni contrattuali che le regolano.

Maggiore è la complessità dell'oggetto della prestazione delle parti, maggiore si rivela l'incompletezza contrattuale. Dinanzi a tale complessità ed alla corrispondente incompletezza contrattuale che le originarie pattuizioni rivelano, aumenta anche la già rilevata

difficoltà delle Corti a fornire risposte ad eventuali controversie tra le parti. Queste ultime, appunto esposte agli inevitabili mutamenti impreveduti che rendono obsolete, perché, come si è visto, incomplete, le originarie previsioni contrattuali, sono, infine, costrette a prendere atto di come incertezza e complessità si confermino quali tratti ricorrenti delle relazioni di lungo termine ed alta specificità di investimento.

**3.7. L'interfaccia di coordinamento tra le parti quale centro unificato di direzione nella soluzione istituzionale di governo delle incertezze e delle complessità della "transazione" nella "Transaction Costs Economics" e nella "Property Rights Theory".**

Entro tale contesto, si pone, dunque, alle parti l'esigenza di avviare la ricerca di una soluzione istituzionale di governo delle incertezze e delle complessità che caratterizzano la transazione. La sottoposizione di tutte le parti ad un centro unificato di controllo e direzione, il quale svolga il ruolo di interfaccia di coordinamento tra le varie parti medesime ed eserciti le prerogative riconosciutegli di direzione gerarchica per infondere ordine nell'esecuzione della transazione medesima, costituisce la risposta istituzionale a tale domanda di governo delle incertezze e complessità che caratterizzano la relazione tra le parti.

L'integrazione verticale delle parti consiste, pertanto, nell'assoggettamento delle medesime ad un rapporto gerarchico scelto e deliberato rispetto ad un centro unificato sovraordinato. Il punto non è ovviamente che tale centro unificato di controllo e direzione dispone di onniscienza ed onnicomprensività tali da superare i temi di incompletezza contrattuale che tali incertezze e

complessità pongono. Il punto è che tale centro unificato è titolare dell'autorità e quindi del potere di assumere decisioni su quanto non coperto dalle previsioni contrattuali originali, perché incomplete. Si torna, dunque, al tema sopra segnalato del rilievo della proprietà dell'impresa e, più precisamente, dei diritti di intervento e controllo insiti nel regime proprietario quali fonte di attribuzione alla parte proprietaria del potere di assumere decisioni su questioni non coperte dal contratto. E' interessante notare che la produzione scientifica intervenuta sul punto tende a distinguere una duplice distinta modalità con cui tale assoggettamento si realizza, ponendo, in un caso, l'ipotesi ("PRT") del trasferimento dei diritti di proprietà di una parte in favore dell'altra, per effetto della quale la parte, che acquisisce il diritto di proprietà sull'altra, assume anche la titolarità del potere di controllo e direzione sulla complessiva transazione intercorsa tra le due parti originarie; mentre, nell'altro caso ("TCE"), la costituzione del centro unificato di direzione e coordinamento avviene attraverso una terza parte, a cui le parti originarie si assoggettano e si rimettono, sostanzialmente dando luogo ad un nuovo investimento tra loro. In entrambi i casi, si assiste comunque all'introduzione di un principio di autorità all'interno della relazione gerarchica in favore della quale optano le parti originarie della transazione, assumendo un ruolo subordinato rispetto al centro unificato di direzione e coordinamento di nuova costituzione, i cui poteri, in primo luogo quello di assumere decisioni sulle questioni non disciplinate dalle originarie previsioni contrattuali, vengono riconosciuti ed accettati nonché osservati.

### 3.8. Incompletezza contrattuale, poteri di controllo e strategie di integrazione verticale della parte pubblica dalla relazione “*in - house providing*” alla relazione di partenariato con la parte privata.

Entro tale prospettiva – quello appunto dell’incompletezza contrattuale e del corrispondente potere della parte legittimata ad assumere decisioni su questioni non disciplinate dal contratto perché inevitabilmente incompleto – assume, dunque, rilievo e spazio logico il tema del diverso regime proprietario, pubblico o privato, del produttore di servizi, in quanto da tale diverso regime dipende la diversa portata ed intensità dei diritti di intervento e controllo del decisore pubblico su tutti gli aspetti non regolati dal contratto nella relazione con il produttore, pubblico o privato che sia, risultando tali poteri naturalmente più intensi in caso di produttore pubblico rispetto al caso del produttore privato.

La strategia di integrazione verticale trova, infatti, applicazione tanto in ambito privato, quanto in quello pubblico.

E’ interessante notare in proposito, che il decisore pubblico, conservando la produzione in area pubblica secondo il noto modello del regime c.d. “*in - house providing*” per l’acquisizione di servizi o beni in favore della parte pubblica, altro non realizza che una sostanziale integrazione verticale, acquisendo la massima intensità possibile di diritti di intervento e controllo sul produttore.

Una conferma, in tal senso, è data, del resto, proprio dalle indicazioni istituzionali della giurisprudenza europea formatasi sul punto, le quali tutte vedono, come tratto distintivo del regime c.d. “*in - house providing*”, lo specifico “*controllo*” della parte pubblica sul proprio produttore di servizi o beni. Non solo: l’insegnamento della Corte di Giustizia sul punto è, come noto, nel senso di

affermare che il “*controllo*” in questione integra esattamente il modello “*in - house providing*”, con importanti conseguenze ivi inclusa quella di legittimazione del ricorso diretto a tale produttore pubblico in deroga al principio dell’individuazione all’esito di procedura competitiva, solamente allorquando il medesimo controllo sul produttore è “*analogo*” a quello che la parte pubblica, che da tale produttore si approvvigiona, esercita sui propri servizi o uffici.

Il c.d. “*controllo analogo*”, unitamente agli ulteriori requisiti indicati dalla giurisprudenza, quali quelli della natura totalitariamente pubblica della parte controllante nonché della prevalenza della produzione di servizi in favore della medesima parte pubblica controllante, concorrono, dunque, tutti a definire un esito di effettiva integrazione verticale in ambito pubblico, tra la parte pubblica che si approvvigiona del servizio, sia in pure in favore della propria collettività di utenti, ed il produttore, parimenti pubblico, che tali servizi eroga.

Se, dunque, risulta possibile ed ammessa un’integrazione verticale in ambito pubblico, in senso speculare e corrispondente alle ipotesi di integrazione verticali tra parti private, come sopra descritte nel modello tipico assunto a riferimento dalla letteratura economica, si tratta di comprendere se le medesime determinanti – relazioni di lungo termine ad alta specificità di investimento ed a contenuto complesso – valgano anche per l’ipotesi dell’integrazione verticale tra parti pubbliche parti private.

La risposta, si anticipa quanto verrà in prosieguo trattato, deve essere resa in senso affermativo.

Il tema dell’integrazione verticale, infatti, rimanda essenzialmente, come si è già visto, alla questione dei diritti di

intervento e controllo insiti nel regime proprietario ed alla loro idoneità a fondare in capo alla parte proprietaria il potere di assumere decisioni su questioni non coperte dal contratto, quale misura di specifica reazione a tale incompletezza contrattuale.

L'insoddisfazione della parte pubblica rispetto alla relazione meramente contrattuale e comunque la valutazione di inadeguatezza che la medesima parte pubblica compie, questa volta nel ruolo di decisore rispetto alla scelta tra produzione pubblica o produzione privata del servizio, rispetto alla propria responsabilità istituzionale sul punto deve ritenersi, dunque, il punto di avvio dell'esame del dato istituzionale costituito dalla disciplina dell'ordinamento multilivello e quindi della UE ed infine di quella interna in tema di partenariato.

#### **4. La relazione di partenariato e la relazione di partenariato istituzionalizzato.**

L'esame delle disposizioni normative o comunque delle indicazioni dei molteplici livelli ordinamentali, da quello internazionale e della produzione delle Autorità che lo compongono sino a quello europeo ed infine a quello interno, consente di verificare se ed in quali termini la disciplina delle relazioni di partenariato presenti i caratteri di relazione di lungo termine ad alta specificità di investimento ed a contenuto complesso che vengono indicati dalla letteratura economica quali determinanti dell'integrazione verticale.

##### **4.1. I caratteri della disciplina della relazione di partenariato nell'ordinamento multilivello.**

E' interessante notare come le indicazioni rese disponibili da parte delle Autorità Internazionali (Uncitral, OECD, European PPP Expertise Centre presso la European Investment Bank, PPP in Infrastructure Research Center della World Bank ed in misura diversa dal General Procurement Agreement del WTO) convergono tutte nel descrivere la relazione di partenariato, da un lato, come caratterizzata da una articolazione di lungo termine e, dall'altro, come preordinata all'acquisizione di realizzazioni infrastrutturali o di servizi, la cui produzione richiede un apporto qualificato della parte privata, munita delle competenze e delle risorse necessarie e doverosamente selezionata mediante procedure eque e trasparenti.

#### **4.2. La posizione della UE in tema di partenariato.**

In senso analogo si colloca l'Unione Europea, la quale, intervenendo ripetutamente, dapprima con mere Comunicazioni (a partire da quelle sulle concessioni del 2000 sino a quelle più recenti sul partenariato come strumento di crescita economica del 2011 ed attraverso quelle ulteriori del 2004 recante il Libro Verde sul partenariato e del 2008 specificamente dedicata al partenariato istituzionalizzato) e quindi, da ultimo, con atti normativi di diritto derivato (quale la recente direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni di cui "*infra*"), ha confermato: i) che il partenariato configura una relazione di lungo termine di contenuto complesso; ii) oggetto della relazione è l'acquisizione di un apporto di parte privata in favore di quella pubblica di contenuto complesso, tanto da rimetterne la definizione alla medesima parte privata (come nel caso del c.d. "*dialogo competitivo*") e tanto da imporre l'assunzione



di un apposito “*rischio*” in capo alla medesima parte privata; iii) la selezione della parte privata è assoggettata al diritto europeo degli appalti e delle concessioni e deve avvenire quindi in esito ad apposita procedura competitiva.

Il termine partenariato pubblico-privato (“*PPP*”) è riferito dalle indicazioni delle Autorità della UE (“*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” del 30.04.2004) ad ogni forma di cooperazione tra le autorità pubbliche e parti private, provenienti, nella dizione della Commissione UE, dal “*mondo delle imprese*”, le quali sono preordinate a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio.

I seguenti elementi caratterizzano normalmente le operazioni di PPP: i) la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; ii) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati; iii) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). 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; iv) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore

pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Nella distinzione della Commissione della UE, il termine PPP di tipo “*puramente contrattuale*” riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti; mentre le operazioni PPP di tipo “*istituzionalizzato*” implicano la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dalla parte pubblica e dalla parte privata. Tale soggetto comune ha quindi la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Negli Stati membri, le autorità pubbliche ricorrono a volte a queste strutture, in particolare per la gestione di servizi pubblici a livello locale (ad esempio, per i servizi d'approvvigionamento idrico o per la raccolta dei rifiuti).

Secondo la Commissione, la cooperazione diretta tra la parte pubblica ed la parte privata nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria permette alla parte pubblica 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. Essa permette inoltre alla parte pubblica di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un partner privato.

Tale operazione consistente nel creare un'impresa a capitale misto, di per sé non è contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni, ma è indispensabile garantire il rispetto delle norme e dei principi derivanti da tale diritto (i principi generali del Trattato o, in alcuni casi, le disposizioni delle direttive) quando tale operazione è accompagnata dall'attribuzione di incarichi tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione.

Conseguentemente la scelta di un partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può dunque essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire.

Infatti, in mancanza di criteri chiari ed oggettivi che permettano all'amministrazione aggiudicatrice di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'operazione in capitale potrebbe costituire una violazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni.

**4.3. Le indicazioni dell'ordinamento interno in tema di partenariato secondo le più recenti indicazioni fornite dal c.d. “Decreto Contratti Pubblici” adottato in esercizio della delega di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE di cui alla L. n° 11/16.**

Del tutto allineate a tali caratteri ed indicazioni sono le formule definitorie dell'ordinamento interno<sup>73</sup>, secondo cui costituisce “*contratto di partenariato pubblico privato*” il “*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori, servizi o disponibilità di beni immobili ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo per l'investimento e per la gestione dei lavori oggetto del contratto, un canone o altra utilità correlati alla disponibilità dell'opera o alla prestazione dei servizi, con assunzione di rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*”.

In coerenza alle indicazioni europee, è, infatti, l'allocatione del rischio il tratto distintivo della definizione.

Secondo, infatti, la lettera eee) del comma 1° dell'Art. 3 del “*Decreto Contratti Pubblici*”, è “*contratto di partenariato pubblico privato*”, il “*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di*

---

<sup>73</sup> La disposizione di riferimento, quanto meno per la dichiarata valenza definitoria, è stata sin qui quella posta dall'Art. 3 comma 15° - ter del D.Lgs. n° 163/06 e s.m.i. (c.d. “*Codice dei Contratti Pubblici*”, la quale precisava ed ancora oggi precisa, almeno sino alla sostituzione che avverrà a breve per l'entrata in vigore del nuovo “*Decreto Contratti Pubblici*” di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che i “*contratti di partenariato pubblico privato*” sono “*contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocatione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*”, aggiungendo, altresì, che “[R]ientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste.”

*lavori, servizi o disponibilità di beni immobili ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo per l'investimento e per la gestione dei lavori oggetto del contratto, un canone o altra utilità correlati alla disponibilità dell'opera o alla prestazione dei servizi, con assunzione di rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*<sup>74</sup>.

L'assunzione del rischio diviene centrale nella definizione del perimetro della nozione normativa di “*contratto di partenariato pubblico-privato*”<sup>75</sup>, la quale, dopo aver ricordato che, sul punto, si applicano le decisioni “*Eurostat*”<sup>76</sup> in tema di conseguenze per il

---

<sup>74</sup> Definizione, quest'ultima, del resto sovrapponibile con quelle di concessione di lavori e di concessione di servizi, di cui rispettivamente alle lettere uu) e vv) del medesimo Art. 3 del nuovo “Decreto Contratti Pubblici”, secondo cui è “uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori” ed invece “vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”;

<sup>75</sup> Il comma 8° dell'Art. 180 del nuovo “Decreto Contratti Pubblici” precisa che “[N]ella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano le finanze di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”, ivi incluse, è da ritenere, le società a capitale misto, ferma rimanendo la disciplina apposita dettata per queste ultime, di cui ai capitoli terzo e quarto della presente indagine.

<sup>76</sup> Cfr. “*infra*” nel paragrafo 5 che segue.

trattamento di bilancio pubblico delle scelte in tema di allocazione del rischio, dedica, non a caso, ampio spazio proprio alla ricognizione e definizione delle tipologie di rischio<sup>77</sup> nonché agli obblighi di indicazione dei presupposti di equilibrio economico finanziario<sup>78</sup> entro cui l'assunzione del rischio deve avvenire.

---

<sup>77</sup> Nel citato Art. 3 del nuovo “Decreto Contratti Pubblici” si rinvengono, infatti, le seguenti nozioni partitamente riportate al comma 1° nelle lettere che seguono: “zz) «rischio operativo» il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile; aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all’aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell’opera e al mancato completamento dell’opera; bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa”.

<sup>78</sup> La lettera fff) del comma 1° del citato Art. 3 del “Decreto Contratti Pubblici” chiarisce, infatti, che la configurabilità del c.d. “equilibrio economico e finanziario” implica “la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economico e sostenibilità finanziaria” e che “[P]er convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell’arco della durata del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”.

La disciplina positiva del “*partenariato pubblico privato*” è, dunque, costruita attorno a tali definizioni<sup>79</sup> ed affidata ad un successivo articolato normativo a valere quale apposita disciplina generale, che di tali definizioni fornisce, in vero, il dettaglio di attuazione<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Il nuovo “*Decreto Contratti Pubblici*” prevede una “*Parte IV*” rubricata come “*Partenariato Pubblico Privato e Contraente Generale*”, che si apre con l’Art. 179 dedicato alla “*Disciplina comune applicabile*” e tre titoli successivi, rispettivamente dedicati al partenariato pubblico privato (“*Titolo I*”), al regime “*in house providing*” (“*Titolo II*”) ed al contraente generale (“*Titolo III*”). E’ importante notare che il “*Decreto Contratti Pubblici*” riserva invero una apposita parte (“*Parte III*”) alla disciplina del fenomeno delle concessioni, in coerenza, del resto, con quanto stabilito dalla direttiva 2014/23/UE sul punto.

<sup>80</sup> E’ l’Art. 180 del “*Decreto Contratti Pubblici*”, rubricato come “*Partenariato pubblico privato*”, il quale dettagliatamente prevede: “**1.** Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all’utilizzo dell’opera stessa. Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi. **2.** Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. **3.** Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico comporta l’allocazione a quest’ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell’opera come definiti dall’articolo 3 comma 1 lettere bbb) e ccc). Tale contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall’effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell’opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal

Si conferma, in ogni caso, la ricorrenza, anche, per l'ordinamento interno dei caratteri della relazione di partenariato,

---

*rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti, sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico. 4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico. 5. L'amministrazione aggiudicatrice può scegliere altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo. 6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 4. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. 7. La documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissibilità ad un contratto di partenariato pubblico privato. La sottoscrizione del contratto è condizionata alla presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto. 8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano le finanze di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti."*



così come fornita dalle Autorità internazionali e dall'ordinamento dell'Unione Europea.

#### **4.4. La istituzionalizzazione della relazione di partenariato secondo la Commissione UE come variante rispetto alla relazione contrattuale.**

E' bene allora sottolineare, riprendendo quanto sopra anticipato, che, entro tale contesto, la formula della istituzionalizzazione del partenariato (Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici del 12.04.2008) – contrapposta a quella del partenariato c.d. “*contrattuale*” – non altera tali caratteri né tali indicazioni, aggiungendo esclusivamente la costituzione di “*un'entità a capitale misto*” quale “*sede dell'esecuzione di appalti pubblici e concessioni*” e lasciando, invece, inalterata tanto la posizione della parte privata quale titolare dell'obbligo di “*apporto*” consistente nella “*partecipazione attiva all'esecuzione di compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale attività*”, allorquando “*il semplice conferimento di fondi*”, invece, “*non costituisce un PPP*”, quanto la doverosa selezione di tale parte privata a mezzo di procedura competitiva nel rispetto del diritto europeo degli appalti e delle concessioni e dei principi di TFUE in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, precisando, peraltro, che i medesimi principi impongono che tale relazione risulti, nel tempo stabile e quindi sottratta a modifiche idonee ad alterare le originarie condizioni pattuite in funzione di garanzia per gli originari competitori, nonché, per quanto di lungo termine, abbia

comunque conclusione, assicurando nuove opportunità competitive ad altri operatori per conseguire l'accesso alla relazione medesima, mediante ulteriore procedura di gara. E' evidente, peraltro, come tale istituzionalizzazione appaia del tutto sovrapponibile all'ipotesi di integrazione verticale quale esito di una relazione contrattuale di lungo termine ad alta specificità di investimento e contenuto complesso. Tale deve ritenersi, d'altra parte, il senso della esplicita indicazione della Commissione UE allorquando riconosce che, *“essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico”* (Comunicazione del 12.04.2008). Ulteriore conferma della ricorrenza, nella fattispecie, dei caratteri propri della *“transazione”* che determina le parti alla reciproca integrazione verticale a mezzo dell'interfaccia di coordinamento costituito, appunto, nella vicenda, dalla *“entità a capitale misto”*.

**5. La componente di rischio e la sua allocazione nella disciplina delle concessioni nella direttiva 2014/23/UE come conferma dei caratteri della *“transazione”* tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato.**

La conferma dei caratteri di una relazione contrattuale di lungo termine ad alta specificità di investimento e contenuto complesso si rafforza ulteriormente all'esito dell'esame della componente di *“rischio”* e della allocazione della medesima nella recente disciplina portata dalla direttiva 2014/23/UE del

Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.02.2014  
sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

### 5.1. La nozione di “concessione” nella direttiva 2014/23/UE.

E', in primo luogo, significativo osservare che la direttiva in esame<sup>81</sup> – dopo aver richiamato la libertà degli Stati Membri in tema di organizzazione dei servizi all'Art. 4 (rubricato come “*Libertà di definire servizi di interesse economico generale*”) **secondo cui** “*La presente direttiva fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti. Parimenti, la presente direttiva non incide sulle modalità di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale da parte degli Stati membri*” ma la medesima direttiva trova comunque applicazione a tali servizi poiché “*i servizi non economici d'interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva*” – fornisce una ampliata e più precisamente definita nozione di concessione in cui il rischio costituisce elemento qualificante e denotativo dell'istituto.

Secondo, infatti, il successivo Art. 5, rubricato come “*Definizioni*”, la “*concessione di lavori*” è “*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più*

---

<sup>81</sup> Cfr. Gianfrancesco Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2015, pag. 101

*amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo"* mentre, per «concessione di servizi», si intende "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

La medesima disposizione aggiunge, peraltro, che "L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".

**5.2. Il rischio e la disciplina della selezione del "concessionario" e l'ampiezza dispositiva delle "varianti" quale conseguenza dei caratteri della concessione nei "considerando" della direttiva 2014/23/UE.**

Secondo la direttiva, le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di «*contratto di concessione*» e di «*appalto pubblico*» hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ne consegue che è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di «*rischio operativo*». La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura (considerando 18).

Qualora, inoltre e più precisamente, la regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a

favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva. Il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. Aggiunge la direttiva che, può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore (considerando 19).

Il rischio operativo, in particolare, dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Ai fini della

valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario (considerando 20).

La direttiva segnala, ulteriormente, come tale incidenza del “*rischio*” nella configurazione dell'istituto riguardi e condizioni le procedura di scelta del contraente, osservando che, di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati (considerando 68).

La posizione di centralità del “*rischio*” nella configurazione dei caratteri dell'istituto si estende al tema delle “*varianti*”. La direttiva osserva, infatti, che i contratti di concessione generalmente

comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze. È pertanto necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione. Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione. Ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state parte della procedura sin dall'inizio. Le modifiche della concessione comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato livello dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura di concessione. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie minime, al di sotto delle quali non è richiesta una nuova procedura di aggiudicazione. Le modifiche della concessione al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione nella misura in cui tali modifiche soddisfino talune condizioni. Precisa la direttiva che tale potrebbe essere, ad esempio, il caso di modifiche dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità di attività come, ad esempio, la gestione di impianti sportivi o turistici in



montagna, qualora la legislazione sia suscettibile di evolversi per affrontare i rischi correlati, nella misura in cui tali modifiche soddisfino le pertinenti condizioni stabilite dalla presente direttiva (considerando 75).

Tale centralità del rischio – ed il conseguente rilievo di quest’ultimo nel fondare la specifica disciplina in tema di selezione del contraente o di varianti – appare, del resto, in linea con l’indicazione sul punto della giurisprudenza europea ed interna.

Per la prima, riguardo agli affidamenti di servizi, con riferimento all’assunzione dell’alea da parte dell’affidatario è stato espressamente chiarito che: *“per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l’amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario”* (CGE, sentenza 10.09.2009 nel procedimento C-206/08).

Quanto alla seconda, la Corte di Cassazione italiana ha osservato che *“la linea di demarcazione è netta”* in quanto *“l’appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l’assunzione del rischio di gestione da parte dell’affidatario”* (cfr. Cass. S.U., n° 12252/09).

### **5.3. Rischio e trattamento contabile della relazione di partenariato sul bilancio della parte pubblica.**

L'Eurostat, quale Istituto statistico della UE, ha ritenuto di fornire indicazioni (decisione in data 11.02.2004 sul c.d.

*“Treatment of public-private partnerships”*) circa il trattamento contabile da assicurare alle relazioni di partenariato nella contabilità nazionale degli Stati Membri, a valere quale interpretazione del Regolamento (CE) n° 2223/96 del Consiglio in data 25.06.1996 ha istituito il nuovo *“Sistema europeo dei conti nazionali e regionali”*, meglio noto come *“SEC95”*, a cui è seguita l’introduzione di un nuovo capitolo del *“Manuale del deficit e del debito”*.

La decisione Eurostat raccomanda che i beni patrimonialmente rilevanti oggetto di relazioni di partenariato non vadano classificati come attivi pubblici – e pertanto non vengano registrati nel bilancio delle amministrazioni pubbliche (c.d. posizione *“off balance”*) – allorquando risulti un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata (cfr. la Decisione Eurostat sul trattamento del PPP del 11.02.2004, secondo cui *“In national accounts, the assets involved in a public-private partnership can be considered as non-government assets only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risk attached to the specific partnership”*).

Tale trasferimento ricorre qualora si verifichino cumulativamente le seguenti due condizioni: (i) il partner privato si assume il rischio di costruzione; (ii) il partner privato si assume almeno uno dei due rischi seguenti: quello di disponibilità e quello di domanda.

La fondamentale conseguenza è che, qualora l’attivo del PPP non venga considerato di proprietà dello Stato, il relativo investimento effettuato nella fase di costruzione dell’opera non dovrebbe incidere né sul debito, né sul deficit pubblico, andando ad interessare unicamente il bilancio della società privata. I

pagamenti pubblici a fronte di acquisti di servizi in fase di gestione continuano invece ad essere classificati come spesa pubblica.

I rischi presi in considerazione da Eurostat sono, come visto, tre: il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità ed il rischio di domanda (ovvero di traffico).

Quanto al rischio di costruzione (c.d. “*construction risk*”), quest’ultimo copre eventi quali il ritardo nei tempi di consegna, un aumento di costi, il non rispetto degli standard di progetto, inconvenienti di tipo tecnico nell’opera. (“*A first category is “construction risk” covering notably events like late delivery, non-respect of specified standards, additional costs, technical deficiency, and external negative effects*”).

Il rischio di disponibilità (c.d. “*availability risk*”) è riferito alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità (“*A second category is “availability risk” where the responsibility of the partner is quite obvious. It may not be in a position to deliver the volume that was contractually agreed or to meet safety or public certification standards relating to the provision of services to final users, as specified in the contract. It also applies where the partner does not meet the required quality standards relating to the delivery of the service, as stated in the contract, and resulting from an evident lack of “performance” of the partner*”).

Il rischio di domanda, infine, è relativo alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal concessionario dell’infrastruttura. Tale variabilità risulta, invece, dipendente da altri fattori, quali la presenza di alternative più convenienti per gli utenti, il ciclo di business, nuove tendenze del mercato (“*A third category is “demand risk” covering variability of*

*demand (higher or lower than expected when the contract was signed) irrespective of the behaviour (management) of the private partner. This risk should only cover a shift of demand not resulting from inadequate or low quality of the services provided by the partner or any action that changes the quantity/quality of services provided. Instead, it should result from other factors, such as the business cycle, new market trends, direct competition or technological obsolescence”).*

Risulta allora evidente che, ai fini delle indicazioni di Eurostat, risulta centrale, ai fini della ricostruzione della titolarità del bene, l'individuazione della parte che sostiene la maggior parte dei rischi per la sua costruzione e manutenzione.

Il trasferimento del rischio, nei termini sopra indicati, è, pertanto un vantaggio per la parte pubblica della relazione di partenariato, consentendo a quest'ultima di non annotare, sui propri conti, il relativo investimento né ai fini di debito né ai fini di deficit pubblico, andando ad interessare unicamente il bilancio della società privata.

Tale rischio, nel contempo ed in senso funzionale alla presente indagine, rafforza i caratteri di incertezza e complessità della transazione, rispetto alla quale appare necessario fornisce un assetto di governo appropriato.

**5.4. La decisione sull'assetto istituzionale della “transazione” tra parte pubblica e parte privata come componente della “Value for money analysis” e del “Public Sector Comparator” nella scelta in favore della relazione di PPP piuttosto che di una forma ordinaria di “procurement”.**

Tutte le considerazioni sopra esposte convergono nel considerare centrale la scelta del partner e la relativa allocazione del rischio<sup>82</sup> come momento decisivo all'interno delle tradizionali analisi (“*Value for money analysis*” e “*Public Sector Comparator*”) volte a rivelare la maggiore convenienza del rapporto di partenariato rispetto alle tradizionali forme di “*procurement*”.

La riduzione dei costi di transazione, tipicamente centrale in tale scelta, ben può essere ritenuta come esito della selezione della appropriata forma di “*governance*” della transazione all'interno delle opzioni possibili – relazione “*contrattuale*” ovvero relazione “*istituzionalizzata*” – nella configurazione del rapporto di partenariato.

---

<sup>82</sup> X.H. Jin, *Risk allocation, transaction cost economics and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 97, secondo cui “*Although appropriate risk allocation is a great driver of value for money (VFM) In PPP projects, the complexity of the arrangements and incomplete contracting nature of PPPs have led to increased risk exposure for all the parties involved (Jin 2010a). Therefore, the decision-making on efficient risk allocation in PPP projects is no easy job. How do public and private partners allocate risk between themselves? In particular, why is a particular risk is transferred to a private consortium in one project while retained by government or shared in another? Most importantly, is there any mechanism guiding the formation of risk allocation strategies? The answer to these questions are critically important to the success (or failure) o PPP projects (Jin 2010a). We will later make the case of the necessity of tackling risk allocation decision making (RADM) from a perspective of transaction cost economics (TCE) augmented with organizational capability ( in particular resource -based view (RBV)). It is because TCE integrates economics, organization theory, contract law and behavioural assumptions in an interdisciplinary frame work of organizational phenomena and takes account of the role of transaction costs and informational issues that the self- interested economic agent faces, that we claim and adopt the TCE plus RBV approach as one suitable to the study of risk allocation.*

La convinzione che muove la presente indagine è che, al crescere della complessità della prestazione, divenga corrispondentemente più auspicabile l'affermazione di una relazione “*istituzionalizzata*”.

### **5.5. Il rilievo della disciplina delle tipologie delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici nel confronto con le teorie economiche in tema di aste e la loro ricaduta nella tradizione giuridica dell'ordinamento interno dinanzi alle diverse indicazioni della U.E..**

Sotto altro profilo, le tipologie procedimentali di aggiudicazione di contratti pubblici, intese come le sequenze di atti e provvedimenti amministrativi posti in essere per giungere all'individuazione del contraente, rivestono inevitabilmente, proprio a partire dal tema dell'allocazione del rischio come sopra indicato, un ruolo cruciale<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Si veda per una rassegna dei temi economici rilevanti per una adeguata riflessione giuridica, M. Cafagno, *Lo stato banditore*, Milano, 2001 e quindi per una riflessione degli economisti sull'impianto complessivo del D.Lgs. n°163/06 e s.m.i., L. Prosperetti e M. Merini, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in M. Clarich (a cura di), Commentario al codice dei contratti pubblici, Giappichelli, 2010, pp. 27 e segg.; sullo stato della riflessione economica in tema di approvvigionamento e teorie economiche delle aste si segnalano N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement*, a cura di, Cambridge University Press, 2006; P. Klemperer (a cura di), *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999; P. Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/>); R.P. McAfee e J. Mcmillan, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.; P. Milgrom, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), p. 3 ss.; P. Milgrom, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004.

E' bene sottolineare che il tema della rilevanza delle diverse tipologie di aggiudicazione disponibili e della scelta della parte pubblica tra una di queste acquista particolare rilievo nella prospettiva dell'individuazione delle regole utili alla migliore selezione della parte privata con cui costruire la relazione di partenariato.

Sul punto il confronto con la teoria economica è, in particolare, reso fecondo dal ricorso agli studi che hanno condotto alle affermazioni di neutralità della procedura di aggiudicazione.

Il c.d. “*teorema della equivalenza dei ricavi o dei costi*”<sup>84</sup> afferma, infatti, che ogni tipologia di procedura di aggiudicazione condurrà ad identici ricavi (in caso di procedura preordinata ad una vendita ovvero di costi in caso di acquisto) per la parte aggiudicatrice esclusivamente nell'ipotesi in cui la procedura sia costruita in senso da assicurare, in via concorrente e contemporanea, che: a) il bene sia aggiudicato all'offerente con la valutazione più alta; b) ogni offerente con la valutazione più bassa si attenda un ricavo nullo; c) tutti gli offerenti siano indifferenti al rischio, nel senso che ciascuno rimanga indifferente tra scelte con

---

<sup>84</sup> L'elaborazione del teorema di equivalenza dei ricavi (o dei costi) si deve a W.S. Vickrey, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, 1961, 16(1), p. 8 ss., a cui si aggiungono i contributi successivi di R. Myerson, *Optimal auction design*, in *Mathematics of Operations Research*, 6 (1), 58-73, 1981 e J. Riley e W. Samuelson, *Optimal Auctions*, *The American Economic Review*, 71 (3), 381-392, 1981. Ai fini di una migliore comprensione della rilevanza del contributo di W.S. Vickrey, premio Nobel per l'economia del 1996, è opportuno segnalare la “*laudatio*” di J.J. Tirole, *William Vickrey: A Pioneer in the Economics of Incentives*, Lecture, December, 27, 1996, reperibile all'indirizzo [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1996/vickrey-lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1996/vickrey-lecture.pdf).

attese di remunerazione identica anche se una scelta è più rischiosa dell'altra secondo (ad esempio, qualora un soggetto non abbia preferenze e quindi possa scegliere indifferentemente tra due opzioni in cui in una gli vengano offerti € 50 ed in un'altra gli venga offerta solamente la possibilità di conseguire una remunerazione di € 100 ma anche pari a zero; d) tutti gli offerenti elaborano le rispettive ipotesi di condotta, propria e degli altri concorrenti, a partire da informazioni ricavate dalle medesime distribuzioni probabilistiche, vale a dire, dalle medesime ricostruzioni, in termini probabilistici o statistici, del fenomeno aleatorio costituito proprio dalla condotta che i concorrenti (ma in verità anche dalla parte aggiudicatrice) terranno nell'arco temporale della procedura ed entro le regole di quest'ultima.

Il solo esame delle condizioni relative alla indifferenza al rischio ed alla omogeneità degli assunti posti a base delle informazioni impiegate in sede di elaborazione della condotta rivela come la concorrenza di tutti i requisiti di dimostrazione del teorema sia pressoché impossibile.

Se, dunque, la neutralità della tipologia della procedura di aggiudicazione è impossibile da realizzare, è pertinente concludere nel senso della assoluta rilevanza delle medesime procedure di aggiudicazione ai fini degli esiti della procedura medesima.

Ancora una volta, pertanto, gli aspetti istituzionali, in questo caso quelli relativi alla costruzione delle diverse tipologie delle procedure di aggiudicazione, confermano la loro centralità.

Nel caso dell'individuazione della parte privata con cui instaurare la relazione di partenariato, ancora di più, se tale relazione è istituzionalizzata attraverso la costituzione di una entità terza partecipata dalle due parti, sono, a questo punto, molteplici



gli elementi che inducono a propendere verso la procedura di aggiudicazione denominata “*dialogo competitivo*”<sup>85</sup>, la quale combina aspetti di negoziazione caratterizzati da apprezzamenti discrezionali (“*negotiation*”) ed aspetti di automatismo tipici dei meccanismi di asta (“*auction*”)<sup>86</sup>, disciplinata dalle disposizioni europee e dall’ordinamento interno<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l’affidamento dei contratti complessi di PPP*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia) tenutasi a Milano, Bocconi il 9-10 novembre 2007, consultabile all’indirizzo <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=28&cf=1>, il quale segnala che: “[Q]uando parliamo di dialogo competitivo dobbiamo inquadrare questa forma di procedimento di aggiudicazione di contratti complessi nel contesto regolatorio del PPP”.

<sup>86</sup> M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l’affidamento dei contratti complessi di PPP*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia) tenutasi a Milano, Bocconi il 9-10 novembre 2007, consultabile all’indirizzo <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=28&cf=1>, secondo cui “[L]a Negoauction è l’ideale formulazione del percorso di affidamento per l’assegnazione di questi contratti di PPP, che prevede la compresenza di entrambe le tecniche di aggiudicazione. La prima fase di Negotiation deve consentire al mercato di esprimere l’innovatività di cui è capace, per questo motivo la PA è tenuta ad assicurare al mercato dei tempi di riflessione adeguati per presentare le proposte innovative e deve garantire una remunerazione al gruppo innovatore per gli sforzi compiuti con incentivi sia in termini economico-compensativi (rimborsi o premi) che dal riconoscimento di un eventuale privilegio sull’assegnazione del contratto, i.e. il diritto di prelazione. Poi deve seguire necessariamente una fase Auction, che permetta agli altri imprenditori il confronto concorrenziale su quella proposta, soprattutto sui costi e relativamente ad alcuni aspetti in variante progettuale, in modo da eliminare le sacche di rendimento incorporate dall’offerta del gruppo innovatore scelto nella prima fase. La successione di queste due fasi nell’ordine in cui si è detto, prima la Negotiation e poi l’Auction, deve essere accompagnata da alcuni accorgimenti, intesi sempre come incentivi o penalità, volti ad eliminare l’inevitabile presenza di barriere all’entrata che di comportamenti predatori dominati dal moral hazard”.

<sup>87</sup> La previsione in esame, dopo l’Art. 58 del D.Lgs. n° 163/06 e s.m.i., è oggi riportata all’Art. 64 del “Decreto Contratti Pubblici”, rubricato come

---

*“Dialogo competitivo”, secondo cui: “1. Il provvedimento con cui le stazioni appaltanti di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), decidono di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione, i cui contenuti sono richiamati nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139 sulla sussistenza dei presupposti previsti per il ricorso allo stesso. 2. Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante, per la selezione qualitativa. 3. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso di preinformazione o periodico indicativo, dell’invito a confermare interesse. Soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare al dialogo. Le stazioni appaltanti possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità all’articolo 91. 4. Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell’avviso di indizione di gara le loro esigenze e i requisiti richiesti e li definiscono nel bando stesso, nell’avviso di indizione o in un documento descrittivo. Nei medesimi documenti indicano e definiscono i criteri di aggiudicazione scelti e stabiliscono un termine indicativo. 5. Le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all’individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell’appalto. 6. Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti. A tal fine, non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri. 7. Conformemente all’articolo 53 le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante al dialogo, senza l’accordo di quest’ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate. 8. I dialoghi competitivi possono svolgersi in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara, nell’avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo. Nel bando di gara o nell’avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo le stazioni appaltanti indicano se sceglieranno tale opzione. 9. La stazione appaltante prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità. 10. Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti rimanenti, le stazioni appaltanti invitano ciascuno a presentare le loro offerte finali in base alla soluzione o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte contengono tutti gli elementi richiesti e necessari per l’esecuzione del*

L'aspetto più critico sembra, peraltro rimanere il disagio che la tradizione normativa e giuridica italiana manifesta da sempre per spazi di discrezionalità e margini di flessibilità, anche ai fini di rinegoziazione, da riconoscere in favore dell'Amministrazione procedente<sup>88</sup>.

---

*progetto. Su richiesta della stazione appaltante le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia le precisazioni, i chiarimenti, i perfezionamenti o i complementi delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio. 11. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo e applicano, altresì, le seguenti disposizioni: a) i documenti alla base delle offerte ricevute possono essere integrati da quanto emerso nel dialogo competitivo; b) su richiesta della stazione appaltante possono essere condotte negoziazioni con l'offerente che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo al fine di confermare gli impegni finanziari o altri termini contenuti nell'offerta attraverso il completamento dei termini del contratto. 12. Le disposizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 11 si applicano a condizione che da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, ovvero che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni. 13. Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o pagamento per i partecipanti al dialogo.”*

<sup>88</sup> Cfr. M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 2013, pagg. 991 e segg, secondo cui: “[È] risaputo che in Italia una normativa e soprattutto una prassi incentrate sulla meta del controllo degli amministratori pubblici, a presidio dell'imparzialità e della trasparenza delle decisioni di spesa, hanno tradizionalmente favorito una limitata classe di modelli concorsuali decisamente distanti dalla negoziazione competitiva e inclini piuttosto al massimo abbattimento della discrezionalità amministrativa, tramite una rigida omologazione dei procedimenti a criteri formali di segretezza, immutabilità delle offerte rassegnate, automatismo dei confronti. Questa propensione ha plausibilmente raggiunto il proprio apice con l'approvazione della legge n. 109 del 1994, sotto l'influenza di conosciuti rivolgimenti politici e

Il punto è cruciale, perché in assenza di discrezionalità e flessibilità la gestione della incompletezza contrattuale è preclusa in radice<sup>89</sup>.

Nel contempo le indicazioni dell'ordinamento europeo sono opposte, rispetto a quello interno, appunto in risposta alle esigenze

---

*giudiziari. Sebbene in seguito temperata, la preferenza per regole e procedure rigide conserva tuttora la propria egemonia culturale.*

<sup>89</sup> E' ancora Cfr. M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 2013, pagg. 991 e segg, il quale ricorda che “[I] contratti complessi e di lungo periodo (si pensi ad accordi societari o concessioni amministrative) sono di frequente caratterizzati da elevati profili di incompletezza; a causa della durata, della consistenza e della specificità degli investimenti necessari, essi di regola costringono i contraenti a scegliere in condizione di marcata incertezza e vulnerabilità informativa, cui corrisponde un'indebolita capacità di calcolo e predizione, che impedisce un inventario minuzioso e compiuto dei contenuti pattizi e dei diritti ed obblighi corrispettivi. Si tratta chiaramente di un altro serio fattore ostativo all'esperimento di procedure formali e meccaniche, che si distinguono, come abbiamo ricordato, per un'anticipazione piuttosto rigida dei termini del confronto. L'idea che il formalismo degli schemi procedurali valga ad allontanare efficacemente il pericolo di alterazione del concorso è ulteriormente indebolita dal fatto, ben noto alla prassi, che la varietà dei parametri comparativi cui deve necessariamente rimettersi la selezione della controparte di un contratto non banale rende sostanzialmente illusoria ogni presunzione di azzeramento della discrezionalità, quale che sia il livello di meticolosità e di precisione adoperato nel preconstituire i parametri comparativi. Procedure fiscali e severe, che tuttavia impediscano alle parti di apprendere le une dalle altre e di moderare incognite e rischi, quando in gioco siano transazioni complesse, possono indurre una ritrosia a competere persino più grave di quella nascente dall'eventuale debolezza dei vincoli amministrativi. Riassumendo, il meccanico irrigidimento dei modelli concorsuali genera inefficienze, tanto maggiori quanto più acute siano le istanze di apprendimento e di contenimento dell'incertezza. L'accorgimento oltre che inefficiente si dimostra inefficace, sul piano delle garanzie di par condicio, quando prepari, attraverso la stima di una molteplicità di parametri valutativi, la stipulazione di contratti incompleti, di lungo periodo, che richiedono investimenti idiosincratici”.

di flessibilità poste dalla costruzione delle relazioni di partenariato<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Ricorda ancora Cfr. M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 2013, pagg. 991 e segg, che “*la Commissione e le istituzioni europee hanno legittimato chiaramente la possibilità di un ricorso metodico alla procedura negoziata competitiva, ai fini della costituzione di rapporti di partenariato pubblico privato. La Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 2000, cioè il primo documento ufficiale appositamente dedicato al chiarimento dell'incerto regime di affidamento delle concessioni, pur accreditando l'esistenza di un obbligo di «messa in concorrenza», nel rispetto di criteri trasparenti, non discriminatori, proporzionati, preventivamente stabiliti, ha comunque reputato «il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, in funzione delle caratteristiche del settore interessato».*La giurisprudenza della Corte di giustizia ha avallato l'orientamento, in seguito non sconfessato dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. Il Comitato Economico sociale dell'Unione Europea, spingendosi persino oltre l'atteggiamento di apertura della Commissione, ha commentato quel primo documento interpretativo deprecando l'assenza di un'esplicita dichiarazione di favore per le procedure negoziate competitive, giudicate più adatte a fronteggiare l'elevato tasso di aleatorietà che di consueto caratterizza gli affidamenti concessori. Nella specifica materia dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, il testo del comma 3 dell'art. 5 del regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, dopo aver ribadito che l'attribuzione delle concessioni deve avvenire tramite una procedura di gara «equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione», specifica esplicitamente che, «dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi». La più aggiornata comunicazione interpretativa della Commissione sui PPP ha riassuntivamente affermato a chiare lettere che, alla stregua dell'ordinamento comunitario vigente, «le amministrazioni aggiudicatrici possono sempre ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, per l'aggiudicazione di concessioni». I testi normativi in attesa di approvazione avallano e rafforzano la filosofia. La proposta di direttiva comunitaria sulle concessioni, dopo aver anticipato, nel preambolo, che esse in genere «sono accordi complessi di lunga durata con i quali l'aggiudicatario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori» sicché «questi ultimi dovrebbero conservare un margine di flessibilità nell'organizzazione della procedura di aggiudicazione che consenta di negoziare il contenuto del contratto con i candidati», si astiene dal codificare una procedura stringente e, all'art. 35, enumera

## 6. Conclusioni.

L'indagine sin qui condotta consente alcune considerazioni conclusive a carattere provvisorio rispetto al prosieguo dello studio.

**6.1. Relazione di lungo termine, alta specificità di investimento, complessità, incompletezza contrattuale e carenze informative come caratteri della “transazione” tra parte pubblica e parte privata e come fattori determinanti dell’esigenza di rafforzamento dei poteri d’intervento della parte pubblica.**

Relazione di lungo termine, complessità della prestazione ed addirittura assunzione di rischio in capo alla parte privata, selezionata mediante procedura competitiva, costituiscono, pertanto, caratteri stabili della relazione di partenariato, come emergente dall’ordinamento multilivello ed, in particolare, dall’Unione Europea. Entro tale impostazione è possibile, sin d’ora, osservare:

a) che la relazione tra parte pubblica e parte privata contiene i caratteri fondamentali della “transazione” quale unità di analisi minima secondo l’approccio dell’economia dei costi di transazione, in quanto:

a.1) risponde al principio di conflitto, poiché le parti hanno interessi opposti ed avversari;

---

*piuttosto una serie di «garanzie procedimentali», che convalidano il ricorso alla negoziazione concorrenziale”.*

a.2) risponde al principio di mutualità, poiché le parti condividono il medesimo collimante interesse a trarre rispettivo vantaggio dalla relazione;

a.3) risponde al principio di ordine, poiché le parti accettano che i rispettivi doveri e diritti siano definiti ed ordinati in apposito programma contrattuale condiviso;

b) che, se, dunque, la relazione di partenariato costituisce “*transazione*”.

Si è detto sopra che la presenza di relazione di lungo termine, il carattere di complessità della prestazione, tra realizzazioni infrastrutturali nonché titolarità della gestione, ed addirittura assunzione di rischio in capo alla parte privata, selezionata mediante procedura competitiva, costituiscono, pertanto, caratteri stabili della relazione di partenariato.

Secondo l'impostazione della TCE, i caratteri di tale “*transazione*” debbono essere verificati rispetto ad un triplice parametro costituito:

b.1) dalla specificità delle risorse investite in una determinata transazione, intesa come specificità degli investimenti effettuati per lo svolgimento di una transazione e non riutilizzabili in altre transazioni senza perdita di valore (grado di riutilizzabilità o trasferibilità delle risorse in usi alternativi, senza perdita di valore economico e produttivo), rendendo, in tal modo, rilevante la identità delle parti della singola transazione in esame, poiché alla variazione di una delle due, l'altra è esposta alla eventualità di perdita di valore economico e produttivo dell'investimento effettuato;

b.2) dal conseguente grado di dipendenza, bilaterale e quindi reciproca, tra le medesime parti generatosi per effetto della

specificità delle risorse investite, nel senso sopra indicato, e dalla ulteriormente conseguente inclinazione delle parti medesime a proteggersi dai rischi sottesi a tale elevata specificità delle risorse, ricorrendo a contratti di lungo termine;

b.3) dall'ancora ulteriormente consequenziale esposizione dei contratti di lungo termine a rischi di (i) eventi impreveduti o comunque mutamenti necessitati dei termini della transazione e del programma contrattuale alla medesima sotteso, nonché di (ii) deviazione delle parti da una condotta genuinamente cooperativa con richiami alla lettera delle previsioni del programma contrattuale per trarre vantaggio dal rifiuto dell'evento impreveduto o comunque per sottrarsi alle conseguenze di quest'ultimo ed infine (iii) alla naturale difficoltà delle Corti, quali sedi giurisdizionali, a costituire strumento tempestivo ed affidabile per l'introduzione della disciplina concreta con cui superare l'evento impreveduto ovvero il mutamento necessitato del programma contrattuale e quindi un'ultima analisi per il superamento della incompletezza di cui si è rivelato affetto il contratto. Incertezza e complessità sono, dunque, alla base di tale incompletezza contrattuale, la cui presenza nelle relazioni di partenariato costituisce tratto ultimo ed essenziale ai fini della scelta dell'appropriato assetto di governo.

## **6.2. Indicazioni per la ricostruzione del fondamento razionale della istituzionalizzazione del partenariato nel prosieguo dell'indagine.**

La decisione di ricorso alla relazione di partenariato in forma di società di capitali (c.d. "*partenariato istituzionalizzato*") si rivela,



dunque ed in primo luogo, una scelta di approvvigionamento pubblico esito della debita considerazione da parte della p.a. procedente dei caratteri della relazione medesima, nel quadro delle indicazioni dell'ordinamento multilivello.

Si è giunti, pertanto e sin qui, a: i) inquadrare la relazione di partenariato nelle indicazioni fornite dalle Autorità internazionali, dall'ordinamento europeo ed infine da quello interno, evidenziandone i caratteri nonché di sottolineare, da un lato, come la decisione di ricorso al partenariato istituzionalizzato risulti assoggettata al diritto europeo degli appalti e delle concessioni quale forma di “*procurement*” pubblico e come oggetto di tale iniziativa di “*procurement*” sia l'apporto operativo e gestionale della parte privata; ii) chiarire come tale decisione escluda la dismissione della responsabilità pubblica quanto alla prestazione del servizio di interesse economico generale ed anzi costituisca conferma della responsabilità pubblica sul punto; iii) sottolineare la utile ricostruibilità di tale relazione tra parte pubblica e privata secondo la nozione di “*transazione*”, così come posta dalla TCE, nonché, dall'altro, indagare i caratteri costitutivi di tale “*transazione*”, evidenziandone la natura “*quasi-contrattuale*” a contenuto commutativo, pur se collocata all'interno del tipo legale della società di capitali.

### III

#### Gli istituti di governo della “*transazione*”.

#### La relazione di partenariato secondo il diritto societario pubblico.

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. L'inquadramento della relazione tra pubblico e privato nel contesto dell'analisi economica del fenomeno societario. 2.1. La società come “*nexus of contracts*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato istituzionalizzato. 2.2. Parte pubblica e parte privata dinanzi al tema della incompletezza contrattuale nella vicenda societaria. 2.3. Il c.d. “*agency problem*” nelle relazioni tra parte pubblica e parte privata e nella relazione di entrambe le parti con gli organi sociali. 2.4. La funzione del diritto societario secondo l'analisi economica del contratto di società. 3. La istituzionalizzazione della relazione di partenariato in forma di società a capitale misto. 3.1. Il PPPI come impresa in controllo pubblico secondo i principi del TFUE. 3.2. La prevenzione della condotta anticompetitiva dell'impresa in controllo pubblico come criterio delle indicazioni OCSE in tema di sistemi di amministrazione e controllo. 3.3. La posizione della Commissione UE circa il partenariato istituzionalizzato in forma societaria: la perdurante centralità del diritto europeo degli appalti e delle concessioni nella ricostruzione del fenomeno societario nel PPPI. 3.4. Il “*self restraint*” dell'ordinamento interno a mezzo del mero rinvio ai principi dell'ordinamento europeo e le sue conseguenze nella disciplina del partenariato istituzionalizzato. 3.4.1. L'assenza di disciplina specifica per la società a capitale misto per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. 3.4.2. L'opposta attenzione del Legislatore interno per il contenimento della capacità di agire di diritto privato degli Enti Locali in sede di costituzione di società. 4. La realizzazione del PPPI in forma di società di capitali secondo le indicazioni della Commissione UE. 4.1. I modelli: l'alienazione a parti private di partecipazioni in società di capitali preesistenti ovvero la costituzione di apposita nuova società di capitali e la conseguente alienazione di partecipazioni a parti private della società neocostituita. 4.2. La definizione dei contenuti della relazione tra parte pubblica e parte privata. 4.3. Le conseguenze della decisione pubblica sulla procedura e sui criteri di selezione del socio privato nella configurazione della relazione tra parte pubblica e parte privata. 5. L'evoluzione della disciplina comune alle società a partecipazione pubblica nella produzione normativa del legislatore interno sino al “*Decreto Partecipate*”.

## 1. Introduzione.

La ricognizione degli strumenti di governo della “*transazione*” costituisce la seconda fase operativa dell’analisi della relazione di partenariato istituzionalizzato tra parte pubblica e parte privata. Secondo l’impostazione prescelta, il governo della transazione è preordinato ad infondere ordine nelle relazioni tra le parti nonché quindi a contenere i conflitti tra le medesime ed infine ad assicurare che queste ultime possano estrarre reciproci vantaggi dall’esecuzione della transazione medesima. Lo studio dei caratteri della transazione in esame, così come sin qui svolto ha rivelato l’esistenza degli elementi (relazione di lungo termine, elevata specificità di investimento, incertezza e complessità ed incompletezza contrattuale) che tipicamente la letteratura economica individua come determinanti dell’integrazione verticale. La relazione di partenariato istituzionalizzato colloca tale integrazione nella sede istituzionale della “*entità a capitale misto*” secondo il termine scelto dalla Commissione Europea. Al di là della prudenza lessicale della Commissione rispetto alle tradizioni giuridiche degli Stati Membri ed ancora più in generale della deferenza delle istituzioni europee verso le opzioni normative degli ordinamenti interni, appare evidente come il richiamo a tale “*entità a capitale misto*” debba essere intesa come riferimento al fenomeno societario i cui istituti sono, dunque, chiamati ad ospitare la relazione tra parte pubblica e parte privata quale vicenda ve Stati Membri. Il presente capitolo, proseguendo nell’applicazione della metodologia di analisi dell’economia dei costi di transazione, intende esaminare la struttura e la funzione della società di capitali

rispetto al compito di governo della relazione della transazione, appunto “*istituzionalizzata*”, tra parte pubblica e parte privata.

Il capitolo si concentra, dunque, sulla rassegna della produzione normativa, tanto europea e delle agenzie internazionali quanto interna, in tema di istituzionalizzazione del partenariato attraverso la forma ed il tipo legale della società di capitali, rivelando, in primo luogo, la inevitabile preoccupazione dell’ordinamento europeo di rendere, dapprima, la selezione del socio privato e, quindi, la costituzione della c.d. “*entità terza*” nonché l’operatività di quest’ultima, conformi al diritto europeo degli appalti e delle concessioni con riguardo alla garanzia delle opportunità concorrenziali di tutti gli operatori economici ed alla parità di trattamento di questi ultimi dinanzi alla parte pubblica che ha avviato l’iniziativa di partenariato, soprattutto con riguardo a rischi di eccessivo ricorso alla rinegoziazione del rapporto, durante l’esecuzione del medesimo. In secondo luogo – e proprio a fronte di tale preoccupazione dell’ordinamento europeo relativa, da una parte, ad assicurare la duttilità del procedimento di selezione e costituzione della società ai fini della migliore rispondenza funzionale della “*entità terza*” agli obiettivi di interesse generale perseguiti – è emersa la pressoché “*unidirezionale*” produzione del legislatore interno, in larghissima parte sin qui rivolta a finalità di contenimento della spesa piuttosto che a questioni di congruità funzionale dello strumento organizzativo ed istituzionale prescelto in forma e nel tipo legale della società di capitali.

La rassegna degli interventi normativi è stata articolata, distinguendo tra un “*diritto societario pubblico generale*”<sup>91</sup> rivolto ad ogni società di capitali partecipata da soggetti pubblici ed un “*diritto societario pubblico degli Enti Locali*”, dove ancora più intensa è stata l’attività normativa volta alla compressione della capacità di diritto privato, in particolare di Comuni e Province, rispetto alla costituzione ed al mantenimento di partecipazioni in società di capitali<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> All’interno di una più ampia categoria del “*diritto societario pubblico*” per la quale si rinvia a Giulio Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, fasc.5-6, 2006, pag. 999.

<sup>92</sup> Cfr. C.d.C., Sezione delle Autonomie, Deliberazione n° 24/SezAut/2015/FRG, recante *Relazione per l’anno 2015 sugli Organismi partecipati degli enti territoriali*, la quale segnala che “*prevalgono gli organismi partecipati dagli enti territoriali in misura totalitaria o maggioritaria (5.422 su 7.684, pari al 70% del totale) e, tra i primi, oltre la metà è rappresentata da soggetti con unico socio partecipante (1.633 a fronte dei 1.129 partecipati da più soci pubblici). Se poi si considera che il 70% degli organismi partecipati in misura totalitaria o maggioritaria è costituita da società (3.800 su 5.442) è facile dedurre che lo strumento societario viene frequentemente utilizzato dagli enti territoriali come un’unità organizzativa dello stesso ente e, comunque, al servizio di enti pubblici*”. L’incidenza percentuale sul valore della produzione dei servizi pubblici del totale degli organismi partecipati, **non solo quelli costituiti informa di società di capitali, è pari a 71,35% mentre quella dei servizi c.d. strumentali o di supporto alle pp.aa. è pari al 28,65%, secondo la medesima Relazione.** Indicazioni quantitative non dissimili vengono anche dal meno recente documento denominato “*Piano Cottarelli*”, Commissario Straordinario alla Spesa, Programma di Razionalizzazione delle Partecipate Locali, Roma, 2014, il quale, rappresenta (p. 5) che: “*Si possono definire quattro grandi aree in cui operano le partecipate: I servizi strumentali: le partecipate in questo settore forniscono beni o servizi quasi esclusivamente all’ente partecipante, forniscono cioè input per la produzione dei servizi di cui l’ente partecipante è responsabile. Ne esistono circa un migliaio nella banca dati MEF (quasi il 13 per cento del totale) e agiscono principalmente in quattro aree: gestione immobili, patrimoniali (essenzialmente holding), informatica e servizi amministrativi vari. I servizi pubblici privi di rilevanza economica: le partecipate in questo settore forniscono servizi alla cittadinanza in settori*

Nel contempo, deve essere dato conto di un segnale di discontinuità, rispetto a tale tendenza unidirezionale ad orientare gli interventi normativi sulle società pubbliche a sole ragioni di finanza pubblica, costituito dalla L. n° 124/15 recante “*Delega al Governo per il riordino delle amministrazioni pubbliche*”, nell’ambito della quale vengono posti criteri direttivi delega, rispettivamente ai fini del “*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*” (Art. 18) - in cui trovano specifica collocazione appositi ulteriori e specifici criteri di delega “*con riferimento alle società partecipate dagli enti locali*” - nonché del “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale*” (Art. 19), parimenti contenenti criteri rilevanti quali quelli relativi alla “*promozione di strumenti per supportare gli enti proprietari*” di società al fine di “*favorire investimenti nel settore dei servizi pubblici locali e per agevolare i processi di razionalizzazione, riduzione e miglioramento delle Aziende che operano nel settore*” medesimo.

---

*in cui la finalità di lucro non è presente e si finanziano principalmente attraverso la fiscalità generale (condividendo questa caratteristica con le strumentali) a fronte di un interesse generale alla fornitura di certi servizi. Si tratta di una vasta area che comprende il 42 per cento delle partecipate. I cinque tradizionali servizi pubblici di rilevanza economica a rete, caratterizzati, in linea di principio, dalla presenza di regolazione del settore (elettricità, acqua, gas, rifiuti, trasporto pubblico locale - TPL). Si tratta del 23 per cento delle partecipate, ma rappresentante una quota intorno al 60 per cento del valore della produzione. Un settore residuale che comprende le partecipate che vendono beni e servizi al pubblico in mercati concorrenziali (il 22 per cento). Questa categoria è estremamente variegata”. Rimane comunque significativa l’incidenza dei servizi pubblici locali, anche entro tale rappresentazione.*

In ogni caso appare significativo rilevare, proprio ai fini della presente indagine, che la disposizione di delega in tema società partecipate delle pubbliche amministrazioni si apre (lett. a) con la formulazione di un criterio direttivo volto alla “*distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa*”.

## **2. L'inquadramento della relazione tra pubblico e privato nel contesto dell'analisi economica del fenomeno societario.**

Il contributo dell'analisi economica allo studio del fenomeno societario<sup>93</sup> può essere articolato in tre aree tematiche fondamentali, rispettivamente vertenti sulla ricostruzione della società come relazione contrattuale nonché sull'esperienza societaria come caratterizzata da vicende di incompletezza contrattuale ed infine sulle implicazioni in termini di c.d. “agency

---

<sup>93</sup> Si segnalano in proposito, R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H.B. Hansmann, G. Hertig, K.J. Hopt, H. Kanda e E.B. Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2004; F.H. Easterbrook e D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996; M.C. Jensen, *A Theory of the Firm. Governance, Residual Claims, and Organizational Forms*, Harvard University Press, 2003.

*problem*” delle relazione tra le varie parti del contratto di società e tra queste e gli organi sociali preposte dalle medesime parti ai compiti di amministrazione e controllo dell’entità societaria così costituita. E’ significativo notare come tutti tali temi siano già emersi nell’ambito della presente indagine nella parte relativa alla ricostruzione della relazione di partenariato come decisione di approvvigionamento pubblico. Posta tale ricorrenza dei temi, da ricondurre alla comune origine contrattuale degli istituti ed al relativo momento esecutivo della relazione, si tratta di comprendere come tale questioni debbano essere declinate all’interno del fenomeno societario e degli istituti giuridici che lo regolano.

### **2.1. La società come “*nexus of contracts*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato istituzionalizzato.**

L’origine contrattuale dell’esperienza societaria non costituisce solamente un innegabile dato di diritto positivo, nel senso che le disposizioni normativa, come nell’ordinamento italiano, pongono la stipula del contratto di società a fondamento della vicenda societaria.

Costituisce, altresì, una altrettanto innegabile evidenza empirica scaturente dall’osservazione dei fenomeni e delle prassi mercantili.

Le società, è stato osservato, non esistono in natura ma nascono dalla volontà di qualcuno che trova conveniente costituirle e, pertanto, quanto sul mercato si incontrano dei soggetti, nei quali si matura la convinzione secondo cui,



assicurandosi la collaborazione di altri soggetti e mediante tale collaborazione, potranno produrre di più e con profitti maggiori.

La medesima società, inoltre e come noto, opera sua volta come terza parte contraente rispetto ad una molteplicità di fornitori di beni o servizi nonché di consumatori di beni e servizi, fungendo da centro di imputazione di tali rapporti (il c.d. “*nexus of contracts*”<sup>94</sup>), distinto ed autonomo rispetto alle parti socie nonché ai “*managers*” ovvero agli amministratori della società. E’ importante notare come, nella relazione di partenariato istituzionalizzato, la parte pubblica è contemporaneamente socia e “*cliente*” della società mista, da un lato, partecipandola e, dall’altro lato, acquistando da quest’ultima servizi, per sé o per la propria comunità, direttamente ovvero indirettamente.

Nel contempo, la parte privata è parimenti socia ed altrettanto parimenti è “*fornitrice*” della società mista, da un lato, partecipandola, esattamente come la parte pubblica, e, dall’altro lato, fornendo alla medesima società nonché, per il tramite di quest’ultima, alla parte pubblica, l’apporto operativo, in termini di ideazione, esecuzione e gestione, atteso per le realizzazione del complessivo progetto.

Conclusione, quest’ultima, conforme e coerente, d’altra parte, con la ricostruzione sin qui operata della relazione tra parte pubblica e parte privata come decisione di approvvigionamento della prima presso la seconda.

---

<sup>94</sup> La terminologia è riconducibile a A.A. Alchian e H. Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Economic Review*, 777, 1972 e M.C. Jensen e W.H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, n° 4, 1976.

Nel caso della “*istituzionalizzazione*” della relazione, quest’ultima passa attraverso una interfaccia di coordinamento, la quale, operando, quasi icasticamente nella fattispecie, come “*nexus of contracts*” tra le due parti socie, diviene la sede di tale relazione, con le funzioni proprie del centro presso cui si realizza l’integrazione verticale tra le parti del rapporto.

## **2.2. Parte pubblica e parte privata dinanzi al tema della incompletezza contrattuale nella vicenda societaria.**

Il tema dell’incompletezza contrattuale è, a questo punto, ormai noto: le parti della relazione non sono in grado di redigere contratti in cui sono disciplinate tutte le infinite possibili evenienze contingenti a cui è potenzialmente esposta l’esecuzione del contratto nell’ambito del quale le medesime contingenze possono occorrere. E’ stato acutamente osservato che il giurista tende a sottovalutare tale tema, confidando eccessivamente nella capacità del Giudice di colmare la lacuna contrattuale, esattamente come viene colmata, attraverso gli ordinari canoni ermeneutici, qualsivoglia lacuna normativa rinvenibile nell’ordinamento. Le evidenze fornite dall’esperienza rivelano, invece, come all’incompletezza si aggiunga, altresì, l’ulteriore questione della difficoltà a verificare le informazioni, elaborate dalle parti e da queste comunque addotte a sostegno della propria decisione; difficoltà, quest’ultima, che affligge, in primo luogo, la parte chiamata a confidare sulla informazione, estratta ed elaborata dall’altra parte, ma, non di meno, affligge il Giudice nel momento in cui tale informazione deve essere verificata ai fini giurisdizionali. La questione che viene in esame, allora, non è tanto quella del

sindacato del Giudice sulle decisioni assunte da una delle parti, magari in esercizio delle proprie prerogative di socio di maggioranza, ovvero dai delegati dalle parti, come nel caso di “*managers*” o comunque di organi di amministrazione, quanto quella di allocare tra le parti medesime il potere (e quindi per l’altra parte il rischio insito nell’esposizione a tale potere) inerente, da un lato, la decisione su quanto non coperto dall’originaria previsione contrattuale perché incompleta nonché, dall’altro lato, la disponibilità di informazioni per l’altra parte impossibili da verificare nella loro fondatezza. Il tema torna, dunque, a presentarsi come quello della sottoposizione delle parti della relazione ad un unico centro decisionale che assume la responsabilità di assumere le decisioni non coperte dal contratto.

### **2.3. Il c.d. “*agency problem*” nelle relazioni tra parte pubblica e parte privata e nella relazione di entrambe le parti con gli organi sociali.**

La questione, peraltro strettamente consequenziale a quanto sopra detto, della delega e quindi di soggetti che compiano atti e pongono in essere operazioni materiali per conto di altri è noto ai giuristi ben prima dell’elaborazione di una teoria economica del c.d. “*agency problem*”. Nel caso che ci occupa, la relazione tra parte pubblica e parte privata in ambito societario vede il predetto “*agency problem*” non solo come rilevante con riguardo al rapporto tra le due parti, pubblica e privata, con i “*managers*” della “*entità mista*”, in quanto delegati dalle parti alla amministrazione della società, quanto piuttosto quello del rapporto tra le due parti tra loro. Si è detto, infatti, come la parte pubblica si affidi alla parte

privata per la realizzazione del complessivo progetto preordinato all'erogazione del servizio di interesse economico generale ed in ultima analisi per la "*delivery*" del servizio. Si realizza, pertanto, una specifica delega tra socio pubblico e socio privato, da parte del primo in favore del secondo, avente ad oggetto la realizzazione di quanto atteso, in termini di approvvigionamento pubblico dalla complessiva esperienza societaria. Non solo: ulteriore rapporto di delega si instaura tra le parti della relazione, nella rispettiva posizione di socio di maggioranza e di socio di minoranza all'interno della vicenda societaria minoranza, con la seconda che si affida alla prima ai fini dell'esercizio della prerogativa di quest'ultima in senso coerente al programma contrattuale tra le due parti pattuito.

Tema, quest'ultimo, che l'ancora ulteriore questione di assicurare alla minoranza, tanto nel caso che tale posizione si rivestita dalla parte pubblica quanto che lo sia ad opera della parte privata, appositi strumenti di tutela nelle forme di diritti di "*voice*", non solo con le tradizionali soluzioni di rappresentanza negli organi di amministrazione ma anche mediante il riconoscimento di iniziative di sindacato, avanti appositi organi pattuiti con l'altra parte ovvero avanti all'Autorità giurisdizionale, avverso decisioni, intervenute su quanto non previsto dalle originarie previsioni contrattuali, che si presentino devianti rispetto agli equilibri ed alle finalità ultime delle medesime previsioni originarie, ovvero addirittura nelle forme di diritti di "*exit*", nel caso di scostamenti irrimediabili rispetto a tale originario programma pattuito tra le parti.

#### 2.4. La funzione del diritto societario secondo l'analisi economica del contratto di società.

Entro tale contesto, la funzione del diritto delle società di capitali nella disciplina della relazione tra parte pubblica e parte privata è essenzialmente preordinata a fornire alla parti un quadro di regolazione reciproca, consolidato nonché di agevole accessibilità perché predefinito (e quindi privo dei costi propri della redazione contrattuale), che consenta il completamento, mediante l'adozione di appropriate decisioni ed azioni, delle inevitabili incompletezze contrattuali relative alle pattuizioni originarie, intervenute tra le medesime parti nell'ambito della opzione pubblica di approvvigionamento presso la parte privata. Le indicazioni già emerse in precedenza, nell'arco del presente studio ed in particolare nel capitolo che precede, consentono di rilevare un nesso di proporzionalità diretta tra incompletezza contrattuale e criticità della delega ovvero del c.d. "*agency problem*".

Maggiore è il grado di incompletezza delle previsione e corrispondentemente maggiore diviene il livello di criticità del rapporto di "*agency*".

Anche sotto tale profilo, la scelta della sede della società di capitali risulta coerente per collocare una simile relazione, caratterizzata da elevata incompletezza contrattuale e criticità del rapporto di "*agency*", laddove si consideri che gli approcci comparativi e funzionali allo studio del diritto societario, confermano la centralità del ruolo di quest'ultimo nel contenere – o forse meglio razionalizzare – i problemi connessi ai temi di delega. A partire da tali considerazioni circa il contributo

dell'analisi economica del fenomeno societario, deve essere, quindi, affrontata l'indagine sulla ricostruzione dei caratteri della “*entità*” esito della “*istituzionalizzazione*” della relazione di partenariato.

### **3. La istituzionalizzazione della relazione di partenariato in forma di società a capitale misto.**

L'ordinamento europeo, come si è detto sopra, istituzionalizza la relazione tra parte pubblica e parte privata, ricorrendo alla nozione di “*entità a capitale misto*”, dopo aver precisato che tale relazione configura una forma di cooperazione, generalmente a lungo termine, consistente nel ruolo affidato al partner privato, il quale partecipa alle varie fasi del progetto (ideazione, esecuzione e gestione), sopporta rischi tradizionalmente sostenuti dal settore pubblico e spesso contribuisce al finanziamento del progetto stesso. In particolare, la Commissione intende, per partenariato istituzionalizzato, la cooperazione tra parte pubblica e parte privata, le quali, ai fini specifici di tale cooperazione costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni, nell'ambito della quale, 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, sottolineando, in particolare, che, al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce una relazione di partenariato istituzionalizzato nel senso sopra indicato.

### **3.1. Il PPPI come impresa in controllo pubblico secondo i principi del TFUE.**

Tale “*entità a capitale misto*” costituisce, secondo l’ordinamento europeo, in primo luogo, una impresa ed inoltre, sussistendone in presupposti (come nel caso della maggioranza di capitale di titolarità del socio pubblico), una impresa in controllo pubblico, con assoggettamento conseguente, proprio in virtù del principio di neutralità del regime proprietario come posto dall’Art. 345 del TFUE, di tale “*impresa pubblica*” alle disposizioni in materia di libertà di circolazione e di concorrenza (come ad esempio nel caso sopra trattato dell’attribuzioni di “*diritti speciali*” ovvero “*esclusivi*” entro i limiti posti dall’Art. 106 del TFUE) nonché infine di divieti di aiuti di stato, al pari di ogni altro operatore economico. Tale assoggettamento presenta significative implicazioni, quanto alla costruzione della relazione delle parti nel contesto dell’ambiente societario, con particolare riguardo, in primo luogo, al tema degli aiuti di stato, dovendo necessariamente verificarsi se ed in che termini eventuali spostamenti patrimoniali, di provenienza pubblica ed in favore della parte privata, costituiscano, sia pure nell’ambito della relazione societaria, versamenti compatibili con le disposizioni di Trattato.

### **3.2. La prevenzione della condotta anticompetitiva dell’impresa in controllo pubblico come criterio delle indicazioni OCSE in tema di sistemi di amministrazione e controllo.**

La riscontrata maggiore propensione a condotte anti-competitive da parte dell'impresa in controllo pubblico<sup>95</sup>, costituisce, peraltro, ragione di particolare attenzione da parte delle Autorità internazionali.

Queste ultime non hanno esitato a fornire specifiche linee di condotta sul punto, direttamente incidenti sull'organizzazione dei sistemi di amministrazione e controllo della società costituita tra la

---

<sup>95</sup> D.E.M. Sappington e J. Gregory Sidak, *Competition Law for State-Owned Enterprises*, in *Antitrust Law Journal*, n° 2, 2003, pp. 479-480, secondo cui “SOEs are typically instructed to pursue goals other than profit maximization. Therefore, one might suspect that SOEs would act less aggressively toward their competitors than would private, profit-maximizing firms” ma, in verità, sostengono gli autori “the opposite often is the case. Even though they may be less concerned with generating profit, SOEs may have stronger incentives than profit-maximizing firms to pursue activities that disadvantage competitors. Furthermore, these incentives can become more pronounced as the SOE’s concern with profit becomes less pronounced. These activities include setting prices below cost, misstating costs and choosing inefficient technologies to circumvent restrictions on below-cost pricing, raising the operating costs of existing rivals, and erecting entry barriers to preclude the operation of new competitors. Incentives to act aggressively toward competitors can be created by governmental policy objectives that induce SOEs to value an expanded operating scale. To illustrate, SOEs are often instructed to increase local employment and/or to ensure that affordable service is provided ubiquitously to low-income families. Such directives can blunt incentives for profit maximization and thereby introduce a system in which the success of the manager of an SOE is measured more by the scale and scope of his operations than by the profit that his operations generate. Under such an explicit or implicit reward structure, SOEs may act as if they value expanded scale and scope—as proxied by revenue, for example—as well as, or instead of, profit. The enhanced valuation of increased revenue or expanded output leads the SOE to be less averse to the higher costs associated with expanded output and revenue. In aggressively pursuing expanded scale and enhanced revenues, SOEs may find it advantageous to engage in anticompetitive behavior against private, profitmaximizing enterprises”.



parte pubblica e la parte privata (“*The OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”, 2005)<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Roundtable on the Application of Antitrust Law to State-Owned Enterprises. Discussion On Corporate Governance And The Principle Of Competitive Neutrality For State-Owned Enterprises*, United States, 20 October 2009, secondo cui le “2005 OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises” contengono significative indicazioni per l'approntamento di un quadro di regolazione che prevenga condotte anticompetitive, tra cui: **a)** “First, an SOE’s legal status, as established by its corporate charter or statutory authorization, should clearly identify its relationship to the government, any exemptions from suit or regulatory frameworks, and any special privileges, for the benefit of other economic actors with which it interacts. In particular, any public service responsibilities assigned to an SOE should be clearly and transparently mandated by laws or regulations. For example, costs related to an SOE’s public service responsibilities should be covered in a transparent manner, enabling a ready determination as to whether public service activities are subsidizing the costs of any operations in markets where the SOE competes with private sector companies”; **b)** “Second, governments should seek to ensure an equitable competitive environment in markets where SOEs compete with private sector companies, so as to avoid unnecessary market distortions and inefficiencies that reduce consumer welfare. In the same way, to the maximum extent consistent with an SOE’s public service responsibilities, governments should minimize favorable financial terms bestowed on the SOE”; **c)** “Third, there should be a clear separation between the state’s ownership function and other state functions that influence market conditions, particularly with regard to market regulation. To the maximum extent consistent with an SOE’s public service responsibilities, government regulatory authorities should treat SOEs and their private sector competitors equally and the overall business framework (including antitrust laws) should apply equally as well. To that end, the government’s ownership rights should be clearly identifiable, separated from any regulatory authority, divorced from day-to-day management of the SOE, and should not intrude on the SOE board’s independent exercise of authority. To evaluate compliance with such principles, SOEs should be subject to an annual independent external audit and should be subject to the same accounting and auditing standards as publicly traded companies”; **d)** “Finally, government investment in private corporations necessitated by exigent circumstances should be transitory in nature and limited to the taking of investment positions that do not compromise the independent direction and management of the company”.

### **3.3. La posizione della Commissione UE circa il partenariato istituzionalizzato in forma societaria: la perdurante centralità del diritto europeo degli appalti e delle concessioni nella ricostruzione del fenomeno societario nel PPPI.**

La posizione delle istituzioni europee in tema di disciplina della relazione societaria nell'ambito del partenariato istituzionalizzato risulta, invece, specificamente, dedicata ad evitare che le pattuizioni tra le parti, a partire della scelta del socio privato, risulti preordinata all'elusione della disciplina del diritto degli appalti e delle concessioni, con particolare riguardo alle procedure di aggiudicazione. In tal senso si orientano, come si vedrà in seguito, le indicazioni volte ad assicurare la selezione del socio nonché la conformità della successiva fase esecutiva alle originarie previsioni poste a fondamento della procedura di aggiudicazione. Nella medesima prospettiva ed impostazione, devono essere lette anche le invero scarse linee operative che la Commissione della UE fornisce in tema di redazione degli atti costitutivi della società e delle eventuali pattuizioni tra soci, di natura statutaria o parasociale. Anche la configurazione della relazione societaria è incisa, pertanto, dalla centralità del diritto europeo degli appalti e delle concessioni.

### **3.4. Il “*self restraint*” dell'ordinamento interno a mezzo del mero rinvio ai principi dell'ordinamento europeo e le sue conseguenze nella disciplina del partenariato istituzionalizzato.**

L'ordinamento interno, anche in tema di configurazione della relazione tra parte pubblica e privata all'interno della sede

istituzionale della società di capitali, è rimasto peraltro coerente all'atteggiamento di "*self restraint*" assunto, come sopra rilevato, in tema di complessiva disciplina dell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale ovvero, secondo la terminologia, dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

#### **3.4.1. L'assenza di disciplina specifica per la società a capitale misto per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.**

E' vero, infatti, che, dopo un ambizioso tentativo di giungere ad una regolamentazione di dettaglio con il D.P.R. n° 168/10 della complessiva relazione societaria tra parte pubblica e parte privata all'interno della società mista preposta alla erogazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, il Legislatore interno ha dovuto prendere atto della intervenuta caducazione di tale disciplina quale effetto dell'esito di abrogazione dell'Art. 23 bis del D.L. n° 112/08 e s.m.i., che, a sua volta, costituiva appunto la norma di rango ordinario in attuazione della quale era stata emanata la relativa normativa di cui al citato D.P.R. n° 168/2010.

Come si ricorderà, tale esito, sancito con il D.P.R. n° 113/11, è stato determinato dal referendum abrogativo, ammesso dalla sentenza n° 24/11 della Corte Costituzionale. Il medesimo Legislatore ha, quindi, dovuto, altresì, constatare la successiva pronuncia di incostituzionalità resa con sentenza n° 199/12 dell'Art. 4 del D.L. n° 138/11, adottato dal Governo, appunto in sostituzione della precedente disciplina abrogata per esito referendario; intervento normativo, quest'ultimo, sostanzialmente giudicato dalla Corte Costituzionale quale elusivo della volontà

popolare, così come espressa in sede referendaria. Dinanzi a tale complessive conseguenze di caducazione della disciplina sino a quel punto adottata, l'ordinamento interno si è attestato sulla soluzione, adottata attraverso l'Art. 34 comma 13° del D.L. n° 179/12, in precedenza già richiamato, di mero rinvio alle previsioni dell'ordinamento europeo, secondo la nota formula in base alla quale *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine 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, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*.

Nessuna più specifica indicazione è oggi rinvenibile nell'ordinamento interno in tema di configurazione della relazione societaria tra parte pubblica e parte privata, salvo naturalmente quanto prossimamente entrerà in vigore per effetto della promulgazione del *“Decreto Servizi Pubblici Locali”* di cui al precedente capitolo ed al *“Decreto Partecipate”* di cui *“infra”*, così come adottato in esercizio della duplice menzionata delega di cui agli Artt. 19 e 18 della L. n° 124/15, già ricordata.

**3.4.2. L'opposta attenzione del Legislatore interno per il contenimento della capacità di agire di diritto privato degli Enti Locali in sede di costituzione di società.**

Al contrario l'attenzione del Legislatore interno in tema di società a capitale misto, ben lungi dal concentrarsi sulle modalità di configurazione del rapporto, si è invece dedicata alla introduzione di limiti normativi alla capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni e più in generale degli enti pubblici.

Tale attenzione ha generato una sequenza di interventi normativi (dall'Art. 13 del D.L. n° 223/06 all'Art. 3 commi 27° e segg. della L. n° 244/97 sino all'Art. 14 comma 32° del D.L. n° 78/10), il cui elemento di continuità è rappresentato proprio dall'assenza di formulazione di un criterio funzionale utile ad assistere la parte pubblica nella opzione tra un tipo contrattuale a contenuto commutativo rispetto ad uno a contenuto associativo, impedendo alla medesima parte pubblica, in altri termini, di riuscire a condurre una valutazione consapevole e debitamente informata con riguardo agli specifici caratteri della "*transazione*" con la parte privata.

In tale contesto, risultano allora ancora più significative, da un lato, le indicazioni, per quanto scarse e rarefatte, che la istituzioni europee forniscono sul punto nonché dall'altro, le soluzioni ricostruttive del fenomeno, così come possibili sulla base del diritto positivo interno esistente, in materia societaria.

#### **4. La realizzazione del PPPI in forma di società di capitali secondo le indicazioni della Commissione UE.**

Le indicazioni della Commissione UE in tema di partenariato istituzionalizzato (*"Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti*

*pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*" del 12.04.2008) si concentrano, in primo luogo, sulle modalità di costituzione della "entità a capitale misto" quale momento sensibile per l'osservanza e la conformità della disciplina in tema di parità di trattamento e non discriminazione nonché di salvaguardia delle opportunità di confronto concorrenziale nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto e di concessione.

**4.1. I modelli: l'alienazione a parti private di partecipazioni in società di capitali preesistenti ovvero la costituzione di apposita nuova società di capitali e la conseguente alienazione di partecipazioni a parti private della società neocostituita.**

Secondo le indicazioni della Commissione, la instaurazione di un partenariato istituzionalizzato avviene secondo si seguenti ricorrenti modello: quello in cui si procede alla costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dalla parte privato ovvero all'aggiudicazione di un appalto pubblico ovvero di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione oppure ancora nella partecipazione della parte privata ad un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una diversa e preesistente relazione con il decisore pubblica preposto all'affidamento del servizio. Sul punto, la posizione della Commissione è nel senso di ritenere che una doppia procedura (la prima per la selezione del socio privato del PPPI e la seconda per

l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile.

La medesima Commissione giunge, pertanto, a suggerire che la parte privata venga selezionata nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che abbia 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 ovvero il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto.

La selezione della parte privata è, quindi, accompagnata dalla costituzione della relazione di partenariato e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

#### **4.2. La definizione dei contenuti della relazione tra parte pubblica e parte privata.**

E' evidente che, nel modello proposto dalla Commissione, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza.

Tale obbligo implica, pertanto, che la parte pubblica includa, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, le informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, sul rapporto tra

l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire.

Il bando di gara dovrà, pertanto, contenere apposite informazioni: sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire; sulla eventualità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto, specificando le possibilità di assegnazione di nuovi compiti; sul contratto tra la parte pubblica e la parte privata, definendo la procedura da seguire in caso di mancata assegnazione di compiti supplementari all'entità a capitale misto ovvero di mancato rinnovo dei compiti ad essa già assegnati, possibilmente formulando da subito, almeno negli auspici della Commissione, lo statuto societario in modo tale da assicurare il cambiamento della parte privata, alla quale, del resto, dovrà essere garantita la possibilità di partecipare ad una nuova procedura di gara.

#### **4.3. Le conseguenze della decisione pubblica sulla procedura e sui criteri di selezione del socio privato nella configurazione della relazione tra parte pubblica e parte privata.**

La decisione pubblica sulla procedura e sui criteri di selezione presenta, pertanto, una indubbia rilevanza nella costruzione della relazione di partenariato, poiché è l'esito di tale procedura nonché l'applicazione di tale criteri prescelti che giungono a produrre non solo l'individuazione del socio privato ma altresì il complesso degli obblighi da porre a fondamento delle pattuizioni contrattuali che verranno riversate all'interno del rapporto societario.



5. L'evoluzione della disciplina comune alle società a partecipazione pubblica nella produzione normativa del legislatore interno sino al “*Decreto Partecipate*”.

E' risalente l'attenzione del legislatore al ruolo del potere pubblico quale socio della società di capitali<sup>97</sup>, rimanendo, in

---

<sup>97</sup> Cfr. per una rassegna dei dati normativi succedutisi, Cons. St., Sez. I, Parere, 01.02.1985, n° 130 in FI, 19/87, III, 435, secondo cui “*Già nel codice di commercio del 1882, all'art.7.era previsto che I comuni, oltreché lo Stato e le province, potessero compiere «atti di commercio».* Nell'art. 2 c.c. del 1865, inoltre, era riconosciuta espressamente ai medesimi enti «la capacità di diritto privato». In seguito, il t.u. comunale e provinciale 3 marzo 1934 n.383, rielaborando alcune analoghe norme del t.u. del 1915 n.148, ha espressamente previsto agli art. 8. n.4,99, n. 3, 101, n. 2, e 149, n.3, tuttora vigente, la possibilità per i comuni e le province di acquistare e vendere- e dunque anche di sottoscrivere- «azioni industriali». Anche questo Consiglio di Stato ha riconosciuto, in alcune pronunce, la sussistenza di una capacità di diritto privato dei comuni, in specie manifestatosi nella possibilità di detenere quote azionarie di società destinate a svolgere servizi pubblici municipalizzabili. Con i pareri di questa sezione del 6 marzo 1956, n.373 e della II sezione del 24 ottobre 1984, n.1436, si è ammessa la possibilità per il comune di partecipare al capitale o di promuovere la costituzione di società per azioni, cui partecipi almeno un altro soggetto, al fine di affidare a tale società in concessione un determinato servizio pubblico locale. I limiti entro i quali strumento è ammissibile, individuati nei pareri citati, sono: a) la partecipazione effettiva alla società di un altro soggetto, che non sia un semplice prestanome del comune (parere del 1956 cit., punto 3); b) la limitazione dell'attività della società al territorio dell'ente locale che ne detiene quota del pacchetto azionario (parere del 1984 cit.)” Per una encomiabile rassegna di portata enciclopedica dell'evoluzione della riflessione della dottrina giuridica, P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

particolare nitida l'indicazione della Relazione del Guardasigilli<sup>98</sup> al Codice Civile del 1942, nella parte in cui, ad illustrazione delle disposizioni in tema "*Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e delle società d'interesse nazionale*", afferma che:

*“Il nuovo codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Il frequente ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre alla iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto un nuovo profilo la vitalità dell'istituto della società azionaria. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per*

---

<sup>98</sup> Cfr. Relazione del Guardasigilli paragrafo n° 998, il quale deve essere letto nel più ampio contesto dato dalla premessa circa la posizione dell'impresa pubblica di cui al paragrafo n° 837 della medesima Relazione secondo cui: *“Vero è che lo Stato trova spesso conveniente organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata- specialmente nella forma della società per azioni- nel quale caso non vi è luogo a parlare, in senso formale, di impresa pubblica. Ma anche se l'esercizio dell'impresa viene assunto da un ente pubblico con gestione diretta o se l'impresa si organizza come ente pubblico autonomo, non vi è una ragione aprioristica perché l'impresa pubblica sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto quella e questa operino sullo stesso piano. Per i rapporti cui dà luogo l'attività esterna dell'impresa pubblica, l'assoggettamento di essi alla legge civile comune è di ovvia ragione, in quanto norme speciali non dispongano diversamente; in questo senso si è ritenuta superflua una particolare enunciazione, simile a quella dell'art.7 del codice di commercio che si spiegava solo in considerazione della specialità della legge commerciale. Il nuovo codice fa però un ulteriore passo innanzi, in quanto applica lo stesso principio di parità alle imprese esercitate da enti pubblici anche per ciò che attiene alla disciplina professionale dell'imprenditore prevista dal presente libro (art.2093) e alla disciplina dei rapporti di lavoro nell'organizzazione interna dell'impresa (art.2129), ove la legge non disponga diversamente”*. La relazione sembra anticipare il c.d. “*principio di neutralità*” del regime proprietario dell'impresa, affermato dall'Unione Europea.

*assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente. Qualche incertezza peraltro è sorta nella dottrina e nella giurisprudenza per quanto attiene alla posizione degli amministratori e dei sindaci nominati dello Stato o da enti pubblici. Si è ritenuto pertanto opportuno eliminare ogni dubbio al riguardo con una norma particolare affermate che gli amministratori e i sindaci così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall'assemblea (art.2458). Tuttavia, **per ovvie ragioni di prestigio**, ove uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, la presidenza del collegio sindacale viene attribuita ad uno di essi (art.2460)".*

A fronte, pertanto, di tale riconosciuta capacità generale di diritto privato delle pubbliche amministrazioni quanto alla costituzione e partecipazione alle società di capitali<sup>99</sup>, si è assistito, a partire dal primo decennio di questo secolo<sup>100</sup>, alla progressiva

---

<sup>99</sup> Si veda, sul punto, più recentemente C. Cost. n° 148/09 e C.d.S., A.P., n° 10/11, le quali ricercano continuità sia pure all'interno del quadro normativo modificato.

<sup>100</sup> Cfr. nella letteratura prodotta dagli studiosi di diritto amministrativo assai ampia del periodo M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, 2004; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; 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 statali*, Torino, 1997, rinviando, per il resto, al riferimento bibliografico generale in calce.

riduzione di tale capacità generale attraverso l'introduzione di vincoli tanto alla costituzione quanto alla partecipazione di società<sup>101</sup>.

E' bene segnalare, peraltro, che tale tendenza è stata dichiaratamente sostenuta con il richiamo ad una duplice finalità orientatrice, da un lato, quella relativa al contenimento della spesa che ravvisa nelle società a partecipazione pubblica la sede di dispersione (se non dissipazione) di risorse erariali con insorgenza della conseguente necessità di loro riduzione (quanto meno nel numero), mentre, dall'altro lato, quella di promozione e tutela della concorrenza, volta ad evitare che la presenza pubblica possa

---

<sup>101</sup> La sequenza normativa in esame è quella che si origina con l'Art. 13 del D.L. n° 223/06 e s.m.i. limitatamente alle società per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti e si espande, quindi, con valore di portata generale, attraverso l'Art. 3 commi 27° e segg. della L. n° 244/07 e s.m.i. e giunge, sia pure con ulteriori interventi settorialmente circoscritti come l'Art. 14 comma 32° del D.L. n° 78/10 e s.m.i. per le società partecipate degli Enti Locali, alle Leggi di Stabilità per il 2014 ed il 2015 (Art. 1 commi da 550° a 569° della L. n° 143/13 e s.m.i. ed Art. 1 commi da 609° a 616° della L. n° 190/14 e s.m.i.) ed alle disposizioni dalle medesime recate per il c.d. "*riordino delle partecipate pubbliche*" attraverso appositi piani da elaborare a cura delle pubbliche amministrazioni destinatarie per la riduzione, mediante processi di concentrazione o dismissione ovvero liquidazione delle società partecipate. E', in tale contesto, che si colloca il "*Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*" redatto dal Commissario Straordinario per la Revisione della Spesa e pubblicato in data 07 agosto 2014, sulla base della previsione dell'Art. 23 comma 1° e comma 1° bis del D.L. n° 66/14 e s.m.i. (c.d. "*Piano Cottarelli*"), il quale, dopo aver solennemente affermato la natura "*vincolante*" del Piano per le amministrazioni destinatarie (ma non spiegato come trovare acquirenti per le partecipazioni da alienare o come ricollocare il personale dipendente delle società avviate in liquidazione) non dedica alcuna considerazione in ordine agli specifici criteri di maggiore o minore funzionalità dello strumento societario rispetto all'obiettivo di interesse pubblico perseguito.

produrre, anche nella relazione con parti private, effetti distorti della concorrenza<sup>102</sup>.

Nel contempo e parallelamente, l'ordinamento ha determinato la progressiva estensione alle società di capitali partecipate del regime normativo proprio delle pubbliche amministrazioni socie.

La produzione normativa sul punto, con particolare riguardo alle società in controllo pubblico si distingue per quantità, profilando una progressiva assimilazione della società in controllo pubblico alla pubblica amministrazione controllante<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> E' forse utile segnalare che la Corte Costituzionale mentre ha riconosciuto la conformità a Costituzione dell'Art. 13 del D.L. n° 223/06 e s.m.i. proprio con riguardo specifico alle finalità di promozione e tutela della concorrenza in quanto misura idonea a determinare la compressione dell'autonomia di diritto privato, in sede di costituzione e mantenimento della partecipazione sociale, della pubblica amministrazione destinataria della norma (cfr. C. Cost. n° 326/08) ha invece dichiarato l'incostituzionalità (cf. C. Cost. n° 229/13) delle norme che imponevano l'automatico vincolo alla procedura di liquidazione delle società partecipate a carico delle Autonomie territoriali (Regioni, Province e Comuni)

<sup>103</sup> A parte la comprensibile estensione alle società partecipate della disciplina generale sul procedimento amministrativo nella parte in cui tali società esercitano funzioni amministrative (Art. 29 della L. n° 241/90 e s.m.i.) e la doverosa estensione alle medesime partecipate della disciplina di derivazione europea in tema di contratti pubblici (Art. 3 del D.Lgs. n° 163/06 e s.m.i.), la produzione normativa in esame non esita ad estendere a tali soggetti costituiti in forma societaria le previsioni in tema di reclutamento del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni nonché i tendenziali vincoli alle assunzioni ed alla spesa in tema vigenti per le pubbliche amministrazioni (Art. 18 del D.L. n° 112/08), gli obblighi di comunicazione dei costi per il personale validi per le pubbliche amministrazioni (Art. 2 comma 11° del D.L. n° 101/13 e s.m.i.), le misure di riduzione per la spesa del personale, per studi, per consulenze, relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità e sponsorizzazioni (Art. 18 comma 2 bis ed Art. 61 comma 7° del D.L. n° 112/08 e s.m.i., Art. 6 comma 11° del D.L. n° 78/10 e s.m.i., Art. 1 comma 553° della L. n° 143/13, Artt. 13, 20 e 23 del D.L. n° 66/14 e s.m.i.), le disposizioni in tema di c.d. "anti-corrruzione" per le pubbliche amministrazioni (Art. 1 comma 34° della L. n° 190/12 e s.m.i.) ed i relativi decreti legislativi conseguenti in tema di inconfiribilità ed incompatibilità

E', dunque, entro tale contesto che si inserisce l'intervento normativo portato dalla Legge n° 125/14 "*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*", i cui Artt. 18 e 19, rispettivamente rubricati come "*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*" e "*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale*" hanno stabilito i criteri di delega per l'adozione dei decreti legislativi, approvati dal Governo nella seduta del Consiglio dei Ministri del 20 gennaio 2016 e già visti in data 26.02.2016 dalla struttura competente della Ragioneria Generale dello Stato, e di seguito indicati come "*Decreto Partecipate*" e come "*Decreto Servizi Pubblici Locali*".

Sin d'ora e senza alcuna pretesa di esaustività ma per quanto di pertinenza alla indagine dedicata alle forme di partenariato, appare possibile segnalare, in primo luogo, che l'Art. 4 del "*Decreto Partecipate*" riconosce espressamente tra le "*finalità*" perseguibili mediante lo strumento societario quella della "*realizzazione e gestione di un'opera ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 5, del presente decreto, in funzione dell'affidamento*

---

per gli incarichi delle pubbliche amministrazioni e relativo regime di pubblicità di tali incarichi (D.Lgs. n° 33/13 e s.m.i. e D.Lgs. n° 39/13 e s.m.i.), le disposizioni del c.d. "*Codice dell'Amministrazione Digitale*" (Art. 2 commi 2° e 4° del D.Lgs. n° 82/05), i tetti dei compensi e gli obblighi di pubblicità dei medesimi con riguardo ai parametri costituiti dalle retribuzioni pubbliche (a partire dall'Art. 1 commi da 725°, 726° e 728° della L. n° 296/06 e s.m.i.) ) con intuibili difficoltà a costituire un mercato dei "*managers*" pubblici, sino al divieto di assicurazione per i rischi derivanti da eventuale responsabilità amministrativo-contabile (Art. 3 comma 59° della L. n° 244/07 e s.m.i.).

*dell'opera o del servizio*” (Art. 4 comma 2° lett. c) del “*Decreto Partecipate*”).

Tale previsione trova una specifica corrispondenza all'interno del “*Decreto Servizi Pubblici Locali*”, il quale stabilisce che “*l'ente competente all'organizzazione del servizio*” possa scegliere, tra le modalità di gestione, anche quella mediante “*affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124*” (Art. 7 comma 1°, lett. b) del “*Decreto Servizi Pubblici Locali*”).

La volontà provvedimentale della p.a., in tal caso, si forma attraverso un apposito “*provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta. Il provvedimento definisce, in relazione alle caratteristiche del mercato, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e la loro durata, la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti e descrive il sistema di compensazione, se previsto, indicando i parametri per il calcolo, il controllo e l'eventuale revisione della compensazione, nonché le modalità per evitare ed eventualmente recuperare le sovracompenzioni*” (Art. 7 comma 2° del “*Decreto Servizi Pubblici Locali*”).

Appare evidente che tale manifestazione di volontà, in chiara forma di provvedimento amministrativo ed in sede di scelta della modalità di gestione nonché affidamento del servizio, tiene luogo e comunque assolve anche gli intensi obblighi di motivazione a cui l'Amministrazione è tenuta ai sensi

degli Artt. 5, 6 e 7 del “Decreto Partecipate”, rispettivamente rubricati come “Oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione”, “Principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico” ed infine “Costituzione di società a partecipazione pubblica”, i quali essenzialmente impongono l'emersione delle ragioni di ricorso allo strumento societario da parte della pubblica amministrazione per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Lo “statuto” normativo della società a capitale misto è dato, invece, dall'Art. 17 del “Decreto partecipate” il quale, rubricato come “Società a partecipazione mista pubblico-privata”, stabilisce che, entro tali società, “la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la procedura di selezione pubblica del medesimo si svolge nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 7, comma 5, e ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”, aggiungendosi che tale “socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico—finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva



*in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione”.*

L'Art. 21 del “Decreto Servizi Pubblici Locali” disciplina il contenuto del “contratto di servizio”, stabilendo che i “rapporti tra gli enti affidanti e i soggetti affidatari del servizio, nonché le società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali sono disciplinati da un contratto di servizio, stipulato contestualmente all'atto di affidamento, che nei casi previsti” per procedure competitive volte all'individuazione del gestore (lett. a) ed appunto b) del comma 1° dell'Art. 7) “è redatto sulla base dello schema allegato alla documentazione di gara” (comma 1°), aggiungendo, altresì, che il “contratto di servizio assicura la completa corrispondenza tra oneri per servizi e risorse disponibili, tenuto conto degli eventuali proventi tariffari. Il contratto, anche nel rispetto dei principi del presente decreto, contiene previsioni dirette alla regolazione del servizio e del rapporto tra amministrazioni concedenti e soggetto erogatore del servizio stesso” (comma 2°)<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> I contenuti di dettaglio del “contratto di servizio” sono stabiliti, inoltre, dai successivi commi 3° e 4°, secondo cui “3. Fatto salvo quanto previsto dalle discipline di settore, per quanto attiene ai rapporti tra amministrazione affidante e affidatario, il contratto di servizio contiene almeno le seguenti previsioni: a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) il periodo di validità del contratto; c) gli obiettivi di sviluppo dei servizi, il programma degli investimenti e il piano economico-finanziario; d) l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; e) le modalità di remunerazione del capitale investito, ivi inclusi gli oneri finanziari a

---

carico delle parti; f) le compensazioni economiche ai soggetti affidatari del servizio per gli eventuali obblighi di servizio pubblico, che tengono conto dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dall'eventuale gestione di servizi complementari; g) gli strumenti di rilevazione della qualità erogata attraverso monitoraggi di carattere continuativo dei risultati conseguiti e dell'adempimento delle altre obbligazioni contrattuali, anche sulla base di dati forniti al committente per via informatica; h) le sanzioni e le penalità in caso di mancata osservanza del contratto e le ipotesi di risoluzione del contratto in caso di grave e ripetuta violazione degli obblighi contrattuali; i) idonee garanzie finanziarie e assicurative nonché misure a garanzia della continuità del servizio; l) le modalità di risoluzione delle controversie con gli utenti; m) gli obblighi di informazione e di rendicontazione nei confronti dell'amministrazione competente, o dell'autorità di regolazione settoriale, ove costituita, e di altri enti preposti al controllo e al monitoraggio delle prestazioni, con riferimento ai risultati economici e gestionali e al raggiungimento degli standard qualitativi e quantitativi, sulla base di formulari predisposti dai soggetti destinatari; n) la disciplina delle conseguenze derivanti dall'eventuale cessazione anticipata dell'affidamento e i criteri per la valutazione dell'indennizzo spettante al gestore. 4. Fatto salvo quanto previsto dalle discipline di settore, per quanto attiene al servizio erogato al pubblico, nel contratto di cui al comma I sono indicati almeno i seguenti elementi: a) il programma d'esercizio e la dimensione di offerta dei servizi; b) la struttura, i livelli e le modalità di aggiornamento delle tariffe e dei prezzi a carico dell'utenza, per i servizi a domanda individuale nel rispetto delle modalità e del controllo da parte dell'autorità di regolazione; c) gli standard qualitativi, ambientali e quantitativi delle prestazioni da erogare, inclusi i servizi di accessibilità commerciale, definiti in termini di livelli specifici e di livelli generali, e i relativi obiettivi di miglioramento; d) l'indicazione delle modalità per proporre reclamo nei confronti dei gestori, nonché delle modalità e dei tempi con i quali devono essere comunicati i relativi esiti agli utenti; e) le modalità di ristoro dell'utenza, mediante meccanismi di rimborso automatico ovvero in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo, in caso di violazione degli standard qualitativi di servizio e delle condizioni generali del contratto; f) l'obbligo di provvedere periodicamente, nei limiti degli stanziamenti di bilancio e avvalendosi di enti indipendenti, alla verifica, mediante indagini presso l'utenza, eseguite con la partecipazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti adeguatamente rappresentative sul territorio di competenza, della qualità e della quantità dei servizi offerti, con previsione di eventuali sanzioni o penalità; g) l'obbligo, a carico del soggetto gestore, di rendere pubblica e di aggiornare periodicamente la carta dei servizi di cui all'articolo 24, da redigere e pubblicizzare

La durata della “partecipazione privata alla società”, costituita in regime di partenariato, “non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali essa è costituita. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio” (Art. 17 comma 3° del “Decreto Partecipate” da coordinare in rapporto di specialità rispetto alla generale previsione di durata dell'affidamento di cui al comma 2° dell'Art. 7 del “Decreto Servizi Pubblici Locali”).

Si tratta, sin da una prima lettura del testo normativo, di una disciplina conforme alla struttura fondamentale delle indicazioni fornite dalla UE e dalla giurisprudenza interna sul punto<sup>105</sup> e, forse, anche con il D.P.R. n° 168/10 e s.m.i. abrogato all'esito della nota consultazione referendaria.

---

*in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza; h) la previsione che sia periodicamente verificata l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito; i) la previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle carte di servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'amministrazione competente, aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino”.*

<sup>105</sup> Cfr. su tutte C.d.A., A.P. n° 1/08.

## 8. Considerazioni conclusive.

La rassegna normativa sopra svolta consente alcune note riepilogative: a) l'ordinamento persiste comunque nel lasciare alla decisione amministrativa dell'Ente socio la scelta circa il ricorso alla società di capitali quale strumento di governo di una determinata transazione; b) la decisione amministrativa continua, dunque, a rimanere l'unico momento di emersione delle ragioni di opportunità in favore di tale opzione organizzativa ed istituzionale, appunto quella di ricorso alla società di capitali; c) il medesimo ordinamento, attraverso tali scelte, riconosce, dunque, il contratto di società di capitali come opzione ancora disponibile per l'amministrazione; d) la disciplina generale pone limiti negativi – intesi come costruiti secondo il ricorso alla tecnica del divieto normativo (sia pure non assoluto ed anzi superabile a determinate condizioni il cui accertamento è rimesso al medesimo Ente deliberante) – al ricorso alle società di capitali; e) la medesima disciplina pone, infatti, ipotesi e presupposti, al ricorrere dei quali è possibile superare tali limiti negativi al ricorso al contratto di società di capitali; f) l'ordinamento non fornisce, invece, limiti positivi – intesi come criteri di orientamento o promozionali – alla costituzione di società di capitali.

L'aspetto più significativo della ricognizione dei contenuti dell'indagine circa la disciplina del fenomeno delle società a capitale misto – ma la conclusione è senz'altro riferibile alle società a partecipazione pubblica in genere – è forse proprio quello relativo all'assenza di un parametro legale la cui applicazione ed osservanza possa orientare l'amministrazione al ricorso allo strumento societario ed in particolare a quello misto.

Si potrebbe, a questo punto, porre una domanda sulla utilità di un parametro legale simile.

Serve – questa è appunto la domanda – uno “*standard*” legale che stabilisca quando è opportuna (ed in che forma e struttura nonché in quale assetto organizzativo ed istituzionale) la costituzione di una società di capitali da parte della p.a.?

La risposta (affermativa) alla domanda deve muovere da una constatazione: quella secondo cui il Legislatore storico ha ritenuto – in rigorosa successione cronologica – di (i) limitare la costituzione di società di capitali attraverso il ricorso al canone della inerenza dell’attività della società alla finalità istituzionale della p.a. socia ovvero aspirante socia (Legge Finanziaria per il 2008) quindi (ii) di giungere addirittura a vietare, sia pure attraverso un (incomprensibile) criterio demografico legato al numero degli abitanti del Comune (D.L. n° 78/2010), la costituzione della società ovvero il mantenimento della partecipazione ed infine (iii) di superare tale divieto ma di introdurre rimedi assai generici volti alla “razionalizzazione” delle società partecipate (Legge di Stabilità 2014 e 2015), volta per volta legate all’oggetto sociale ovvero al numero dei dipendenti (etc.) ovvero comunque a piani e programmi di redazione a cura della p.a. socia, i quali consentono, in ogni caso, all’ente socio appositi margini di apprezzamento, in esercizio dei quali ed attraverso i quali, conseguire il risultato di mantenere la partecipazione.

Sul punto appare inevitabile formulare una specifica considerazione: risulta sinceramente incomprensibile – posto che l’obiettivo ultimo è quello di limitare il ricorso allo strumento societario e di conseguire da subito una riduzione del numero di partecipazioni sociali in mano pubblica – per quale ragione il

Legislatore non scelga di definire esattamente i limiti alla titolarità di tali partecipazioni, in luogo di introdurre criteri generici. Anzi: l'introduzione di criteri generici ed agevolmente superabili, anche considerato che l'applicazione dei medesimi è, peraltro, rimessa al singolo Ente titolare della partecipazione, equivale ad ammettere il superamento del limite al mantenimento della partecipazione.

Il risultato di una simile tecnica legislativa - introduzione di divieti relativi superabili attraverso generiche formule di impegno all'adozione di altrettanto generici piani di razionalizzazione - è almeno triplice:

a) la finalità di limitazione - del mantenimento (ma anche della acquisizione di nuova titolarità) della partecipazione è assolutamente vanificato;

b) è obliterata qualsivoglia differenziazione tra gli strumenti alternativi di organizzazione della missione d'impresa;

c) è dismessa ogni opportunità di orientamento all'impiego dello strumento più coerente alla missione stabilita ed all'obiettivo perseguito.

A fronte di tali considerazioni circa gli esiti dei più recenti interventi legislativi, sembra, invece, possibile da subito osservare che:

1. l'ordinamento, attraverso il diritto societario comune (come il capitolo che segue tenta di osservare), pone a disposizione specifiche possibilità di strumenti alternativi di governo della transazione in forma societaria;

2. tali differenziazioni si aprono alla scelta dello strumento ottimale in relazione alla finalità ultima perseguita;

3. dalla differenziazione che l'ordinamento consente si ricavano indicazioni per l'ottimale impiego dello strumento rispetto alla funzione perseguita;

4. l'interprete prima (ed ancora prima il Legislatore) ha modo di ricavare dall'ordinamento tale impiego ottimale;

5. il Legislatore ben potrebbe sostenere utilmente – ed anzi promuovere – a mezzo di vincoli positivi e non più solo limiti negativi – la scelta dello strumento ottimale, a mezzo di appositi standard legali.

Entro tale quadro normativo di disciplina interna del fenomeno del ricorso pubblico al regime di partenariato costituito in forma di società di capitali deve, dunque, essere collocata l'operazione di allineamento degli istituti di governo della transazione ai caratteri della transazione, appunto, in questo caso, riferita, alla relazione tra parte pubblica e parte privata, in regime di partenariato.

Quest'ultima, intesa come selezione ed assemblaggio delle componenti più idonee a comporre il quadro istituzionale di governo della transazione in relazione ai caratteri di quest'ultima, è, infatti, affidata al diritto comune ed in particolare al diritto comune delle società di capitali.

L'indagine – dopo la verifica dei contenuti salienti e delle direttrici fondamentali della legislazione speciale in tema di società a partecipazione pubblica – si sposta, pertanto, sugli istituti del diritto societario comune per verificarne l'idoneità rispetto all'ottimale costruzione dell'assetto di governo della transazione tra parte pubblica e parte privata nella relazione collaborativa di partenariato.

Se l'assunto fondamentale che muove la ricerca è che l'istituzionalizzazione del partenariato attraverso il contratto di società di capitali costituisce un rimedio ai fenomeni di incompletezza contrattuale che caratterizzano la relazione tra parte pubblica e parte privata, si tratta allora di comprendere attraverso quali istituti si realizza l'approntamento della sede e dei processi entro cui le parti si coordinano reciprocamente per il governo di tali fenomeni ed in ultima analisi per la colmatatura dei vuoti che l'andamento della relazione della presenta rispetto al programma di collaborazione concordato inizialmente.

E' interessante notare come la ricostruzione del quadro normativo sin qui operata rivela, in ultima analisi, come dal complesso della produzione normativa interna sia possibile individuare una traiettoria e come tale traiettoria del legislatore sia chiara ed essenzialmente duplice.

Da un lato, ed è la parte sicuramente meno cospicua ma più perspicua della legislazione, la produzione normativa è rivolta ad evitare distorsioni concorrenziali, tanto quelle introdotte dalla p.a. che si presenta quale operatore economico quanto quelle portate dall'operatore economico privato, il quale, facendo leva sulla posizione di vantaggio attribuita dalla relazione esclusiva con l'amministrazione, precostituisce degli ampliamenti di presenza sul mercato in danno dei propri concorrenti.

Dall'altro lato, ed è la parte sicuramente più ampia ma altresì la più disorganica e frammentaria, il legislatore è intervenuto sul tipo legale della società di capitali a partecipazione pubblica, attraverso una essenziale finalità di contenimento della spesa.

Si conferma, invece, l'assenza di una previsione normativa utile ad introdurre, o più correttamente, a dotare la parte pubblica,



ma, nel contempo, anche la parte privata, di un criterio legale utile a scegliere il mezzo giuridico più appropriato, tra contratto di scambio e contratto associativo e, segnatamente, contratto di società, in termini di maggiore o minore adeguatezza del mezzo giuridico prescelto rispetto ai caratteri specifici della relazione tra le parti ed agli obiettivi che le medesime si prefiggono.

La constatazione di tale assenza fornisce, a sua volta, all'interprete una altrettanto duplice ragione di riflessione.

La prima ragione risiede nel quesito circa l'adeguatezza o meno della disciplina di diritto comune e, segnatamente, della disciplina di diritto comune delle società di capitali, a fornire una strumentazione effettivamente utile alla costruzione della relazione collaborativa tra parte pubblica e parte privata.

Il tema non è, dunque, quello della esistenza o meno di uno "*standard*" legale circa la scelta dello strumento contrattuale più idoneo, poiché abbiamo già rilevato l'assenza di tale canone normativo, bensì è quello circa l'esistenza di norme, almeno quelle di diritto comune, che consentano di delineare efficaci relazioni di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

L'auspicio sotteso a tale investigazione, che costituisce, invece, la seconda ragione di riflessione circa la constatazione della carenza dell'indicazione legislativa in questione, è quello che l'eventuale risposta affermativa consenta anche di ricostruire a ritroso un canone relativo alla ottimale soluzione organizzativa circa i rapporti tra parte pubblica e parte privata: appunto il canone mancante a legislazione vigente.

Sin d'ora è possibile anticipare che gli istituti del diritto societario comune rispondono efficacemente alle sollecitazioni che l'operazione di allineamento pone, fornendo sofisticate

strumentazioni per rendere la società di capitali la sede entro cui e per mezzo della quale condurre l'attuazione del programma di collaborazione.

Il punto critico – che parimenti deve essere anticipato – rimane, invece, quello per cui l'esercizio dell'autonomia statutaria e negoziale che caratterizza la costruzione degli assetti tra le parti all'interno della società di capitali non è esito del “*free bargaining*” tra le parti medesime bensì scaturisce dalle determinazioni unilaterali della sola parte pubblica, la quale provvede, con poteri amministrativi a contenuto autoritativo ed in sede di redazione dei documenti di avvio del procedimento di selezione del socio privato, alla definizione di un quadro complessivo rispetto al quale all'operatore privato non rimane altro che l'opzione tra aderire ovvero non aderire ma non certo quella di negoziare i contenuti del quadro.

E' ben vero che gli strumenti più avanzati della disciplina europea del “*procurement*” pubblico – il c.d. “*dialogo competitivo*” su tutti – consentono un'apertura della procedura di selezione al confronto con gli operatori proprio sul punto del contenuto dell'oggetto contrattuale e del relativo programma negoziale.

E' intuibile allora come sia proprio questo il terreno su cui il Legislatore del c.d. “*diritto societario pubblico*” dovrebbe mostrarsi ed intervenire: non già per riscrivere istituti che sono ben affidati al diritto comune delle società di capitali ma per orientare la decisione e la scelta della parte pubblica nella selezione consapevole e quindi nel relativo assemblaggio di tali istituti ai fini di una ottimale costruzione dell'ambiente societario dove condurre ad esecuzione il programma di collaborazione.

Il capitolo che segue, dunque, si propone, **in primo luogo**, di evidenziare come la letteratura economica in tema di teoria dell'organizzazione fornisca ai giuristi un quadro concettuale di riferimento decisivo ai fini della ricostruzione della relazione tra parte pubblica e parte privata attraverso la stilizzazione degli elementi qualificanti delle c.d. "*organizzazioni ibride*", in cui più soggetti si trovano a cooperare e, nel contempo, a competere, con particolare riguardo, tra le tipologie di organizzazioni ibride, alle c.d. "*joint ventures*", quali soluzioni organizzative che generano una terza entità, tra le due parti in cooperazione-competizione, con funzione di coordinatore tra le due.

**In secondo luogo**, l'indagine si sposta esame sugli elementi di peculiarità nonché sui relativi aspetti problematici che tali organizzazioni ibride pongono allorquando parte dell'accordo ibrido è una parte pubblica ed in particolare quando tale parte pubblica è dotata di poteri autoritativi di cura di interessi generali.

La ricerca, in terzo luogo, si concentra sulle potenzialità della disciplina di diritto comune ai fini di una efficace declinazione degli istituti di diritto societario a valere quale sede entro cui svolgere il programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

## IV

### L'allineamento.

#### La modulazione degli istituti di governo rispetto ai caratteri della transazione tra pubblico e privato attraverso il diritto societario comune.

1. Introduzione: gli aspetti giuridici dell'operazione di allineamento e la loro rilevanza nella configurazione della organizzazione ibrida come sede della relazione di partenariato. 2. Organizzazioni ibride e logiche istituzionali confliggenti. 2.1. La contrapposizione delle logiche istituzionali nelle organizzazioni ibride. 2.1.1. L'emersione delle logiche istituzionali confliggenti nella operatività della organizzazione ibrida. 2.1.2. Tecniche combinatorie delle logiche contrapposte attraverso ed all'interno delle organizzazioni ibride. 2.2. Pubblico e Privato nelle organizzazioni ibride caratterizzate da logiche istituzionali confliggenti. 3. La relazione di partenariato secondo le indicazioni ricostruttive della teoria dei giochi. 3.1. La relazione di partenariato come gioco dinamico ad informazioni incomplete. 3.2. Le parti della relazione di partenariato nel gioco: il "signalling" della parte privata e lo "screening" della parte pubblica. 3.3. Squilibri della struttura di profitto della parte privata e costi politici di rinegoziazione come dinamiche "invarianti" nella relazione di partenariato come gioco. 4. Le organizzazioni ibride nella "Transaction Cost Economics". 4.1. Le ragioni delle organizzazioni ibride. 4.2. Il tema della stabilità delle organizzazioni ibride. 4.3. Le "Joint Venture" come organizzazioni ibride. 5. Le "Joint Venture" tra parte pubblica e parte privata secondo le agenzie internazionali e la "entità terza" esito dell'istituzionalizzazione del partenariato secondo la Commissione UE. 6. Il contratto di società di capitali nella istituzionalizzazione della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata secondo l'ordinamento interno. 6.1. Il programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata come baricentro del contratto di società. 6.2. La declinazione dello "scopo lucrativo comune" rispetto al programma di collaborazione e la corrispondente delimitazione dell'oggetto sociale. 6.3. La definizione delle fonti di regolamentazione dei rapporti tra parte pubblica e parte privata nel contratto di società. 6.4. La strutturazione del capitale sociale ed il finanziamento della società esito della relazione di partenariato. 6.4.1. La tecnica di destinazione del patrimonio ed il modello della c.d. "finanza di progetto". 6.4.2. La prevalenza del "debito" nelle operazioni di finanza di progetto e le esigenze di allineamento tra creditori e parte pubblica. 6.4.3. Gli strumenti "ibridi" nelle operazioni di "finanza di progetto" per le società a capitale misto per i servizi pubblici locali. 6.4.4. Connotati oggettivi e soggettivi della partecipazione sociale in relazione ai diversi ruoli del socio pubblico e del socio privato nel programma di

collaborazione. 6.4.5. Il regime di circolazione delle partecipazioni tra limiti legali alla modificabilità degli esiti della selezione del socio privato e le esigenze di discipline della “*exit*” del socio privato. 6.5. Il sistema di amministrazione e controllo quale rappresentazione degli equilibri tra il grado di coinvolgimento della parte pubblica nella gestione sociale e l’intensità di protezione delle aspettative di profitto della parte privata. 6.5.1. La scelta del tipo legale ed il ruolo dell’autonomia statutaria nella costruzione dell’ottimale relazione di strumentalità degli organi sociali rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata. 6.5.2. Gli strumenti per la definizione del grado di tutela dell’autonomia dell’organo gestorio rispetto all’ingerenza delle parti pubbliche e private socie. 6.5.2.1. Il tema dell’autonomia dell’organo gestorio nella società a capitale misto. 6.5.2.2. Gli strumenti per la tutela dell’autonomia dell’organo gestorio. 6.5.2.3. Un approccio critico alle tesi circa la indispensabile autonomia dell’organo gestorio. 6.5.3. Adeguatezza dell’assetto organizzativo, procedimenti deliberativi e deliberazioni delle società a capitale misto. 6.5.3.1. L’assetto organizzativo tra idoneità dell’impresa al raggiungimento degli “*standard*” di servizio e l’affidabilità dei flussi informativi verso i soci. 6.5.3.2. Struttura e funzione dei procedimenti deliberativi e delle deliberazioni o decisioni dei soci nelle società a capitale misto. 6.5.4. Gli strumenti per la definizione del grado di tutela rispettivamente delle attese del socio pubblico circa lo “*standard*” di servizio e le aspettative di profitto del socio privato. 6.5.4.1. La tutela delle attese dei soci rispetto all’andamento del programma di collaborazione tra parte pubblica parte privata. 6.5.4.2. Il “*right of voice*” dei soci rispetto all’andamento del programma di collaborazione. 6.5.4.3. Il “*right of exit*” come scioglimento anticipato del programma di collaborazione. 6.5.5. L’applicazione al socio pubblico di maggioranza della disciplina dell’attività di direzione e coordinamento e la sua valenza ricostruttiva nel più ampio rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata. 6.5.6. Lo scioglimento del rapporto sociale tra fisiologia e patologia del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata. 6.5.7. La responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto. 6.5.7.1. Semplificazione o complicazione del problema di “*agency*” nella polarizzazione tra socio pubblico e socio privato e corrispondenti incentivi. 6.5.7.2. La “*Business Judgement Rule*” rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata ed alle incompletezze di quest’ultimo. 6.5.7.3. Il rilievo sistematico del tema del riparto di giurisdizione sulle controversie circa la responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto. 7. L’interesse sociale come vincolo reciproco al coordinamento ed alla cooperazione tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: dalla “*shareholders value maximization*” alla “*team production*”. 8. Il contratto di società ed il diritto societario come strumento di governo degli specifici caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: il diritto comune delle società di capitali come veicolo delle soluzioni istituzionali al problema del c.d. “*doppio allineamento*”. 9. Considerazioni conclusive.

**1. Introduzione: gli aspetti giuridici dell'operazione di allineamento e la loro rilevanza nella configurazione della organizzazione ibrida come sede della relazione di partenariato.**

L'operazione di allineamento – intesa come selezione ed assemblaggio delle componenti più idonee a comporre il quadro istituzionale di governo della transazione in relazione ai caratteri di quest'ultima – costituisce non solo il momento cruciale del programma di indagine della “*Transaction Cost Economics*”<sup>106</sup> ma, ancora prima, è espressione dell'assunto fondamentale su cui poggia il suo complessivo impianto teorico<sup>107</sup>.

La c.d. “*discriminating alignment hypothesis*”, secondo cui agli specifici attributi di ciascuna transazione è chiamata a corrispondere l'altrettanto specifica individuazione di una appropriata soluzione di governo della transazione medesima, presuppone, da un lato, l'inevitabile indagine comparativa tra i

---

<sup>106</sup> E' ancora una volta O. Williamson, *Transaction Cost Economics: How It Works; Where Is It Headed*, in *The Economist*, pp. 23-58, 1998, p. 36 a ricordare che “*Predictive content required operationalization. As herein described, this entailed (1) naming and dimensionalizing the unit for which organization was needed, (2) naming and dimensionalizing the structures through which organization was realized, (3) effecting a discriminating alignment between the two*”.

<sup>107</sup> Cfr. O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, n° 2 (Jun., 1991), pp. 269-296, p. 277, secondo cui “*The discriminating alignment hypothesis to which transaction-cost economics owes much of its predictive content holds that transactions, which differ in their attributes, are aligned with governance structures, which differ in their costs and competencies, in a discriminating (mainly, transaction-cost economizing) way*”.

singoli di modelli disponibili di governo<sup>108</sup> e, dall'altro lato, la calibratura del modello prescelto sugli attributi distintivi della transazione da governare.

La fecondità o comunque la potenzialità ricostruttiva dell'approccio appare evidente al giurista, allorquando si consideri che la “*discriminating alignment hypothesis*” non può che vedere come imprescindibile il momento di analisi della soluzione prescelta di governo della transazione e quindi il suo regime giuridico<sup>109</sup>.

La consapevolezza della centralità del diritto come strumento di governo della transazione e quindi come componente irrinunciabile per la comprensione dei presupposti dell'operazione di allineamento costituisce, anzi, un tratto distintivo della teoria economica dei costi di transazione nella parte in cui compara i modelli istituzionali disponibili.

E' significativo constatare che, proprio all'interno di tale ambito di riflessione, l'evoluzione del “*Contract Law*” statunitense è stata riletta attorno alla necessità per gli operatori di disporre di strumenti di adattamento efficiente della relazione contrattuale rispetto a sopravvenienze impreviste di qualsivoglia genere per le

---

<sup>108</sup> E' questo il senso del richiamo di H. Simon, “*Rationality as process and as product of thought*” in *American Economic Review*, 68, 1-16, pp. 6-7, secondo cui si assiste ad uno “*shift from a highly quantitative analysis, in which equilibration at the margin plays a central role, to a much more qualitative institutional analysis, in which these discrete structural alternatives are compared*”.

<sup>109</sup> E' questo il senso dell'affermazione O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, n° 2 (Jun., 1991), pp. 269-296, p. 271, secondo cui “*each generic form of governance – market, hybrid, and hierarchy – need to be supported by a different form of contract law*”.

ipotesi in cui la relazione medesima sia caratterizzata da elevata reciproca interdipendenza delle parti e quindi dall'intrinseca difficoltà per ciascuna a sganciarsi dall'altra.

Secondo tale ricostruzione, il passaggio da un “*Classical Contract Law*” ad un “*Neoclassical Contract Law*” – il primo dei quali di elevato dettaglio e rigido mentre il secondo a valere invece quale cornice entro cui lasciare alle parti la negoziazione necessaria ai fini dell'adattamento flessibile del programma negoziale ad ogni imprevista circostanza sopravvenuta – è, dunque, specifica espressione della pressante esigenza di adattamento efficiente<sup>110</sup>.

Il passaggio ancora successivo, entro il medesimo quadro teorico caratterizzato dalla ricerca della soluzione ottimale di governo della transazione rispetto all'intensificazione del rischio di esposizione del programma contrattuale iniziale a sopravvenienze impreviste, diviene inevitabilmente quello dell'inserimento della transazione medesima all'interno del quadro concettuale della “*corporate governance*”<sup>111</sup> ed in ultima analisi della vicenda societaria.

E' questa, del resto, una soluzione coerente alle variazioni lungo lo spettro continuo rappresentate, ad un estremo, dalla relazione contrattuale “*spot*” reperita sulla base delle dinamiche di mercato; quindi in posizione intermedia, dalle relazioni ibride, entro cui alla relazione di lungo termine ed alta specificità di investimento corrisponde l'introduzione di sistemi permanenti di gestione delle incertezze derivanti dalla sopravvenienza imprevista

---

<sup>110</sup> Cfr. O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, n° 2 (Jun. 1991), pp. 269-296, p. 271-272.

<sup>111</sup> Cfr. ancora O. Williamson, *Corporate Governance*, in *Yale Law Journal*, Vol. 93, 1984, pp. 1197-1230.



e dai connessi problemi di incompletezza contrattuale; ed infine, all'estremo opposto dalla integrazione verticale delle parti entro un'unica entità, a valere quale coordinatore munito di autorità tra le parti, a quel punto, tutte internalizzate nell'unico soggetto.

Risulta di particolare interesse che, muovendosi lungo le spettro dalla relazione contrattuale “*spot*” sul mercato verso l'opposto estremo dell'integrazione verticale, si assiste ad un progressivo abbandono della formula istituzionale della devoluzione del compito di completamento contrattuale ad Autorità terze ed esterne alle parti (come Corti o Regolatori), in favore di un pari progressivo avvicinamento alla devoluzione di tale compito direttamente alle parti medesime ovvero ad Autorità da loro costituite o da loro accettate.

L'astensione<sup>112</sup> del ricorso alle Corti o ai Regolatori diviene, dunque, una apposita scelta istituzionale di configurazione della relazione tra le parti poiché ad essa corrisponde la creazione di uno spazio tra le parti (“*rectius*”: all'interno della relazione tra le parti) in cui le decisioni vengono assunte ed attraverso tali decisioni (a cui le parti si attengono come gerarchicamente vincolate<sup>113</sup>) si compie l'adattamento delle reciproche posizioni delle parti alle

---

<sup>112</sup> E' questa la scelta di “*forbearance*” che le parti compiono all'interno del “*Neoclassical Contract Law*” nell'ambito del quale il contratto diviene “*a framework highly adjustable, a framework which almost never accurately indicates real working relationship, but which affords a rough indication around which such relations vary, an occasional guide in cases of doubt, and a norm of ultimate appeal when the relations cease in fact to work*”, K. Llewellyn, *What price contract? An essay in perspective*”, in *Yale Law Journal*, 1931, 40, 704-751, p. 737.

<sup>113</sup> In tal senso deve essere intesa l'affermazione ancora di O. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, n° 2 (Jun., 1991), pp. 269-296, p. 271, afferma che “*the form of contract that supports hierarchy is that of forbearance*”.

evoluzioni impreviste che rivelano l'incompletezza del programma negoziale tra le medesime.

L'istituzionalizzazione della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata diviene allora una variante tecnica di tale scelta ed in particolare diviene la specifica strumentazione giuridica mediante la quale le parti insediano una "*entità terza*" - appunto esito della istituzionalizzazione - quale Autorità di esecuzione della transazione stabilita tra loro.

L'integrazione verticale tra parte pubblica e parte privata si realizza, dunque, attraverso la costituzione di una entità "*ibrida*", la quale, pur non estinguendo la soggettività delle parti - come invece avviene in favore della parte privata nel caso del procedimento di privatizzazione ed all'opposto in favore della parte pubblica nel caso di riduzione della parte privata ad articolazione "*in-house*" della prima - ne garantisce la sottoposizione al vincolo istituzionale dato dal complesso delle regole che presiedono alla sua costituzione nonché funzionamento e scioglimento.

L'entità esito dell'istituzionalizzazione della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata è quella che assume - ai fini della presente indagine - la veste giuridica di società di capitali ed il suo studio quale ambiente istituzionale, entro cui la relazione si svolge.

Lo studio deve, dunque, muovere, in primo luogo, dalla disamina dei caratteri delle organizzazioni ibride - e più precisamente di una particolare ipotesi di organizzazione ibrida in cui le parti si muovono secondo logiche istituzionali confliggenti (come appunto quelle pubbliche mosse da obiettivi di massimizzazione del benessere sociale inteso come interesse

generale e quelle private orientate da finalità di massimizzazione del profitto) – e, quindi, dall’analisi del regime giuridico di dettaglio, dapprima quello dell’ordinamento europeo e delle agenzie internazionali e quindi quello interno, entro cui tali caratteri vengono ad essere disciplinati.

## 2. Organizzazioni ibride e logiche istituzionali confliggenti.

La nozione di “*ibrido*” o, più precisamente, di “*organizzazione ibrida*” è consustanziale alla ricostruzione del fenomeno organizzativo fornita dalla “*Transaction Cost Economics*”, secondo cui le organizzazioni si manifestano come variazioni lungo uno spettro continuo polarizzato da “*mercati*”, intesi come sedi di transazioni istantanee tra due soggetti autonomi nonché reciprocamente indipendenti, e “*gerarchie*”, concepite come strutture esito del processo di integrazione verticale di due o più soggetti nell’ambito delle quali l’autonomia scompare, così come la reciproca indipendenza, in quanto tutti tali soggetti si sottopongono all’autorità di coordinamento, unica titolare del potere d’ordine all’interno della struttura.

L’organizzazione ibrida si colloca, dunque, tra tali polarità: anche essa esposta alle possibili variazioni continue, lungo le polarità dello spettro, nel senso che, di volta in volta, la natura “*ibrida*” dell’organizzazione può presentarsi attraverso una accentuazione maggiore dei caratteri di autonomia delle parti che la compongono ovvero della loro maggiore integrazione sotto un unico potere direttivo, a seconda dello scorrimento lungo lo spettro che va dai “*mercati*” alle “*gerarchie*”.

I caratteri e le specificità delle organizzazioni ibride saranno più avanti esaminati ma sin d'ora deve essere osservato che la relazione tra la parte pubblica e la parte privata si distingue per un ulteriore elemento di complicazione.

Le due parti – appunto quella pubblica e quella privata – non sono mosse dalla medesime logiche: la prima persegue finalità di interesse generale attraverso l'espansione dei servizi ed il contenimento dei costi per la collettività beneficiaria delle prestazioni mentre la seconda è orientata da obiettivi di profitto.

Tale aspetto merita di essere indagato con priorità in quanto le finalità contrapposte delle parti possono trovare componimento all'interno dell'organizzazione ibrida solo all'esito di una esatta comprensione dei contenuti e delle implicazioni che le condotte diversamente orientate delle parti presentano.

### **2.1. La contrapposizione delle logiche istituzionali nelle organizzazioni ibride.**

Il tema della esposizione delle organizzazioni a logiche istituzionali confliggenti è stato affrontato dalla letteratura economica<sup>114</sup> sia sul piano del riconoscimento di circostanze specifiche in cui il conflitto, non solo si rivela insuperabile, ma diviene anzi stabile e permanente, in quanto tratto caratterizzante

---

<sup>114</sup> R.W. Scott, *Institutions and organizations* (2nd ed.), Thousand Oaks, Calif., Sage Publications, 2001; R.W. Scott, *Organizations: Rational, Natural and Open Systems* (4th ed.). Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, W. R. 2003; R.W. Scott e J.W. Meyer, *The organization of societal sectors: Propositions and early evidence*, in W. W. Powell e P. Di Maggio (a cura di), *The new institutionalism in organizational analysis*, 108-142, Chicago, IL, The University of Chicago Press, 1991.

l'organizzazione, sia sul piano delle risposte di governo del conflitto tra tali logiche.

L'organizzazione in esame consiste in una entità sottoposta a pressioni e condizionamenti da parte degli ambienti istituzionali che l'hanno promossa o che sono alla base della sua costituzione o del suo approntamento. Nel caso dell'integrazione verticale, gli ambienti istituzionali di provenienza sono i due operatori che hanno dato luogo all'integrazione e quindi ad un nuovo soggetto e tale nuovo soggetto risente degli ambienti di origine e delle rispettive logiche di tali istituzioni.

La presenza di logiche istituzionali confliggenti, così come riscontrata nelle ipotesi più ricorrenti di integrazione verticale tra organizzazioni – si pensi, ad esempio, al ricorrente caso di una fusione per incorporazione di una società e della relativa attività d'impresa in un'altra ed alle relative conseguenze in termini di conflitti tra diverse pratiche operative quotidiane consolidate nel tempo ma anche tra obiettivi diversi e diverse scelte di mezzi con cui perseguire tali obiettivi – giunge abitualmente a risoluzione attraverso la progressiva affermazione di una delle due logiche sull'altra e rivela, pertanto, la natura meramente temporanea, perché transitoria, del conflitto.

### **2.1.1. L'emersione delle logiche istituzionali confliggenti nella operatività della organizzazione ibrida.**

Ben diversa è la situazione in cui il conflitto si rivela insuscettibile di superamento, costringendo le parti tra cui la transazione si è svolta e che ora coesistono in una nuova organizzazione ad accettare la permanenza di tale conflitto in

quanto esito della insopprimibile persistenza di logiche istituzionali diverse e contrapposte all'interno della nuova organizzazione.

Le ragioni di tale persistenza e quindi della natura non transitoria ma anzi permanente di tali logiche contrapposte sono da ricondurre alla perdurante presenza delle due distinte parti, attivamente titolari e ed altrettanto attivamente portatrici di interessi contrapposti all'interno dell'organizzazione, tanto da divenire riferimenti istituzionali diversi ed interni degli operatori della (e nella) nuova organizzazione.

Nel caso in esame, a differenza dell'ipotesi sopra considerata in cui la fusione per incorporazione ha dato luogo alla centralizzazione delle prerogative decisionali presso un'unica autorità, la nuova organizzazione vede le parti che l'hanno promossa ancora entrambe attive e pronte ad intervenire a salvaguardia degli interessi di rispettiva titolarità, perché appunto non scomparse all'esito di un specifico processo di accentramento dell'autorità decisionale bensì conservatesi e mantenutesi come centri di riferimento distinti, in primo luogo, per i singoli individui che sono chiamati da operare all'interno del nuovo soggetto.

Significative indicazioni sono emerse in tema di gestioni di logiche istituzionali confliggenti per il caso di "*imprese di integrazione sociale*" – come quelle dedite all'impiego temporaneo, appunto orientato a finalità sociali, di lavoratori espulsi dal circuito produttivo ed in attesa di ricollocazione – chiamate ad integrare "*logiche commerciali*" con "*logiche sociali*" e viceversa<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> A.C.Pache e F.Santos, *Inside the hybrid organization: An organizational level view of responses to conflicting institutional demands*, ESSEC Business School Research Center, ESSEC Working Paper 11001, February

In tali casi, all'interno della medesima organizzazione, pratiche operative che tendono a rappresentare, con modalità differenti<sup>116</sup>, si prospetta la riemersione delle logiche confliggenti, con la prevalenza, volta per volta, dell'una o dell'altra, così determinando l'insorgenza di rilevanti problematiche gestionali.

L'aspetto interessante è quello che le scienze economiche dell'organizzazione riscontrano l'effettiva sussistenza di margini di combinazione, a livello operativo, tra pratiche distinte e diverse e, per questo, rispettose di entrambe le logiche sottese all'entità organizzativa.

Non può sfuggire la rilevanza del tema per il caso della relazione di partenariato, soprattutto se collocato localmente e prossimo al territorio, dove la logica del perseguimento dell'interesse generale ad iniziativa della parte pubblica è

---

2011, p. 7, i quali segnalano che “[B]y way of their mission and their web of public and social partners, social integration enterprises are embedded in a social welfare logic. By way of their commercial activity, from which they derive, on average, 80 percent of their revenues, they are also permanently rooted in a competing commercial logic, promoted by clients and industrial partners. Social integration enterprises’ dependence on these two webs of support to survive makes their demands particularly salient, turning the field into a particularly rich setting to explore responses to enduringly competing demands”.

<sup>116</sup> A.C.Pache e F.Santos, *Inside the hybrid organization: An organizational level view of responses to conflicting institutional demands*, ESSEC Business School Research Center, ESSEC Working Paper 11001, February 2011, p. 33, i quali, distinguendo tra “*pratiche di dissociazione*” (c.d. “*Decoupling*”) e pratiche di “*isomorfismo strategico*”, osservano che “*In contrast to decoupling, which entails the ceremonial espousal of a practice with no actual implementation, strategic isomorphism refers to the purposeful adoption, by organizations, of selected practices among a pool of competing alternatives. Strategic isomorphism allows organizations to satisfy symbolic concerns, just as decoupling does*”.

interpretata, tanto dal funzionario dell'amministrazione quanto dal rappresentante democraticamente eletto (e quindi politicamente e non solo istituzionalmente orientato) della comunità locale, e tale logica deve inevitabilmente misurarsi con quella dell'apparato manageriale della parte privata.

### **2.1.2. Tecniche combinatorie delle logiche contrapposte attraverso ed all'interno delle organizzazioni ibride.**

La letteratura formatasi sul punto riconosce come, dinanzi a tali sollecitazioni, il componimento delle logiche confliggenti nell'organizzazione "ibrida", o, più precisamente, il governo di tale conflitto, avviene tanto a livello operativo, vale a dire attraverso la singola pratica quotidiana imposta da un'Autorità accentrata che impartisce direttive per l'affermazione di una modalità operativa piuttosto che un'altra<sup>117</sup>, quanto attraverso l'elaborazione di apposite architetture istituzionali, delle quali la medesima Autorità accentrata costituisce esito, per la nuova organizzazione entro cui

---

<sup>117</sup> A.C.Pache e F.Santos, *Inside the hybrid organization: An organizational level view of responses to conflicting institutional demands*, ESSEC Business School Research Center, ESSEC Working Paper 11001, February 2011, p. 35, secondo cui "hybrid organizations do not hybridize their practices – or only marginally so – but rather adopt a combination of intact practices borrowed from the logics they are embedded in. This finding builds upon the conception of logics as "cultural toolkits" which people can use in various configurations to solve different kinds of problems. A great strength of hybrids is thus that they have access to a much broader repertoire of practices from which they can borrow and combine in unique ways. This places them at an advantage if they are able to craft a configuration of practices that fits with the demands from their environment and helps them leverage a wider range of support. Yet this strategy also exposes organizations to greater risks of internal conflict among members who might champion competing logics, as well as conflict with external stakeholders who hold competing expectations".



confluiscono le logiche sottostanti diverse e trovano diversi momenti di emersione e coerente legittima affermazione.

E' stato, in particolare, osservato che *“as long as the conflict on goals is resolved at the field level by a central actor, hybrid organizations, especially the ones that benefit from a priori legitimacy by virtue of their founding origins, are able to combine pure practices from the different institutional logics, thus developing a distinctive organizing template that allows them to effectively scale their operations. This suggests that hybrids may be a viable organizational form that can exhibit distinct advantages in complex and permanently conflicting institutional environments”*<sup>118</sup>.

Gli ibridi, dunque, funzionano nella gestione delle logiche istituzionali confliggenti.

E' intuibile la rilevanza di tali esiti d'indagine per la transazione di partenariato istituzionalizzato che la parte pubblica e la parte privata pongono in essere.

Ciascuna delle due parti non dismette la propria soggettività ma anzi si mantiene viva ed attiva nella titolarità e promozione dei rispettivi interessi ultimi: quelli di massimizzazione della finalità di interesse generale sottesa alla operazione e quella di massimizzazione dell'obiettivo di profitto atteso dalla medesima operazione. E ciascuna delle predette parti, precisamente al fine di sostenere il perseguimento di tali rispettivi interessi, è bene attiva all'interno della nuova organizzazione, costituita dal soggetto terzo

---

<sup>118</sup> C.Pache e F.Santos, *Inside the hybrid organization: An organizational level view of responses to conflicting institutional demands*, ESSEC Business School Research Center, ESSEC Working Paper 11001, February 2011, p. 39.

esito della istituzionalizzazione della relazione di partenariato, e pronta a condizionare l'operatività del medesimo nel senso ritenuto più utile alle proprie specifiche finalità.

Ed è altresì rilevante segnalare la complessità e ricchezza degli studi che si sono susseguiti sul punto al fine di cogliere quanto articolate e variegata siano le possibili risposte organizzative che coloro, chiamati all'operatività quotidiana del soggetto istituzionalizzato ed abitualmente espressione di una delle due parti, approntano a fronte delle esigenze contrapposte delle due parti che hanno originato tale nuova organizzazione.

Basti pensare all'Amministratore delegato, espressione della parte privata all'interno di tale nuovo soggetto sede (ed ancora prima esito) dell'istituzionalizzazione del partenariato, chiamato al confronto con gli esponenti della parte pubblica o con altri portatori di interessi, alla medesima parte riconducibili, come l'incontro con i consiglieri comunali dell'ente per il cui territorio presta servizi il partenariato.

## **2.2. Pubblico e Privato nelle organizzazioni ibride caratterizzate da logiche istituzionali confliggenti.**

La concomitante manifestazione di tratti distintivi tanto delle entità pubbliche quanto di quelle private ha indotto gli studi, prevalentemente maturati attorno al fenomeno della organizzazione "*non-profit*", ad elaborare una diversa nozione di organizzazioni "*ibride*", dove la natura ibrida non risiede nella posizione mediana tra "*mercati*" e "*gerarchie*", come avviene nella ricostruzione della "*Transaction Cost Economics*" ma nella

commistione di caratteri delle entità pubbliche e delle entità private all'interno del medesimo soggetto organizzativo<sup>119</sup>.

Le elaborazioni teoriche sul punto suggeriscono di avviare la riflessione a partire dallo stato “*non ibrido*” del fenomeno: in altri termini, la comprensione del fenomeno delle organizzazioni ibride parte, secondo un tipico procedimento logico “*a contrario*”, della definizione di ciò che ibrido non è.

L'approccio prescelto è quello che prevede, da un lato, la ricostruzione di un “*tipo ideale*” pubblico ovvero privato e, dall'altro, che tale ricostruzione venga affidata alla preliminare definizione del regime “*proprietario*” dell'entità in esame, interrogandosi su due distinti temi: a chi appartiene l'ente ed a quali logiche istituzionali conseguentemente risponde?

La ricostruzione del “*tipo ideale*” assume che tutte le organizzazioni abbiano caratteri strutturali distintivi e che le logiche ed i principi che governano tali organizzazioni siano diverse tra “*settori*” ed in particolare, tra il “*settore*” pubblico ed il “*settore*” privato.

Entro tale prospettiva, che comprensibilmente gli studi ritengono di definire weberiana, il “*tipo ideale*” diviene allora il modello astratto rispetto al quale misurare scostamenti e deviazioni, magari semplicemente variazioni, nella definizione di strutture e nei principi all'interno di ciascuna organizzazione appartenente al rispettivo settore, la quale, peraltro, fonda comunque la propria legittimazione a partire dall'adesione ai caratteri fondamentali del “*tipo ideale*”. In ultima analisi proprio

---

<sup>119</sup> Cfr. D. Billis, *Toward a theory of hybrid organizations*, in D. Billis (a cura di), *Hybrid organizations and the Third Sector: Challenges for Practice, Theory and Policy*, London, 2010, pp. 46-49.

la tensione tra il “*tipo ideale*” e la singola realtà dell’organizzazione rivela i caratteri di quest’ultima.

Una rassegna rinvenibile della produzione scientifica sul punto illumina la centralità del regime “*proprietario*” nella costruzione del “*tipo ideale*” tra organizzazioni del settore pubblico ed organizzazioni del settore privato.

L’analisi comparata dei settori pubblici e privati ha, di volta in volta, posto in evidenza il ruolo decisivo della “*proprietà*” e dei sistemi di finanziamento<sup>120</sup>, la necessità di introduzione di criteri distintivi tra i due settori legati alla proprietà, al sistema di finanziamento nonché alle modalità di controllo sociale sull’organizzazione<sup>121</sup>. Proprietà e metodi di finanziamento divengono i tratti fondamentali, individuati quali variabili decisive, anche per la ricostruzione di strutture quasi-pubbliche e dunque ibride<sup>122</sup>. Anche gli sforzi per l’individuazione di elementi strutturali fondamentali ed irrinunciabili, convergono nel collocare il regime proprietario quale primo fattore determinante nell’iscrizione dell’entità organizzativa all’interno del settore pubblico e privato, tra i cinque complessivi, costituiti, oltre che appunto dalla proprietà, dalla struttura di governo, dalle priorità operative, dalle risorse umane in dotazione e dai caratteri di altre risorse disponibili<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. G.L. Wamsley e M.N. Zald, *The Political Economy of Public Organizations*, Bloomington, Indiana University Press, 1976.

<sup>121</sup> Cfr. J.L. Perry e H.G. Rainey, *The Public-Private Distinction in Organization Theory: a Critique and Research Strategy*. *The Academy of Management Review*, 13(2) pp. 182-201, 1988.

<sup>122</sup> Cfr. J.G.S Koppell, *The Politics of Quasi-Government: Hybrid Organizations and the Dynamics of Bureaucratic Control*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003

<sup>123</sup> Cfr. D. Billis, *The Roots of Voluntary Agencies: A question of Choice, Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 20(1), pp. 57-70, 1991

E' significativo notare che le indagini sul regime proprietario si sono essenzialmente concentrate su organizzazioni del “*settore privato*”, focalizzando, in primo luogo, la titolarità dei diritti residuali di decisione e quelli di allocazione dei proventi residui esito della gestione e dell'investimento iniziale<sup>124</sup>, quali componenti essenziali della nozione di “*proprietà*”.

L'evoluzione della ricerca ha, però, mostrato crescente attenzione verso le organizzazioni “*non profit*”, rilevanti in quanto soluzioni istituzionali “*ibride*” tra settore pubblico e settore privato, segnalando, quale elemento qualificante del regime proprietario, il “*controllo finale*”<sup>125</sup>, inteso come diritto di nomina dell'organo di amministrazione dell'entità, e, nel contempo, rilevando la problematicità dell'individuazione di soggetti effettivamente titolari di diritti al conseguimento dei proventi residuali in contesti organizzativi caratterizzati dall'assenza di vincoli alla distribuzione di utili, come appunto nel caso delle organizzazioni “*non profit*”<sup>126</sup>.

Proprio tali aspetti problematici hanno indotto gli studi alla ricerca di soggetti ulteriori, non più caratterizzati da diritti in termini di “*controllo finale*” o di appropriazione dei proventi residuali bensì come soggetti determinanti chiamati ad interpretare e decidere la missione dell'organizzazione medesima

---

<sup>124</sup> Cfr. P.R. Milgrom e J. Roberts, *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1992

<sup>125</sup> Cfr. H. Hansmann, *Economic Theories of Nonprofit Organization*, in W.W. Powell (ed.) *The Nonprofit Sector*, New Haven and London, Yale University Press, 1987

<sup>126</sup> Cfr. H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996

in situazioni controverse<sup>127</sup> o comunque ad orientare l'organizzazione, stabilendone gli obiettivi<sup>128</sup>.

Regime proprietario e diritti di decisione – divaricati e divaricanti – sono alla base di tale ricostruzione della diversità di caratteri tra organizzazione “*pubblica*” e “*privata*” nella fase antecedente alla loro “*ibridazione*”, secondo un modello per il quale debbono essere ravvisati “[A] *private sector which is (a) owned by shareholder and (b) governed according to the principle of size of share ownership, working according to (c) operational priorities driven by principles of market forces in individual choice, with typical (d) human resources consisting of paid employees in a managerially controlled firm and € other resources primarily from sales and fees*” nonché distintamente “[A] *public sector witch is (a) owned by the citizen and (b) governed according to principles of public election with work driven (c) by principles of public services and collective choice and as its typical (d) human resource consisting of paid public servants in legally backed bureaux and (f) resourced by taxation*”<sup>129</sup>.

In ogni caso, la costruzione del “*tipo ideale*”, tanto di organizzazione privata quanto di organizzazione pubblica,

---

<sup>127</sup> Cfr. G. Speckbacher, *The Economics of Performance Management in Non-Profit Organizations*, *Nonprofit Management and Leadership*, 13(3), pp 267-281, 2003

<sup>128</sup> Cfr. A. Ben-Ner e D.C. Jones, *Employee Participation, Ownership and Productivity: A Theoretical Framework*, *Industrial Relations*, 34 (4), pp. 532-554, 1995; C. Chew e S.P. Osborne, *Identifying the Factors that Influence Positioning Strategy in UK Charitable, Organizations that Provide Public Services: Towards an Integrating Model*. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 38 (1), pp 29-50, 2009

<sup>129</sup> D. Billis, *Toward a theory of hybrid organizations*, in D.Billis (a cura di), *Hybrid organizations and the Third Sector: Challenges for Practice, Theory and Policy*, London, 2010, pp. 49.

evidenza non solo caratteri strutturali diversi ma, più in profondità, logiche istituzionali contrapposte, la cui combinazione, nel caso della relazione di partenariato, pone, in primo luogo, una questione di verifica della possibile coesistenza ed in secondo luogo una definizione dei problemi posti da tale coesistenza ed infine le tecniche per assicurare la coesistenza medesima.

Prima ancora, però, le complessità, all'interno della relazione di partenariato, determinate sia dalle logiche istituzionali contrapposte sia dai tratti distintivi delle due tipologie di entità considerate – la parte pubblica e la parte privata (ed i loro rispettivi contesti organizzativi di appartenenza) – debbono essere esaminate anche attraverso l'analisi formale della interazione strategica tra parte pubblica e parte privata, così come determinate dagli interessi divergenti di cui sono portatrici le parti che danno luogo a tale relazione.

### **3. La relazione di partenariato secondo le indicazioni ricostruttive della teoria dei giochi.**

Il ricorso alla strumentazione formale denominata “*teoria dei giochi*” – ovvero ancora “*analisi di conflitto*” o ancora “*teoria della decisione interattiva*” ovvero ancora più puntualmente definita come “*studio dei modelli matematici di conflitto e cooperazione tra decisori intelligenti e razionali*” – è, infatti, assai frequente nella disamina delle relazioni di partenariato tra parti pubbliche e parti private e tale ricorrenza non sorprende<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> S. Ping Ho, *Game theory and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 175 e segg..

E' proprio la polarizzazione degli interessi e la contrapposizione di logiche istituzionali confliggenti, nei termini in precedenza descritti, a fornire agli studiosi una rappresentazione quasi plastica dello stato e delle dinamiche interne alla relazione tra parte pubblica e parte privata su cui applicare la strumentazione analitica della interazione strategica tra decisori razionali con una finalità ultima: quella di far emergere, attraverso l'astrazione formale propria del modello, le componenti decisive che determinano la condotta delle parti.

Nel paragrafo precedente sono, infatti, emerse le condotte delle parti e le risposte che l'organizzazione, entro cui si svolgono le dinamiche conflittuali tra le parti medesime, appronta per l'allentamento ed infine il governo di tali tensioni, il presente paragrafo è, invece, chiamato all'individuazione delle origini di tali dinamiche conflittuali attraverso l'individuazione delle componenti della relazione tra parte pubblica e privata che generano la contrapposizione degli interessi.

La costruzione del gioco<sup>131</sup> – intesa come elaborazione del modello dal quale e per mezzo del quale è attesa la

---

<sup>131</sup> I. Ayres e R. Gertner, Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules, in Yale Law Journal, Vol. 101, 729, 1992, quindi ripubblicato in E.B. Rasmussen (a cura di), Game Theory and the Law, Edward Elgar, Cheltenham (U.K.) e Northampton (MA, U.S.A.), 2007, pp. 8-9, secondo cui *“To establish “The rules of the game”, modellers need to define clearly: The players – the individuals who make decisions; The order of play and the actions available to each player at each point in the game; The information available to players at the time they make decisions; and The outcome and payoffs for the players that result from different combinations of action. Game-theoretic modelling consists of defining the rules of the game and then “solving” the game – deriving the best strategies for each player and the equilibrium that will result if each player undertakes her best strategy. To solve the game, a modeller must decide what constitutes an equilibrium of “best strategy”. The modeller must choose an equilibrium or solution concept. The most commonly used*



rappresentazione delle interazioni tra le parti – passa attraverso quattro specifiche fasi operative costituite, in primo luogo, dalla definizione dei giocatori (considerati come i singoli individui ovvero entità che assumono le decisioni), in secondo luogo, dall'ordine del gioco e dalle azioni disponibili per ciascun giocatore in ogni momento del gioco, in terzo luogo, dalle informazioni disponibili al momento dell'assunzione delle decisioni e da ultimo, in quarto luogo, le vincite per i giocatori che scaturiscono dalle differenti combinazioni di azioni conseguenti alle decisioni assunte.

Si tratta, in altri termini, di giungere alla individuazione delle componenti essenziali della relazione tra le parti del gioco attraverso un processo di semplificazione e riduzione ad essenzialità dei contenuti e dei caratteri di tali relazioni: a ciascuna delle fasi operative della costruzione del modello corrisponde la definizione di un punto qualificante delle interazioni tra le parti.

Costruito il gioco, rimane, infine, da definire la sua soluzione o – secondo la terminologia della letteratura – il suo equilibrio, intesi come individuazione della migliore strategia per ciascun giocatore e della relativa situazione (appunto di equilibrio) che deriverà se ciascun giocatore seguirà fedelmente la propria migliore strategia, attuandola.

---

*solution concept is the Nash equilibrium. A set of strategies is a Nash equilibrium if no player has an incentive to deviate from her strategy given that the other players do not deviate. A set of Nash strategies will be resilient against deviance- and therefore constitute an equilibrium – because each player can do no better if the other players conform”.*

### 3.1. La relazione di partenariato come gioco dinamico ad informazioni incomplete.

La classificazione dei giochi è utile al fine di collocare esattamente la relazione di partenariato nell'esatto contesto teorico entro cui viene ad essere esaminata secondo la prospettiva delle interazioni strategiche tra le parti<sup>132</sup>.

E' noto come le quattro classi di giochi individuate dalla letteratura formatasi sul punto – giochi statici ad informazioni complete, giochi statici ad informazioni incomplete, giochi dinamici ad informazioni complete, giochi dinamici ad informazioni incomplete – risultino articolate essenzialmente su due criteri fondamentali costituiti rispettivamente dalla natura sequenziale o meno del gioco (se, dunque, i giocatori possono o meno “*muovere*” simultaneamente ovvero l'uno dopo l'altro con l'evidente conseguenza secondo che, in tale secondo caso, il giocatore che muove per secondo, appunto in sequenza rispetto all'altro, compie la propria “*mossa*” nella consapevolezza della mossa decisa previamente dall'altro) e dalla completezza o meno delle informazioni circa il gioco (se, dunque, i giocatori possono disporre o meno di notizie complete circa la razionalità di condotta degli altri giocatori, circa la portata delle “*vincite*” degli altri giocatori ed in ultima analisi sulla complessiva struttura del gioco, la quale diviene, in caso di gioco ad informazione complete di conoscenza comune tra tutti i giocatori).

---

<sup>132</sup> S. Ping Ho, *Game theory and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 176-179.

La relazione di partenariato – come del resto la pressoché totalità dei rapporti contrattuali o comunque a contenuto negoziale (ivi incluso naturalmente il contratto di società) – è ascrivibile alla classe dei giochi dinamici ad informazioni incomplete: i giocatori “*muovono*” in sequenza (l’uno “*muove*” dopo che l’altro ha “*mosso*” e quindi non solo nella consapevolezza da parte della “*mossa*” che ha compiuto il primo ma altresì nella possibilità da parte del secondo di rispondere strategicamente alla “*mossa*” compiuta dal primo) e l’uno non disponendo delle informazioni, quanto meno non tutte, di cui dispone l’altro.

In una simile classe di giochi, il problema centrale diviene affrontare l’asimmetria delle informazioni disponibili attraverso la definizione (ma sarebbe più corretto dire attraverso l’approssimazione) di “*tipi*” di giocatori. I giocatori vengono, in altri termini, differenziati in “*tipi*” e viene, quindi, formulata, in relazione alla differenziazione compiuta, una valutazione probabilistica sulla loro condotta.

Costruzione del gioco e soluzione del medesimo – i due momenti fondamentali dell’elaborazione del modello – risentono ovviamente di tale tecnica.

La costruzione del gioco passa, in particolare, per la ricerca ed infine l’individuazione, tra i giocatori, dei possibili candidati all’iscrizione al “*tipo*” di giocatore stabilito nonché, subito dopo, per la successiva verifica di effettiva sussistenza dei requisiti stabiliti per il “*tipo*” a cui il giocatore è stato iscritto.

La soluzione del gioco consiste, invece, nell’individuazione della strategia probabile, date le informazioni non disponibili, a cui si atterrà il giocatore.

Rispetto a tale strategia, così individuata, verrà giudicato l'equilibrio del gioco – nel senso di capacità della strategia di mantenersi resiliente rispetto all'eventualità di defezioni dalla medesima da parte di altri giocatori – e quindi la soluzione del gioco medesimo.

Nel caso dei giochi dinamici ad informazioni complete, tale equilibrio è, dunque, definito “*perfetto bayesiano*” in ragione essenzialmente del ricorso alla regola di “*Bayes*”<sup>133</sup>.

### 3.2. Le parti della relazione di partenariato nel gioco: il “*signalling*” della parte privata e lo “*screening*” della parte pubblica.

La configurazione della relazione di partenariato come gioco dinamico ad informazioni incomplete implica che tanto la parte privata quanto quella pubblica affidano l'elaborazione delle rispettive strategie alle tecniche di “*segnalazione*”<sup>134</sup>, mediante le quali ciascuna parte intende orientare l'altra nella definizione delle

---

<sup>133</sup> Cfr. I. Ayres e R. Gertner, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, in Yale Law Journal, Vol. 101, 729, 1992, quindi ripubblicato in E.B. Rasmusen (a cura di), *Game Theory and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham (U.K.) e Northampton (MA, U.S.A.), 2007, p. 19, secondo cui “*In games with asymmetric information, the uninformed players may have opportunities to deduce the private information of their rivals by watching how their rivals behave. In terms of Bayesian statics, a player may be able to update her prior beliefs by taking account of how the knowledgeable players behave*”; i medesimi Autori spiegano come “*Bayes's Rule is a probabilistic formula for updating a prior belief given new information*”.

<sup>134</sup> S. Ping Ho, *Game theory and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 189 e segg..

reciproche condotte, inviando un apposito “*segnale*” rivelatore di informazioni altrimenti celate e quindi non conosciute all’altra parte. I giocatori, in altri termini, rivelano strategicamente, attraverso il rilascio del segnale, una determinata informazione, ritenendo la medesima idonea a determinare una reazione parimenti strategica ad iniziativa dell’altra parte.

Fondamentale, all’interno di tale contesto teorico che vede il “*segnale*” come tecnica per la differenziazione dei singoli giocatori in vari “*tipi*” (nel senso che la “*segnalazione*” consente al giocatore “*mittente*” di distinguersi dagli altri competitori e quindi essere ascritto ad un determinato “*tipo*” di giocatore da parte del “*ricevente*”), è l’assunto secondo cui il segnale più credibile è quello che, inviato da un giocatore risulterebbe troppo costoso per essere inviato da un altro “*tipo*” di giocatore, così rendendo, particolarmente affidabile, per la parte “*ricevente*”, le decisioni, dalla medesima parte “*ricevente*” già assunte o da assumere, di ascrivere il mittente ad un “*tipo*” piuttosto che ad un altro.

Il percorso logico sotteso a tale assunto è intuibile: se il contenuto del “*segnale*” è molto costoso per il “*mittente*”, tanto che un altro giocatore sceglie di non inviarlo, significa che il “*giocatore*” è serio nel suo intento, impegnando risorse significative, salve naturalmente le condotte opportunistiche che vedremo più avanti, e quindi fondata è la decisione di ascriverlo ad un determinato “*tipo*” di giocatore piuttosto che ad un altro. Il gioco dinamico ad informazioni incomplete – il quale, non a caso, diviene “*gioco di segnalazione*” nella terminologia della teoria dei giochi – risulta, quindi caratterizzato dalla valenza strategica del rilascio delle informazioni attraverso le quali ciascuna delle parti intende condizionare la strategia dell’altra.

Nella relazione di partenariato, il gioco di “*segnalazione*” – che è appunto un gioco dinamico ad informazioni incomplete – si svolge nella fase di promozione del progetto di PPP e vede in azione, da un lato, la parte privata (“*mittente*”) che invia il “segnale” e, dall’altro lato, la parte pubblica (“*ricevente*”) chiamata a valutare il “*segnale*”, così come ricevuto.

Si è già detto come il PPP configuri un gioco dinamico ad informazioni incomplete dove l’equilibrio – sempre inteso come idoneità di ciascuna delle strategie a resistere a condotte devianti da parte dei giocatori che le interpretano (poiché nessuno dei giocatori può conseguire vantaggi superiori a mezzo di strategie diverse rispetto a quelli che ottiene attraverso la condotta conforme alla strategia stabilita) – può essere raggiunto attraverso una duplice modalità.

La prima è quella del c.d. “*equilibrio di aggregazione*” dove differenti “*tipi*” di giocatori “*informati*” (parti che cioè dispongono di informazioni non note ad altro giocatore) agiscono in modo non differenziato ed il giocatore “*non informato*” (quello a cui sono appunto celate le informazioni) non riesce a distinguere i tipi di giocatori “*informati*” che si trova ad avere nel gioco, esattamente in ragione di tale condotta non differenziata da parte dei giocatori informati.

La seconda è quella del c.d. “*equilibrio di separazione*” nel quale diversi “*tipi*” di giocatori informati, nel senso sopra inteso, agiscono in modo differenziato e differenziante l’uno dall’altro, ponendo, pertanto, il giocatore “*non informato*”, sempre nel senso sopra inteso, in condizione di poter consapevolmente distinguere tra i “*tipi*” di giocatori in relazione alla condotta da ciascuno posta in essere.

L'invio di “*segnali*” – da parte del “*giocatore informato*” al “*giocatore non informato*” per orientare la consapevolezza di quest'ultimo circa i “*tipi*” di giocatori che si trova dinanzi nel gioco – costituisce la tecnica fondamentale per il superamento dell'asimmetria informativa nell'ambito dei giochi dinamici ad informazioni incomplete, tanto per quelli caratterizzati da “*equilibri di aggregazione*” quanto per quelli caratterizzati da “*equilibri di separazione*”.

All'interno della relazione di partenariato, l'invio del segnale ad iniziativa della parte privata risulta, precisamente preordinato, a persuadere la parte pubblica o comunque a fornire informazioni alla medesima in ordine al “*tipo*” di giocatore, appunto rappresentato dalla parte privata promotrice.

Emerge a questo punto con evidenza come la sede istituzionale propria di svolgimento del c.d. “*gioco di segnalazione*” sia, nel nostro caso, la procedura di gara a partire dalla quale ed entro la quale le informazioni vengono scambiate tra parte pubblica e parte privata.

Tali informazioni, preordinate a consentire alla parte “*ricevente*” di ascrivere il “*mittente*” ad un “*tipo*” di giocatore piuttosto che ad un altro a categoria, si organizzano in un flusso che si origina dalla parte privata, appunto in posizione di “*mittente*”, verso quella pubblica in posizione di “*ricevente*”.

Diviene chiaro, in particolare, che la proposta della parte privata circa il contenuto del progetto di PPP e la sua realizzazione – o più precisamente: l'offerta della parte privata – altro non è, nella sua portata negoziale di contenuti economici, tecnici e di modellazione istituzionale del rapporto, che un insieme di “*segnali*”, appositamente assemblati ed altrettanto appositamente

inviati per consentire alla parte pubblica il disvelamento di informazioni altrimenti ignote circa i caratteri del suo interlocutore ed in ultima analisi sulla serietà ed attendibilità della sua proposta.

La successiva azione di gioco della parte pubblica diviene allora quella della parte pubblica che procede a valutare l'offerta nella prospettiva di aggiudicazione del progetto.

### **3.3. Squilibri della struttura di profitto della parte privata e costi politici di rinegoziazione come dinamiche “*invarianti*” nella relazione di partenariato come gioco**

Le applicazioni della teoria dei giochi alla relazione di partenariato si concentrano sulle conseguenze degli eventuali squilibri della struttura di profitto della parte privata ed in particolare sulla domanda di rinegoziazione finanziaria a quel punto formulata dalla parte privata verso quella pubblica con gli intuibili rischi di stallo per la complessiva iniziativa.

L'inadeguatezza – conseguenza di una costruzione squilibrata – del “*Value of Profit Pool*” diviene, in ultima analisi, causa di condotte opportunistiche volte a determinare un recupero di profitto, attraverso, in primo luogo, lo sfruttamento di vere e proprie asimmetrie informative, riconducibili alla maggiore prossimità della parte privata all'operatività del progetto (come, ad esempio, informazioni manipolabili relative al costo di costruzione dell'infrastruttura o di allestimento del servizio nonché di loro successiva gestione ed esercizio) nonché, in secondo luogo, la richiesta di rinegoziazione dei complessivi termini di



remunerazione economica attesi dall'operazione<sup>135</sup>. Non è un caso, del resto, che anche le nuove previsioni di diritto europeo in tema di concessione prevedono margini e presupposti di variante assai più ampi rispetto al caso del contratto di appalto come tradizionale strumento e veste giuridica di “*procurement*”.

Il punto è che, in termini di teoria dei giochi e tanto nei modelli di costruzione della relazione tra parte pubblica e parte privata come gioco dinamico ad informazioni complete (solamente quale modellistica teorica idonea a produrre equilibri di “*Nash*” utili ai fini di una ulteriore astrazione concettuale del problema e quindi di una ancora più specifica focalizzazione del tema centrale della relazione) quanto in quelli disegnati come gioco dinamico ad informazioni incomplete (più aderente alla realtà della dinamica del rapporto ma spiegabili esclusivamente in termini di equilibri “*bayesiani*”), la spinta alla rinegoziazione (ed all'opposto al contenimento di tale spinta per una maggiore certezza ed affidabilità dei costi e dei contenuti della “*delivery*” del progetto) costituisce il “*driver*” fondamentale delle strategie delle parti.

Il circuito entro cui la strategia si dispiega è, infatti, sempre quello della propensione della parte privata a formulare istanza per la rinegoziazione dei termini di remunerazione nonché di realizzazione del progetto e della corrispondente inclinazione della parte pubblica ad accettare la richiesta di rinegoziazione dinanzi al rischio di fallimento del progetto medesimo.

---

<sup>135</sup> S. Ping Ho, *Game theory and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 181 e segg..

Le ragioni di tale inclinazione della parte pubblica risiedono – e i modelli ben incorporano tale fattore – nei costi politici implicati dal fallimento del progetto e nella contemporanea consapevolezza della medesima parte pubblica che analoghi costi politici sono comunque insiti anche nella decisione di dedicare al progetto, in corso di esecuzione, maggiori risorse di quelle originariamente previste.

Il salvataggio del progetto per evitarne il fallimento ed i costi politici implicati tanto dal fallimento quanto dal rifinanziamento del progetto divengono, dunque, le chiavi di lettura della condotta di parte pubblica, così come la spinta alla rinegoziazione ed alla connessa situazione di stallo caratterizza, invece, la parte privata.

Proprio tale spinta alla rinegoziazione<sup>136</sup> e la corrispondente inclinazione al salvataggio del progetto mediante accoglimento

---

<sup>136</sup> D.G. Baird, R.H. Gertner, R.C. Picker, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA, U.S.A.) e London (U.K.), 1998, p. 117, secondo cui “*In some cases, it might be in the interest of the parties to prevent renegotiations. Consider a contract between a defense contractor and the government to develop and build a new fighter plane. The government wants the contractor to develop the plane in a reasonable period of time and at a reasonable cost. If the government cannot observe the efforts of the contractor, there is a moral hazard problem. If the contract gave the contractor a fixed sum of money, the contractor would not take sufficient effort. This is an example of the classic principal-agent problem. In many cases, the optimal contract will give the government the right to cancel the project if the delays are too long or cost overruns are too great. Such a contract, however, will be subject to a significant renegotiation problem. Imagine that there are large delays and cost overruns. It may not be optimal to cancel the project at this point, given that an enormous amount of resources has already been sunk into the project. The incremental costs of continuing may be small relative to incremental gains. There are gains from renegotiating the original contract; both parties can be made better off by ripping up the old contract and signing a new one that includes continuation. In this case, renegotiations are not desirable before the fact, even though they are desirable after the fact. The possibility of renegotiations undermines*

dell'istanza di rinegoziazione divengono – almeno così i modelli rivelano – strategie da cui è impossibile far deviare o comunque allontanare le parti.

E' interessante notare da subito – ed il tema acquista rilievo nel prosieguo con particolare riguardo alla struttura del finanziamento del soggetto esito della istituzionalizzazione della relazione di partenariato – che, in caso di fallimento del progetto e posta la perdurante ravvisata utilità del medesimo, il progetto è restituito alla disponibilità della parte pubblica, per la quale il fallimento diviene solo un mezzo di sostituzione della parte privata.

Analogamente avviene nei giochi ad informazioni incomplete, dove il ruolo della segnalazione è appunto preordinato a far emergere elementi (e quindi tendenzialmente a consentire il completamento dell'informazione) utili a comprendere gli intendimenti effettivi delle parti ma, in ultima analisi, tali elementi tornano a riproporre il tema dell'eventualità (e relativa probabilità) della richiesta di rinegoziazione da parte privata e quindi di altrettanto eventuale (e quindi probabile o meno) disponibilità della parte pubblica all'accoglimento di tale istanza in funzione di salvataggio del progetto.

#### 4. Le organizzazioni ibride nella “*Transaction Cost Economics*”.

---

*the contractor's incentives. The contractor will work less hard than it should because, even if the government has the right to cancel the contract, it will never be in its interest to do so. Instead, the government will renegotiate. An incentive contract tht can be renegotiated cannot work as well as one that cannot be renegotiated. Writing such a contract, however, is difficult”.*

Appaiono a questo punto evidenti le possibilità di integrazione della “*Transaction Cost Economics*” con la teoria dei giochi applicata<sup>137</sup>, nei termini sopra esposti, alla relazione di partenariato: è chiaro che, nella prospettiva della “*Transaction Cost Economics*”, le elevate potenzialità di condotte opportunistiche, tanto da parte privata e non di meno da parte pubblica, costituiscono altrettanto potenziali costi di transazione, di cui, in senso più pregiudizievole per la relazione di partenariato, quelli non rivelati ma nascosti, il cui disvelamento avviene esclusivamente all’esito del circuito che va dall’istanza di rinegoziazione della parte privata al successivo intervento di salvataggio da parte pubblica, il primo dei quali innescato da due fondamentali fonti di costi di transazione: la struttura squilibrata di profitto della parte privata e la domanda (peraltro strettamente necessitata e consequenziale) di rinegoziazione.

L’interazione dinamica tra parte pubblica e parte privata – ed in particolare: il segnale inviato dalla parte privata e la lettura del medesimo segnale da parte pubblica – trovano, pertanto, obiettivi ben specifici nell’integrazione della teoria dei giochi nella “*Transaction Cost Economics*”.

Per la parte pubblica diviene indispensabile introdurre pratiche e tecniche di lettura del segnale (inviato dalla parte privata) che riducano gli incentivi ed in generale gli spazi di manovra per condotte opportunistiche. Corrispondentemente la

---

<sup>137</sup> S. Ping Ho, *Game theory and PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 195 e segg..

parte privata deve costruire la propria proposta di progetto, a partire dai termini di accordo per l'approntamento e la gestione sino alle decisioni di investimento o di finanziamento, in senso conforme alle strategie della parte pubblica o comunque per rappresentare l'attendibilità e serietà della proposta medesima attraverso quanto oggetto di propria segnalazione.

Le incongruenze degli obiettivi tra le parti emergono, però, sin d'ora evidenti: la parte pubblica massimizza comunque il risultato di interesse generale, attraverso il quale dovrebbero, peraltro, essere virtuosamente massimizzati anche i ritorni politici dell'iniziativa, mentre la parte privata massimizza i ricavi come mezzo per di consolidamento e conferma del proprio profitto aggregato atteso.

Tornano, in altri termini, le logiche istituzionali confliggenti, quale tratto dell'iniziativa di partenariato ma si tratta ora di tentarne la composizione secondo la strumentazione fornita dalle varietà delle organizzazioni ibride, secondo le indicazioni più puntuali della "*Transaction Cost Economics*" e con particolare riguardo quindi alla "*più pura*" tra le organizzazioni ibride, la "*Joint Venture*" e, con specifico riferimento al nostro studio alla "*Joint Venture*" costituita tra parte pubblica e parte privata all'interno della relazione di partenariato.

#### **4.1. Le ragioni delle organizzazioni ibride.**

L'organizzazione ibrida, come sopra anticipato, si presenta come un assetto raggiunto da due o più parti nell'ambito del quale pongono in comune tanto specifici diritti di decisione amministrativa quanto specifici diritti di proprietà, pur

mantenendo, nel contempo distinti e quindi riservati a ciascuna delle parti medesime, i regimi di proprietà su beni strategici per le rispettive attività, così da richiedere appositi strumenti di coordinamento mediante i quali disciplinare l'attività svolta in comune e quindi stabilire l'allocazione delle remunerazioni per tale attività in comune svolta<sup>138</sup>.

L'organizzazione ibrida è, in primo luogo, uno strumento di reazione e tutela rispetto a situazioni di incertezza. L'incertezza può essere di più varia natura: turbolenze o comunque oscillazioni di mercato; variazioni di tecnologia; variazioni sulla qualità dei prodotti o degli approvvigionamenti richiesti per la produzione; esito di condotte opportunistiche; rischi di ambienti istituzionali quali la difficoltà di protezione o implementazione di diritti. E' questa la più tradizionale delle risposte della "*Transaction Cost Economics*" che al contenuto dell'incertezza e soprattutto alle conseguenti esigenze di adattamento, che tale incertezza pone nell'avveramento di eventi imprevedibili, riconnette la necessità di adeguate scelte organizzative.

In secondo luogo, la soluzione ibrida costituisce un mezzo di creazione di valore attraverso una situazione di mutua interdipendenza tra le parti. Il conferimento - o, come si è detto sopra, la devoluzione - di diritti di decisione e diritti di proprietà ad un centro comune diviene strumento per conseguire benefici altrimenti non conseguibili.

E' intuibile, infatti, come la creazione di valore è, in questo caso, conseguenza dell'aggregazione di investimenti e di risorse

---

<sup>138</sup> Cfr. C. Menard, Hybrid Modes of Organization, in R. Gibbons e J. Roberts, The Handbook of Organizational Economics, Princeton University Press, 2013, pp. 1066 e segg.

prodotta dalla messa in comune di alcuni “*asset*” determinati, la quale viene in caso di esito felice dell’impresa adeguatamente remunerata in misura superiore a quello che sarebbe stato possibile in assenza del più cospicuo dimensionamento delle risorse disponibili attraverso la messa in comune (e quindi a disposizione delle medesime).

La messa in comune di beni e risorse può produrre economie di scala e di scopo; analogamente le parti possono beneficiare di relazioni di complementarità tra loro, come nel caso, del “*Newcomer*” ad elevate capacità innovative rispetto ad un operatore di maggiore tradizione e consolidamento o reputazione soprattutto con riguardo all’accesso al finanziamento; la messa in comune di beni e risorse produce, infine, effetti di condivisione di informazioni ed esperienze e, dunque, risultati di apprendimento altrettanto comune.

In terzo luogo, gli ibridi consentono di condividere profitti, tenendo nel contempo sotto controllo ed impedendo condotte opportunistiche.

L’assetto istituzionale dell’organizzazione ibrida consente, a ciascuna parte, di rimanere titolari di diritti residuali su beni o risorse conferiti per il momento di scioglimento dell’organizzazione e, nel contempo (ed anzi sino a quel momento) di trarre utili dai beni e dalle risorse messi in comune; infine, permette a ciascuna delle parti di trarre benefici sul piano singolo ed individuale – basti pensare a quelli reputazionali – dall’attività comunque svolta in comune.

I vantaggi del “*porre in comune*” beni e risorse sono, dunque, molteplici ma il punto di forza dell’organizzazione ibrida – “*id est*”: la conservazione di una soggettività autonoma in capo alle parti

che hanno dato vita alla struttura “*ibrida*” medesima – rimane il limite più significativo e comunque il punto più problematico in ordine alla c.d. “*stabilità*” delle organizzazioni ibride.

E' indubbio, peraltro, che, all'interno di tale ampia soluzione definitoria, si rinviene un'ampia varietà di intese il cui elemento unificante è la ricerca e quindi introduzione di mezzi di coordinamento tra due o più soggetti, non più affidati a meccanismi di prezzo o di integrazione diretta bensì assicurati da soluzioni istituzionali di diversa natura, essenzialmente riconducibili a tre elementi invarianti: la costituzione di una entità formale e giuridicamente rilevante a valere quale sede del coordinamento tra le parti, l'attribuzione di diritti tra le parti medesime ed infine l'adozione di strutture di governo regolate da disposizioni a contenuto procedurale piuttosto che dispositivo.

L'entità formale diviene un centro strategico comune ad entrambe le parti ed assume decisioni, in quanto titolare di specifici diritti, che vincolano le parti medesime; l'attribuzione (e ripartizione) dei diritti, tra tali parti, avviene quindi in senso conseguente, lasciando alle parti quanto non devoluto al centro comune; infine, il governo della relazione tra le parti ad opera del centro strategico comune è affidata a strumenti contrattuali i quali determinano le procedure secondo le quali il centro comune opera come decisore e risolutore, al quale le parti si sono vincolate a devolvere tale decisione e risoluzione.

#### **4.2. Il tema della stabilità delle organizzazioni ibride.**

Tema centrale diviene quello della stabilità delle “*organizzazione ibride*”. La circostanza che l'organizzazione svolga



compiti comuni ma, nel contempo, conservi attività separate genera inevitabili tensioni su molteplici piani, tra cui, su tutte, la negoziazione e poi la pattuizione nonché infine l'attuazione delle modalità concordate di impiego dei beni o delle risorse poste in comune e dei relativi diritti di remunerazione scaturenti da tale uso comune; ma ulteriormente devono, altresì, essere considerate, quali ulteriori ragioni di tensione, la preoccupazione che i beni e le risorse poste in comune possano essere “catturate” e sfruttate, in senso non equo, da una delle due parti rispetto all'altra, le difficoltà per ciascuna delle parti conseguenti all'uso limitato del bene o della risorsa posti in comune. L'autonomia che residua e viene mantenuta in capo a ciascuna delle parti – e che costituisce il tratto distintivo della natura “ibrida” dell'organizzazione – entra, dunque, in un rapporto di proporzionalità inversa rispetto alla stabilità dell'organizzazione medesima.

La letteratura individua in proposito tre momenti cruciali ai fini della definizione degli elementi di stabilità dell'organizzazione “ibrida”: l'individuazione della controparte contrattuale “giusta”, così sottolineando la decisività della scelta del soggetto con cui costituire e costruire l'assetto istituzionale “ibrido” sulla base di informazioni circa l'affidabilità del soggetto individuato, acquisite e scambiate, in larga parte, sulla base di dati storici relativi ad antecedenti esperienze in analoghe occasioni di relazione intrattenute dal medesimo soggetto; l'intensificazione dei legami tra le parti, attraverso relazioni, anche informali, dirette e chiaramente orientate a definire gli obiettivi comuni e le rispettive attese individuali scaturenti dal loro perseguimento, come mezzo di contenimento di condotte opportunistiche di una delle parti verso l'altra; l'introduzione di strumenti di controllo, come modelli

prestabiliti di condotta per ridurre gli spazi di discrezionalità degli operatori di ciascuna delle parti, parametri condivisi per la valutazione della “*performance*”, comitati congiunti e paritetici per l’esame e la definizione della linea di condotta comune da assumere su questioni rilevanti per l’organizzazione.

Sul piano dell’assetto di governo, l’organizzazione ibrida affida il contenimento o la riduzione del rischio di instabilità a quattro soluzioni istituzionali ritenute decisive: l’insediamento del centro strategico, inteso come sede di esercizio di decisioni vincolanti tra le parti, a valere quale coordinatore tra le parti indicato e deciso come scelta delle parti medesime e non a queste ultime imposto; l’individuazione, anche in tal caso, concordata, di eventuali “*terze parti*” come autorità esterne a cui deferire decisioni, tra le parti non diversamente raggiungibili; la condivisione di informazioni tra le parti, attraverso l’approntamento di canali permanenti per assicurare il flusso di tali informazioni quali la definizione di procedure operative comuni che consentano ai rispettivi addetti di maturare “*know how*” condivisi, l’introduzione di strumentazione tecnologica con cui consentire la riduzione di eventuali barriere al flusso delle informazioni; la quarta soluzione, infine, è quella insita nei contratti e nella disciplina contrattuale, intesa non tanto come introduzione di clausole dispositive che dettagliano le modalità di esercizio dei diritti o di adempimento degli obblighi, poiché anzi i contratti in questione limitano tale parte a poche previsioni concentrate sull’allocazione dei diritti di decisione fondamentali, bensì come definizione di norme comuni a contenuto procedurale che indichino alle parti la condotta da tenere in caso di sopravvenienza imprevista, occorsa in costanza di rapporto, da

governare congiuntamente attraverso decisioni appropriate e condivise.

#### 4.3. Le “*Joint Venture*” come organizzazioni ibride.

E' significativo osservare che, nel novero delle tipologie di organizzazioni ibride, le c.d. “*Joint Ventures*” vengano ritenute quelle che presentano, in forma “*pura*”, i caratteri di “*ibridità*”. In verità, tale “*purezza*” risiede essenzialmente nella rappresentazione plastica, che proprio la “*Joint Venture*”, da un lato, della esigenza di coordinamento attraverso la creazione di una “*terza entità*” rispetto alle parti che hanno tra loro costituito l'organizzazione e che accettano la sottoposizione al coordinamento nonché, dall'altro lato, della conservazione della soggettività autonoma di tutte le parti che aderiscono all'organizzazione.

Alla relazione contrattuale, pertanto, si giustappone – o forse meglio: si sovrappone – l'entità neo costituita, all'interno di un complessivo sistema in cui le “*Joint Ventures*” divengono strutture, le quali “*are simultaneously contractual agreements between two or more organizations and a separate legal (and usually organizational) entity with its own purpose*”. Più precisamente, la “*separate legal (and usually organizational) entity*” diviene strumento di attuazione dei “*contractual agreements*” intercorsi tra le parti, secondo un rapporto di strumentalità della prima rispetto ai secondi, intendendo, ancora più precisamente, la prima come mezzo per conseguire gli obiettivi stabiliti dai secondi.

Nonostante tale intensificazione dell'architettura istituzionale, in virtù della quale alla relazione contrattuale tra le

parti si aggiunge la costituzione di una nuova soggettività giuridica distinta dalle parti medesime, gli studi rivelano una tendenza “*Joint Ventures*” a godere di vita breve<sup>139</sup>.

Deve, però, essere segnalato che la vita, più o meno breve delle “*Joint Ventures*”, quali organizzazioni ibride, non necessariamente indica un insuccesso della organizzazione rispetto al conseguimento del risultato atteso, ben potendo, anzi, essere inteso come elevata efficacia nel raggiungimento dell’obiettivo prestabilito dalle parti nonché efficienza nella riduzione dei tempi di conseguimento<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> E’ però vero che tali studi sottolineano anche come “*joint venture instability may be seen as a sign of success, not failure*”, cfr. B. Gomes-Cassares, *Joint Venture Instability: Is It A Problem?*, in *Columbia Journal of World Business*, Summer, 1987, p. 97 e segg. ed anche, sia pure in senso più problematico, S.H. Park e M.V. Russo, *When Competition Eclipses Cooperation: An Event History Analysis of Joint Venture Failure*, *Management Science*, Vol. 42, n° 6, June 1996, pp. 875 e segg., i quali segnalano che il collasso delle *Joint Ventures* è più frequente allorché è intensa la competizione tra le parti all’esterno dell’ambiente istituzionale della *Joint Venture* medesima. Non dovrebbe essere tale il caso della relazione di partenariato dove anzi la logica istituzionale confliggente tende ad escludere una competizione esterna alla entità comune e semmai ad accenderla all’interno della entità proprio in dipendenza del conflitto tra logiche istituzionali. Sull’importanza dell’ambiente istituzionale interno alla *Joint Venture* ai fini della appropriata regolazione del grado di interdipendenza strategica tra le parti, si vedano S. Kumar e A. Seth, *The Design of Coordination and Control Mechanisms for Managing Joint Venture-Parent Relationship*, in *Strategic Management Journal*, Vol. 19, 579-599 (1988), dove sono rinvenibili numerose indicazioni anche sulle componenti di “*corporate governance*” della entità.

<sup>140</sup> O.WILLIAMSON, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, n° 2, (Jun., 1991), p. 293, secondo cui “*Joint Ventures are sometimes described as hybrids. If, however, joint ventures are temporary forms of organization that support quick responsiveness, and if that is their primary purpose, then both successful and unsuccessful Joint Ventures will commonly be terminated because success will often mean that each of the parties, who chose not to merge but, instead, decided to combine*

L'attenzione deve, dunque, tornare alle modalità di costruzione ed assemblaggio delle componenti della “*governance*” della “*Joint Venture*”, le quali affrontano le sfide a cui sistematicamente sono esposte le organizzazioni ibride, a partire dalla scelta di allocazione dei diritti di decisione devoluta alla “*terza entità*”, ai poteri di disposizioni sui beni e le risorse posti in comune da parte della “*terza entità*” nonché, in via residuale, alle parti sino alle condizioni di remunerazioni delle parti e quindi alle modalità di estrazione da parte di queste ultime degli utili derivanti dall'attività svolta in comune all'interno e per mezzo della “*terza entità*”.

**5. Le “*Joint Venture*” tra parte pubblica e parte privata secondo le agenzie internazionali e la nozione di “*entità terza*” esito dell'istituzionalizzazione del partenariato secondo la “*soft law*” della Commissione UE.**

La Commissione dell'Unione Europea<sup>141</sup>, come si è visto, ricorre alla nozione di “*terza entità*” ai fini di definizione dei partenariati pubblico-privati c.d. “*istituzionalizzati*”.

La posizione della Commissione UE risulta, sul punto, accompagnata, sul punto, tanto da altre agenzie internazionali,

---

*their respective strengths in a selective and timely way, will have learned enough to go it alone*”.

<sup>141</sup> Si tratta della ormai nota “*Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*” (2008/C 91/02).

specializzate<sup>142</sup> e non<sup>143</sup>, quanto da Autorità statali con risalente esperienza sul punto<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations, World Bank, Washington, 2014, il quale osserva che “[J]oint venture arrangements in infrastructure projects were until recently generally only relevant to regulating the relationships between private parties to a project company in a Build-Own-Transfer (BOT) or concession project. There is increased use of them between public utilities and private parties, **often in combination with or following the corporatization of a public utility**”, in tal caso, aggiunge il documento della struttura tecnica della World Bank, l’intesa tra parte pubblica e parte privata assume la forma di una “a joint venture company with its own legal identity separate from those of its shareholders, in which the parties will participate on an equity basis, and there is a limitation on liabilities”, segnalando che “**in the context of project finance or joint venture between the public and private sectors, this is recommended**”.

<sup>143</sup> Cfr. Cfr. International Trade Center, UNCTAD-WTO, *ITC Contractual joint venture model agreements*, Geneva, 2004, il quale, in analogia alle indicazioni delle altre agenzie internazionali, distingue tra “*Incorporated joint ventures*” e “*Contractual joint ventures*”, stabilendo che “[A]n incorporated joint venture **takes the form of a new legal entity (occasionally several entities), organized as a corporation or any other business organization provided by company law. Once the corporation is formed, the joint venture agreement may be replaced by the corporate instruments.** In some cases, the agreement nevertheless survives, for instance, if the new corporation is traded publicly and the joint venture parties wish to preserve an instrument for their privileged relationship. For parties wishing to create an incorporated joint venture, the ITC Incorporated Joint Venture Model Agreement is a preparatory instrument, laying the ground for a corporation to be formed” mentre “[I]n a contractual joint venture, cooperation between joint venture parties does not necessarily lead to the creation of a new corporation with a specific form imposed by national law. The parties to a joint venture simply organize their cooperation on a contractual basis, without forming a new corporate body. This type of cooperation is described as a contractual joint venture. A contractual joint venture is generally characterized by two important features: greater flexibility and greater exposure of the parties to liability”. Le indicazioni della ITC, pur non riferendosi alle

Si è visto anche in precedenza come il “*soft law*” della Commissione UE precisa che tale relazione “*istituzionalizzata*” di partenariato indica “*la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni*”, laddove, in particolare, “*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*

---

relazioni tra parti pubbliche e parti private, si svolgono, peraltro, in sostanziale coerenza con quelle della PPIRC della World Bank e della Commissione UE, ammonendo, peraltro, che “*Joint venture agreements with State-owned enterprises are often subject to special regulations. The model agreements may be used in these cases, too; but some of their provisions may have to be adapted*”.

<sup>144</sup> Cfr. HM Treasury, *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector*, London, 2010, secondo cui “[T]he term joint venture can describe a range of different commercial arrangements between two or more separate entities. Each party contributes resources to the venture and a new business is created in which the parties collaborate together and share the risks and benefits associated with the venture. A party may provide land, capital, intellectual property, experienced staff, equipment or any other form of asset. Each generally has an expertise or need which is central to the development and success of the new business which they decide to create together. It is also vital that the parties have a ‘shared vision’ about the objectives for the JV. It is important to distinguish the formation of a JV entity from purely contractual arrangements, such as contracts for the provision of goods or services or a concession, whereby a public sector body gives a third party (the “concessionaire”) the right to provide services to the public in consideration of payment, e.g., tolls payable to cross a bridge forming part of a public highway”. La puntualizzazione successiva riguarda, invece, il meccanismo di allocazione del rischio, in quanto “[A] JV involves risk sharing; it is suitable where a jointly owned and managed business offers the best structure for the management and mitigation of risk and realisation of benefits whether they involve asset exploitation, improved public sector services or revenue generation. It should not be seen as a delivery model in which the public sector seeks to transfer risk to the private sector through the creation of an arm’s length relationship”.

*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 PPPP”.*

Il processo di selezione della parte privata con cui instaurare la relazione istituzionalizzata di partenariato – nella duplice variante della entità di nuova istituzione ovvero dell’apertura di una entità preesistente all’ingresso della parte privata – diviene allora la prima sede di risposta al tema della ricerca del “*partner*” idoneo al progetto.

Da un lato, tale idoneità deve essere valutata esattamente con riguardo all’obiettivo di acquisizione delle capacità tecniche che la parte privata è in grado di offrire rispetto alla realizzazione del progetto atteso<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Cfr. ancora HM Treasury, *Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector*, London, 2010, dove viene precisato che “*JVs are usually established because the parties have complementary objectives and share a view of the nature and scope of its activities and the JV’s longer term objectives and benefits. This will need to be tested through the business case development and in most cases through a competitive procurement process. If this alignment of interests is not present, a JV is unlikely to be the best structure to use*”, mentre “[B]y contrast, if the public sector wishes to conclude arrangements which are clearly defined and limited in scope and with little or no potential for growth and diversification, or where risk transfer rather than risk sharing is sought, the public sector’s objectives may be achieved more easily through a more straight forward contractual mechanism or through PFI”. Il medesimo documento puntualizza che “[U]sually, for the public sector, the core reason for considering JVs is to mobilise complementary resources. The JV enables the complementary resources of the public and private sector parties to be integrated, so creating a wholly new business not otherwise achievable. Typically the purpose of the JV would stem from one, or a combination of the following objectives: a) *Value capture: The desire to capture long term value, from say property development or a commercialisation/Wider Markets*



Dall'altro lato, il procedimento di selezione risponde alle logiche dei giochi sequenziali ad informazioni incomplete dove la “segnalazione” degli “skills” da parte dell'operatore privato e la capacità di lettura dei medesimi da parte del soggetto pubblico sono i momenti fondamentali per assumere le informazioni decisive a ridurre i rischi di una selezione inappropriata.

Nel contempo proprio il processo di selezione fornisce elementi per la costruzione della “governance” dell'entità esito dell'istituzionalizzazione.

L'obbligo di trasparenza a cui la parte pubblica è tenuta, per effetto dei principi di TFUE in tema di parità di trattamento e non discriminazione, impone, infatti, che il bando di gara ovvero il capitolato d'oneri rechina sullo statuto dell'entità partecipata, sul patto tra i partecipanti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra la parte pubblica e quella privata all'esterno dell'entità ed all'interno della medesima nonché tra l'entità, complessivamente intesa quale soggettività terza, e la parte pubblica ed infine la durata prevista del progetto che l'entità

---

*Initiative opportunity. A JV provides an alternative mechanism for capturing longer term value, as the public sector body will hold an equity stake in the JV.; b) Route to market: The need to establish a new route to market for intellectual property or other assets, such as through the formation of a spin-out company from a Public Sector Research Establishment (PSRE) to establish and run a self-standing business. This is generally coupled with a desire to share in value capture as above.; c) Service delivery programmes: The need to manage a long-term programme of service delivery and/or investment in order to improve the delivery and efficiency of public services and infrastructure justifies the formation of a separate self-standing and sustainable organization”.*

partecipata dovrà eseguire, ponendo limiti alla possibilità di modifiche o varianti al contenuto del progetto.

Quello che, in senso più ampio, appare evidente è che (a) tutte tali fonti individuano nella “*entità terza*” la sede istituzionale della relazione tra le due parti ed inoltre (b) che tale “*entità terza*” diviene strumento di attuazione del programma contrattuale pattuito tra le parti.

#### **6. Il contratto di società di capitali nella istituzionalizzazione della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata secondo l'ordinamento interno.**

E', dunque, alla configurazione del rapporto societario e prima ancora al contratto di società, nel grado di dettaglio consentito dall'ordinamento interno, che deve essere rivolta specifica attenzione, esaminando, nell'ordine, lo scopo comune e l'oggetto sociale, lo statuto, i patti parasociali ed il contratto di servizio, il capitale e la struttura finanziaria, i sistemi di amministrazione e controllo nonché, infine, l'interesse sociale. La ricostruzione del modello della società di capitali mista quale sede di svolgimento della relazione di partenariato, tanto nel momento costitutivo quanto in quello attuativo ed infine in quello dissolutivo della complessiva vicenda societaria, deve inevitabilmente muovere dalla presa d'atto della funzione servente o comunque strumentale del contratto di società rispetto al programma preventivamente concordato che definisce diritti ed obblighi della parte privata così come scaturenti dall'apporto di quest'ultima in termini di partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto ed alla gestione dell'entità medesima. Tale

programma è, nel contempo, vincolo e misura dell'apporto della parte privata e quindi, “*a contrario*”, delle prerogative della parte pubblica in relazione a quanti da quest'ultima esigibile nei confronti della medesima parte privata, così condizionando ed orientando l'intera vicenda societaria.

Per il resto è agevole rilevare, quanto meno con riguardo alla disciplina di diritto interno, che, da un lato, la segnalata scelta del Legislatore italiano di mantenere una posizione di assoluto “*self-restraint*” rispetto alla disciplina delle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali induce l'interprete ad affidarsi al diritto comune delle società, salvo le singolari e frammentarie disposizioni di finanza pubblica, dettate volta per volta, con riguardo alla limitazione della capacità di diritto privato di Comuni e Province ai fini della costituzione di società a partecipazione pubblica ovvero con finalità di contenimento della spesa, in tema di numero degli amministratori nonché di emolumenti per questi ultimi ed infine di divieto di ripianamento delle perdite.

Sotto altro profilo – e con specifico riferimento ai contenuti del contratto di società – è ormai chiaro come l'istituzionalizzazione del partenariato configuri una fattispecie a formazione progressiva nell'ambito della quale la selezione della parte privata e la pattuizione del programma di collaborazione tra quest'ultima e la parte pubblica precedono la costituzione della società di capitali tra le due parti.

Si conferma, dunque, come il contratto di società e la società di capitali divengono, entro tale prospettiva di ricostruzione, strumento e sede della relazione collaborativa tra parte pubblica e parte privata.

Da un lato, è, infatti, ravvisabile un evidente nesso di strumentalità secondo cui il contratto di società diviene mezzo per l'attuazione del programma di collaborazione ma, dall'altro, il momento organizzativo tipico della società di capitali dota le parti di apposite sedi di coordinamento reciproco attraverso le quali giungere a definire le modalità di attuazione non previamente determinate o disciplinate dal programma di collaborazione.

La relazione tra programma di collaborazione e vicenda societaria diviene, dunque, imprescindibile per l'esatta comprensione dell'esperienza della parte pubblica e della parte privata nel contesto ordinamentale degli istituti del diritto delle società di capitali.

Sin d'ora e rinviando al prosieguo dell'indagine per l'ulteriore e migliore articolazione del tema, è anzi possibile osservare che, nell'impostazione prescelta, quanto più elevata è l'incompletezza del programma di collaborazione, tanto maggiore diviene il rilievo dell'esperienza societaria, la quale si affranca progressivamente dal carattere strumentale, acquisendo rilievo ed autonomia propria attraverso gli istituti dell'organizzazione e dei procedimenti deliberativi delle società di capitali, ai quali viene affidato il completamento del programma negoziale della collaborazione tra le parti.

### **6.1. Il programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata come baricentro del contratto di società.**

Il programma di collaborazione, come emerso sin dalla descrizione dei caratteri della transazione tra parte pubblica e parte privata e quindi degli istituti di governo di tale transazione,

è, in primo luogo, il parametro della esattezza dell'adempimento delle parti ai rispettivi obblighi. A tali obblighi e corrispondenti diritti, così come delimitati dal programma, le parti si attengono e quindi sono chiamate all'impiego degli istituti del diritto societario in conformità conseguente.

La centralità del programma di collaborazione, esito, in primo luogo, del procedimento con cui è stato selezionato il socio privato e dell'incontro di volontà con la parte pubblica che ne è seguito, si coglie, dunque, rispetto a ciascuno dei temi fondamentali dell'esperienza delle parti nell'ordinamento delle società di capitali, a partire dalla definizione dello scopo lucrativo comune e delle necessaria rispondenza delle fonti della regolamentazione dei rapporti tra soci, sino alla strutturazione del capitale sociale e delle tipologie di partecipazione, alla costruzione dei sistemi di amministrazione e controllo ed ai procedimenti deliberativi all'interno dei medesimi.

Nel contempo la centralità del programma di collaborazione è tale anche per tutto quanto non contemplato dal programma medesimo.

Se, infatti, il contesto ordinamentale delle società di capitali è quello entro cui il programma è completato, l'incompletezza di quest'ultimo definisce "*a contrario*" le sedi nonché i margini di autonomia deliberativa ed operativa dei soci e delle istituzioni societarie.

Queste ultime vengono liberate dal nesso di strumentalità con il programma di collaborazione e riacquistano la loro autonomia nonché, come si vedrà, il loro significato istituzionale più intenso. Quello, appunto, di assicurare il coordinamento tra le parti del rapporto sociale nel perseguimento delle finalità d'impresa.

Esiste, infine, un terzo aspetto che caratterizza il fondamentale ruolo del programma di collaborazione: la disciplina dei rapporti tra parte pubblica e parte privata quale strumento di regolazione dei poteri autoritativi della pubblica amministrazione.

Questi ultimi, basti pensare a poteri di rideterminazione tariffaria o di modulazione del servizio, ben possono incidere sull'attività d'impresa assunta ad oggetto sociale nel contratto di società e quindi condizionare l'andamento gestionale nonché economico e patrimoniale della società, così come, conseguentemente, le relazioni tra soci.

Si tratta, a ben vedere, della esatta riproposizione del tema del c.d. "*doppio allineamento*", dove non è solo rilevante allineare i rapporti tra socio pubblico e socio privato all'interno della relazione societaria ma è altresì decisivo che la condotta dei poteri pubblici interessati, intesi in senso ampio come ambiente istituzionale del territorio di riferimento, risultino a loro volta allineate, nel senso di consapevoli e rispettosi, del programma di collaborazione assunto.

## **6.2. La declinazione dello "*scopo lucrativo comune*" rispetto al programma di collaborazione e la corrispondente delimitazione dell'oggetto sociale.**

Nel rapporto di collaborazione, l'interesse lucrativo dei soci privati deve conciliarsi con l'interesse generale perseguito dal socio pubblico ma il secondo non può sostituirsi al primo.

In particolare la letteratura ha posto in evidenza come la "*confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo e giustifica la particolarità della disciplina*"

e, pertanto, deve essere ammesso trattare “*come del contratto di evidenza pubblica, così della società di evidenza pubblica*”<sup>146</sup>.

Il punto – riconosciuta ed accertata l’incomprimibilità del fine lucrativo che potrà dunque essere non già soppresso ma semmai depotenziato in ragione della ricorrenza di ulteriori e diversi interessi di cui è portatrice la parte pubblica con valenza vincolante per entrambe le parti – diviene, dunque, la modulazione delle modalità con cui le parti perseguono la rispettiva logica istituzionale confligente e quindi esercitano i propri rispettivi diritti attraverso non solo la forma procedimentale di adozione delle deliberazioni degli organi assembleare ed amministrativo ma anche attraverso l’ottimale costruzione dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Per il resto è necessario tornare ad osservare che la definizione dello scopo comune e dell’oggetto sociale, in primo luogo, confermano – e (se necessario) ribadiscono ulteriormente tale centralità dell’apporto privato nel complessivo fenomeno di partenariato e la incidenza determinante che tale centralità assume rispetto alla vicenda societaria.

Da un lato, permane, infatti, sicuramente lo “*scopo lucrativo comune*”, a cui partecipa sicuramente anche la parte pubblica ma la cui capacità di orientamento della condotta dei soci è comunque subordinata al preventivo esatto adempimento agli obblighi di prestazione del servizio di interesse generale, ivi incluso l’approntamento delle relative dotazioni infrastrutturali indispensabili, che il programma di partenariato prevede.

---

<sup>146</sup> G. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 157 ss., il quale evidenzia, altrimenti ed in caso contrario, “il rischio di snaturare e sconvolgere gli istituti civilistici”.

Dall'altro lato, l'oggetto sociale viene circoscritto esattamente in ragione di tale programma, così divenendo, quest'ultimo, il parametro di legittimità in sede di sindacato sull'applicazione del regime delle invalidità dell'atto costitutivo, sulla condotta degli amministratori, sulle deliberazioni degli organi sociali nonché sul diritto di recesso del socio.

Quest'ultimo, in particolare, risente inevitabilmente della delimitazione iniziale e modulazione successiva degli obblighi di servizio, insiti nei doveri di apporto della parte privata. La costruzione del diritto di "exit" del socio privato è senz'altro concepibile in termini di indebita compressione delle prospettive di profitto, magari a fronte di una dilatazione, parimenti indebita, degli obblighi di prestazione della parte privata, addirittura adottata mediante atti di regolazione di natura provvedimento amministrativa e quindi imperativa.

Così come, in senso pienamente corrispondente, è ipotizzabile la previsione di cause di esclusione del socio privato ovvero di diritto di riscatto della partecipazione del medesimo socio privato, ad iniziativa della parte pubblica socia, dinanzi all'avverarsi di eventi pregiudizievoli o negativi e comunque dinanzi all'inadempimento del socio privato agli obblighi contenuti nel programma di partenariato. All'esterno del rapporto sociale, invece, la delimitazione dell'oggetto sociale costituisce misura dovuta, sia con riguardo al diritto europeo degli appalti e delle concessioni sia con riferimento alla tutela della concorrenza, precludendo la possibilità di giustapporre affidamenti successivi rispetto a quello iniziale

**6.3. La definizione delle fonti di regolamentazione dei rapporti tra parte pubblica e parte privata nel contratto di società.**



La relazione tra statuto sociale, patti parasociali e contratto di servizio della società mista deve essere parimenti costruita in senso coerente e funzionale<sup>147</sup> al programma di partenariato, garantendo, da un lato, l'esigenza di controllo elevato da parte del socio pubblico e, dall'altro lato, la corrispondente salvaguardia in capo al socio privato sia dell'autonomia ed indipendenza nelle modalità di disimpegno dei compiti gestionali ed operativi, quale indispensabile garanzia a fronte dell'obbligo di "delivery" rispetto ai complessivi doveri di servizio, sia dei livelli attesi di remuneratività dell'investimento e di relativo profitto, i quali non potranno essere oltremodo compressi a fronte di richieste del socio pubblico di dilatazione dell'output, in senso esorbitante rispetto alle previsioni del programma di partenariato, né oltre modo espansi, attraverso standard di servizio deteriori o comunque non adeguati, in senso altrettanto esorbitante con riguardo alle pattuizioni intercorse.

Mentre, peraltro, il contratto di servizio costituisce la sede di definizione del rapporto sinallagmatico tra parte pubblica e parte privata, peraltro in ovvia conformità con le previsioni dell'iniziale programma di partenariato, statuto e patti parasociali sono, invece, preordinati, sia pure nelle significative diversità di disciplina positiva tra tipo legale della s.p.a. e quello della s.r.l. con riguardo alla diversa ampiezza degli ambiti di autonomia statutaria rispetto alla norma imperativa inderogabile (basti pensare ai limiti di

---

<sup>147</sup> Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010

contenuto e di arco temporale di validità del patto parasociale nelle s.p.a.), alla disciplina del rapporto sociale, peraltro, devolvendo allo statuto i temi di valenza organizzativa, ad efficacia reale, sul piano strettamente istituzionale, a partire dai sistemi di amministrazione e controllo, e rimettendo il resto ai patti parasociali, come nel caso di previsioni che vogliano proceduralizzare le forme di controllo del socio pubblico sulle modalità di conduzione operativa da parte del socio privato ovvero regolare i rapporti con soggetti terzi, magari in relazione di gruppo con il socio privato, ovvero con il medesimo socio privato per tutti gli obblighi incompatibili o comunque non opportuni rispetto alla sede statutaria, come quelli relativi, ad esempio, all'impegno a futuri aumenti di capitali, a finanziamenti del socio ovvero semplicemente a forme di assistenza tecnica "*non core*" rispetto all'oggetto della prestazione di servizio.

#### **6.4. La strutturazione del capitale sociale ed il finanziamento della società esito della relazione di partenariato.**

Il capitale e la struttura finanziaria della società mista nonché il regime delle partecipazioni sociali risentono naturalmente sia della modalità di instaurazione del rapporto sociale tra parte pubblica e parte privata (attraverso la costituzione di una nuova società ovvero attraverso l'acquisto di partecipazioni in una società preesistente e sempre comunque all'esito di una previa procedura competitiva ai fini dell'individuazione del socio) sia della prospettiva della dissoluzione della società mista e comunque dell'esaurimento del programma di partenariato e delle soluzioni istituzionali approntabili in proposito, al fine di assicurare, al

termine del periodo di affidamento, il doveroso subentro di altro operatore privato, previo rimborso degli investimenti non ancora ammortizzati, ovvero del medesimo operatore se vittorioso all'esito dell'apposita procedura competitiva.

Quanto alla struttura finanziaria della società mista, quest'ultima pone, in primo luogo, rilevanti questioni di equilibrio tra capitale e debito, rispetto alle quali i suggerimenti delle Agenzie internazionali sono nel senso della attenta ponderazione delle misure di allineamento degli interessi dei finanziatori rispetto a quelli della parte pubblica sottesi alla realizzazione del progetto implicato dal programma.

Alcune specificità debbono, peraltro, essere esaminate con riguardo alle più correnti pratiche internazionali di reperimento di finanziamenti per simili operazioni, inserendo tali pratiche nel contesto dei caratteri che il diritto societario presenta quanto al fenomeno del finanziamento dell'attività d'impresa costituita in forma di società di capitali.

#### **6.4.1. La tecnica di destinazione del patrimonio ed il modello della c.d. "finanza di progetto".**

L'approvvigionamento finanziario - "*id est*": di risorse denominate in moneta per mezzo delle quali svolgere l'attività d'impresa - è naturalmente centrale nell'organizzazione istituzionale delle società di capitali.

Centralità, quest'ultima, che discende dalla scelta dell'ordinamento di prevedere apposite tecniche di disciplina delle conseguenze del fenomeno di intervenuto approvvigionamento

finanziario sul piano dell'assetto, appunto istituzionale, della società.

Tra tutte tali tecniche ed anzi come metro e paradigma fondamentale, rispetto al quale apprezzare scostamenti e divaricazioni, emerge come fondamentale quella della sottoposizione del patrimonio della società ad uno specifico vincolo di “*destinazione*”<sup>148</sup> preordinato, da un lato, ad isolare tale patrimonio rispetto ai soci nonché ad orientarlo necessariamente verso l'attività d'impresa stabilita ed inoltre, dall'altro, a stabilire i modi di rimozione del vincolo medesimo sino alla sua cessazione.

Tale puntualizzazione – quella appunto della impressione del vincolo di destinazione sul patrimonio della società per determinarne l'alterità rispetto ai soci e la sua preordinazione all'obiettivo di impresa come tratto distintivo dell'intera disciplina del fenomeno del finanziamento della società di capitali – appare indispensabile rispetto alla necessità di esatta comprensione di uno degli aspetti più significativi della relazione di partenariato: quello della destinazione strategica del patrimonio al progetto.

La destinazione, in altri termini, viene strategicamente impressa sul patrimonio ai fini del perseguimento dell'obiettivo ultimo atteso dalla relazione di partenariato (la “*delivery*” della realizzazione dell'infrastruttura ovvero della erogazione di un servizio) ed il medesimo patrimonio acquista, in tal modo e per effetto di tale destinazione, la veste di una entità autonoma,

---

<sup>148</sup> Cfr. C. Angelici, *Principi e problemi, La società per azioni*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2012, pp. 445 e segg.

rispetto alle due parti (pubblica e privata) della relazione di partenariato, dotata di una soggettività propria, giuridicamente rilevante e quindi posta a fondamento della separazione del medesimo patrimonio rispetto alle parti della relazione.

Non a caso è proprio la finalità di separare un patrimonio – e più precisamente il flusso dei ricavi generati da una determinata iniziativa d’impresa i quali vengono asserviti all’adempimento dell’obbligo di rimborso del finanziamento previamente acquisito nonché posti a garanzia del rimborso medesimo – ad essere a base del modello del c.d. “*project financing*”, ritenuto comunque prevalente nelle rilevazioni empiriche in ordine alle modalità di finanziamento della relazione di partenariato.

Lo schema del c.d. “*project financing*” presente, dunque, una duplice finalità, rispettivamente costituita, da un lato, dalla “*separazione*” o “*segregazione*” di una parte del patrimonio sociale (ad es. quello della parte privata promotrice dell’iniziativa e costituita in forma di società di capitali), e, dall’altro lato, quella dell’approvvigionamento di finanza attraverso la devoluzione dei ricavi della singola iniziativa promossa al rimborso del finanziamento conseguito ed alla costituzione in garanzia dei medesimi ricavi in favore del finanziatore.

D’altra parte ed esattamente a conferma della circolarità esistente tra ruolo fondamentale che la tecnica di “*destinazione*” del patrimonio riveste nelle scelte di fondo che l’ordinamento compie nella disciplina delle società di capitali ed esigenza di separazione – più correttamente: di segregazione – del patrimonio<sup>149</sup> presente nel modello del “*project financing*”, deve

---

<sup>149</sup> Cfr. A. Niutta, *I patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano, 2006

essere ricordato che proprio le iniziative di finanza di progetto si realizzano sovente attraverso la costituzione di apposite società “veicolo” le quali svolgono l’attività d’impresa stabilita, separando il proprio patrimonio da quello del promotore.

#### **6.4.2. La prevalenza del “debito” nelle operazioni di finanza di progetto e le esigenze di allineamento tra creditori e parte pubblica.**

Entrambe le finalità sopra indicate, approvvigionamento di finanza e segregazione del patrimonio, naturalmente possono essere perseguite, in senso parimenti efficace, attraverso la costituzione di una società apposita<sup>150</sup>, la quale si avvale appunto, in quanto società di capitali, del vincolo di “destinazione”, quale effetto legale proprio insito nella scelta del “tipo”, preordinato, come si è detto, all’isolamento del patrimonio rispetto ai soci nonché all’orientamento del medesimo verso l’attività d’impresa stabilita.

---

<sup>150</sup> E’ la “società di progetto” oggi da disciplinare secondo l’Art. 184 del “Decreto Contratti Pubblici”, secondo cui, in continuità rispetto all’Art. 156 del D.Lgs n° 163/06 e s.m.i., il bando di gara per l’affidamento di una concessione per la realizzazione o per la gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità debba prevedere la facoltà per l’aggiudicatario di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. La società così costituita diventi la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all’aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione.

Nella “*summa divisio*” tra capitale e debito<sup>151</sup>, la società veicolo dell’operazione di “*project financing*”<sup>152</sup> è caratterizzata dalla larghissima prevalenza<sup>153</sup> del secondo rispetto al primo.

E’ stato sopra segnalato – e la modellistica fornita dalla teoria dei giochi lo ha confermato – come l’elevato indebitamento della società di progetto determina l’esigenza di un apposito allineamento tra gli interessi della parte pubblica e quello del sistema bancario o finanziario che ha erogato il credito<sup>154</sup>;

---

<sup>151</sup> Così M. Lamandini, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, p. 11, il quale rileva che “*ogni studio sul finanziamento dell’impresa prende le mosse dalla distinzione tra capitale e debito*”, dove il primo costituisce “*mezzo proprio*” dell’impresa mentre il secondo è l’acquisizione, da parte dell’impresa presso terzi, di potere d’acquisto denominato in moneta con obbligo di rimborso e maggiorata di interessi.

<sup>152</sup> E.R. Yescombe, *PPPs and project finance*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 231

<sup>153</sup> E.R. Yescombe, *PPPs and project finance*,

<sup>154</sup> The European PPP Expertise Centre (EPEC) of the European Investment Bank (EIB), *The Guide to Guidance How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*, Luxembourg, 2011, p. 32, secondo cui “*A large number of financing agreements are needed for a project-financed PPP. These agreements have three basic purposes: A) They are designed to protect the interests of senior lenders vis-à-vis other providers of finance (e.g. equity investors) and subcontractors of the PPP Company. In particular, the senior lenders will want to ensure that the risks borne by their borrower (i.e. the PPP Company) are satisfactorily mitigated. In practice, this means that, to the greatest extent possible, the risks borne by the PPP Company under the PPP contract are ‘passed through’ to the subcontractors. B) The agreements need to clearly establish that the servicing of the debt takes priority over the remuneration of all other forms of finance (this is what “senior” debt means). C) The suite of financing agreements is designed to ensure that, should there be problems with the project that jeopardise the servicing of the debt, the lenders have the powers to take the action they deem necessary to protect their loan. This last point is crucial as it goes to the heart of the benefits that a PPP can deliver for an Authority. A well-designed PPP aligns the interests of the lenders with those of the Authority, as both parties aim to achieve a successful project. The lenders are incentivised and empowered to ensure*

l'intervento della parte pubblica per la rimodulazione o riequilibrio – recte: rinegoziazione – del piano economico finanziario della società di progetto costituisce, in ultima analisi, un intervento in favore dei finanziatori della società. La coalizione di interessi tra parte pubblica e finanziatori scaturisce esattamente da tale esigenza.

#### 6.4.3. Gli strumenti “*ibridi*” nelle operazioni di “*finanza di progetto*” per le società a capitale misto per i servizi pubblici locali.

L'ordinamento interno ha ricercato, quale criterio di riforma dell'odierna disciplina dei contratti pubblici<sup>155</sup>, l'ampliamento della strumentazione per il ricorso al mercato dei capitali ed il risultato odierno sono gli Art. 185 e 186 del “*Decreto Contratti Pubblici*”,

---

*that potential project problems are addressed in a timely manner and that their loan is safe. For this reason, the Authority should be able to rely on the incentives the lenders have to deal effectively with problems (during both construction and operation) that would threaten the project's performance. This reliance on the lenders is a major source of risk transfer from the public to the private sector*”. Lo “*European PPP Expertise Centre (EPEC)*” è una iniziativa comune della Banca Europea degli Investimenti e della Commissione europea.

<sup>155</sup> La previsione è quella dell'Art. 1 comma 1°, lett. ss) della L. n° 11/16 recante “*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, secondo cui apposito criterio di delega è quello della “*razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti*”



rispettivamente rubricati come “*Emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto*” e “*Privilegio sui crediti*”.

La previsione in esame – appunto quella dell’Art. 185<sup>156</sup> rispetto alla quale la successiva svolge una funzione di sostegno attraverso

---

<sup>156</sup> L’Art. 185 del c.d. “*Decreto Contratti Pubblici*”, rubricato come “*Emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto*”, stabilisce che: “*1. Al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, le società di progetto di cui all'articolo 184 nonché le società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettere eee), possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati come definiti ai sensi dell'articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, fermo restando che sono da intendersi inclusi in ogni caso tra i suddetti investitori qualificati altresì le società ed altri soggetti giuridici controllati da investitori qualificati ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile; detti obbligazioni e titoli di debito possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori qualificati come sopra definiti. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-bis, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile. 2. La documentazione di offerta deve riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un avvertimento circa l'elevato profilo di rischio associato all'operazione. 3. Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. 4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano anche alle società operanti nella gestione dei servizi di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture di trasporto di gas e delle concessioni di stoccaggio di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture facenti parte del Piano di sviluppo della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica, alle società titolari delle autorizzazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e alle società titolari delle licenze individuali per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche di cui al predetto decreto n. 259 del 2003,*

l'attribuzione del “*privilegio generale*” sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario e delle società di progetto<sup>157</sup> – consente, in continuità rispetto all'Art. 157 del D.Lgs. n° 163/06 e s.m.i.,

---

*nonché a quelle titolari delle autorizzazioni di cui all'articolo 46 del decreto-legge 1°ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Per le finalità relative al presente comma, il decreto di cui al comma 3 è adottato di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. 5. Le garanzie, reali e personali e di qualunque altra natura incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime. 6. Le disposizioni di cui al presente articolo non pregiudicano quanto previsto all'articolo 194, comma 12, del presente codice, in relazione alla facoltà del contraente generale di emettere obbligazioni secondo quanto ivi stabilito”.*

<sup>157</sup> L'Art. 186 del c.d. “Decreto Contratti Pubblici”, rubricato come “Privilegio sui crediti”, stabilisce che: “1. I crediti dei soggetti che finanziano o rifinanziano, a qualsiasi titolo, anche tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli similari, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali, ai sensi dell'articolo 175, comma 1, lettera d). 2. Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento. 3. L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, comma 2, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nel foglio annunci legali; dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione devono essere effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata. 4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo”.

l'emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto, prevedendo, in particolare, che, al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, le società di progetto e le società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato possano emettere obbligazioni e titoli di debito, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati.

La disposizione stabilisce, a garanzia degli investitori, che, da un lato, la documentazione di offerta deve riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un avvertimento circa l'elevato profilo di rischio associato all'operazione nonché, dall'altro, che le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

E' intuibile, da subito, come le dimensioni della “singola infrastruttura” o del “nuovo servizio di pubblica utilità” – e della connessa capacità di generare flussi finanziari idonei – divenga decisiva quanto all'effettivo ricorso a strumenti finanziari di simile portata<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> E' ormai risalente l'introduzione della possibilità di emissione di simili strumenti finanziari all'interno dello schema della “finanza di progetto”. Si vedano sul punto le considerazioni, che muovono dall'esperienza internazionale sino a giungere alla previsione italiana posta dall'allora “Legge Quadro sui Lavori Pubblici”, di M. Lamandini, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, p. 96, il quale osservava che “Posto che, come è largamente noto, la struttura di un'operazione di finanza di progetto presenta anch'essa una società veicolo, in genere

#### 6.4.4. Connotati oggettivi e soggettivi della partecipazione sociale in relazione ai diversi ruoli del socio pubblico e del socio privato nel programma di collaborazione.

Il tratto distintivo dell'operazione di partenariato istituzionalizzato risiede, però ed in senso distintivo rispetto all'ordinaria "società veicolo" dell'operazione di finanza di progetto, nella constatazione che il capitale della società si apre alla partecipazione della parte privata.

La disciplina legale sul punto si distingue, invece, per un ampio spazio riservato all'autonomia statutaria in tema di caratterizzazione in senso soggettivo e oggettivo delle partecipazioni sociali.

Nel caso della s.r.l., addirittura attraverso la facoltà di conferire, a titolo d'investimento, ogni elemento dell'attivo suscettibile di valutazione economica e quindi di beni, materiali ed immateriali di provenienza della parte privata incaricata dell'apporto operativo, secondo il programma di partenariato ed ulteriormente attraverso

---

*scarsamente capitalizzata rispetto al valore complessivo del progetto, la quale assume l'impegno di remunerare, e quindi rimborsare, i prestiti con i proventi derivanti dell'opera, anche qui il rischio dell'iniziativa è largamente traslato sui finanziatori. Costoro in genere sono banche che agiscono in sindacato- e richiedono alla società veicolo (e agli sponsor) impegni contrattuali assai stringenti «designed to give a contractual vote to creditors in relation to the basic management of the project» - ma talora sono invece investitori, i quali partecipano all'iniziativa sottoscrivendo securities emesse dalla società veicolo. Securities che, come nel caso della cartolarizzazione, hanno un evidente carattere ibrido, proprio in forza del quale sono suscettibili di dar vita ad assai interessanti regolazioni contrattuali, al di fuori dello schema societario, dei rapporti di agenzia così innescati con il management della società veicolo. E anche qui interessanti sviluppi di questi titoli si profilano in Italia alla luce dell'art. 37 sexies della legge 11.2.1994 n.109 come modificata dalla legge 18.11.198 n.415 (Merloni-ter)".*

la possibilità di stabilire partecipazioni non proporzionali ai conferimenti ovvero di riservare “*particolari diritti*” riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili.

Quanto alla s.p.a., gli equilibri sottesi ai contenuti del programma di partenariato possono essere assicurati mediante l’introduzione di apposite categorie di azioni, quali quelle relative alle “*azioni con prestazioni accessorie*” in coerenza con la titolarità degli obblighi di “*delivery*” del servizio in capo al socio privato nonché alle azioni c.d. “*correlate*”, in quanto fornite di diritti patrimoniali correlati ad ai risultati dell’attività sociale in un determinato settore ed infine alle “*azioni riscattabili*”, naturalmente da parte del socio pubblico, come strumento utile a garantire il subentro del nuovo operatore al termine del periodo di affidamento.

Sotto tale profilo appare più significativo sottolineare che l’Art. 17 comma 5° del “*Decreto Partecipate*” prevede che “*al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell’articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un’altra società*”.

Sono noti i caratteri distintivi delle c.d. “*tracking shares*”, appunto quelle in esame disciplinate dall’Art. 2350 Cod. Civ., rispetto alle azioni ordinarie: laddove queste ultime incorporano diritti patrimoniali ed amministrativi riferiti all’intero complesso aziendale delimitato dal perimetro della società per azioni, le azioni correlate ineriscono ad una sola porzione di tale complesso, appunto correlando i diritti incorporati esclusivamente a tale

porzioni, le quali vengono funzionalmente circoscritte quale autonome “*business unit*”.

Fermo rimanendo che tale correlazione non produce effetto verso i creditori, in favore dei quali la società risponde con il complesso del proprio patrimonio e non certo con la sola porzione rappresentata dall’azione correlata, è intuibile quale possa essere l’ambito di pratico impiego dell’istituto all’interno delle relazioni di partenariato, in particolare quelle istituzionalizzate all’interno di una società per azioni, dove una pluralità di operatori privati è suscettibile di essere distintamente coinvolta in singole “*business unit*” corrispondenti ad altrettanti tipologie di prestazioni di servizi pubblici, prevedibilmente a rilevanza economica locale, all’interno delle società c.d. “*multiutilities*”.

Attraverso la strutturazione del capitale sociale si conforma e rafforza il ruolo operativo e gestionale della parte privata.

#### **6.4.5. Il regime di circolazione delle partecipazioni tra limiti legali alla modificabilità degli esiti della selezione del socio privato e le esigenze di discipline della “*exit*” del socio privato.**

Deve, del resto, essere osservato che la struttura della relazione di partenariato e la necessaria selezione mediante procedura competitiva del socio privato, in osservanza delle disposizioni in tema di diritto europeo degli appalti e delle concessioni, precludono l’esistenza di un mercato delle partecipazioni sociali delle società miste.

Circostanza, quest’ultima, che rivela come, salvo quanto sopra detto in ordine all’esigenza di dissoluzione del rapporto sociale e di subentro di altro operatore, i margini di autonomia statutaria

sul punto sono essenzialmente dedicati a fissare la compagine sociale con riguardo agli esiti della procedura competitiva di selezione delle parte privata.

**6.5. Il sistema di amministrazione e controllo quale rappresentazione degli equilibri tra il grado di coinvolgimento della parte pubblica nella gestione sociale e l'intensità di protezione delle aspettative di profitto della parte privata.**

Lo stretto nesso funzionale, più volte sottolineato, tra il programma di partenariato e la vicenda societaria trova ulteriore conferma nell'esame delle questioni fondamentali implicate dal sistema di amministrazione e controllo della società mista ed il regime di responsabilità.

E' noto come gli studi di approccio funzionale e comparato al diritto societario pongano in evidenza come la struttura fondamentale di governo della società sia tipicamente preordinata a risolvere un problema di agenzia tra proprietà e manager attraverso un organo amministrativo scelto dai soci proprietari e peraltro distinto tanto da questi ultimi che dal management aziendale, così garantendo non solo la protezione degli interessi degli azionisti ma, altresì, assicurando il governo di un duplice tipico problema di agenzia proprio della vicenda societaria, tipicamente costituito, da un lato, dall'esigenza di evitare eventuali condotte opportunistiche degli azionisti di maggioranza rispetto ad azionisti di minoranza nonché, dall'altro, di analoghe condotte opportunistiche, e quindi pregiudizievoli della la proprietà collettivamente considerata dell'impresa e quindi della società verso altre parti in relazione contrattuale con la società, quali

tipicamente creditori e dipendenti, ma, ancora di più nel nostro caso, utenti del servizio affidato alla società.

Sotto tale profilo, il sistema di amministrazione e controllo della società mista pone sia un problema di equilibrata composizione degli organi relativi sia un problema di verifica della congruità ed adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società nella prospettiva di efficace controllo sulla "*delivery*" degli obblighi di servizio.

All'esercizio dei poteri di autonomia statutaria, sia pure nella diversa misura, maggiore per le s.r.l. ma non certo assente nella s.p.a. (basti pensare alla possibilità di devolvere all'assemblea il potere di preventiva autorizzazione di determinate tipologie di atti di amministrazione) dovrà essere affidato il compito di raggiungere un equilibrio ottimale.

La polarizzazione degli interessi tra parte pubblica e privata, tipica dei contratti a prestazioni corrispettive, vede, peraltro e come sopra anticipato, nella scelta e costruzione del sistema di amministrazione e controllo della società, sia pure entro i limiti consentiti dal rapporto tra legge ed autonomia statutaria, lo strumento di definizione più specifica e di dettaglio degli equilibri tra le parti del rapporto di collaborazione. Entro tale prospettiva, la nozione di amministrazione e controllo rileva, in senso ampio, quale assetto che le parti concordano in ordine alla distribuzione dei poteri e delle competenze per lo svolgimento dell'attività affidata alla società.

Lo mitigazione dello scopo lucrativo illumina, da un lato, la comprensibile prevalente attenzione del socio pubblico per lo standard di servizio, così come imposto dalla specifica responsabilità pubblica in ordine all'erogazione del servizio di



interesse economico generale, mentre, dall'altro lato, la persistenza del medesimo fine di lucro fonda validamente la pretesa della parte privata ad attese di profitto, definite sulla base delle previsioni del programma di collaborazione.

Il sistema di amministrazione e controllo diviene, in tal modo, rappresentativo degli equilibri ricercati ed infine individuati dalle parti, lungo una duplice direttrice costituita dal grado di coinvolgimento della parte pubblica nella gestione della società ed all'opposto dall'intensità di protezione delle aspettative di profitto della parte privata.

Quanto alla parte pubblica, la scelta sarà relativa alla definizione di tutte le prerogative diverse ed ulteriori rispetto al mero controllo di rispondenza della conduzione d'impresa alle pattuizioni del programma di collaborazione, che specifichino le facoltà di ingerenza del socio pubblico nella scelta di conduzione operativa della società. La parte privata contrapporrà strumenti volti quanto meno a garantire, in caso di una riconosciuta maggiore o comunque elevata facoltà di ingerenza del socio pubblico nelle decisioni gestionali, che l'esercizio di tali prerogative di ingerenza non pregiudichino le attese di profitto del socio privato.

**6.5.1. La scelta del tipo legale ed il ruolo dell'autonomia statutaria nella costruzione dell'ottimale relazione di strumentalità degli organi sociali rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.**

La stretta strumentalità della società rispetto al programma contrattuale di collaborazione pone corrispondentemente un problema di "*equilibrio*" fra esponenti pubblici ed esponenti

privati negli organi di amministrazione e controllo nonché di “*efficacia*” del monitoraggio sulla gestione ed erogazione del servizio pubblico che il soggetto affidatario è chiamato a svolgere, come socio.

La finalità del sistema di amministrazione e controllo, nella vicenda in esame, non è solo quella di assicurare equilibrio, oltre che un efficace monitoraggio e controllo, ma, altresì, uno speciale coordinamento che attenui la polarizzazione delle logiche istituzionali contrapposte.

L'autonomia statutaria consente di elaborare soluzioni calibrate sui particolari interessi dei soci, sempre attraverso strumenti di diritto comune: in via preferenziale attraverso il tipo legale della società a responsabilità limitata ma anche mediante quello della società per azioni.

Nella società a responsabilità limitata, deve essere, in primo luogo, considerata la possibilità di incidere sulla modalità di formazione della deliberazione assembleare, attraverso l'innalzamento dei quorum, costitutivi e deliberativi, sino alle soglie dell'unanimità, tanto per decisioni di rilievo funzionale quanto per decisioni di portata organizzativa.

I soci divengono titolari ciascuno di un potere di condizionamento della sia della gestione operativa quotidiana sia della vicenda societaria nelle sue evoluzioni straordinarie.

Nel contempo è possibile attribuire ai singoli soci, tanto quello privato quanto quello pubblico, “*particolari diritti*” riguardanti l'amministrazione della società, secondo la previsione dell'Art. 2468 comma 3° Cod. Civ.

Non trovando applicazione alla società a responsabilità limitata la previsione dell'Art. 2449 Cod. Civ. ed i connessi problemi

applicativi concernenti il regime di proporzionalità tra partecipazione sociale e il potere di nomina degli amministratori, quest'ultimo, appunto nelle società a responsabilità limitata, ben può presentare una dilatazione delle facoltà di nomina, al di fuori dell'assemblea dei soci e direttamente in capo ai singoli soci, sia dei componenti dell'organo amministrativo sia di quello di controllo, sia, infine, di un eventuale organo di raccordo tra le funzioni di amministrazioni e quelle più strettamente operative, come nel caso, ad esempio, del Direttore Generale della società.

E', peraltro, sul piano della attribuzione ai soci di poteri e facoltà incidenti direttamente sul momento gestionale della società, che è pienamente apprezzabile, oltre che nel solo momento di nomina dei componenti degli organi di amministrazione e controllo ed in senso più specifico e pertinente alle peculiarità del partenariato istituzionalizzato, la duttilità del tipo legale della società a responsabilità limitata.

A ciascun socio, infatti, possono essere attribuiti, sulla base della previsione dell'Art. 2468 comma 3° Cod. Civ., diritti di consultazione e quindi di effettiva condivisione delle informazioni, al fine di assicurare quella costanza e completezza dei flussi così significativa nelle organizzazioni ibride per tutte le ragioni sopra esposte. In senso ancora più incidente possono essere attribuiti diritti di compartecipazione alle decisioni gestionali o addirittura, veri e propri, poteri di veto su determinate questioni. Infine ed in particolare per le società a responsabilità limitata, specifici poteri di decisione al socio possono essere assicurati ex Art. 2479 Cod. Civ.,

I medesimi spazi di autonomia statutaria possono, peraltro, essere orientati in senso diametralmente opposto, ricercando il

massimo grado di protezione dell'autonomia dell'organo amministrativo rispetto alle competenze decisionali dei soci e quindi, ad esempio, eliminando tanto le facoltà di nomina degli amministratori quanto il potere di adozione delle decisioni incidenti sulla gestione amministrativa.

In verità tale affermazione, nel caso del partenariato istituzionalizzato dove la vicenda societaria costituisce strumento per l'attuazione di un programma di collaborazione prestabilito, deve essere riconsiderata almeno sotto un duplice profilo. In primo luogo, proprio la preesistenza di un programma di collaborazione riduce i margini di apprezzamento degli amministratori circa le scelte gestionali di amministrazione della società prestabilito.

In secondo luogo, lo scopo lucrativo sopra definito "*temperato*" e gli interessi polarizzati che al medesimo sono sottesi impongono un quotidiano "*fine tuning*", da parte degli amministratori, circa le scelte gestionali, che tenga conto, da un lato, degli interessi di "*delivery*" del servizio propri del socio pubblico e, dall'altro lato, delle aspettative di profitto del socio pubblico.

L'organo amministrativo non può, dunque, né assecondare eventuali indirizzi del socio pubblico lesivi della gestione lucrativa né perseguire linee operative di indiscriminato contenimento del costo idonee a pregiudicare la salvaguardia degli "*standard*" di servizio.

Sotto tale profilo, il controllo sull'organo amministrativo è essenzialmente un tema di correttezza dell'esecuzione del mandato ricevuto dagli amministratori in termini di conformità al programma di collaborazione, a pena di esposizione degli amministratori all'azione di responsabilità "*derivativa*" del socio ex

Artt. 2476 commi 3° e 5° e 2393 bis Cod. Civ., rispettivamente nel caso della s.r.l. e della s.p.a..

L'inadempimento e comunque la violazione degli obblighi sottesi al programma di collaborazione trovano, del resto, ulteriori strumenti di tutela.

Tanto la posizione del socio pubblico quanto quella del socio privato, in quanto portatori dei rispettivi interessi, può, infatti, essere rafforzata sia da espresse previsioni di scioglimento della società previste dallo statuto ex Art. 2484 comma 1° n° 7 Cod. Civ., sia da altrettanto espresse previsioni di esclusione del socio, più complesse per le s.p.a., in cui dovrà trovare applicazione l'ipotesi di introduzione di specifici obblighi di prestazioni accessorie del socio ex Art. 2345 Cod. Civ. per le quali è comminata l'esclusione del socio inadempiente, e più agevoli per la s.r.l., per la quale trova applicazione la generale previsione di esclusione per "*giusta causa*" di cui all'Art. 2473 bis Cod. Civ.<sup>159</sup>.

Specificamente il socio privato, il quale ha aderito alla prospettiva di costituzione della società ovvero ha aderito alla proposta di acquisire la partecipazione sociale così come formulata dalla parte pubblica, potrà, a sua volta, trovare salvaguardia delle proprie ragioni, magari pregiudicate attraverso una compressione eccessiva, in quanto non rispondente alle pattuizioni del programma di collaborazione, delle aspettative di profitto potrà recedere, sulla base della espressa previsione statutaria, ex Art. 2437 nella s.p.a. e 2473 nella s.r.l.<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

<sup>160</sup> Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

La competenza esclusiva degli amministratori in ordine alla gestione sociale, quale esito della netta separazione tra competenze assembleari e competenze gestorie, nel tipo legale della s.p.a. impone di declinare diversamente il tema della posizione del socio pubblico e del socio privato dinanzi all'amministrazione della società da loro partecipata, a partire dal momento di nomina degli amministratori.

La parte pubblica, all'interno del tipo legale della s.p.a. che non ricorre al capitale di rischio, è titolato a disporre di un apposito potere di nomina diretta, anche extra-assembleare ed oltre i limiti previsti dell'Art. 2368 comma 1° Cod. Civ., di amministratori e sindaci nel modello ordinario e di componenti del consiglio di sorveglianza e di gestione, sia pure nel rispetto della formulazione vigente dell'Art. 2449 Cod. Civ.

Quanto all'ipotesi della nomina assembleare, le previsioni statutarie possono, in primo luogo, stabilire particolari modalità, volte a definire la procedure di elezione ovvero designazione, attraverso, ad esempio, voti di lista ovvero costituzione di assemblee separate ovvero ancora rotazione tra i componenti espressione rispettivamente della parte pubblica e della parte privata.

#### **6.5.2. Gli strumenti per la definizione del grado di tutela dell'autonomia dell'organo gestorio rispetto all'ingerenza delle parti pubbliche e private socie.**

Il grado di autonomia dell'organo amministrativo, nel contesto del partenariato istituzionalizzato dove il contratto di società di capitali è strumentale rispetto all'attuazione del programma di

collaborazione tra parte pubblica e parte privata, costituisce, sia pure al termine di un procedimento di evidenza pubblica, esito di una specifica scelta operata da (e tra) tali parti, le quali optano per conservare maggiore o minore facoltà di intervento nella conduzione sociale rispetto all'andamento complessivo della relazione collaborativa.

Sarebbe fuorviante ritenere che l'assoluta impermeabilizzazione dell'organo amministrativo costituisca necessariamente la soluzione ottimale in ordine alla costruzione del migliore equilibrio tra parte pubblica e parte privata, soprattutto laddove si consideri che ogni elemento di incompletezza del programma di collaborazione trova risposta in un processo di reciproco aggiustamento degli interessi delle parti, rispetto al quale la totale autonomizzazione dell'organo di gestione può costituire un fattore di rigidità.

Si tratta, dunque, di esaminare la questione nelle varianti possibili, partendo, peraltro, dalla doverosa consapevolezza circa la opposta tesi che vede nell'autonomia dell'organo gestorio un elemento irrinunciabile di fedele esecuzione del programma di collaborazione.

#### **6.5.2.1. Il tema dell'autonomia dell'organo gestorio nella società a capitale misto.**

Si è detto sopra che la prima opzione disponibile è quella verso la ricerca del massimo grado di protezione dell'autonomia dell'organo amministrativo rispetto alle competenze decisionali dei soci e quindi, ad esempio, eliminando tanto le facoltà di nomina

degli amministratori quanto il potere di adozione delle decisioni incidenti sulla gestione amministrativa.

Secondo tale linea direttrice ed in linea, del resto, con le indicazioni delle Autorità internazionali sulle imprese in controllo pubblico (OCSE), la posizione del socio privato, quale parte responsabile della “*delivery*”, deve essere resa autonoma e protetta rispetto ad interferenze gestionali ed operative.

E’, quest’ultima, una soluzione, del resto coerente con il modello di istituzionalizzazione del partenariato posto dalla Commissione UE dove all’assegnazione al socio privato dei compiti operativi corrisponde, altresì, una nitidamente delineata ripartizione delle responsabilità, nell’ambito della quale al socio pubblico, affidante il servizio, sono attribuiti i compiti di indirizzo e controllo mentre al socio privato sono devoluti i poteri decisionali sulla gestione.

Le ragioni di tale opzione sono note: si sostiene, a partire dalle posizioni espresse dalle “*OECD Guidelines on State Owned Enterprises Corporate Governance*”, 2008, che il confinamento del socio pubblico ai soli compiti di controllo ed indirizzo, unito alla predeterminazione degli obiettivi d’impresa all’interno di un programma di medio-lungo termine per la società che stabilisca parametri di valutazione della “*performance*” degli amministratori, consenta il contenimento di rischi di condotte opportunistiche da parte degli esponenti del socio pubblico e quindi di impieghi devianti delle risorse dell’impresa.

Si anticipa sin d’ora – e più avanti si tornerà sul tema – che il socio pubblico, entro tale quadro ed in conformità con i contenuti del programma di partenariato costruiti attorno al ruolo gestionale ed operativo del socio privato, si limiterà alla formulazione di indirizzi sulla organizzazione e gestione del servizio affidato ed alle



relative misure di controllo. Sembrerebbe agevole allora, entro tale impostazione, concludere nel senso di affidare agli organi di amministrazione e controllo il ruolo di garanzia dell'esatta attuazione del programma di partenariato.

Tale considerazione sicuramente rispondente a verità è, però, incompleta.

Non coglie, infatti, l'aspetto probabilmente più decisivo e caratteristico, ai fini ricostruttivi, del complessivo fenomeno di integrazione verticale della parte pubblica e della parte privata: quello connesso alla titolarità in capo agli organi societari di amministrazione dell'autorità e del corrispondente potere di direttiva per il coordinamento delle due parti e, soprattutto, per il superamento, delle contingenze e deviazioni, dovute ad eventi e circostanze sopravvenute ed impreviste, esito della ineliminabile incompletezza contrattuale dell'originario programma di partenariato.

#### **6.5.2.2. Gli strumenti per la tutela dell'autonomia dell'organo gestorio.**

Nella prospettiva sopra esposta di effettivo rafforzamento dell'autonomia dell'organo amministrativo, tanto il tipo legale della s.r.l. quanto quello della s.p.a., forniscono, attraverso gli spazi di autonomia statutaria e negoziale riconosciuti dall'ordinamento, appositi strumenti di salvaguardia dell'autonomia dell'organo amministrativo della società mista.

Nella s.r.l., caratterizzata appunto dalla centralità del socio e dalle prerogative potenzialmente assicurate a quest'ultimo di sistematica ingerenza nella gestione della società se non di diretto

coinvolgimento nell'amministrazione ex Art. 2475 comma 1° Cod. Civ., appare fondamentale, proprio nella citata prospettiva di sottrarre tale facoltà di ingerenza, l'eliminazione delle facoltà di devoluzione al socio delle decisioni di competenza degli amministratori, così come ammessa dall'Art. 2479 Cod. Civ.; eliminata, infatti, attraverso espressa previsione statutaria, tale facoltà, sia in capo agli amministratori che ai soci medesimi, l'organo amministrativo viene reso impermeabile autonomo dalle sollecitazioni ed acquista una piena ed esclusiva responsabilità per le scelte di amministrazione.

In senso analogo, l'eliminazione delle facoltà di nomina e revoca extra-assembleare degli amministratori ed il contestuale rafforzamento dell'autorevolezza degli stessi mediante l'introduzione statutaria di requisiti di nomina ulteriori e più specifici rispetto a quelli legali.

Nelle s.p.a., il sistema ordinario dei paragrafi, 2, 3 e 4 della Sezione VI bis del Codice Civile, consente attraverso il regime di amministrazione delegata posto dai commi 3°, 4° e 5° dell'Art. 2381 Cod. Civ. una ulteriore accentuazione dell'autonomia dell'organo delegato preposto alla gestione, distinguendo tra gestione operativa devoluta all'organo delegato e riserva in favore del delegante della valutazione dell'andamento della gestione oltre che dell'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società e, più in generale dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, passim.

Nel sistema dualistico, il rafforzamento dell'autonomia dell'organo gestorio viene assicurato attraverso la prevalenza degli esponenti del socio pubblico nel Consiglio di Sorveglianza e del socio privato nel Consiglio di Gestione.

#### **6.5.2.3. Un approccio critico alle tesi circa la indispensabile autonomia dell'organo gestorio.**

E' in questo quadro che emergono gli aspetti problematici di una posizione di rigorosa autonomia dell'organo amministrativo nel momento in cui quest'ultimo è chiamato ad eseguire ed interpretare – ma (soprattutto) a completare in ogni occasione imprevista e non contemplata inizialmente – il programma di collaborazione esterno e prestabilito rispetto al contratto di società.

Da un lato, infatti, l'organo amministrativo è, appunto, chiamato all'esecuzione di un programma preesistente ed addirittura precedente nonché presupposto rispetto alla costituzione della società e tanto riduce o comunque dimensiona diversamente la portata del compito di amministrazione.

Dall'altro lato, tale programma costituisce esito di una specifica intesa interna alla compagine sociale – appunto tra parte pubblica e parte privata in posizione di soci nella società mista – rispetto alla quale la pretesa di una facoltà di “*overruling*” da parte dell'organo amministrativo o comunque di interpretazione e completamento dei contenuti dell'intesa in assenza di coinvolgimento diretto delle parti della pattuizione appare non solo incongrua rispetto al complessivo assetto delle relazioni ma neppure auspicabile.

Si potrebbe sostenere che l'autonomia dell'organo amministrativo è preordinata, in verità, a garantire il ruolo di

“*coordinator*” terzo e neutrale rispetto a condotte, magari opportunistiche, poste in essere dal socio pubblico o dal socio privato proprio rispetto alla criticità costituita dall’incompletezza contrattuale.

In tale prospettiva l’organo amministrativo diviene titolare di una funzione di “*arbitraggio*” tra le due parti non dissimile dalle strutture che presiedono la soluzione di conflitti tra le parti come previsti dalla prassi societaria e del commercio internazionale (non a caso proprio con specifico riguardo alle “*Joint Ventures*”) nelle “*dead-lock clauses*” e riprese dal diritto interno nell’Art. 37 del D.Lgs. n° 5/05.

Mentre una simile conclusione risulta sicuramente condivisibile in situazioni eccezionali – come in quelle di uno stallo conclamato rispetto ai contenuti di alcune decisioni d’impresa – è però difficile ipotizzare che l’impermeabilizzazione dell’organo amministrativo della società mista rispetto al socio pubblico ed al socio privato possa essere la soluzione ottimale rispetto alla conduzione quotidiana della società.

E’, d’altra parte, il tema del c.d. “*doppio allineamento*”<sup>162</sup> a rivelare la problematicità di tale soluzione. L’inevitabile pressione

---

<sup>162</sup> C. Menard, *Assessing the obstacles and shortcomings of PPP*, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 168-169, secondo cui: “[O]n the organizational side, a key issue is the allocation of rights. With PPP, the distinction between property rights and decision rights is particularly relevant since they are often partially dissociated from each other in the different types of contracts, while at the same time they correspond to an allocation of risks and responsibilities between public and private partners that often overlap. The resulting imbrications of rights lead to economic transaction costs that might be high or even intractable, either because of the complex issues to be solved ex ante in establishing the contract, or because of the costs of disentangling responsibilities and risk in the ex post implementation of the contract. But there is more to the

del contesto politico-istituzionale in cui la parte pubblica è chiamata a vivere la propria posizione di socio della società mista è meglio trattata se affrontata direttamente: vale a dire: riconosciuta, formalizzata e canalizzata nella sede decisionale della società mista, all'esito di un processo in cui i flussi informativi tra i soci sono garantiti e costituiscono la base per una deliberazione consapevole.

### **6.5.3. Adeguatezza dell'assetto organizzativo, procedimenti deliberativi e deliberazioni delle società a capitale misto.**

Punto di partenza prescelto dell'indagine è l'assetto di organizzazione, governo e controllo della società azionaria.

Non perché la s.p.a. costituisca il tipo legale preferenziale, poiché, anzi, come si è visto il tratto “*personalistico*” della s.r.l. asseconda meglio la relazione diretta tra il socio pubblico ed il socio privato, ma piuttosto perché il carattere fondamentale che la funzione amministrativa presenta nella s.p.a. – l'autonomia dell'organo amministrativo rispetto ai soci accompagnata dalla

---

*story. On the institutional side, PPP requires credible commitments among parties in an asymmetry of positions of a very special type. Indeed, one party (the public authorities) also makes the rules of the game, which opens room for significant arbitrariness. This is not to say that private operators are left without defences: they may capture the rule maker, for example through corruption; they may influence the decision making process, for example through lobbying; or they may even rely on institutions that partially prevail on local ones, as with multinationals going to international arbitration. Of course, all of the above are particularly significant when it comes to partnership that involve important sunk investments, which is often the case for network infrastructures, which have attracted the largest volume investments under PPP as an organizational solution. The difficulties in finding an adequate institutional environment lead to political transaction costs”.*

natura – costituisce un significativo termine di paragone per la vicenda della relazione di partenariato.

Nella s.p.a. l'organo amministrativo opera senza riguardo per l'interesse individuale del socio; anzi la funzione che l'organo amministrativo svolge – in una posizione di sostanziale residualità nel senso che sono rimesse all'organo le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale non riservate alla competenza di altri organi della società – giunge alla neutralizzazione dell'interesse di cui il singolo socio è individualmente portatore.

**6.5.3.1. L'assetto organizzativo tra idoneità dell'impresa al raggiungimento degli “*standard*” di servizio e l'affidabilità dei flussi informativi verso i soci.**

La decisione d'impresa – da considerare quale stretto merito imprenditoriale al netto di ogni osservanza normativa (comunque dovuta e doverosa) oggi sintetizzabile nella formula di “*compliance*” – diviene allora ponderazione comparativa ed in ultima analisi selezione nonché graduazione degli interessi che nell'impresa rilevano, a partire da quelli del socio pubblico e del socio privato ma anche delle parti terze esterne al rapporto sociale (creditori ma anche utenti del servizio pubblico), per tutto quello non già scritto o previsto nel programma di collaborazione<sup>163</sup>.

I connotati della decisione d'impresa – entro tale quadro ricostruttivo della relazione di partenariato – forniscono, peraltro,

---

<sup>163</sup> Cfr. F. Guerrera, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010.

importanti elementi per una ridefinizione della nozione di interesse sociale. La massimizzazione del valore per i soci – valore comunque predeterminato nonché atteso sin dalle pattuizioni iniziali poste a fondamento del programma di collaborazione – rivela la propria inadeguatezza rispetto al fenomeno in esame.

Piuttosto sembra possibile osservare che il ruolo della funzione amministrativa appare da ricondurre al ruolo di “*mediating hierarch*”<sup>164</sup> all’interno di una “*team production*” che vede l’impresa come sede di coesistenza di interessi molteplici e come istituzione preordinata alla considerazione e cura di tali molteplici interessi, i quali, in tale prospettiva, vengono selezionati ed ordinati, volta per volta, attraverso le decisioni dell’organo amministrativo, in un momento di loro sintesi, esito di apprezzamento discrezionale.

#### **6.5.3.2. Struttura e funzione dei procedimenti deliberativi e delle deliberazioni o decisioni dei soci nelle società a capitale misto.**

In senso analogo appare indispensabile procedere per la comprensione del procedimento deliberativo all’interno della società mista. E’ noto come la letteratura individui nella deliberazione – ed ancora prima nel procedimento che precede e regola la formazione del deliberato – un momento di emancipazione della società di capitali, per nel diverso atteggiarsi

---

<sup>164</sup> Cfr. C. Angelici, *Principi e problemi, La società per azioni*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2012, p. 415; si veda più avanti, peraltro, il riferimento alla “*Team Production Theory*”.

del fenomeno tra i tipi legali, rispetto agli intendimenti dei singoli soci che partecipano al procedimento medesimo. E', come noto, il tema dell'allontanamento della riflessione giuridica dalla tradizione che riconduce alla teoria del negozio giuridico e quindi alla "*combinazione di atti*" tra le parti interessate (soci) l'intera vicenda della formazione della volontà interna alle società di capitali e quindi al perfezionamento della deliberazione anche nella sua valenza esterna ed opponibilità a terzi.

E' interessante notare come le parti della relazione di partenariato, nel momento in cui optano per la istituzionalizzazione di tale loro relazione all'interno della società di capitali, accettano e si assoggettano a tale regime di "*de-individualizzazione*" del procedimento di formazione della volontà della società di capitali esito della scelta di istituzionalizzazione.

E', questo, un momento centrale della valutazione delle conseguenze della decisione di istituzionalizzazione del partenariato.

Le questioni astrattamente formulabili nel partenariato non istituzionalizzato - si pensi ad una concessione ovvero ad un appalto - e riconducibili alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti, anche per il rapporto concessorio come noto, in tema di formazione ed interpretazione della volontà contrattuale, lasciano spazio ad un regime diverso.

Tanto il socio pubblico quanto il socio privato accettano la disciplina di formazione della volontà per il tramite dei procedimenti stabiliti dalla legge e dallo statuto della società di capitali e quindi anche i rimedi di tutela previsti corrispondentemente dall'ordinamento per l'ipotesi di invalidità di tali deliberati.



Sembra opportuno soffermarsi sul tale aspetto. La questione è, in primo luogo, quella del rapporto tra voto, in quanto manifestazione di volontà del socio, Il voto si inserisce in una sequenza – concettuale prima ancora che procedimentale – che vede, dapprima, la circoscrizione dell’argomento da trattare quindi una proposta formulata.

La struttura della deliberazione è, dunque, più ampia del solo voto e relativa manifestazione di volontà del socio. Entro tale sequenza – e solamente entro il quadro di disciplina che attribuisce rilevanza a specifiche ipotesi di invalidità di tale sequenza intesa come difforme rispetto alla legge ed allo statuto – acquisisce rilevanza la manifestazione di volontà del singolo socio<sup>165</sup>.

Tale maggiore ampiezza sottolinea ed illumina la dimensione procedimentale del fenomeno deliberativo.

All’interno della sequenza – convocazione, fissazione dell’ordine del giorno, proposta, voto ed infine deliberazione ed adempimenti di pubblicità della medesima – la condotta del singolo socio rileva solo con riguardo alla sua incidenza sul procedimento, ferma rimando la rilevanza dell’apporto, in senso ampio “*istruttorio*” dell’acquisizione del punto di vista del socio. In ogni caso è chiaro che tale carattere proprio del fenomeno societario – la “*de-individualizzazione*” del voto e comunque dell’apporto individuale del singolo socio – produce comunque un vincolo rilevante nella condotta tra le parti nel senso che è solo quanto emerge

---

<sup>165</sup> Cfr. C. Angelici, *Principi e problemi, La società per azioni*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2012, p. 278, passim;

nell'osservanza e dall'osservanza del procedimento deliberativo ad acquisire capacità di incisione nei rapporti tra le parti<sup>166</sup>.

E' sicuramente possibile ipotizzare, entro il quadro sopra delineato, apposite previsioni statutarie in grado di condizionare la maggiore o minore rilevanza del ruolo dei soci rispetto all'organo amministrativo, così definendo i relativi equilibri.

Nel caso della s.r.l., l'innalzamento dei "quorum" costitutivi e deliberativi può giungere sino ad esigere la presenza totalitaria dei soci quanto ai primi e l'unanimità per i secondi, anche selettivamente per determinate tipologie di argomento. Nella s.p.a., dove, a fronte dell'inderogabilità della previsione di legge ex Art. 2368 Cod. Civ. circa il "quorum" costitutivo, si è soliti ritenere che l'innalzamento del "quorum" deliberativo possa avvenire esclusivamente attraverso un quoziente di maggioranza ma non sino alla clausola di unanimità in quanto soluzione contrastante con il principio maggioritario e capitalistico, più rigorosamente salvaguardato da tale tipo legale, rimane comunque possibile avvalersi di tale facoltà di innalzamento prevista dal secondo periodo del primo comma dell'Art. 2368 Cod. Civ..

Interventi più incisivi, in esercizio dell'autonomia statutaria, possono essere effettuati con riguardo all'abbassamento delle soglie di titolarità di azioni per chiedere la convocazione dell'assemblea ex Art. 2367 Cod. Civ. e per l'impugnazione delle delibere assembleari ex Art. 2393 bis Cod. Civ., all'interno di un percorso volto alla tendenziale "personalizzazione" dei diritti dell'azionista, sia pure entro i limiti consentiti dal tipo legale.

---

<sup>166</sup> Cfr. C. Angelici, *Principi e problemi, La società per azioni*, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2012, p. 278, passim;

All'opposto, l'adozione del puro principio maggioritario, accompagnato dall'eliminazione dei diritti particolari dei soci ex Art. 2468 comma 3° Cod. Civ. e di diritti di voto potenziati in deroga alla proporzionalità della partecipazione posseduta ai sensi del comma 2° del medesimo Art. 2468 Cod. Civ. nonché dall'ulteriore eliminazione di ambiti di materia riservati alla decisione dei soci ex Art. 2479 Cod. Civ., rende il procedimento deliberativo meno esposto al rischio di suo orientamento strumentale ai fini l'ingerenza del socio medesimo nell'amministrazione della s.r.l..

Analogo effetto è riproducibile nel caso della s.p.a., attraverso l'eliminazione della previsione di autorizzazione agli amministratori per il compimento di atti ex Art. 2464 n° 5 Cod. Civ. ed il rinvio alle previsioni ordinarie di “*default*” stabilite dalla legge (ovvero l'innalzamento sino alle soglie massime dalle medesime norme stabiliti) quanto ai “*quorum*” costitutivi e deliberativi nonché a quelli di titolarità azionaria per la convocazione dell'assemblea e la proposizione dell'azione di responsabilità.

**6.5.4. Gli strumenti per la definizione del grado di tutela rispettivamente delle attese del socio pubblico circa lo “*standard*” di servizio e le aspettative di profitto del socio privato.**

La centralità più volte sottolineata del programma di collaborazione – e delle rispettive attese delle parti (di “*delivery*” del servizio per la parte pubblica e di profitto per la parte privata) illumina inevitabilmente la rivisitazione complessiva del “*right of*

*voice*” e del “*right of exit*”<sup>167</sup> dei soci, quali rimedi rispetto ad un andamento della gestione che risulti divaricante, in senso ovviamente negativo, rispetto alle attese delle rispettive parti.

#### **6.5.4.1. La tutela delle attese dei soci rispetto all’andamento del programma di collaborazione tra parte pubblica parte privata.**

E’, dunque, una prospettiva “*rimediale*” quella del “*right of voice*” e del “*right of exit*”, tanto in capo al socio pubblico quanto a quello privato, risulta coerente rispetto alla ricostruzione dell’ambiente istituzionale societario come strumento della relazione collaborativa – a contenuto sinallagmatico – tra parte pubblica e parte privata, nell’ambito della quale sia la “*voice*” che la “*exit*” dei soci si pongono, in primo luogo, come meccanismi di reazione rispetto ad una deviazione dal programma di collaborazione.

Nel contempo e proprio nella consapevolezza che la relazione di collaborazione si svolge nell’ambiente istituzionale della società di capitali a cui le parti si sono vincolate, “*voice*” ed “*exit*” debbono essere considerate all’interno del tradizionale ambito tematico della tutela delle minoranze ed in particolare, nel modello assunto ad oggetto di indagine, della tutela del socio privato di minoranza.

#### **6.5.4.2. Il “*right of voice*” dei soci rispetto all’andamento del programma di collaborazione.**

---

<sup>167</sup> A partire da Cfr. A.O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press, 1970.

La modulazione del “*right of voice*” risente naturalmente delle scelte di definizione degli assetti del sistema di amministrazione e controllo che le parti hanno concordato con particolare riferimento al grado di facoltà di ingerenza nell’amministrazione della società accordato ai soci.

Nel caso della s.r.l., come si è visto, i diritti particolari dei soci ex Art. 2468 comma 3° Cod. Civ., i diritti di voto potenziati in deroga alla proporzionalità della partecipazione posseduta ai sensi del comma 2° del medesimo Art. 2468 Cod. Civ., le prerogative riservate di decisione dei soci ex Art. 2479 Cod. Civ., i diritti di nomina e revoca degli amministratori costituiscono, nella s.r.l., significativi strumenti di amplificazione della volontà del socio.

Analogamente e sia pure in senso meno intenso data la maggiore rigidità del tipo legale, nella s.p.a., sono espressione di un rafforzato “*right of voice*” del socio i poteri ex Art. 2449 Cod. Civ., la previsione di autorizzazione agli amministratori per il compimento di atti ex Art. 2464 n° 5 Cod. Civ., l’abbassamento dei “*quorum*” costitutivi e deliberativi e l’introduzione ex Art. 2351 commi 3° e 4° Cod. Civ. del voto multiplo nonché la riduzione delle soglie di titolarità azionaria per la convocazione dell’assemblea e la proposizione dell’azione di responsabilità nonché per la denuncia di fatti e condotte censurabili al collegio sindacale ex Art. 2408 comma 2° Cod. Civ. ed al Tribunale ex Art. 2409 Cod. Civ.

Distintamente deve, invece, essere esaminata l’ipotesi posta dall’Art. 37 del D.Lgs. n° 5/03 e s.m.i., riservata nella formulazione del testo alla sola s.r.l., di accesso agli strumenti di risoluzione di contrasti sulla gestione delle società, prevedendosi, in particolare, da parte della disposizione in esame che gli atti costitutivi delle

società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società, addirittura con valore di indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferite.

Non è un caso che simili previsioni ricorrano frequentemente, secondo la prassi del commercio internazionale che le indica come “*deadlock clauses*”, proprio nel caso di “*Joint Venture*”. È intuibile, del resto, che la particolare natura, sopra segnalata, della “*Joint Venture*” come organizzazione economica ibrida, dove le parti cooperano e competono nel medesimo tempo, esponga tipicamente i partecipanti a rischi di stallo, il cui superamento, proprio su temi gestionali relativi alla conduzione della società, viene quindi affidato a soggetti terzi appositamente investiti di poteri sul punto con finalità di deterrenza rispetto a comportamenti opportunistici deliberatamente orientati a determinare l'impossibilità di funzionamento della società con ogni conseguenza legale sul punto, a partire dalla configurazione della causa di scioglimento.

#### **6.5.4.3. Il “*right of exit*” come scioglimento anticipato del programma di collaborazione.**

Il “*right of exit*” costituisce, per parte propria, la “*sciabola pesante*” del socio – ed in particolare del socio privato – rispetto all'andamento insoddisfacente della relazione collaborativa ed ancora una volta la costruzione appropriata di tale diritto costituisce esito dell'autonomia statutaria.

Almeno tre ipotesi di uscita sono nella disponibilità di tale esercizio di autonomia statutaria.

Nelle s.r.l., alla disciplina del recesso del socio ex Art. 2473 Cod. Civ., dove ampio spazio è assicurato alle possibilità di tipizzazione della causa di recesso in sede di atto costitutivo della società, si accompagna l'ipotesi inversa ma di analogo effetto ultimo - appunto lo scioglimento della relazione di partenariato in forma societaria - costituita dalla esclusione del socio ex Art. 2473 bis, in cui è analogamente previsto che l'atto costitutivo possa stabilire le specifiche ipotesi di esclusione del socio, la cui uscita è regolata dalla medesima disciplina valida per il recesso del socio ma con l'esclusione della possibilità di rimborso della partecipazione mediante riduzione del capitale sociale.

Nella s.p.a. all'ipotesi di recesso stabilita dall'Art. 2437 Cod. Civ. - nella formulazione di maggior spazio per l'autonomia statutaria assicurata dalla previsione del comma 4° relativa alle società che non fanno ricorso al capitale di rischio come appunto quelle di cui al modello oggetto di indagine - si aggiunge l'ulteriore opportunità data dall'Art. 2437 sexies Cod. Civ. in tema di azioni riscattabili per le quali l'atto costitutivo può essere attribuire il diritto di riscatto in capi ai soci ovvero alla società.

E' agevole intuire che, in tutti tali casi, l'autonomia statutaria potrà concentrarsi sulla elaborazione e formulazione di clausole statutarie di tipizzazione delle cause di esercizio della facoltà attribuita al socio, in senso corrispondente alle attese di quest'ultimo - "*delivery*" del servizio o profitto - nella rispettiva posizione assunta nell'ambito della relazione di partenariato.

Attraverso tale tipizzazione avviene, dunque e primariamente, la configurazione in senso "*rimediale*" del "*right of voice*" e del "*right*"

*of exit*” rispetto alle attese di prestazione – o comunque “*performance*” – corrispettiva tra le parti della relazione.

Appare evidente, in ogni caso, che l’esercizio delle prerogative di “*exit*” determina comunque una estinzione anticipata – e dunque un mancato completamento – del programma di collaborazione, come anche più avanti verrà segnalato.

**6.5.5. L’applicazione al socio pubblico di maggioranza della disciplina dell’attività di direzione e coordinamento e la sua valenza ricostruttiva nel più ampio rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.**

Il nesso di strumentalità della vicenda societaria rispetto al programma contrattuale di collaborazione trova un ulteriore momento di conferma nell’applicazione al socio pubblico, titolare del potere di controllo sulla società di capitali esito dell’istituzionalizzazione della relazione di partenariato, della disciplina prevista dagli Artt. 2497 e segg. Cod. Civ. in tema di direzione e coordinamento.

E’ noto, infatti, che, secondo la previsione di diritto comune, l’attività di direzione e coordinamento delle società partecipate si presume come svolta ed esercitata dall’ente in ragione del regime di controllo ex Art. 2359 cod. Civ. sulle società medesime ovvero per effetto di un contratto con tale società o di clausole statutarie di quest’ultima.

Il “*Decreto Partecipate*” interviene sul punto, precisando ulteriormente che si intende per controllo ulteriormente sul punto chiarendo sulla base



Conseguenza legale dell'insorgenza del vincolo di sottoposizione della società all'attività di direzione e coordinamento dell'Ente è che, quest'ultimo, ogniqualvolta agisce nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui ovvero in violazione dei principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale della società diretta e coordinata, diviene responsabile, nei confronti dei soci di tale società, oltre che verso i creditori sociali, per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale.

Sin d'ora non possono non essere colte le implicazioni ricostruttive di una fattispecie di responsabilità all'interno della relazione di partenariato istituzionalizzato dove la parte pubblica è socia con partecipazione prevalente e, pertanto, titolare, in virtù di presunzione legale, della situazione di direzione e coordinamento sulla società a capitale misto partecipata.

Ogni eventuale condotta deviante rispetto agli accordi sottostanti al programma di collaborazione è suscettibile di esporsi all'addebito di indebito perseguimento di interessi estranei a quelli della società partecipata con insorgenza conseguente delle ipotesi di responsabilità poste dal regime ex Art. 2497 e segg. Cod. Civ., in disparte l'ulteriore considerazione secondo cui la medesima deviazione ben si può prestare alla configurazione delle distinte ipotesi di violazione dei principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale della società, in quanto appunto non conforme alle previsioni di collaborazioni, magari espressamente recepite nelle previsioni statutarie.

Sotto altro profilo, infatti, eventuali atti o deliberati magari adottati a maggioranza da parte degli amministratori di nomina pubblica in senso difforme dalla fedele attuazione del programma

di collaborazione concordato – si pensi, ad esempio, ad atti che implicano una compressione degli utili d’impresa in favore di una espansione di “*output*” nell’erogazione dei servizi (una zona di espansione urbanistica imprevista richiede la localizzazione di nuovi cassonetti per rifiuti che la parte pubblica intende gratuita e quella privata si attende invece debitamente remunerata) – si potrebbero analogamente prestare ad essere censurati, sotto il medesimo regime di responsabilità, quali atti adottati in violazione dei principi di corretta gestione societaria ovvero imprenditoriale.

Il regime di responsabilità della parte pubblica controllante, ex Artt. 2497 e segg. Cod. Civ., diviene, dunque, lo strumento mediante il quale la parte privata opera un “*enforcement*” del programma di collaborazione, da un lato, enfatizzando l’originaria natura bilaterale e sinallagmatica del sottostante rapporto di collaborazione all’interno della società di capitali e, dall’altro, scoraggiando condotte devianti rispetto al programma stabilito.

#### **6.5.6. Lo scioglimento del rapporto sociale tra fisiologia e patologia del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.**

Le ipotesi di scioglimento del rapporto debbono essere ricondotte almeno a tre distinte ipotesi di cui la prima alla fisiologia del rapporto medesimo mentre le altre due ad evoluzioni sicuramente patologiche.

Quanto alla prima appare evidente che tale ipotesi coincida con il successo della relazione di “*Joint Venture*”, come già in precedenza segnalato, al termine della quale le parti riacquisiscono le rispettive posizioni di autonomia e facoltà (“*rights of decision*” e

“*rights of residual claimant*”) sui beni e sulle risorse poste in comune.

Nel “*Decreto partecipate*”, tale facoltà è oggi espressamente contemplata dall’Art. 17 comma 3° dove si prevede, innanzi tutto, che “*la durata della partecipazione privata alla società*”, aggiudicata all’esito dell’apposita procedura competitiva, “*non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali essa è costituita*”.

E’ chiaro allora che la conclusione del programma di collaborazione, inteso come decorso del termine di durata “*dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali*” la società “*è costituita*”, diviene causa di scioglimento del rapporto sociale, quanto meno nei confronti del socio privato.

La medesima norma indica, peraltro, due ulteriori ipotesi di scioglimento, questa volta “*patologiche*” rispetto all’andamento del rapporto.

La prima ipotesi è quella di “*inadempimento*” in cui la società è incorsa rispetto agli obblighi stabiliti dal contratto di servizio, la violazione dei quali configura appunto ipotesi di scioglimento risoluzione del contratto di servizio medesimo, dalla quale la disposizione fa discendere, sua volta, lo “*scioglimento*” del rapporto societario<sup>168</sup>.

La seconda ipotesi è quella più specifica relativa all’alterazione della identità soggettiva della parte privata socia, rivelando la

---

<sup>168</sup> cfr. il secondo periodo del citato comma 3° dell’Art. 17 del “*Decreto Partecipate*”, secondo cui “[L]o *statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio*”.

stretta funzionalità di tale disposizione all'esigenza di certezza circa il mantenimento, in capo all'operatore economico che si è aggiudicato la partecipazione ed il relativo rapporto di servizio l'operatività, della titolarità dei requisiti sulla cui base è stato selezionato. Si vuole evitare, in altri termini, che vi sia una circolazione impropria, in quanto non autorizzata, della partecipazione, con elusione conseguente degli esiti di gara, vinta da un soggetto, il quale, poi lascia il campo ad altri<sup>169</sup>.

Esiste, infine, una ulteriore ipotesi patologica – l'ultima delle tre indicate in apertura del presente paragrafo – quella relativa alla crisi d'impresa della società a capitale misto.

Il “*Decreto partecipate*” stabilisce, infatti, in coerenza con la natura di impresa propria della società in esame (e, come si è visto determinata dall'esposizione ai rischi dei processi competitivi) che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> La previsione è nitida ed è chiaramente mutuata dalle analoghe disposizioni in tema di appalti (cfr. il terzo periodo del citato comma 3° dell'Art. 17 del “Decreto Partecipate”, secondo cui “[L]o *statuto dovrà inoltre prevedere la possibilità di scioglimento del rapporto societario in caso di trasformazione, fusione o di mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante alla società mista, o di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda impegnato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione*”).

<sup>170</sup> L'Art. 14 del “Decreto Partecipate”, rubricato come “*Crisi d'impresa di società a controllo pubblico*”, stabilisce, in particolare, che: “*1. Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio, 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge*”.

---

18 febbraio 2004, n. 39. 2. Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 3, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento. 3. Quando si determini la situazione di cui al comma 1, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile. 4. Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma. 5. Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma. 6. Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita”.

E' plausibile ritenere che, a fronte della crisi della società<sup>171</sup>, consegua la risoluzione del contratto di servizio e quindi lo scioglimento del rapporto sociale nei termini sopra indicati<sup>172</sup>.

In ogni caso tutte le ipotesi considerate di scioglimento del rapporto sociale confermano, ancora una volta, la strumentalità del medesimo rispetto alla attuazione del programma di collaborazione.

---

<sup>171</sup> E' interessante notare come la giurisprudenza di merito abbia richiamato la decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in tema riparto di giurisdizione, fondata sulla presenza di una componente di rischio d'impresa determinata dalla esposizione alle dinamiche competitive di mercato, per concludere che le società in regime c.d. "*in house providing*" non sono assoggettabili a fallimento (cfr. Tribunale Verona sez. fallimentare 19 dicembre 2013, secondo cui "Non può essere dichiarato il fallimento delle società "*in house providing*" giacché, avuto riguardo al recente arresto della giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. un. 25 novembre 2013, n. 26283), esse devono ritenersi assimilabili agli enti pubblici, con conseguente applicazione dell'art. 1, comma 1, l. fall.". E' questa una importante indicazione ricostruttiva fornita dalla giurisprudenza, la quale conferma che l'assenza di esposizione ai rischi dei processi concorrenziali non consente la configurazione di attività d'impresa (cfr. in senso analogo Corte appello Napoli sez. fer. 27 ottobre 2015, Tribunale Napoli Nord sez. III 06 maggio 2015, Corte appello L'Aquila, 02 marzo 2015 n. 304, Tribunale Teramo, 20 ottobre 2014, Tribunale La Spezia 20 marzo 2013 mentre in senso contrario si vedano, Tribunale Latina 20 settembre 2013, Tribunale Modena sez. fallimentare 10 gennaio 2014, Tribunale Palermo sez. fallimentare, 13 ottobre 2014)

<sup>172</sup> Non è da escludere, peraltro, che al contratto di servizio debba comunque applicarsi la previsione dell'Art. 140 del D.Lgs. n° 163/06 e s.m.i. ed oggi Art. 110 del "Decreto Contratti Pubblici", determinando conseguentemente le soluzioni ivi previste per le molteplici ipotesi di crisi d'impresa ai fini della prosecuzione dell'attività aziendale. In tal caso sembra più arduo prospettare una soluzione interpretativa che determini l'automatico effetto di scioglimento.

### **6.5.7. La responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto.**

E' noto che il punto nodale della definizione del regime di responsabilità degli amministratori delle società di capitali risiede nel bilanciamento tra la ricerca di effettività dell'irrinunciabile dissuasivo delle conseguenze risarcitorie rispetto a condotte rivelatesi pregiudizievoli per la società in esito ad un rischio non debitamente apprezzato, da una parte, e, dall'altra parte, la garanzia, in favore degli amministratori medesimi che la sola assunzione del rischio, in quanto tale, non venga sempre e comunque perseguita per gli eventuali esiti pregiudizievoli che tale rischio abbia determinato, poiché, in caso contrario, la deterrenza giungerebbe a determinare inevitabilmente un eccesso di cautela nella condotta dell'organo amministrativo ed in ultima analisi la frustrazione dello scopo sociale e delle attese dei soci.

Il tema dell'apprezzamento del rischio, del resto, se risulta sempre proprio di qualunque iniziativa d'impresa, a maggior ragione diviene fondamentale e qualificante nella relazione di partenariato dove il rischio è trasferito sull'operatore privato e, nella relazione istituzionale, tale traslazione avviene direttamente in capo alla società di capitali individuata quale strumento di attuazione del progetto, nonché, ancora più precisamente, ai fini della odierna trattazione dei temi di responsabilità, in capo agli amministratori che divengono i gestori primi di tale rischio.

Entro tali considerazioni preliminari deve, pertanto, essere inquadrato il tema della responsabilità degli amministratori della società di capitali esito della istituzionalizzazione del partenariato; tema, quest'ultimo, il quale, a sua volta, viene inevitabilmente

declinato, ai fini del presente studio, rispetto alla polarizzazione degli interessi tra parte pubblica e parte privata.

#### **6.5.7.1. Semplificazione o complicazione del problema di “agency” nella polarizzazione tra socio pubblico e socio privato e corrispondenti incentivi.**

Sarebbe sicuramente assai semplice, peraltro in prima battuta anche corretto, osservare che, per tutto quanto sopra detto, gli Amministratori devono divenire i custodi del patto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata, nel senso di fedele esecuzione del programma negoziale concordato tra le due parti all'interno (ed a fondamento) delle relazione di partenariato.

Il punto è che l'incompletezza di tale programma rende il custode assai più creativo e attivo rispetto alla mera salvaguardia della fedele attuazione del programma concordato tra le parti.

Sotto tale profilo, la polarizzazione degli interessi tra le due parti e la relativa disciplina nel programma di collaborazione costituiscono, rispetto all'inquadramento del tema della responsabilità degli amministratori, un elemento di semplificazione e complicazione al medesimo tempo. Diviene, infatti, un fattore di semplificazione nella parte in cui il programma di collaborazione fornisce una guida nello svolgimento dell'attività d'impresa posta ad oggetto della società.

Diviene, invece, un fattore di sicura complicazione allorquando si tratta di “completare” il programma di collaborazione davanti alle “contingencies” della fase esecutiva, delle imprevedibilità e novità della concreta situazione entro cui



l'organo di amministrazione d'impresa deve essere chiamato a compiere la singola scelta o decisione.

L'elemento di complicazione è, infatti, proprio costituito, nella vicenda, proprio dalla polarizzazione degli interessi a cui corrisponde una condotta parimenti polarizzata degli amministratori espressioni di ciascuna parte.

Naturalmente – e tale aspetto è stato sopra evidenziato – il margine di autonomia degli amministratori è conseguenza diretta della scelta, operata dalle parti in sede di costituzione della società, circa il modello di amministrazione e controllo.

A parte, infatti, il caso della decisione rimessa direttamente dal socio (ma, anche in tal caso siamo in presenza di una scelta operata per sottrazione rispetto al complessivo compito degli amministratori sulla base di un giudizio di “*strategicità*” della decisione rimessa) il mandato di amministrazione implica sempre e comunque esercizio di autonomia e di responsabilità.

In ultima analisi sembra corretto e ragionevole individuare nel grado di autonomia dell'organo amministrativo rispetto ai soci, l'aspetto probabilmente più qualificante delle conseguenze in punto di responsabilità per i componenti di tale organo, così come scaturenti dalle scelte iniziali circa i sistemi di amministrazione e controllo da adottare, rispetto alla costruzione ed esecuzione della relazione di partenariato.

In particolare, appare ragionevole ritenere che all'aumento della complessità del progetto sia raccomandabile una intensificazione dell'autonomia dell'organo amministrativo.

Almeno due considerazioni fondano tale conclusione: la prima è legata alla “*insularizzazione*” dell'organo amministrativo rispetto alle inevitabili pressioni delle parti; il che non significa solamente

rendere insensibile l'amministratore rispetto alle attese delle parti socie ma significa, ancora di più in primo luogo, preservare l'integrità del processo decisionale collegiale come esito dell'apporto dei punti di vista degli amministratori tutti che compongono l'organo<sup>173</sup>, nella situazione in cui tutti i componenti medesimi avvertono l'intensificazione del regime di propria responsabilità, quanto all'esito della decisione, in esatta corrispondenza della pari intensificazione proprio dell'autonomia

La seconda considerazione è legata alla salvaguardia del carattere professionale dell'apporto dell'amministratore, laddove la maggiore autonomia dell'organo amministrativo, appunto nella sua collegialità, consente il dispiegamento delle competenze, in termini di conoscenze ed esperienze, idonee alla soluzione del punto atteso dell'operazione di "*completamento*" del programma contrattuale rispetto alla "*contingency*" che ha rivelato, all'opposto, l'incompletezza del programma medesimo.

**6.5.7.2. La "*Business Judgement Rule*" rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata ed alle incompletezze di quest'ultimo.**

Quanto sopra avviene attraverso, appunto, un esercizio di autonomia da parte dell'amministratore mandatario. E, d'altra parte, è attraverso tale margine di autonomia che passa la ricostruzione del mandato di amministrazione all'interno del modello "*Agent-Principal*".

---

<sup>173</sup> È da escludere, del resto, l'ipotesi, certo non ricavabile dal c.d. "*Decreto Partecipate*", di un organo monocratico di amministrazione posto a governo della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata.

Più precisamente, la prospettazione di un “*Agency problem*” nel rapporto tra soci ed amministratori presuppone il conferimento di un margine di apprezzamento discrezionale, in favore dei secondi da parte dei primi, nello svolgimento di tale mandato e chiaramente in regime di responsabilità costituisce parte integrante del sistema di incentivi all’interno della relazione “*Agent-Principal*”.

Entro tale contesto si inserisce il tema della c.d. “*Business Judgement Rule*” e della problematica applicazione agli amministratori delle società a capitale misto del regime di responsabilità amministrativo e contabile affidata alla Corte dei Conti, nell’ordinamento interno; problematicità, quest’ultima, determinata, in buona sostanza, dalla rigidità delle nozioni di “*dolo*” e di “*colpa grave*”, così come maturate nella giurisprudenza contabile ai fini dell’insorgenza delle ipotesi di responsabilità. Tali nozioni, sistematicamente orientate da “*standard*” di giudizio improntati all’esame “*ex post*” e non “*ex ante*” tanto della condotta quanto dell’eventi di danno conseguente alla condotta, sono incompatibili, strutturalmente e funzionalmente, con l’ipotesi di introduzioni di soglie di immunità.

Il punto è che l’accettazione di una qualsivoglia soglia di immunità presuppone l’accettazione (e legittimazione) della condotta rischiosa quale comportamento conforme a diritto ed è esattamente su tale punto che la tradizione della responsabilità amministrativo-contabile resiste, poiché modellata sul paradigma dell’azione amministrativa dei pubblici poteri che rifiuta il rischio.

### 6.5.7.3. Il rilievo sistematico del tema del riparto di giurisdizione sulle controversie circa la responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto.

E' tale punto ad essere a fondamento ultimo della estenuante “*turf war*” combattuta dalla giurisprudenza contabile e da quella civile ordinaria in tema di responsabilità degli amministratori (e sindaci) delle società a partecipazione pubblica: l'incompatibilità dei modelli concepiti e coltivati per l'azione amministrativa dei pubblici poteri con quelli propri dell'azione imprenditoriale.

E non a caso, il “*Decreto Partecipate*”, in coerenza con la solenne affermazione della natura di impresa della società a capitale misto, non ha esitato a prendere posizione nettamente, peraltro in coerenza con i punti di arrivo più recenti della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in tema di riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario civile, stabilendo (Art. 12) che “*i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale*” ed inoltre che “*costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione*”.

E' il socio, dunque, e non l'amministratore ad essere esposto all'azione di responsabilità amministrativa e contabile della Corte

dei Conti, essendo il secondo rimesso solamente alla disciplina di diritto comune delle società di capitali e lo è, in quanto esposto al rischio del processo competitivo sul mercato<sup>174</sup>.

**7. L'interesse sociale come vincolo reciproco al coordinamento ed alla cooperazione tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: dalla “*shareholders value maximization*” alla “*team production*”.**

Le indicazioni scaturite dall'indagine circa il rendimento degli istituti del diritto delle società di capitali, così come sin qui esaminati, consente di prendere posizione anche sulle specifiche modalità in cui si atteggia l'interesse sociale all'interno delle relazioni di partenariato costituite in forma societaria.

Sembra, infatti, ragionevole concludere, dinanzi alla sottolineata centralità del programma di partenariato quale sede di predeterminazione dei diritti ed obblighi della parte privata in ragione dell'apporto di quest'ultima, così come concordato, che l'interesse sociale risulti definibile come l'interesse contrattuale dei soci alla valorizzazione, tanto reddituale quanto patrimoniale, della partecipazione per il tramite dell'esatto adempimento al programma negoziale sotteso alla relazione di partenariato e preventivamente stabilito, rispetto alla costituzione della società.

La debita modulazione dei diritti di “*voice*” e di “*exit*” del socio, tanto di quello privato quanto di quello pubblico, all'interno della

---

<sup>174</sup> Rispetto, invece, ad un soggetto in regime “*in - house providing*” il quale beneficia di un affidamento diretto e non è esposto ad alcun processo competitivo. E' quella la tesi della nota posizione assunta dalle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione, n° 26283/13, Presidente L. A. Rovelli, Relatore R. Rordorf.

vicenda societaria, divengono un elemento fondamentale del programma di partenariato, in sede di sua perfezionamento tra le parti e quindi da riversare nell'atto di costituzione della società e quindi nello statuto e nelle eventuali pattuizioni parasociali.

Entro tale prospettiva, peraltro, i contenuti del programma di partenariato, soprattutto nella parte relativa agli obblighi di servizio di interesse generale, nei termini sopra definiti, divengono non solamente metro di valutazione dell'operato degli organi societari, non solo per gli "*shareholders*" ma, forse in senso ancora più intenso, per gli "*stakeholders*", poiché gli interessi di questi ultimi, al conseguimento della prestazione del servizio di interesse (appunto) generale, incidono direttamente sulla configurazione degli interessi dei soci.

Il tema non è certo quello di riproporre l'antico dibattito tra tesi istituzionalistiche e tesi contrattualistiche nella ricostruzione della vicenda societaria mista bensì di riconoscere che l'interesse sociale ed il relativo effetto di assoggettamento, tanto del socio privato quanto del socio pubblico, a tale interesse, definito nei termini sopra descritti, divengono, dunque, strumenti effettivi non solo di coordinamento ma altresì di cooperazione, in primo luogo, tra i soci ma anche tra i portatori di interessi esterni al rapporto sociale.

L'ordinamento, dunque, sostiene e non contraddice l'indicazione della "*Transaction Cost Economics*" che vede la società, più correttamente l'impresa costituita in forma societaria, come un coordinatore dell'operatore "*pubblico*" e dell'operatore "*privato*" integratisi verticalmente.

Quanto sin qui precisato consente, peraltro, di spingere oltre le considerazioni circa le modalità in cui si atteggia il tema della definizione dell'interesse sociale nella società a capitale misto.

In gioco è la possibilità che la cooperazione interna, sia al capitale che agli organi di amministrazione e controllo sia infine al flusso informativo tra tali organi ed i soci, almeno quello relativo alle decisioni strategiche, divenga la chiave per accedere ad un ambiente societario non più fondato sul principio della c.d. “*massimizzazione del valore per gli azionisti*” ma diversamente orientato.

I fondamenti teorici della “*shareholders value maximization*”<sup>175</sup> (si vedano su tutti Michael C. Jensen e William H. Meckling, (1976) sono noti: gli azionisti costituirebbero, in primo luogo, il regime “*proprietario*” della società; gli stessi, in secondo luogo, sarebbero i “*residual claimants*” e quindi titolati a ricevere tutto quanto rimasto del patrimonio sociale una volta adempiute le obbligazioni contrattuali verso terzi; sempre gli azionisti, infine, recluterebbero i componenti degli organi di amministrazione della società ed il management relativo, i quali tutti dovrebbero, quindi, rispondere agli azionisti medesimi nel più tipico dei rapporti di “*principal-agent*”, in virtù del quale la parte “*agent*” (amministratori e management) è chiamato a massimizzare gli interessi della prima “*principal*” (azionisti).

Non solo: ogni deviazione della parte “*agent*” dal criterio di massimizzazione dell’interesse del “*principal*” diviene, secondo l’impostazione teorica in esame, un costo ed in ultima analisi una ragione di inefficienza nel rapporto.

E’ allora evidente l’esito finale della traiettoria ricostruttiva: gli interessi degli azionisti dominano ogni altro diverso interesse.

---

<sup>175</sup> M.C. Jensen e W.H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, n° 4, 1976.

Il principio di “*massimizzazione del valore per gli azionisti*” è coerente rispetto alle esigenze dell’investitore di breve termine e, più in generale, rispetto alle richieste di fluidità del mercato dei capitali, dove la capacità di remunerazione dell’azionista, entro un arco temporale dato, diviene il parametro primario di valutazione della società.

Diversa è naturalmente la prospettiva richiesta ed imposta dalla transazione in esame qualora venga riesaminata dal punto di vista dell’investitore di lungo termine (Stout, 2012) e dagli altri portatori di interessi rispetto alla società.

Nitida, in proposito, è l’affermazione svolta sul punto:

*“If executives and especially boards of directors want to truly promote “shareholder value”, they need to embrace the discretion that corporate law grants them to use their power and authority over the firm as a means to address (as Iman Anabtawi puts it) “the need for mediating the various and often conflicting interests of shareholders themselves”. We should not expect boards to do a perfect job of mediating these “various and often conflicting” shareholder interests. However, there is no reason to think boards can’t mediate well enough that shareholder interest-balancing by a board is preferable to a board that slavishly responds only to the concerns of the most short-sighted, opportunistic, undiversified, and unethical subset of shareholders. In this vein, boards should keep in mind that balancing becomes especially difficult if the heavy weight of self-interest is added to one side of the scale. Stock options and other compensation schemes that tie executive or director pay primarily to share price undermine corporate*



*managers' motivation to pursue more authentic vision of shareholder value*<sup>176</sup>.

E' significativo notare che tale riconsiderazione critica della teoria della c.d. "massimizzazione del valore per gli azionisti" è stata avviata proprio dagli studiosi nordamericani di diritto societario preoccupati degli effetti distruttivi del vincolo alla generazione di valore nel breve termine<sup>177</sup>.

La riflessione scaturisce dagli studi della c.d. "Team Production Theory"<sup>178</sup>, secondo cui esistono situazioni nelle quali due o più operatori sono chiamati a fornire il loro specifico ed indispensabile contributo alla riuscita del progetto ed in cui il medesimo contributo non può essere ritirato da nessuno degli attori se non a

---

<sup>176</sup> Stout Lynn, "The Shareholder Value Myth. How Putting Shareholders, First Harms Investors, Corporations, and the Public", Berret-Koehler Publisher, 2012.

<sup>177</sup> M. Blair, *Ownership and control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-first Century*, Washington, D.C., 1995, pp. 232 ss., secondo cui "it is possible to reject the simplistic finance model or property conception of the corporation to the extent that it implies that directors' only duty is to maximize value for shareholders and still retain the compelling logic that private control of private property leads to the most efficient use of society's resources. The view of corporations as wealth, provides a clear basis for thinking about how control rights to the machine should be allocated". Sul punto si veda anche M. Lamandini, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, p.121-122 2001, Bologna, il quale osserva che "una rappresentazione fedele del fenomeno societario dovrebbe indurre sostituire all'imperfetto, per quanto certamente rilevante, parametro dell'interesse degli azionisti (che costituisce la premessa maggiore del sillogismo insito nella prospettazione in esame) un più completo insieme di interessi sintetizzato nel concetto di «creazione di valore», che consiste nel «raggiungere i traguardi e soddisfare i propositi di tutti coloro che hanno realmente qualcosa di investito o esposto a rischio nell'impresa»".

<sup>178</sup> A.A. Alchian e H. Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *American Economic Review*, Vol. 66, 1972, pp 777-95.

pena della perdita completa (o di larga parte) del valore sino a quel punto generato dal progetto (come nel caso tipico dello spostamento di un divano in cui sono chiamate a partecipare due persone il ritiro di una delle quali, durante lo spostamento, vanifica tutta l'iniziativa sino a quel punto svolta da entrambe).

Lo studio, riversato nell'ambito specifico del diritto societario, ha quindi posto in evidenza come molti progetti affidati alla realizzazione della società non passino esclusivamente attraverso il contributo finanziario degli investitori che sottoscrivano partecipazioni di capitale, così assumendo la qualità di azionisti bensì attraverso il contributo di molteplici portatori di interessi che cooperano tra loro alla vita ed al successo della vicenda societaria (clienti, fornitori, dipendenti e naturalmente, nel caso della nostra transazione, gli utenti dei servizi).

La cooperazione tra le parti diviene allora il campo di applicazione elettivo per la "*Team Production Corporate Law Theory*", spostando il baricentro dell'interesse dei partecipanti, pubblico e privato, dalla "*massimizzazione del valore*" alla effettività della "*delivery*" promessa, quale presupposto per l'accesso al profitto.

**8. Il contratto di società ed il diritto societario come strumento di governo degli specifici caratteri della "*transazione*" tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: il diritto comune delle società di capitali come veicolo delle soluzioni istituzionali al problema del c.d. "*doppio allineamento*".**

L'esame sin qui svolto delle indicazioni rilevanti dell'ordinamento multilivello – le Autorità internazionali, in primo

luogo, e, quindi, il diritto europeo degli appalti e delle concessioni nonché dei servizi di interesse economico generale ed, infine, la disciplina interna dei contratti pubblici e, per la minima misura ancora presente, dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – confermano come la relazione tra parte pubblica e parte privata nel partenariato istituzionalizzato in forma societaria conservi, nonostante la natura associativa del contratto di società, una tipica struttura di scambio, caratterizzata da ben evidenti prestazioni corrispettive, il mantenimento del cui equilibrio costituisce la finalità istituzionale tipica dello strumento societario, nei vari istituti che lo compongono, a partire dagli organi di amministrazione e controllo.

E' stata in precedenza, più volte, sottolineata la problematicità del tema del c.d. “*doppio allineamento*” secondo cui la relazione di partenariato presenta una duplice complessità: da un lato, si rende indispensabile l'operazione di allineamento “*organizzativo*” con valenza “*interna*” alla sede prescelta per la coesistenza tra parte pubblica e parte privata mentre, dall'altro lato, è ulteriormente necessaria una distinta operazione di allineamento “*istituzionale*” con valenza “*esterna*” alla sede e sostanzialmente preordinata a determinare regole e procedure mediante le quali sottrarre la relazione all'interferenza politica estranea rispetto al programma di collaborazione e non pertinente a quest'ultimo<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> C. Menard, Is public-private partnership obsolete? Assessing the obstacles and shortcomings of PPP, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 152 e segg., le cui conclusioni sono nel senso di ritenere che “*To sum up, public-private partnership in building network infrastructures and contributing to the delivery of public goods and services is going to stay with us and to progress. But one may also quite safely predict that: 1) this participation will remain limited when it comes*

Ed altresì è stato segnalato come proprio l'inevitabile pressione del contesto politico-istituzionale<sup>180</sup>, in cui la parte pubblica è chiamata a vivere la propria posizione di socio<sup>181</sup> della società mista, sia meglio trattata se affrontata direttamente: vale a dire: riconosciuta, formalizzata e canalizzata nella sede decisionale della società mista, all'esito di un processo in cui i flussi informativi tra i soci sono garantiti e costituiscono la base per una deliberazione consapevole.

La protezione dell'affidamento della parte privata attraverso la strumentazione propria del diritto amministrativo rimane ovviamente centrale ma anche la struttura di governo societario costituisce rilevante strumento di tutela della parte privata.

L'operazione di allineamento è stata sin qui esaminata, in coerenza con le indicazioni della “*Discriminating Alignment Hypothesis*”, con riguardo alla transazione in esame costituita dalla relazione tra parte pubblica e parte privata ma tale operazione rischia di divenire inidonea all'obiettivo, quello appunto

---

*to major investment and will rather contribute by providing adequate managerial capacities, so that management and lease contracts should prevail; 2) building institutions that fit the needs of secured private participation will remain high on the agenda of policy makers and needs of secured private participation will remain high on the agenda of policy makers and international donors, but will also challenge our poor understanding of what adequate institutions are and how they impact on the interaction between public authorities and private operators. These issues are of great concern to decision makers, but also define an important research agenda”.*

<sup>180</sup> Verret J.W., George Mason University School of Law, “*Treasury inc.: how the bailout reshapes corporate theory & practice, Yale Journal on Regulation*”, Vol. 27, No. 2, Summer 2010, pp. 283-350 George Mason University Law and Economics Research Paper Series 09-43

<sup>181</sup> M. Kahan e E.B. Rock, “*When the Government Is the Controlling Shareholder*”, University of Pennsylvania Law School, 5.1.2011

dell'ottimale assemblaggio delle componenti di governo della transazione in relazione ai caratteri di quest'ultima, se non si contempla il distinto ruolo di una delle due parti, la parte pubblica, non solo come centro di interesse rispetto all'esecuzione del programma negoziale concordato bensì come Autorità preposta alla cura di interessi generali, che la tradizione del diritto amministrativo definisce interessi pubblici, ed appunto per questo affidati a poteri il cui fondamento legittimante è nella legge e non nel contratto ed il cui esercizio presenta caratteri di imperatività ed unilateralità estranei all'ambito negoziale<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. R. Caranta, *L'alternativa tra forma e sostanza e il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, pp. 123-124, secondo cui “[L]’ amministrazione è portatrice di un interesse necessariamente superiore a quello del privato. Inevitabilmente, l’amministrazione si presenta come autorità. Il diritto amministrativo è pesantemente top-down. Il suo centro è lo Stato e sua caratteristica essenziale è l’autoritatività. Infatti, il diritto amministrativo è nato con un impronta fortemente autoritaria, come diritto di privilegio, strumentale alla prevalenza degli interessi dello stato su quelli di ogni altro soggetto. Nella prima fase del suo sviluppo, quindi, l’enfasi fu posta su quello che Giannini chiamava il “momento dell’autorità”. Da ciò la concezione della supremazia della pubblica amministrazione sui privati. Concezione non necessaria, come mostrato dai precedenti storici (le diverse impostazioni degli studiosi preorlandiani) e delle esperienze straniere (dei paesi anglosassoni). Ma concezione propria del diritto amministrativo continentale: di quello francese, che Maurice Hauriou descriveva come il diritto della *puissance publique* e delle prerogative esorbitanti, e di quello tedesco, nel quale Otto Mayer individuava una *rechtliche Ungleichheit* tra Stato e suddito”. Il medesimo A. non esita, peraltro ed in senso assolutamente condivisibile, a segnalare come proprio la relazione di partenariato costituisca un momento di evidente crisi di tale concezione, cfr. R. Caranta, *L'alternativa tra forma e sostanza e il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 139, secondo cui “[N]el nostro ordinamento si è consumato da oltre un secolo il fallimento del tentativo di ricondurre tout court a

L'indagine si è, dunque, sin qui svolta attorno alle specificità della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata rispetto a tale modello di integrazione verticale ed a come tali specificità – che, si anticipa sin d'ora, ben lungi dal determinare un'integrazione verticale piena tra le parti, mantengono ed in qualche misura enfatizzano la relazione quasi-contrattuale tra i soci della società mista – si riflettono sulla declinazione degli istituti di diritto societario.

La vicenda societaria tra parte pubblica e parte privata si colloca, pertanto, all'interno di un modello teorico costituito da una scala che vede, quali modalità di “*governance*”, ad un estremo i mercati, intesi come sede dello scambio contrattuale tra due o più operatori (*Markets*”), e dall'altro l'impresa, dove gli operatori non più scambiano tra loro bensì tra loro si integrano verticalmente all'interno di una struttura gerarchica (*Hierchies*”).

Lo scambio è caratterizzato dalla appropriazione da parte di ciascun operatore del profitto netto scaturente dalla transazione con elevata reattività dell'operatore medesimo ad ogni evento causalmente idoneo ad incidere su tale profitto (“*Incentive Intensity*”).

---

*manifestazione di autorità un fenomeno essenzialmente di contrattazione, e quindi di dialogo, quali sono molte concessioni. Il diritto Comunitario ha finalmente costretto la dottrina prevalente a riconoscere la natura contrattuale delle concessioni di lavori e servizi, ma si tratta di esito cui si sarebbe potuti pervenire da tempo. E' appena il caso di ricordare che il fenomeno in questione è divenuto sempre più pervasivo, e non solo in Italia, con il diffondersi, dovuto anche ma non solo alla crisi strutturale della finanza pubblica, **delle varie forme di private finance iniziative, project financing, o public-private partnership, contrattuale o istituzionale**”.*

L'integrazione verticale è caratterizzata, invece, dal risultato di assoggettamento ad un'unica autorità, titolare di poteri di direttiva e controllo, di tutti gli operatori che partecipano alla transazione, i quali, riuniti sotto un regime proprietario unico, reagiscono ora alle direttive impartite dall'autorità costituitasi per effetto dell'integrazione (*"Administrative Authority and Control"*).

In altri termini: laddove la transazione realizzata sul mercato è perfezionata tra operatori indipendenti, la transazione realizzata nell'ambiente gerarchicamente organizzato dell'impresa, costituitosi per effetto dell'integrazione degli operatori, è conseguita attraverso il regime proprietario ormai unificato ed il corrispondente assoggettamento di tali operatori, precedentemente indipendenti, ad un unico potere di direttiva e controllo che ne determina il loro coordinamento reciproco.

Lo scorrimento lungo la scala che vede agli opposti estremi le due polarità del mercato e dell'impresa – e quindi la scelta della modalità di *"governance"* più appropriata rispetto ai caratteri della transazione – è determinato dall'idoneità del modello a reagire, con maggiore o minore efficacia, a complesse esigenze di adattamento, determinate da evoluzioni imprevedute, rispetto alla formulazione originaria dei termini della transazione.

Laddove nel mercato, la più elevata reattività dell'operatore indipendente alle potenziali variazioni del profitto netto atteso induce il medesimo operatore a condotte non cooperative, quando non opportunistiche ovvero di semplice rigidità rispetto alle originarie previsioni dei termini della transazione, nei confronti della controparte, il coordinamento dei due operatori, integratisi verticalmente nella medesima impresa e sotto il medesimo vincolo gerarchico, è promosso proprio dal regime proprietario ormai

unificato di entrambi le parti della originaria transazione e quindi delle rispettive fasi esecutive e responsabilità operative, tutte affidate ad un nuovo centro di loro coordinamento. L'introduzione della figura di un coordinatore, terzo e distinto rispetto agli originari operatori indipendenti, costituisce, dunque, esito ultimo dell'integrazione verticale tra i medesimi operatori.

Entro tale prospettiva, la società di capitali diviene, quindi, lo strumento istituzionale entro cui e mediante il quale si realizza il coordinamento degli operatori esito dell'integrazione.

Non solo: proprio la società di capitali – attraverso gli istituti sopra esaminati – diviene strumento di garanzia e protezione se non di deterrenza (ed in ultima analisi di neutralità nella costruzione dei processi deliberativi interni) rispetto al rischio di interferenza del ciclo elettorale della parte pubblica.

## **9. Considerazioni conclusive.**

L'integrazione verticale tra pubblico e privato si realizza, dunque, nella istituzionalizzazione della relazione di partenariato, dove le parti, mantenendo una loro distinta soggettività, cooperano e competono all'interno di una sede che assume i connotati della organizzazione ibrida.

L'indagine – così come sin qui sviluppatasi – consente alcune conclusioni, per quanto provvisorie, come per ogni ricerca:

i) l'istituzionalizzazione del partenariato costituisce soluzione di governo della transazione ad oggetto complesso nell'ambito della quale i sistemi di amministrazione e controllo della entità terza costituita dalla parte pubblica e dalla parte privata divengono la sede di composizione unitaria delle diverse logiche istituzionali che



presiedono rispettivamente alla finalità di interesse generale perseguite dalla parte pubblica ed a quelle lucrative della parte privata;

ii) l'ordinamento europeo conferma tale ricostruzione del fenomeno della istituzionalizzazione del partenariato pubblico-privato, indicando la complessità dell'oggetto della relazione quale elemento distintivo che rende auspicabile il ricorso alla relazione istituzionalizzata e polarizzando i ruoli delle due parti, assegnando a quella parte privata lo specifico ruolo operativo di conduzione dell'entità terza appositamente costituita ed alla parte pubblica quello di controllo su tale conduzione d'impresa, ponendosi il tema centrale della congruità funzionale della soluzione organizzativa ed istituzionale prescelta rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito, in senso, peraltro coerente alle indicazioni sul partenariato fornite dalle agenzie internazionali;

iii) l'ordinamento interno, invece ed a parte le più recenti iniziative legislative di riordino di cui si dirà più avanti ed alcuni precedenti infruttuosi tentativi di adozione di corpi normativi organici, ha sin qui ritenuto di affidare la disciplina delle società a partecipazione pubblica - e tra queste quelle partecipate dagli Enti Locali preposte all'erogazione di servizi pubblici locali - ad interventi quasi sempre inseriti nel contesto di leggi di riequilibrio della finanza pubblica e tutti orientati all'obiettivo ultimo di contenimento della spesa, soprattutto di Regioni, Province e Comuni;

iv) il quadro d'insieme che risulta da tale stratificazione normativa è quello di un Legislatore storico che, da un lato, considera un unico obiettivo di regolazione, appunto quello del contenimento della spesa, e trascura quindi ogni altro aspetto, a

partire da quello rilevante della congruità funzionale della soluzione organizzativa ricercata e prescelta dalla p.a. mediante il ricorso allo strumento societario rispetto alle finalità di interesse pubblico perseguite; dall'altro lato, sembra conoscere un'unica tecnica di normazione: quella della limitazione della capacità generale di diritto privato della parte pubblica, introducendo divieti alla costituzione di società ovvero all'assunzione ed al mantenimento di partecipazioni sociali, con esclusione di strumenti di regolazione più avanzati quali quelli di "standard" promozionali che orientino la scelta della p.a. verso l'una o l'altra delle soluzioni organizzative disponibili, sia tra quelle in forma di società di capitali oggetto della presente indagine sia verso altre, in relazione all'obiettivo ricercato; il diritto societario delle pubbliche amministrazioni appare, dunque, ancora oggi un diritto dei divieti e delle norme imperative;

v) il medesimo ordinamento interno fornisce, peraltro e nel contempo, una indicazione di segno opposto per quanto concerne il diritto societario comune; quest'ultimo si muove, con una tendenza senz'altro resasi evidente a partire dalla riforma della disciplina delle società di capitale del 2003, secondo norme sussidiarie o dispositive che lasciano all'operatore la scelta tra diversi tipi legali e la possibilità di conformazione del tipo, attraverso l'esercizio dei poteri statutari accordati nonché quelli negoziali in senso ampio, sia pure in misura maggiore o minore a seconda del tipo prescelto, così assicurando la facoltà non solo di scegliere ma altresì di costruire la struttura organizzativa ed istituzionale ritenuta più appropriata rispetto agli obiettivi d'impresa prefissati;

vi) gli istituti del diritto societario comune – dinanzi agli aspetti di complessità della “*transazione*” di partenariato tra parte pubblica e parte privata ed alle delicate questioni di incompletezza contrattuale che tale complessità pone – mostrano, sotto tale profilo, una elevata capacità di reazione, fornendo appositi strumenti di governo della relazione tra le parti, le quali, impiegano il contratto di società come modalità attuativa di un programma di collaborazione prestabilito ma non definito, il cui completamento avviene attraverso i procedimenti deliberativi della società nel contesto dei sistemi di amministrazione e controllo, scelti nonché debitamente modellati rispetto alle esigenze di governo della transazione incompleta, fornendo alle medesime parti della sia opportunità di controllo in relazione alla conformità dell’andamento d’impresa rispetto al programma di collaborazione sia specifici rimedi a fronte dell’insorgenza di condotte devianti da tale programma e dunque inadempienti agli obblighi rispettivamente assunti tra le parti.

Sia consentita un’ultima considerazione: le parti della relazione di partenariato, si è detto, cooperano e competono tra loro. Cooperano per l’attuazione del programma stabilito e competono per la destinazione da assegnare al vantaggio economico scaturente dall’attività di impresa in comune svolta: a profitto per la parte privata ed a massimizzazione dell’interesse generale per la parte pubblica. Quello che sembra, peraltro, possibile affermare è che, rispettate tra le parti le regole inizialmente pattuite ivi incluse quelle procedurali fornite dal diritto societario comune per l’adozione dei deliberati di preordinati al completamento della assenza o dei vuoti di disciplina pattizia originaria, la condotta

cooperativa e quella competitiva si equivalgono, neutralizzandosi all'interno della sola attività di attuazione del programma.

Cruciale, su tutto, è il grado di fiducia che le parti della relazione e le parti terze della medesima relazione – in primo luogo i cittadini quali utenti del servizio pubblico locale erogato – riescono a costruire tra loro, rendendo trasparenti i processi decisionali attorno ai nodi più controversi della relazione medesima.

## Riferimento bibliografico generale

Acerbi Giuseppe, “*Osservazioni sulle stock options e sull'azionariato dei dipendenti*”, Riv. soc 1998, fasc.5, pag. 1193

Adolff Johannes, German Law Journal No. 8 - European & International Law, “*Turn of the Tide?: The „Golden Share” Judgements of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets*”, 01.08.2002

Aghion Philippe and Holden Richard, “*Incomplete Contracts and the Theory of the Firm: What Have We Learned over the Past 25 Years?*,” 2011

Aghion Philippe, Bloom Nicholas, Reen John Van, “*Incomplete Contracts And The Internal Organization Of Firms*”, 02/2013

Agus Diego, “*I servizi pubblici locali e la concorrenza*”, in Diritto Amministrativo, 2010, fasc. 5, pag. 464

Aicardi Nicola, “*Disciplina e contenuti della concessione alla società per azioni «ENEL»*”, Dir. amm., 1995, fasc.1, pag. 75

Akintoye Akintola, Liyanage Champika and Renukappa Suresh, “*Public Private Partnerships, CIB TG72 /Arcom Doctoral Research Workshop*”, University of Central Lancashire, 12.10.2011

Akkermans Bram and Ramaekers Eveline, “*Article 345 TFEU (ex 295 EC), Its meaning and Interpretations*”, 2009

Akkermans Bram e Ramaekers Eveline, “*Article 345 TFEU (ex. 295 EC), Its Meanings and Interpretations*”, in *European Law Journal*, 2010, Vol. 16, n. 3, pp. 292-314

Albisinni Francesco Giovanni, “*Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*”, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 4, pag. 394

Alchian Armen e Harold Demsetz, “*Production, Information Costs, and Economic Organization*”, in *American Economic Review*, 1972, 62, 316-325

Alla Luigi, “*Aperta dalla Commissione una procedura di infrazione contro l’Italia per mancato recepimento della Direttiva sulla trasparenza delle relazioni finanziarie*”.

Allen Franklin, Wharton School, University of Pennsylvania, Philadelphia; Douglas Gale Economics Department, New York University, New York; “*Corporate Governance and Competition*”, December 15, 1998

Allena Miriam, “*Scelta del promotore e sindacato sulle discrezionalità nel project financing*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 7, pag. 841

Altieri Andre Maria, “*I servizi pubblici locali organizzati in Ambiti territoriali ottimali*”, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 12, pag. 1191

Altieri Andrea Maria, *“Le modalità di gestione dell’affidamento del servizio idrico integrato dopo il referendum”*, in *Diritto Amministrativo*, 2012, fasc. 11, pag. 1069

Amaryllis Verhoeven, *“Privatisation and ec law: is the european commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?”*, *International and Comparative Law Quarterly*, Issue 04.10.1996, Vol. 45, pp 861-887

Amaryllis Verhoeven, *“Privatisation and ec law: is the european commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?”*, *International and Comparative Law Quarterly* 1994

Amiconi Cesare, *“La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci e ombre”*, *Giust. civ.*, 1999, fasc.11, pag. 463

Ammannati Laura, *“Diritto e Mercato - Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di ‘transaction’ di Commons”*

ANAC, *Determinazione n° 10 del 23.09.2015 recante “Linee Guida per l’affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi”*

Andersen Henrik, Cao Fuguo, D. Tvarnø Christina, Wang Ping, *“An international analysis - from a legal and economic perspective, Public-Private Partnerships”*, 08/2010

Andrea Luberti, “*La finanza di progetto del codice degli appalti*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 6, pag. 694

Andreani Antonio, “*Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*”, *Diritto Amministrativo*, 1995, fasc. 2, pag. 245

Andreis Massimo, “*Società in house e giurisdizione contabile*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc. 4, pag. 400

Angelici Carlo, “*Principi e problemi, La società per azioni*”, Vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Piero Schlesinger, Milano, 2012, pp. 278, 415, 445 e segg.

Armitage Mr. Richard And His Team At Simmons & Simmons Llp, London, United Kingdom, “*Third Session Of The Team Of Specialists On Public-Private Partnerships (Tos PPP)*”, 18-19.04.2011

Armour John Armour, Hansmann Henry e Reinier Kraakman, “*Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*”, E.C.G.I., European Corporate Governance Institute, Law Working Paper, 2009, n. 135

Armour John Armour, Hansmann Henry e Reinier Kraakman, “*The Essential Elements of Corporate Law*”, E.C.G.I., European Corporate Governance Institute, Law Working Paper, 2009, n. 134



Armour John, University of Oxford – Faculty of Law Oxford - Man Institute of Quantitative Finance European Corporate Governance Institute (ECGI), Henry Hansmann Yale Law School; European Corporate Governance Institute (ECGI) Reinier Kraakman Harvard Law School; European Corporate Governance Institute (ECGI), “*The Essential Elements of Corporate Law*”, November 2009

Armour John, University of Oxford – Faculty of Law Oxford-Man Institute of Quantitative Finance European Corporate Governance Institute (ECGI), Henry Hansmann Yale Law School; European Corporate Governance Institute (ECGI) Reinier Kraakman Harvard Law School; European Corporate Governance Institute (ECGI), “*Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*”, November 2009

Armour John, University of Oxford - Faculty of Law; University of Oxford - Said Business School; European Corporate Governance Institute (ECGI), Wolf-Georg Ringe, University of Oxford - Faculty of Law; University of Oxford - Oxford-Man Institute of Quantitative Finance, “*European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis*”, 14.12.2010

Arrow Kenneth J., “*The Limits of Organization*”, New York, W.W. Norton, 1974

Arrow Kenneth J., Herbert A. Simon, Buchanan James M., Becker Gary S., Douglass C. North, Reinhard Selten, “*Competition and Cooperation. Conversation with Nobelists about Economics and*

*Political Science*”, James E. Alt, Margaret Levi ad Elinor Ostrom Editor, 1999

Ayotte Kenneth & Skeel David A. Jr. - Associate Professor, Northwestern University School of Law, and S. Samuel Arsht Professor, University of Pennsylvania Law School, respectively, “*Bankruptcy or Bailouts?*”, Earlier versions of this Article were first drafted in November 2008 and posted on [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) as of March 18, 2009

Ayotte Kenneth e Skeel David A. Jr, “*Bankruptcy or Bailouts?*”, E.C.G.I., European Corporate Governance Institute in Journal of Corporation Law, 2010, Vol. 35, pag. 468

Baird Douglas G., Gertner Robert H, Picker Randal C., “*Game Theory and the Law*”, Harvard University Press, 1994

Bajari Patrick and Tadelis Steven, Stanford University “*Incentive versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts*”, 03/2000

Baldi Matteo, “*L’asseverazione del PEF nel project financing*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 10, pag. 1202

Baldi Matteo, “*Principio generale della gara a scelta del socio privato*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 9, pag. 1135

Ballarino Tito, Bellodi Leonardo, *“La golden share nel diritto comunitario a proposito delle recenti sentenze della corte comunitaria”*, Riv. soc., 2004, fasc.1, pag. 2

Balocco Giovanni, *“Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell’ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato della Plenaria”*, in Urbanistica e Appalti, 2014, fasc. 6, pag. 672

Balocco Giovanni, *“Riduzione degli amministratori nelle società degli enti locali: primi orientamenti”*, in Urbanistica e Appalti, 2008, fasc. 2, pag. 250

Barnard Chester, *“The Functions of the Executive”*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1938

Barnes David M., *“NOTES, Shotgun Weddings: Director and Officer Fiduciary Duties in Government - Controlled and Partially - Nationalized Corporations”*, Vanderbilt Law Review, vol. 63:5:1419

Barnes M. David, *“Shotgun Weddings: Director and Officer Fiduciary Duties in Government-Controlled and Partially-Nationalized Corporations”*, in Vanderbilt Law Review, 2010, 1419

Bartolini Antonio, *“Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti”*, in Urbanistica e Appalti, 2013, fasc. 12, pag. 1260

Bartolini Antonio, “*Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del «decreto Bersani» ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 6, pag. 742

Battini Stefano, “*L’impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*”, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 3, pag. 339

Bebchuk Lucian A. and Neeman Zvika, Harvard, “*Investor Protection and Interest Group Politics*”, 2007

Bebchuk Lucian A., Harvard, “*A plan for addressing the financial crisis*”, 2008

Bebchuk Lucian A., Harvard, “*Buying Troubled Assets*”, 2009

Bebchuk Lucian Arye, “*Corporate law and economic analysis*”, Cambridge University Press, 1990

Bebchuk Lucian, Cohen Alma and Ferrell Allen, Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, “*What matters in Corporate Governance?*”, 09/2004

Bebchuk Lucian, Cohen Alma e Ferrell Allen, “*What Matters in Corporate Governance?*”, in *Review of Financial Studies*, 2009, vol. 22, n. 2, pp. 783-827

Benjamin A. Templin, “*The Government Shareholder: Regulating Public Ownership of Private Enterprise*”, in *Administrative Law Review*, 2010, Vol. 62, n. 4

Ben-Ner Avner e Jones Derek, “*Employee Participation, Ownership and Productivity: A Theoretical Framework, Industrial Relations*”, 1995, 34 (4), pp. 532-554

Benni Michele, “*Sul diritto di prelazione del ministro del tesoro in società privatizzate*”, *Giur. comm.*, 1997, fasc.3, pag. 377

Bents Andreas, Grout Paul A., Halonen Maija L., “*What Should Governments Buy from the Private Sector—Assets or Services?*”, 04/2005

Berionni Laura, “*L'applicabilità delle norme del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi. - The applicability of the provisions of the public procurement code to service concessions*”, *Foro Amministrativo (II)*, 2014, fasc.7-8, pag. 1913

Berle Adolf e Gardiner Means, “*The Modern Corporation and Private Property*”, New York, Harcourt, Brace and World, 1932

Biagi Marco, “*Le nuove frontiere della partecipazione: un disegno di legge in materia di partecipazione azionaria dei dipendenti*”, *Dir. relaz. ind.*, 2000, fasc.1, pag. 107

Billis David, *“The Roots of Voluntary Agencies: A question of Choice, Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly”*, 1991, 20(1), pp. 57-70

Billis David, *“Toward a theory of hybrid organizations”*, in D. Billis (a cura di), *“Hybrid organizations and the Third Sector: Challenges for Practice, Theory and Policy”*, London, 2010, pp. 46-49

Blasini Andrea, *“Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «social impact bonds»”*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2015, fasc.1, pag. 69

Bomhoff Andrea, Jarosz-Friis Anna, Pesaresi Nicola, (Competition Policy Newsletter), *“Restructuring banks in crisis – overview of applicable State aid rules”*, 2009

Bonetti Tommaso, *“La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*, in Diritto Amministrativo, 2007, fasc. 3, pag. 321

Boschetti Barbara, *“I confini della nozione di società mista”*, in Urbanistica e Appalti, 2011, fasc. 2, pag. 183

Bos Dieter, *Privatization: “A Theoretical Treatment”*, Oxford University Press 1991

Bourn John and Gershon Peter, *“Getting value for money from procurement”*

Bovaird Tony, *International Review of Administrative Sciences*, “*Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice*”, 2004

Boycko Maxim, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, “*A Theory of Privatisation*” *The Economic Journal*, 106.no 435 march: 309-19, 1996

Brief Issue, “*Privatization vs Public-Private Partnership: a comparative Analysis*”, 08/2007

Bruno Emanuele, “*Società a partecipazione pubblica ... Tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile*”, *Diritto & Giustizia*, 2013, fasc. 0, pag. 1459

Buelens Christian, Garnier Gaëlle, Maiklejohn Roderich, Directorate-General for Economic and Financial Affairs and Matthew Johnson, U.K. Office of Fair Trading, “*The Economic analysis of state aid: Some open questions*”, 09/2007

Buonocore Vincenzo e Racugno Gabriele, “*Privatizzazioni e Regioni*”, 248, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffè Editore, 2003

Buonocore Vincenzo, “*Principio di uguaglianza e diritto commerciale*”, *Giur. comm.*, 2008, fasc. 4, pag. 551

Cafagno Maurizio, *“Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi”*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2013, fasc. 5-6, pag. 991

Cafagno Maurizio, *“Lo stato banditore. Gare e servizi locali”*, Giuffrè Editore, 2001

Calabresi Guido and Melamed Douglas, *“Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”*, 13.4.2009

Calcagnile Massimo, *“Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale principles and administrative rules on the limits of action of local public companies”*, Foro amm. TAR, 2012, fasc. 11, pag. 3713

Cambini Carlo, Rondi Laura, *“Regulatory Independence e Political Interference: Evidence from EU Mixed-Ownership Utilities’Investment and Debt”*, 11.05.2010

Camerino Luigi, *“Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nelle mauvaise époque”*, in Urbanistica e Appalti, 2007, fasc. 5, pag. 590

Campobasso Gian Franco, *“La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari”*, Riv. soc., 1998, fasc. 2-3, pag. 390

Canale Rosaria Rita, *“Stato e mercato nell’alternativa tedesca al liberalismo”*



Caranta Roberto, “*Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, fasc. 4, pag. 391

Caranta Roberto, “*Ancora in salita la strada per le società miste*”, in *Diritto Amministrativo*, 2008, fasc. 11, pag. 1120

Caranta Roberto, “*Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 3, pag. 300

Caranta Roberto, “*Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l’in house?*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 12, pag. 1486

Caranta Roberto, “*L’alternativa tra forma e sostanza e il sindacato giurisdizionale sull’attività amministrativa*”, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, pp. 123-124, 139

Caranta Roberto, “*La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc. 5, pag. 493

Cariello Vincenzo, “*Brevi note critiche sul privilegio dell’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497, 2° comma, c.c. (art. 19, 6à comma, d.l. n. 78/2009)*”, in “*Le società a partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Caringella Francesco, *“Il nuovo volto della finanza di progetto”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”* a cura di Cerrina Feroni Ginevra, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Caronna Fausto, *“Qualche spunto sull’evoluzione della Costituzione Economica dell’Unione Europea”*

Caroselli Adriana, *“Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 6, pag. 616

Cartei Gian Franco, *“La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa”*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 9, pag. 936

Cartei Gian Franco, *“La finanza di progetto. Modello e varianti”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni”*, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Cartei GianFranco, *“Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”* a cura di Cerrina Feroni Ginevra, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Carullo Gherardo, *“Prime riflessioni in merito alle “nuove” eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della “vecchia” giurisprudenza sull'in house”*,

Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2014, fasc. 3-4, pag. 823

Carullo Gherardo, “*Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*”, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2014, fasc. 5, pag. 991

Casalini Dario, “*Oltre alla tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell’impresa pubblica*”, in Diritto Amministrativo, 2009, fasc. 9, pag. 969

Casilini Dario, “*Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*”, in Urbanistica e Appalti, 2009, fasc. 7, pag. 883

Casinelli Alessandra, “*Capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni tutela della concorrenza*”, in Urbanistica e Appalti, 2014, fasc. 2, pag. 187

Castenasi Scilla, “*Profili civilistici del project financing*”, in “*Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*”, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Castro Vivian and Janssens Jan G., “*Mixed Private-Public Ownership Companies “Empresa Mixta*”, 06/2011

Catá Backer Larry, *“The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law”* in *Tulane Law Review*, 2008, vol. 82, n. 1

Cavaliere Alberto and Scabrosetti Simona, *“Privatization and Efficiency: From Principals and Agents to Political Economy”*, 06/2006

Cavazzuti Francesco, *“Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio”*, *Giur. comm.*, 1995, fasc. 5, pag. 685

Cerrina Feroni Ginevra, *“Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell’istituto nell’ordinamento italiano”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”* a cura di Cerrina Feroni Ginevra, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Cerulli Irelli Vincenza, *“Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea”*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, fasc. 4, pag. 2900

Cetra Antonio, *“La trasformazione dell’ente pubblico”*, in *“Le società “pubbliche””*, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Chandler Alfred, *“Strategy and Structure”*, Cambridge, MA, MIT Press, 1962

Chang Miao and Imura Hidefumi, *“Developing Private Finance Initiatives (PFI)/Public-Private Partnerships (PPP) for Urban Environmental Infrastructure in Asia”*

Che Yeon-Koo and Hausch Donald B., *“Cooperative Investments and the Value of Contracting”*

Chew C. Graham e Osborne Stephen, *“Identifying the Factors that Influence Positioning Strategy in UK Charitable, Organizations that Provide Public Services: Towards an Integrating Model. Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly”*, 2009, 38 (1), pp 29-50

Chiassoni Pierluigi, *“L’ineluttabile scetticismo della “scuola genovese””*

Chicago Infrastructure Trust, *Chicago Infrastructure Trust Contracting Manual*, 19.7.2013

Chieppa Roberto, *“Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi”*, in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Chiti Mario P, *“Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino”*, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 10, pag. 1115

Chiti Mario P., *“I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni”*, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Chiti Mario P., *“Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni”*, Editoriale Scientifica, 2009

Christiansen Hans, OECD Corporate Governance Working Papers, no. 5, *“The Size and Composition of the soe Sector in OECD Countries”*, August 2011

Cimino Benedetto, *“I codici etici delle società pubbliche”* (2008, fasc. 2, pag. 215); *“Le nuove norme in materia di personale”*, 2008, fasc. 12, pag. 1202

Cintioli Fabio, *“Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici”*, in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Clarich Marcello, *“Le società partecipate dallo stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto private”* in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Clarich Marcello, “*Società di mercato e quasi-amministrazioni*”,  
Diritto Amministrativo, 2009, fasc. 2, pag. 253

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Alert Memo, “*The New Italian Government’s “Golden Share” - Update*”, 17.05.2012

CMS Law Tax, “*PPP in Europe*”, 2010

Coase Ronald H., “*The Institutional Structure of Production*”, in  
American Economic Review, 1992, 82, pp. 713-719

Coase Ronald H., “*The Nature of the Firm*”, in “*Economica*”, New  
Series, 1937, Vol. 4, n. 16, p. 386-405

Coase Ronald H., “*The Problem of Social Cost*”, in Journal of Law  
and Economics, 1960, 3, pp. 1-44

Cocco Giovanni, “*Morte, resurrezione e «sfigurazione» dell' in house*”,  
Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2013, fasc.  
2, pag. 496

Colaccino Davide, “*La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato*”, in Diritto Amministrativo,  
2012, fasc. 12, pag. 1189

Colombari Stefano, “*Il modello in house providing tra mito(interno) e realtà (comunitaria)*”, in Urbanistica e Appalti,  
2008, fasc. 2, pag. 211

Comanducci Paolo, *“L'interpretazione delle norme giuridiche”*

Comba Mario, *“L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 5, pag. 549

Commission of the European Communities, *“Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnerships”*, novembre 2009

*“Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP)”* in *Official Journal of the European Union*, 2008, C 91/4 e segg.

Commons John R., *“Institutional Economics”*, Madison, WI, University of Wisconsin Press, 1934

Commons John R., *“The Problem of Correlating Law, Economic and Ethics”*, in *Wisconsin Law Review*, 1932, 8, pp. 3-26

Contessa Claudio, *“Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di “strumentalità”?”* (4, 462), in *Urbanistica e Appalti*, 2010



Contessa Claudio, *“La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/ privato e tutela della concorrenza”* (5, 501), in *Urbanistica e Appalti*, 2006

Contessa Claudio, *“Ricerca, grandi infrastrutture e servizi pubblici locali: il governo Monti tenta un “tris d’assi” sulla via dello sviluppo”* (2, 140), in *Urbanistica e Appalti*, 2013

Cooter Robert, Mattei Ugo, Monateri Pier Giuseppe, Pardolesi Roberto, Ulen Thomas, *“Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti”*, Il Mulino, 1999

Cornea Sergiu, Cornea Valentina, *“Public-private partnership: between legal requirements and the real needs”*, 24.08.2012

Corradi Marco Claudio, *“La proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo” nell’art. 2449 c.c.”*, *Giur. comm.*, 2008, fasc. 5, pag. 925

Corsi Cecilia, *“Le concessioni di lavori e di servizi”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni”*, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Corso Lucia, *“Dispense di logica e metodologia giuridica anno accademico 2013/2014”*.

Cossu Monica, *“La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica”*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, fasc. 2, pag. 260

Cossu Monica, *“L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica”*, *Giur. comm.*, 2008, fasc. 4, pag. 627

Cossu Monica, *“Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale”*, in *“Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Costi Renzo, *“Privatizzazione e diritto delle società per azioni”*, *Giur. comm.*, 1995, fasc. 1, pag. 77

Costi Renzo, *“Servizi pubblici locali e società per azioni”*, *Giur. comm.*, 1998, fasc. 5, pag. 798

Cottino Gastone, *“Contrattualismo e istituzionalismo (variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)”*, *Riv. soc.*, 2005, fasc. 4, pag. 693

Cotton M. Lindsay, *A theory of Government Enterprise*, 1976

Council of the European Union, *“Council adopts directives for the reform of public procurement”*, 11.02.2014, 6337/14 (OR. en) PRESSE 64

Crea Paolo, *“La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa”*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 9, pag. 935

Cruz Julio Baquero, *“Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community”*, Hart Publishing, 2002

Cugini Alessio, *“Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti”*, *Cass. pen.*, 2011, fasc. 5, pag. 1909

D. Daniel Sokol, *“Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises”*, in *University of Florida Levin College of Law*, 2009

D’Alberti Marco, *“Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumatori nel decreto legge n. 233/2006”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 11, pag. 1173

Dai Ohama, *“Using Design Flexibility ad Real Options to Reduce Risk in Private Finance Initiatives: the case of Japan”*, 06/2008

Danauy Daniel, Vinellaz Annalisa, *Public-private contracting under limited commitment*, 06/2012

David E. M. Sappington e Joseph E. Stiglitz, *“Privatization, Information and Incentives”*, National Bureau Of Economic research, Massachusetts Avenue Cambridge, 1987

De Cazalet Bruno, “*International Colloquium on Public-Private Partnerships (PPPs)*”, UNCITRAL - Vienna, 2-3.05.2013

De Cazalet Bruno, “*International Colloquium on Public-Private Partnerships (PPPs) UNCITRAL*”, Vienna, 2013

De Nictolis Rosanna, “*La riforma dei servizi pubblici locali*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 10, pag. 1109

De Pauli Luca, “*Gli enti in house e l’evidenze pubblica «a valle»*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 9, pag. 1106

De Pauli Luca, “*Prelazione e procedure ad evidenza pubblica*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 6, pag. 755

De Vries Peter, “*The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*” in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), “*The Routledge Companion to Public-Private Partnership*”, Oxford-New York, 2013, p. 9-11

Deep Akash, Harvard University, “*Exploring Public Private Partnerships for Transport Infrastructure*”, 20.09.2011

Del Gatto Sveva, “*La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dello Stato*”; (2013, fasc. 6 pag. 613), “*Sistema «Sec 95» ed elenco Istat. Sull’incerto confine della sfera pubblica*”, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 10, pag. 960

Dello Sbarba Francesca, *“Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica”* (2011, fasc. 1, pag. 26); *“L’art 13 del decreto Bersani e la società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 12, pag. 1420

Dello Sbarba Francesca, *“L’art 4, comma 33, D.L 138/2011 e la revoca dell’aggiudicazione di provvisoria del servizio di igiene urbana”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, fasc. 8-9, pag. 919

Dello Sbarba Francesca, *“La compatibilità degli affidamenti in house con l’art. 23-bis D.L 112/2008: il g.a anticipa l’art. 15, D.L 135/ 2009”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 2, pag. 227

Demuro Ivan, *“La partecipazione nel privato”*, in *“Le società “pubbliche””*, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Denozza Francesco, *“Logica dello scambio e “contrattualità”: la società per azioni di fronte alla crisi”*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2015, fasc.1, pag. 5

Denozza Francesco, *“Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche”*, Giuffrè Editore, 2002

Denozza Francesco, *“Quattro variazioni sul tema: “contratto, impresa e società nel pensiero di Farlo angelici””*, *Giur. comm.*, 2013, fasc. 3, pag. 480

Dewatripont Mathias; Legros Patrick, “*Public-private partnerships: Contract design and risk Transfer*”, Econstor, 2005

Di Giovanni Annalisa, “*Il contratto di partenariato pubblico e privato tra sussidiarietà e solidarietà. Diritto dell'Economia. Collana diretta da Eugenio Picozza e Raffaele Lener*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012

Di Leo Andrea, “*Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*”, in *Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 8, pag. 788

Di Porto Andrea, “*Le novità della Finanziaria sulle società partecipate dagli enti pubblici territoriali si estendono alle concessionarie autostradali con soci gli stessi enti?*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 3, pag. 310

Di Salvo Nicolò, “*La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 5, pag. 501

Didonna Michele, “*Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 4, pag. 377

Dimitri Nicola, Piga Gustavo, Spagnolo Giancarlo, “*Handbook of Procurement*”, Cambridge University Press, 2006

Dipace Ruggiero, “*Partenariato pubblico privato e contratti atipici*”. “*Università degli Studi di Roma “Tor Vergata*”,

*Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie, 24*”,  
Dott. A. Giuffrè Editore, 2006

Domenichelli Vittorio, “*Giurisdizione e «controversie societarie pubbliche»*”, *Dir. proc. amm.*, 2005, fasc. 2, pag. 263

Donald David C., Prof. Dr. Baums Theodor, Prof. Dr. Cahn Andreas, Institute For Law and Finance; Johann Wolfgang Goethe, Universität Senckenberganlage Frankfurt, “*Shareholder Voice and Its Opponents*”, Working Paper series no. 40 – 06/2005

Donativi Vincenzo, “*I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, fasc. 5, pag. 765

Donativi Vincenzo, “*Sull'applicabilità a un consorzio pubblico tra enti locali della procedura di trasformazione delle aziende speciali in società per azioni di cui all'art. 17, commi 51 ss., c.d. "legge Bassanini- bis"*”, *Riv. soc.*, 2000, fasc. 1, pag. 193

Dossier a cura del Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona, *Bibliografia Sul Diritto Comunitario della Concorrenza 2004-2011 Monografie Articoli Di Periodici*, Giugno 2012

Dragos Dacian Cosmin, “*La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc. 5, pag. 493

Dudkin Gerti e Vålilä Timo, “*Transaction costs in public-private partnerships: a first look at the evidence*”, in Economic and Financial Report, 2005

Dugato Marco, “*I servizi pubblici locali*”, in Diritto Amministrativo, 2008, fasc. 12, pag. 1219

Dugato Marco, “*Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*”, Dir. amm., 2004, fasc. 3, pag. 561

Dugato Marco, “*Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*”, Dir. amm., 1995, fasc. 3, pag. 415

E.P.E.C., European PPP Expertise Centre, “*The Guide to Guidance, How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*”, Lussemburgo, 2014

Ehlermann Claus-Dieter, Fordham International Law Journal, “*State Aids Under European Community Competition Law*”, 1994

Elhauge Einer, “*Articles sacrificing corporate profits in the public interest*”, in New York University Law Review, 2005, Volume 80, n. 3

Epstein Richard A., “*Exit Rights Under Federalism*”, This paper was originally presented at the conference on Canadian and American constitutional Law held at Duke University, April 4-6, 1991; 148, Law and Contemporary Problems, Vol. 55: No. 1



ESNIE Reading List, ESNIE Edition - New Institutional Economics:  
A Guidebook Edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant

Fantini Stefano, “*Le disposizione delle Finanza 2008 in tema di società pubbliche*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 4, pag. 412

Fatini Stefano, “*La revoca degli amministratori di nomina pubblica nelle società per azioni*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 6, pag. 765

Fava Pasquale, «*Diritto di prelazione*» *senza rispetto dei principi dell’evidenza pubblica?*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 4, pag. 456

Federconsumatori and Others, Judgment of the Court (First Chamber). 06.12.2007, In joined Cases C-463/04 e C-464/04

Federconsumatori and Others, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 07.09.2006, joined Cases C-463/04 e C-464/04

Feroni Ginevra Cerrina, “*Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*”, “*Quaderni Cesifin, nuova serie*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011

Ferraro Giampaolo, “*Società miste: ambito di applicazione e modalità di scelta del socio*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 2, p. 185 segg.

Ferraro Vincenzo, *“La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE”*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2014, fasc. 3-4, pp. 835 e segg.

Ferraro Vincenzo, *“Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house providing per la disciplina nazionale delle forme istituzionalizzate di partenariato pubblico-privato”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni”*, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Ferraro Vincenzo, *“Partenariati pubblico-privati ed in house providing”*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2010, fasc. 6, pag. 1501

Fidone Gianfrancesco, *“Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE”*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2015, fasc. 1, pag. 101

Fiorani Luigi Edoardo, *“La riduzione per legge del numero dei componenti degli organi delle società pubbliche: decadenza automatica senza risarcimento del danno?”*, Giurisprudenza Commerciale, 2013, fasc. 4, pag. 703

Fiorani Luigi Edoardo, *“Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica”*, Giurisprudenza Commerciale, 2011, fasc. 2, pag. 315

Fiorani Luigi Edoardo, “*Società “pubbliche” e fallimento*”, Giur. comm., 2012, fasc. 4, pag. 532

Fonderico Giuliano, “*Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a e società pubbliche*”, in Diritto Amministrativo, 2009, fasc. 11, pag. 1166

Forcellini Federica, Iuliani Antonello, “*Le clausole generali tra struttura e funzione*”, Europa e dir. priv., 2013, fasc. 2, pag. 395

Fraccastoro Giorgio, “*I servizi pubblici fra società miste e in house providing*”, in Urbanistica e Appalti, 2009, fasc. 6, pag. 712

Franciosi Ylenia, “*Partecipazione azionaria dei dipendenti: le ragioni di una regolamentazione*”, Dir. relaz. ind., 2000, fasc. 1, pag. 11

Franco Italo, “*L’attività contrattuale della pubblica Amministrazione*”, in Urbanistica e Appalti, 2014, fasc. 11, pag. 1129

Freeman Jody and Minow Martha, “*Government by Contract. Outsourcing and American Democracy*”, Harward University Press, 2009

Freni Elisabetta, “*Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*” (2007, fasc. 2, pag. 145); “*Il consiglio di Stato salva le società miste ma non il*

*mercato e la concorrenza*”, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 10, pag. 1119

Freni Elisabetta, “*Golden share: raggiunta la compatibilità con l’ordinamento comunitario?*”, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 1, pag. 25

Friederiszick Hans W., Röller Lars-Hendrik, Verouden Vincent, “*European State Aid Control: an economic framework*”, 28.09.2006

Frignani Aldo, Torsello Marco, “*Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*”, “*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia diretto da Francesco Galgano, Volume dodicesimo*”, Cedam, 2010

Froomkin A. Michael, *Reinventing The Government Corporation*, 1996

Gaffuri Federico, “*Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*”, *Dir. proc. amm.*, 2000, fasc. 1, pag. 255

Gallo Carlo Emanuele, “*Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 10, pag. 1180

Gaydars Nadia and Rammeloo Stephan, Maastricht University, “*The Legality of the 'Golden Share' under EC Law*”, 06.2009

Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, “*Direttiva 2014/23/UE Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione*”

Gelter Martin, Fordham University and ECGI and Geneviève Helleringer ESSEC Business School Paris-Singapore, “*Lift not the Painted Veil! To Whom are Directors’ Duties Really Owed*”, 04/2014

Genesi Maria Pia, “*Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” Foro amm. TAR, 2010, fasc. 10, pag. 3081

Geoffrey P. Miller, “*Law and Economics versus Economic Analysis of Law*”, in NYU Law and Economics Research Paper, 2011, Paper n. 11-16

Gerti Dudkin; Timo Välilä, “*Transaction costs in public-private partnerships: a first look at the evidence*”, Econstor, 2005

Giampaolino Carlo Felice, “*La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*”, Giur. comm., 1995, fasc. 6, pag. 998

Giani Riccardo, “*Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*”, in Urbanistica e Appalti, 2006, fasc. 10, pag. 1157

Giannelli Annalaura, *“La concessione di servizi: verso un’interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 10, pag. 1280

Gibbons Robert & Roberts John, *“Introduction”*, in R. Gibbons e J. Roberts (a cura di), *“The Handbook of Organizational Economics”*, Princeton University Press, 2013, pp. 1-4

Giliberti Biagio, *“La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L 135/2009”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 3, pag. 257

Giliberti Biagio, *“Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 2, pag. 146

Giliberti Biagio, Rizzo Ilaria, *“Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato”*, *Foro amm. CDS*, 2010, fasc. 11, pag. 2511

Giordanengo Filippo Andrea, *“I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali e la partecipazione alla «prima gara»”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 7, pag. 739

Giorgio Miriam, *“Affidamento in house e forniture pubbliche di elicotteri: il caso Agusta”* (2008, fasc. 12, pag. 1247); *“L’affidamento in house è sempre un’eccezione? Il caso Catania Multiservizi”* (5, 544); *“Le società partecipate delle provincie e dei comuni della Regione Lombardia”*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, fasc. 9, pag. 1021

Giorgio Miriam, “*L’in house pluripartecipato e il caso Sea*”, in *Diritto Amministrativo*, 2010, fasc. 2, pag. 127

Giorgio Miriam, “*L’in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo*”, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 12, pag. 1269

Giovanoli Roberto, “*È servizio pubblico solo l’attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell’utenza*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 12, pag. 1394

Giovanelli Mauro, “*Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*” (8, 890); “*Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell’in house providing*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 2, pag. 160

Giovanelli Mauro, “*Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 9, pag. 1109

Giuliani Alessandro “*Giustizia ed Ordine Economico*”. “*Dialettica, Diritto e Processo. A cura di Alessandro Giuliani e Nicola Picardi*”, Giuffrè Editore, 1997

Giurisprudenza commerciale, 28.4, Luglio Agosto 2001, “*La crisi dell’impresa. Clausole generali e autonomia statutaria nella riforma del sistema societario. Per una nuova revocatoria. La tipologia delle privatizzazioni*”, Giuffrè Editore

Goisis Francesco, *“Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche”*, Milano, 2004

Goisis Francesco, *“(1-2) la strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione”*, Dir. proc. amm., 2011, fasc. 4, pag. 1364

Goisis Francesco, *“I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario”*, Dir. proc. amm., 2001, fasc. 2, pag. 560

Goisis Francesco, *“La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della corte europea di giustizia e del legislatore nazionale”*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2008, fasc.1, pag. 396

Goisis Francesco, *“Le società legali alla prova dell'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012. Il caso di Anas S.p.a.”*, Foro Amministrativo (II), 2014, fasc. 6, pag. 1701

Goisis Francesco, *“Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione”*, Dir. proc. amm., 2011, fasc. 2, pag. 815



Goisis Francesco, “*Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*”, Dir. amm., 2011, fasc. 4, pag. 703

Goldberg Victor, “*Framing contract law. An Economic Perspective*”, Harvard University Press, 2006

Gomes-Cassares Ben, “*Joint Venture Instability: Is It A Problem?*”, in Columbia Journal of World Business, Summer, 1987, p. 97

Gomez-Ibàñez José A., “*Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts and Discretion*”, Harvard University Press, 2003

Gordon Jeffrey N., W. Bressler Alfred Professor of Law, “*Employee Stock Ownership In Economic Transition: The Case of United Airlines*”, Agosto 1998

Goso Richard, “*L’affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*”, in Urbanistica e Appalti, 2008, fasc. 5, pag. 611

Goso Richard, “*L’affidamento in house dei servizi culturali*”, in Urbanistica e Appalti, 2007, fasc. 1, pag. 98

Goso Richard, “*Modelli di gestione dei servizi pubblici: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*”, in Urbanistica e Appalti, 2006, fasc. 5, pag. 587

Grechenig Kristoffel, Gelter Martin, Harvard, “*The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs German Doctrinalism*”, 2008

Greco Maria Giuseppina, “*Chiarimenti sull’istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE Il rischio “operativo” nel rapporto concessorio*”

Grossman Sanford J., Princeton University, Oliver D. Hart Massachusetts Institute of Technology, “*The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*”, 2014

Grundmann Stefan, Humboldt University of Berlin - Faculty of Law hares and Florian Möslein, Universität St. Gallen (HSG) - Law School; Institut für Bank- und Kapitalmarktrecht, “*Golden Shares, State Control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*”, april 2003

Guerra Francesco, “*Il “controllo analogo”*”, Giur. comm., 2011, fasc.5, pag. 774

Guerrera Fabrizio, “*Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*”, in “*Le società a partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Guerrieri Angela, “*Le reinternalizzazioni nei servizi pubblici locali*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, fasc. 5, pag. 601

Guerrieri Angela, “*Società miste, socio privato e compiti operativi*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc. 5, pag. 593

Guida Paolo, “*Aspetti e problemi della circolazione delle partecipazioni*”, in “*Le società a partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Hall David, “*PPPs in the EU a critical appraisal*”, 10/2008

Hall David, University of Greenwich, UK, “*PPPs and public infrastructure*”, 04/2010

Hall John, “*Private Opportunity, Public Benefit?*” *Fiscal Studies* (1998) vol. 19, no. 2, pp. 121-140

Hall Peter A. e Soskice David, “*An introduction to Varieties of Capitalism*”, in P.A. Hall e D. Soskice (a cura di), “*Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*”, Oxford-New York, 2001, p. 6, 9

Hall Rodney Bruce, Biersteker Thomas J., “*The Emergence of Private Authority in Global Governance*”, 2002

Hansmann Henry, “*Economic Theories of Nonprofit Organization*, in W.W. Powell (ed.) *The Nonprofit Sector*”, New Haven and London, Yale University Press, 1987

Hansmann Henry, “*The Ownership of Enterprise*”, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996

Hansmann Henry, Kraakman Rineir, “*What is Corporate Law?*”,  
25.02.2004

Hansmann Henry, NYU School of Law, Washington Square South,  
New York and Reinier Kraakman, Harvard Law School, Cambridge,  
“*The End of History for Corporate Law*”, January 2000

Hansmann Henry, Yale Law School, Rineier Kraakman, Harvard  
Law School, “*Exit, Voice, And Liability: Legal Dimensions Of  
Organizational Structure*”, June 2008

Hardt Michael, Negri Antonio, “*Comune. Oltre il privato e il  
pubblico*”, Rizzoli, 2010

Hart Oliver and Moore John, “*Property Rights and the Nature of  
the Firm*”, 1990

Hart Oliver, “*Incomplete Contracts and Public Ownership:  
Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*”, 2003

Hart Oliver, Shleifer Andrei, Vishny Robert W., “*The Proper  
Scope Of Government: Theory And An Application To Prisons*”,  
09/1996

Hart Oliver, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny” *The Proper  
Scope of Governement Theory and an Application to  
Prisons*” *Quarterly Journal of Economics* ,1997

Hausmann Daniel M., McPherson Michael S., “*Economic Analysis, Moral Philosophy, and Public Policy*”, Second Edition, Cambridge

Hayek Friedrich, “*The Use of Knowledge in Society*”, in *American Economic Review*, 1945, 35, pp. 519-530

Hebson Gail, Grimshaw Damian, Marchington Mick, Cooke Fan-Lee, “*PPPS and the changing Public Sector Ethos: Case-Study Evidence from the Health and Local Authority Sectors*”, 06/2002

Henisz Witold J. and Williamson Oliver E., “*Comparative Economic Organization - Within and Between Countries*”, 1999

Henry Hansmann e Kraakman Reinier, “*What is Corporate Law?*”, in “*The anatomy of Corporate Law: a comparative and functional approach*”, Oxford University Press, 2004, pp. 1-19

Hirschman Albert O., “*Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press”, 1970

HM Treasury, “*Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector*”, London, 2010

Hodge Graeme, “*The risky business of public-private partnerships*”, 12/2004

Hoff Karla and Stiglitz Joseph E., “*The Creation Of the Rule Of Law And The Legitimacy Of Property Rights: The Political and Economic Consequences of a Corrupt Privatization*”, 12/2005

Holly J. Gregory, Weil, Gotshal & Manges LLP, “*The globalisation of corporate governance*”, 2000

Homkes Rebecca, “*Analysing the role of Public-private partnerships in global governance: Institutional dynamics, variation and effects*”, 09/2011

Hoppe Eva I. and Schmitz Patrik W., “*Public versus private ownership: Quantity contracts and the allocation of investment tasks*”, 2009

Hoppe Eva I. and Schmitz Patrik W., “*Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering*”, 2013

Horwits Morton J., “*The History of the Public/Private Distinction*”, in “*University of Pennsylvania Law Review*”, 1982, Vol. 130, N. 6, pp. 1423-1428

Iannone Celestina, “*L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie. Studi di diritto internazionale. Collana diretta da A. Giardina, B. Nascimbene, N. Ronzitti, U. Villani*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009

Ibba Carlo, *“Dall’ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche”*, in *“Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”* a cura di Cerrina Feroni Ginevra, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Ibba Carlo, *“La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica”*, *Rivista delle Società*, 2015, fasc.1, pag. 95

Ibba Carlo, *“Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline”*, in *“Le società “pubbliche””*, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Ibba Carlo, *“Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della corte dei conti”*, *Giur. comm.*, 2012, fasc. 5, pag. 641

Ibba Carlo, *“Sistema dualistico e Società a partecipazione pubblica”*, da *“Rivista di diritto civile - In House Providing: Il Punto D’arrivo Della Giurisprudenza Comunitaria E Nazionale In Tema Di Controllo Analogico”*, Parte terza, 02/2009

Ibba Carlo, *“Tipologia e “natura” delle società a partecipazione pubblica”* in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto (a cura di), *“Le società “pubbliche””, “Diritto commerciale Interno e Internazionale”*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011

Ielo Domenico, *“Due puntualizzazioni del Consiglio di Stato in tema di project financing”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 12, pag. 1459

Iera Luca, *“È ancora legittimo l’affidamento in house in favore di una società mista?”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007

International Trade Center, UNCTAD-WTO, *“ITC Contractual joint venture model agreements”*, Geneva, 2004

Iossa Elisabetta and Martimort David, *“Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships”*, 06.05.2011

Iossa Elisabetta and Martimort David, *“The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships”*, 06/2008

Iossa Elisabetta, *“Public Private Partnerships and the Theory of Institutions for the Delivery of Public Services”*

Jaeger Pier Giusto (In ricordo di), *“L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders”*, 342, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Atti del convegno, Milano, 9 ottobre 2009, Giuffrè Editore, 2010



Jaeger Pier Giusto, “*Privatizzazioni: "public companies"; problemi societari*”, Giur. comm., 1995, fasc. 1, pag. 5

Jaeger Pier Giusto, Marchetti Piergaetano, “*Corporate Governance*”, Giur. comm., 1997, fasc. 5, pag. 625

Jensen Michael C, “*Foundations of Organizational Strategy*”, Harvard University Press, 2001

Jensen Michael C. e Meckling William, “*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*”, in Journal of Financial Economics, 1976, 3, 305-360

Jensen Michael C., “*A Theory of The Firm. Governance, Residual Claims, and Organizational Forms*”, Harvard University Press, 2000

Joskow Paul L., “*Vertical Integration*”, 02.12.2003

Joskow Paul L., Noll Roger C., “*Regulation in Theory and Practice: An Overview*”, 1981

Julian Velasco, “*How many fiduciary duties are there in Corporate law?*”, in Southern California Law Review, 2010, Vol. 83 No. 6, pp.1231-1318

Kahan Marcel and Rock Edward, “*When the Government is the controlling Shareholder: implications for Delaware*”, 2010

Kahan Marcel e Rock Edward b. “*When the Government is the Controlling Shareholder: implications for Delaware*”, in Delaware Journal of Corporate Law (DJCL), 2010, vol. 35, no. 2, p. 409

Kahan Marcel, New York University, Edward B. Rock University of Pennsylvania Law School, “*When the Government Is the Controlling Shareholder*”, Scholarship at Penn Law, University of Pennsylvania Law School, 5.1.2011

Kennedy Nicholas O., “*Citizens or Shareholders?: analyzing the federal Government’s fiduciary duties as a controlling shareholder in corporations receiving funds from the troubled asset relief program*”, 2008

Kennedy Nicholas O., “*Citizens or Shareholders?: Analyzing the Federal Government’s Fiduciary Duties as a Controlling Shareholder in Corporations Receiving Funds from the Troubled Asset Relief Program*”, in the Journal of Business & Securities Law, vol. 12, pag. 21 e segg.

Kingdom Bill, Baietti Aldo and Van Ginneken Meike, World Bank, “*Reforming public utilities*”, 2006

Klein Peter G., “*New Institutional Economics*”, 1999

Klemperer Paul (a cura di), “*The Economic Theory of Auctions*”, vol. I e II, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999

Klemperer Paul, *“What Really Matters in Auction Design”*, Nuffield College, Oxford, 2001

Knight Frank H., *“Risk, Uncertainty and Profit”*, Boston, Hart, Schaffner and Marx, 1921

Koppell Jonathan G.S., *“The Politics of Quasi-Government: Hybrid Organizations and the Dynamics of Bureaucratic Control”*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003

Kraakman Reinier, Davies Paul, Hansmann Henry, Hertig Gerard, Hopt Klaus, Kanda Hideki, Rock, Edward, *“The Anatomy of Corporate Law. A comparative and Functional Approach”*, Oxford University Press, 2004

Kumar Sanjiv e Seth Anju, *“The Design of Coordination and Control Mechanisms for Managing Joint Venture-Parent Relationship, in Strategic Management Journal”*, 1988, Vol. 19, 579-599

Lacava Chiara, *“In house providing e tutela della concorrenza”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 8, 841

Lacava Chiara, *“Occorre una disposizione di legge per ricorrere all’in house? Il caso Zetema”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 8, pag. 841

Laffont Jean Jacques and Jean Tirole "Privatization and Incentives" Journal of Law Economics & Organization 1991, fasc. 84 pp 105

Lamandini Marco, "Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica", 155, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè Editore, 1955

Lamandini Marco, "La trasmissione della ricchezza familiare: i patti parasociali", Giur. comm., 2004, fasc. 3, pag. 350

Lamandini Marco, "Società di capitali e struttura finanziaria: spunti per la riforma", Riv. soc., 2002, fasc. 1, 2002, pag. 139

Lamandini Marco, "Socio (anche di controllo) lavoratore subordinato della società", Giust. civ., 1995, fasc. 11, pag. 2831

Lamandini Marco, "Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali", Bologna, 2001, p. 96

Lamandini Marco, "Voto plurimo, tutela delle minoranze e offerte pubbliche di acquisto", Giurisprudenza Commerciale, 2015, fasc. 3, pag. 491

Lastraioli Diletta, "Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario", in Urbanistica e Appalti, 2006, fasc. 8, pag. 890

Leggiadro Francesco, *“Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 11, pag. 1436

Leggiadro Francesco, *“Gli affidamenti in house alle società pubbliche pluripartecipate”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 8, pag. 961

Leggiadro Francesco, *“In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, fasc. 3, pag. 310

Leggiadro Francesco, *“Affidamenti in house della concessione per la gestione di una rete di teledistribuzione: controllo analogo e controllo pubblico”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 2, pag. 288

*“Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects”*, Prepared by the United Nations Commission on International Trade Law, 2001

Leonori Giovanna, *“Il decreto crescita 2.0 - Norme in materia di pubbliche amministrazioni”*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 3, pag. 259

Leozappa Antonio Maria, *“Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali”*, *Giur. comm.*, 1998, fasc.1, pag. 67

Libertini Mario, *“Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria”* in *“Le società a*

*partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Libonati Bernardino, “*La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*”, Giur. comm., 1995, fasc.1, pag. 20

Linder Stephen H., “*American Behavioral Scientist Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings*”, 1999

Lindsay Cotton M., “*A Theory of Government Enterprise*”, in Journal of Political Economy, 1976, Vol. 84, n. 5, pp. 1061-1078

Llewellyn Karl, “*What price contract? An essay in perspective*”, in Yale Law Journal, 1931, 40, 704-751, p. 737

Lombardi Letizia, “*Il sindaco giurisdizionale delle valutazioni tecniche tra vecchie e nuove istanze*”, in Urbanistica e Appalti, 2008, fasc. 10, pag. 1169

Lombardi Letizia, “*Società pubbliche e tutela della concorrenza*”, in Urbanistica e Appalti, 2009, fasc. 8, pag. 942

Loria Emanuela, “*Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*”, in Urbanistica e Appalti, 2009, fasc. 10, pag. 1164

Losada Fraga Fernando, Juutilainen Teemu, Havu Katri, Vesala Juha, University of Helsinki, Faculty of Law, “*Property and European Integration: dimensions of Article 345 TFEU*”, 2012

Lotti Paolo, *“Concessioni di pubblici servizi, principi dell’in house providing e situazioni interne”* 2006, fasc. 1, pag.34 ; *“Corte di Giustizia e involuzione dell’in house providing”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 9, pag. 1048

Lowenstein Louis, Rifkind Simon H. Professor Emeritus of Finance & Law, *“Corporate Governance and The Voice of the Paparazzi”*, 1998

Lowenstein Louis, Rifkind Simon H. Professor Emeritus of Finance & Law, *“Corporate Governance and The Voice of the Paparazzi”*, 16.06.1998

Lucarelli Alberto, *“I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia”*, *Giur. cost.*, 2011, fasc.1, pag. 261

Lucarelli Alberto, *“La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia”*, *Giur. cost.*, 2010, fasc.6, pag. 4645

Lucarelli Alberto, *“Riconfigurazione del concetto di «rilevanza economica». Spunti di riflessione sulla natura «economica» del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito”*, *Giur. cost.*, 2011, fasc.1, pag. 0302B

Luciani Fabrizio, *“La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni”*, *Dir. amm.*, 1995, fasc.2, pag. 275

Luke Belinda, Queensland University of Technology, Australia, “*Examining Accountability Dimensions in State-Owned Enterprises*”, 2010

Lynn A. Stout, “*The mythical benefits of shareholder control*”, in Law & Economics Research Paper Series, Research Paper n. 06-19, UCLA School of Law, 2006

Lynn Stout, “*The Shareholder Value Myth. How Putting Shareholders, First Harms Investors, Corporations, and the Public*”, Berret-Koehler Publisher, 2012

Macey Gregg P., “*ARTICLE, Coasean Blind Spots: Charting the Incomplete Institutionalism*”, 2010

Malaguti Maria Chiara, “*Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*”, in “*Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Maltoni Andrea, “*Gli atti «prodromici» delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*”, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2013, fasc.1, pag. 151



Maltoni Andrea, Palmieri Marco, *“I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.”*, Dir. amm., 2009, fasc.2, pag. 267

Maltoni Marco, Ruotolo Antonio, *“Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive”*, in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Mameli Barbara, *“L'in house tra regola ed eccezione”*, Resp. civ. e prev., 2010, fasc.10, pag. 1949B

Manganaro Francesco, *“Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche”*, Diritto Amministrativo, 2014, fasc.01-02, pag. 45

Mangialardi Giovanni, *“Scelta del socio operativo, evidenza pubblica e giurisdizione”*, in Urbanistica e Appalti, 2010, fasc.5, pag. 595

Marasà Giorgio, *“La S.p.A. nel quadro dei fenomeni associativi e i limiti legali alla sua utilizzazione”*, 02/2010

Marasà Giorgio, *“Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)”*, Giur. comm., 2012, fasc.2, pag. 197

Marcel Kahan e Rock Edward B., “*When the Government is the Controlling Shareholder*”, in *Scholarship at Penn Law*, 2011, p. 325

Marchianò Giovanna, “*Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2013, fasc.5-6, pag. 1021

Marcolungo Claudia, “*Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*”, in “*Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*”, a cura di Chiti Mario P., Editoriale Scientifica, 2009

Mari Angelo, “*La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a*”, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 1, pag.77

Marianne Ojo and Miguez Rodriguez, Jose Center for European Law and Politics, University of Bremen, Oxford Brookes University, “*Juridical and financial considerations on the public re capitalization and rescue of financial institutions during periods of financial crises*”, 07/2010

Marra Alessandro, “*Internal Regulation By Mixed Enterprises: The Case Of The Italian Water Sector*”, 08/2006

Marra Alessandro, “*Mixed Public-Private Enterprises in Europe: Economic Theory and an Empirical Analysis of Italian Water Utilities*”, 07/2006

Martimort David and Sand-Zantman Wilfried, “*Signaling and the Design of Delegated Management Contracts for Public Utilities*”, 03.01.2006

Masi Leonardo, “*Società miste e extraterritorialità: due interventi simultanei del Consiglio di Stato*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 3, pag.324

Maslyukivska Olena, “*Review of the national policy, legislative and institutional environment necessary for the establishment of municipal public private partnerships (PPPs) for public service delivery and local development in the Europe and CIS region*”, in United Nations Development Programme, 2006

Massera Alberto, “*Le società pubbliche*”, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 8, pag. 889

Mattalia Maura, “*Il project financing come strumento di partenariato pubblico privato*”, *Foro amm. CDS*, 2010, fasc.6, pag. 1246

Mattalia Maura, “*Società miste e «distorsione» della concorrenza*” (6, 723), in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc.6, pag. 273

Matthew Shahabian, “*The government as shareholder and political risk: procedural protections in the bailout*”, 2001, Vol. 86, n. 1

Maugeri Marco, *“Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo”*, Giur. comm., 2012, fasc.1, pag. 66

Mauro Enrico, *“La giurisprudenza di Lussemburgo sul rischio gestionale quale criterio discrezionale tra concessioni e appalti”*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2011, fasc.5, pag. 1183

Mauro Enrico, *“La responsabilità degli amministratori di s.p.a. “pubblica”: profili pubblicistici”*, in *“Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Mazars, *“Transparency Directive Assessment Report”*

Mazzoni Alberto, *“Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelta di sistema?”*, in *“Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Mcafee Randolph e Mcmillan John, *“Auctions and Bidding”*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.;

Means Benjamin, *“A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation”*, 2005

Means Benjamin, “*A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation*”, in *Georgetown Law Journal*, 2009, Vol. 97

Ménard Claude, “*Hybrid Modes of Organization*”, 2011

Ménard Claude, “*Hybrid Modes of Organization*”, in R. Gibbons e J. Roberts, “*The Handbook of Organizational Economics*”, Princeton University Press, 2013, pp. 1066 e segg.

Ménard Claude, “*Is public-private partnership obsolete? Assessing the obstacles and shortcomings of PPP*”, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, pp. 152 e segg.

Ménard Claude, “*The modern public-private demarcation. History and trends in PPP*”, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), “*The Routledge Companion to Public-Private Partnership*”, Oxford-New York, 2013, p. 9

Ménard Claude, Shirley Mary M. (a cura di), “*Handbook of New Institutional Economics*”, Springer, 2005

Ménard Claude, University of Paris, “*In Robert Gibbons and John Roberts (eds) Handbook of organizational economics*”, 2011

Mento Sandro, *“Il controllo analogo nelle società in house pluripartecipate da enti pubblici”*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 5, pag. 495

Micheli Norma, *“Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della L. 8 giugno 1990 n. 142”*, *Foro Amm.*, 1997, fasc.2, pag. 663

Midiri Mario, *“Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali”*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, fasc.1, pag. 133

Milgrom Paul, *“Auctions and Bidding: A Primer”*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), p. 3 ss.

Milgrom Paul, *“Putting Auction Theory to Work”*, Cambridge University Press, 2004

Milgrom Paul e Roberts John, *“Economics, Organization and Management”*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1992

Miller Geoffrey P., New York University School of Law, *“Law and Economics versus Economic Analysis of Law”*, 04/2011

Minow Martha, *“Public And Private Partnerships: Accounting For The New Religion”*, 2003, 116 *Harvard Law Review*, p. 1229

Moliterni Alfredo, *“Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune”*, Dir. amm., 2012, fasc. 4, pag. 567

Moll Douglas K., *“Reasonable Expectations V. Implied-In-Fact Contracts: Is the Shareholder Oppression Doctrine Needed?”*, in Boston College Law Review, 2001, Vol. 42, pag. 989

Moll Douglas K., *“Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation”* in University of Houston Law Center Paper, n. 2004-1

Moll Douglas K., *“Shareholder Oppression in Close Corporations: the Unanswered Question of Perspective, Doctrine Needed?”*, 2000

Moll Douglas K., *“Shareolder Oppression in Close Corporations: The Unanswered Question of Prospective”*, in Vanderbilt Law Review, 2000, Vol. 53, n. 3, pag. 749

Montalenti Paolo, *“Le società per azioni a dieci anni dalla riforma: un primo bilancio”*, Rivista delle Società, 2014, fasc.02-03, pag. 403

Montedoro Giancarlo, *“Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche - the regime of directors and management liability in public companies”*, Foro amm. TAR, 2013, fasc.11, pag. 3589

Monti Giorgio, *“Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law”*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2008, London School of Economics and Political Science Law Department

Monticelli Salvatore, *“I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele”*, Europa e dir. priv.,2011, fasc.2, pag. 481

Morris Mary-hunter, *“Only “the Punctilio” if I Say so: How Contractual Limitations on Fiduciary Duties Protection to Victims of Oppressive Freeze-outs within Private Business Entities”*, 2010

Morton J. Horwitz, *“The History of the Public/Private Distinction”*, in University of Pennsylvania Law Review, 1982, Vol. 130, n. 6, pp. 1423-1428;

Moszoro Marian, *“Efficient Public-Private Capital Structures”*

Moszoro Marian, *“Efficient Public-Private Partnerships”*, 10/2010

Muchlinski Peter T., *“Multinational Enterprises and The Law”*, Oxford University Press, 2007

Mueller Holger M. and Philippon Thomas, *“Family Firms, Paternalism, and Labor Relations”*, November 2006

Musgrove Philip, *“Public and Private Roles in Health Theory and Financing Patterns”*, 07/1996



Musolino Saverio, “*L’art. 13 del decreto Bersani: quale futuro per il modello della società mista*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 12, pag. 1521

Musolino Saverio, “*La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l’ordinamento comunitario*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 1, pag.49

Musolino Saverio, “*Per la Corte Costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l’in house*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 4, pag. 412

Napolitano Giulio e Abrescia Michele, “*Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*”, Il Mulino, 2009

Napolitano Giulio, “*Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*”, *Riv. soc.*, 2006, fasc.5-6, pag. 999

Napolitano Giulio, “*Pubblico e Privato nel diritto amministrativo. Saggi di diritto amministrativo. Collana diretta da Sabino Cassese*”, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003

Napolitano Giulio, “*Regole e mercato nei servizi pubblici*”, Il Mulino, 2005

New York University, Law Review, ARTICLES “*Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest Einer Elhauge*”, Copyright

2005 by Einer Elhauge. Professor of Law, Harvard Law, Volume 80 – June 2005 – Number 3

Nicita Antonio and Pagano Ugo, “*Law and Economics in Retrospect*”, 2005

Nickerson Jackson and Bigelow Lyda, “*New Institutional Economics, Organization and Strategy*”

Nicodemo Antonio, “*Il principio della concorrenza e l’affidamento diretto*”, in *Urbanistica e Appalti*, 201, fasc.5, pag. 573

Nicodemo Antonio, “*La dubbia natura delle società pubbliche “figlie” della privatizzazione: il caso Anas*”, *Foro Amministrativo (II)*, 2014, fasc.6, pag. 1718

Nicodemo Antonio, “*Società pubbliche: attività d’impresa e attività amministrativa*”, *Foro amm. CDS*, 2013, fasc.3, pag. 814

Nicodemo Giovanni Francesco, “*Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l’affidamento diretto*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 2, pag.158

Nicolai Marco, “*Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*”, *Giur. comm.*, 2012, fasc.1, pag. 90

Nigel Gilbert, Centre for Research on Simulation for the Social Sciences, School of Human Sciences, University of Surrey, Guildford GU2 5XH, UK; Pietro Terna, Dipartimento di Scienze economiche e finanziarie, Università di Torino, corso Unione Sovietica 218bis, 10134 Torino, Italy, “*How to build and use agent-based models in social science*”, May 18, 1999

Niutta Andrea, “*I patrimoni e finanziamenti destinati*”, Milano, 2006

Niutta Andrea, “*Modelli di governance: amministrazione e controllo nelle piccole e medie imprese italiane*”, Riv. soc., 2009, fasc.2-3, pag. 347

O.E.C.D., Organisation For Economic Co-Operation And Development, “*Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”, Parigi, 2005

O.E.C.D., Organisation For Economic Co-Operation And Development, “*State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*”, Parigi, 2010

O.E.C.D., Organisation For Economic Co-Operation And Development, “*The size and composition of the SOE sector in OECD countries*”, 2011, Papers n. 5

O’Grady Putek Christine, Fordham Law Review, “*Limited But Not Lost: A Comment on the ECJ’s Golden Share Decisions*”, 01/2004

Official Journal of the European Union, “*(Legislative Acts) Directive 2014/23/Eu Of The European Parliament And Of The Council Of 26 February 2014 On The Award Of Concession Contracts*” (Text With Eea Relevance)

Official Journal of the European Union, “*Commission communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules*”, 19.8.2009

Official Journal of the European Union, “*Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP)*”, 12.4.2008

O'Grady Putek Christine, “*Limited But Not Lost: A Comment on the ECJ's Golden Share Decisions*”, in *Fordham Law Review*, 2004, Vol. 72, pag. 2219

Oppo Giorgio, “*Pubblico e privato nelle società partecipate*”, in “*Riv. Dir. Civ.*”, 2005, II, 157 e segg. 167, oggi in G. Oppo, in “*Scritti giuridici*”, Vol. VII, 2005, pp. 340 e segg.

Ottaviano Vittorio, “*Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*”, *Riv. soc.*, 199, fasc.1, pag. 237

Pache Anne Claire e Santos Filipe, “*Inside the hybrid organization: An organizational level view of responses to*

*conflicting institutional demands*”, ESSEC Business School Research Center, ESSEC Working Paper 11001, 2011, p. 7, 33, 35, 39

Pagani Ignazio, “*Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell’art. 13 del decreto Bersani?*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 9, pag.1173

Pajno Alessandro, “*Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*”, *Dir. amm.*, 2010, fasc.3, pag. 555

Paolini Carlo, “*L’impatto della riforma concernente i servizi pubblici locali sulle partecipate pubbliche degli enti locali*”, in “*Le società a partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Pappalardo Aurelio, “*Fordham International Law Journal, Government Equity Participation Under the EEC Rules on State Aids: Recent Developments*”, 1987

Pappalardo Aurelio, “*Government Equity Participation Under the EEC Rules on State Aids: Recent Developments*”, 1987, vol. 11, Issue 2, Art. 2

Pargendler Mariana, “*State Ownership and Corporate Governance*”, 2010

Pargendler Mariana, “*State Ownership and Corporate Governance*”, 2013

Pargendler Mariana, “*State Ownership and Corporate Governance*”, in Fordham Law Review, 2012, Vol. 80, N. 6

Pargendler Mariana, Musacchio Aldo & Sergio, Lazzarini G., “*In Strange Company: The Puzzle of Private Investment in State-Controlled Firms*”, 2013

Parisio Vera, “*Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa public local services management, public resources safeguard and cost containment*”, Foro amm. TAR, 2013, fasc.1, pag. 385

Park Seung Ho e Russo Michael V., “*When Competition Eclipses Cooperation: An Event History Analysis of Joint Venture Failure*”, Management Science, Vol. 42, n° 6, June 1996, pp. 875 e segg.

Parkera David, Hartley Keith, “*Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK defence*”, 25.04.2001

Pasquini Gabriele, “*Il project financing e la discrezionalità*”, in Diritto Amministrativo, 2007, fasc. 10, pag. 1112

Patti Giovanni, “*I diritti speciali dello stato tra libera circolazione dei capitali, golden shares e regole di diritto societario*”, Europa e dir. priv.,2011, fasc.2, pag. 525

Paulucci De Calboli Manfredo, *“Strategie ed Instruments for PPP Development, Models and strategies for Public-Private Partnership (PPP), Experience from Italy ad Bulgaria”*, 23.10.2007

Pavone La Rosa Antonio, *“La costituzione della società per azioni nelle procedure di privatizzazione”*, Giur. comm.,2003, fasc.1, pag. 5

Peci Kostandin, *“La conversione delle azioni cassa depositi e prestiti s.p.a.: il parere del Consiglio dello Stato”*, in Diritto Amministrativo, 2013, fasc. 6, pag. 623

Pecoraro Clemente, *“Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello stato e dell'Ente pubblico nelle S.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.”*, Riv. soc., fasc.5, 2009, pag. 947

Pedrini Giulio, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, *“Il criterio di efficienza e l'attività delle Autorità Antitrust”*, a.a. 2006/2007

Per Alberto, *“Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law”*, 2008

Perfetti Luca R., *“Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali”*, Dir. amm.,2006, fasc.2, pag. 387

Perfetti Luca, *“La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale”*, in Urbanistica e Appalti, 2011, fasc. 8, pag. 906

Perfetti Luca, “*La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 3, pag. 257

Pericu Andrea, “*Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*”, Dott. A. Giuffrè Editore, 2001

Periodic Reporting Requirements, “*The Transparency Directive*”, 05/2007

Perry James e Rainey Hall G., “*The Public-Private Distinction in Organization Theory: a Critique and Research Strategy. The Academy of Management Review*”, 13(2) pp. 182-201, 1988

Petretto Alessandro, “*Le basi analitiche per la scelta tra impresa pubblica e impresa privata nelle Public utilities*”

Petretto Alessandro, “*Partenariato pubblico-privato e finanziamento degli investimenti pubblici*”, in “*Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*” a cura di Cerrina Feroni Ginevra, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Ping Ho Shih, “*Game theory and PPP*”, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), “*The Routledge Companion to Public-Private Partnership*”, Oxford-New York, 2013, pp. 175 e segg.

Pioggia Alessandra, “*L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha*”



fatto il “pubblico servizio” in Italia?”, *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 3, pag. 481

Piperata Giuseppe, “*L’affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*” 2007, fasc. 2, pag. 133

Piperata Giuseppe, “*La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*”, in *Diritto Amministrativo*, 2012, fasc. 1, pag. 23

Piperata Giuseppe, “*Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all’insegna dell’incertezza*”, 2008, fasc. 11, pag. 1126

Pizza Paolo, “*Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*”, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007

Pizza Paolo, “*Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D.L. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)*”, in “*Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Polinsky A. Mitchell, “*An Introduction to Law and Economics*”, Aspen Publisher, 2003, Third Edition

Ponte Davide, “*Scelta del socio post-affidamento e giurisdizione amministrativa*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc.11, pag.1303

Posner Richard A., “*The New Institutional Economics Meets Law and Economics*”, 1993

Priest George L., “*Michael trebilcock and the past and Future of lawand economics*”, in University of Toronto Law Journal, 2010, Vol. 60, n. 2, p. 155-167

Prosperetti Luigi e Matteo Merini, “*I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*”, in M. Clarich (a cura di), Commentario al codice dei contratti pubblici, Giappichelli, 2010, pp. 27 e segg

Public-Private Partnerships, *Reference Guide*, International Bank for Reconstruction and Development / International Development Association or The World Bank, 2012

Quiggin John, “*Forum: Public-Private Partnership, Risk, PPPs and the Public Sector Comparator*”, 07/2004

Ramajoli Margherita, “*Il controllo della corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*”, Dir. amm., 1995, fasc.2, pag. 203

Rasmusen Eric B., “*Game Theory and the Law*”, Economic Approaches to Law, 2007

Renna Mauro, “*Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*”, Torino, 1997

Review Report, European Bank for Reconstruction and Development, *“Update on Best International Practices in Public Private Partnership with Regards to Regional Policy Issues”*, 11/2005

Ricchi Massimo, *“La finanza di progetto nel codice dei contratti di servizi nella giurisprudenza comunitaria”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 12, pag. 1375

Ricchi Massimo, *“La nuova Direttiva comunitaria sulle concessionari e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, fasc.7, pag. 741

Ricchi Massimo, *“Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. Una teoria per l’affidamento dei contratti complessi di PPP”*, 2007

Richter Rudolf, *“The Role of Law in the New Institutional Economics”*

Ringe Wolf-Georg, *“Domestic Company Law and Free Movement of Capital: Nothing Escapes the European Court?”* University of Oxford - Faculty of Law; University of Oxford - Oxford-Man Institute of Quantitative Finance, 20.03.2010

Rizzo Ilaria, *“Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, fasc. 11, pag. 1347

Rizzo Ilaria, *“Brevi considerazioni a seguito dell’abrogazione dell’art. 23-bis L. 133/2011”* 2011, fasc.8, pag. 889; *“I servizi pubblici dopo il D.L 138/2011”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 12, pag. 1398

Rizzo Ilaria, *“La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc. 3, pag. 257

Roberta Romano, *“After the revolution in corporate Law”*, in *ECGI - Law Working*, 2005, Paper N. 50, Yale Law & Economics Research Paper N. 323

Rodolfo Masera Simone, *“Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 5, pag. 581

Rodotà Stefano, *“Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni,”* Il Mulino, Bologna, 2013.

Roma Giacomo, *“Concessioni di beni o di servizi? Divergenze giurisprudenziali tra Francia e Italia”*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, fasc. 11, pag. 1125

Romagnoli Gianluca, *“Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme”*, *Giur. comm.*, 2006, fasc.3, pag. 473

Romano Roberta, *“After the Revolution in Corporate Law”*,  
September 2005

Rondoni Gabriella, *“Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 5, pag. 555

Rossi Antonio, *“La responsabilità degli amministratori delle società “pubbliche””*, *Giur. comm.*, 2009, fasc.3, pag. 521

Rossi Giampaolo, *“Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione”*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, fasc.1, pag. 39

Rotigliano Riccardo, *“Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea”*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 8, pag. 1017

Roversi Monaco Maria Giulia, *“I caratteri delle gestioni in house”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 12, pag. 1371

Roversi Monaco Maria Giulia, *“La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche”*, Torino, 2004

Roversi Monaco Maria Giulia, *“L'affidamento in house del servizio di gestione dei rifiuti”*, *Foro amm. TAR*, 2009, fasc.7-8, pag. 2015

Sabbioni Paolo, “*La Corte equipara SPLI di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*”, Giur. cost., 2010, fasc.6, pag. 4654

Sadka Efraim, “*Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*”, 03/2006

Salerno Luigi, “*Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*”, Dir. comm. internaz., 2002, fasc.3, pag. 671

Salinas Francesco, “*Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*”, Giurisprudenza Commerciale, 2014, fasc.6, pag. 1014

Saltari Lorenzo, “*Stato e mercato nel decreto «Bersani-bis»*”, in Diritto Amministrativo, 2007, fasc. 8, pag. 809

Sandel Michael J., “*What money can't buy. The Moral Limits of Markets*”, Penguin Books, 2012

Sappington David E. and Joseph E. Stiglitz “*Privatization, Information and Incentives*” Journal of Policy Analysis & Management 1987, fasc.85 pp567

Santonastaso Felice, “*Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*”, Giur. comm., 2006, fasc.3, pag. 383

Santosuosso Daniele Umberto, *“I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici”*, in *“Le società a partecipazione pubblica”*, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Sappington David E. M., Stiglitz Joseph E., *“Privatization, information and incentives”*, 03/1987

Saussier Stéphane, *“Théories Economiques de L’Entreprise”*

Saussier Stéphane, Journal of Economic Behavior & Organization, *“Transaction costs and contractual incompleteness: the case of Électricité de France”*, 05.01.1998

Scano Alessio D., *“Società pubbliche e patrimoni destinati tra tutela della concorrenza e libertà di (diversific)azione economica”*, in *“Le società “pubbliche””*, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Scarpa Dario, *“Valore industriale dell'informazione societaria nel mercato”*, Rivista di Diritto Industriale, 2015, fasc.2, pag. 71

Scarpino Manuela, *“Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis comma 9 d.l. n. 112 del 2008”*, Giur. merito, 2010, fasc.11, pag. 2870

Schanze Eric, *“What is Law and Economics Today? A European View”*, 2006

Schmit Mathias, Gheeraert Laurent, Denuit Thierry, Warny Cédric, *“Roles, Missions And Business Models Of Public Financial Institutions In Europe”*, 2011

Schmitz Patrick W., *“Incomplete contracts and optimal ownership of public goods”*, 2012

Schmidt Klaus *“Incomplete Contracts and Privatization*  
*“European Economic Review 1996a, fasc. 79 pp 569*

Schmidt Klaus *“The costs and Benefits of Privatization: an Incomplete Contracts Approach”*, *The Journal of Law, Economics & Organization* 1996b, fasc.1 pp 24

Schwarcz Steven L., *“Structured Finance A Guide to the Principles of Asset Securitization”*, 11/2010

Sciullo Girolamo, *“L'omologazione degli statuti della s.p.a. ex art. 22, comma 3°, lett. C), della legge 8 giugno 1990, n. 142”*, *Riv. notariato*, 1997, fasc.3, pag. 321

Scott Richard W. e Meyer John W., *“The organization of societal sectors: Propositions and early evidence”*, in Powell e Di Maggio (a cura di), *“The new institutionalism in organizational analysis”* 108-142, Chicago, IL, The University of Chicago Press, 1991



Scott Richard W., “*Institutions and organizations*” (2nd ed.), Thousand Oaks, Calif., Sage Publications, 2001

Scott Richard W., “*Organizations: Rational, Natural and Open Systems*” (4th ed.). Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, W. R. 2003

Secondo Roberto, “*La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, fasc. 1, pag. 39

Shahabian Matthew R., “*The Government as shareholder and political risk: procedural protections in the bailout*”, 2011

Shapiro Carl an Robert D. Willing, “*Economic Rationales for Privatization in Industrial and Developing Countries*”, In Ezra N. Suleiman and John Waterbury , *The political Economy of Public-sector Reform and Privatization*, Boulder: Westview Press , 1990

Shavell Steven, “*Foundations of Economic Analysis of Law*”, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004

Shelanski Howard A.; Klein Peter G., “*Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment*”, 10/1995

Shirley Mary, Walsh Patrick, “*Public versus Private Ownership The Current State of the Debate*”, 08/2000

Shleifer, Andrei and Robert W. Vishny, “*Politicians and Firms*”,  
Quarterly Journal of Economics, 1994

Sigismondi Gianmarco, “*Le società pubbliche verso un sistema coerente? Il contributo interpretativo del giudice amministrativo*”,  
in Diritto Amministrativo, 2013, fasc. 1, pag. 53

Sigma, *Public Procurement, Concessions and PPPs*, 08/2011

Silbernagel Corrt, Vaitkunas Davis, Bond Capital With a  
supplement by Ian Giddy, “*Mezzanine Finance*”

Simon Herbert A., “*A formal theory of the employment relation*”,  
in Econometrica, 1951, 19, 293-305

Simon Herbert, “*Rationality as process and as product of thought*” in *American Economic Review*, 68, 1-16, pp. 6-7

Sinisi Martina, “*Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*”, *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, 2010, fasc.1, pag. 77

Sloccock Ben, (Competition Policy Newsletter), “*The Market Economy Investor Principle*”, 06/2002

Snelson Peter, “*Update on Best International Practices in Public Private Partnership with Regards to Regional Policy Issues*”,

European Bank for Reconstruction and Development, novembre 2005

Sokol D. Daniel, University of Florida Levin College of Law, UF Law Scholarship Repository, “*Competition Policy and Comparative Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”, 01.01.2009

Son Seungwoo, “*Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*”, 06/2012

Spattini Gian Claudio, “*"Vere" e "False". "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro ...*”, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2008, fasc.1, pag. 303

Speckbacher Gerhard, “*The Economics of Performance Management in Non-Profit Organizations, Nonprofit Management and Leadership*”, 2003, 13(3), pp 267-281

Spolidoro Marco Saverio, “*«Principi e problemi» delle società per azioni nel libro di Carlo Angelici*”, Rivista delle Società, 2014, fasc.1, pag. 159

Spuntarelli Sara, “*Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*”, in Urbanistica e Appalti, 2011, fasc. 12, pag. 1461

Stevanato Riccardo, “*Non c'è un giudice a Roma per le fusioni delle società degli enti pubblici*”, Dir. proc. amm.,2010, fasc.3, pag. 972

Sticchi Damiani Andrea, “*La responsabilità degli amministratori di società pubblica tra profili pubblicistici e privatistici*”, in “*Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Stiglitz Joseph E., “*Selected Works of Joseph E. Stiglitz. Volume I: Information and Economic Analysis*”,Oxford University Press, 2009

Storr Dr. Stefan and Wildpanner Mag Elke, “*Public Bodies and Public Enterprises, Annual Report 2011-Germany*”, 04/2011

Stout Lynn A., Hastings Paul Professor of Corporate and Securities Law, UCLA School of Law Principal Investigator, “*New thinking on “Shareholder Primacy”*”

Stout Lynn A., UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series, “*The Mythical Benefits of Shareholder Control*”

Stout Lynn, “*The Shareholder Value Myth. How Putting Shareholders, First Harms Investors, Corporations, and the Public*”, Berret-Koehler Publisher, Inc., 2012

Strine Leo, Hamermesh Lawrence, Balotti R. Franklin, Gorris Jeffrey, “*Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*”, 26.02.2009

Tabuchi Sam, Professor PPP Graduate School Department of Economics Toyo University, “*Current Global PPP – Public Private Partnership Updates and the Global PPP Organizations*”

Tadelis Steven and Williamson Oliver E., University of California, “*Transaction Cost Economics*”, 14.11.2010

Tadelis Steven, University of California Berkeley Haas School of Business; Bajari Patrick, University of Michigan Department of Economics, “*Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement*”, 01/2006, Subject 2.10.02 Public procurement

Taglianetti Giuliano, “*La distinzione fra appalto e concessione e l'(in)applicabilità dell'art. 84 comma 10, d.lg. N. 163 del 2006 alle concessioni di servizi*”, Foro Amm. TAR,2011, fasc.7-8, pag. 2308

Tassone Antonio Romano, “*Gli statuti delle società per la gestione “in house” dei pubblici servizi*”, in “*Le società a partecipazione pubblica*”, a cura di Guerrera Fabrizio, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Templin Benjamin A., “*The Government Shareholder: Regulating Public Ownership of Private Enterprise*”, Reprinted from

Administrative Law review, Volume 62, Number 4, Fall. 2010, Cite as 62 Admin L. Rev. 1127 (2010)

Terracciano Gennaro, “*La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*”, Foro amm. TAR, 2010, fasc.7-8, pag. 2733

The European PPP Expertise Centre (EPEC) of the European Investment Bank (EIB), *The Guide to Guidance How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*, Luxembourg, 2011, p. 32

Thompson Robert B., Washington University Law Review, “*Corporate Dissolution ad Shareholders’ Reasonable Expectations*”, 1988

Tirole Jean Jacques, “*William Vickrey: A Pioneer in the Economics of Incentives*”, Lecture, December, 1996, 27

Tobler C., Beglinger J., Geursen W., *EU Competition Law – 20 Essential Legal Texts*, 2011

Todd J. Zywicki, George Mason University School of Law, Edward Peter Stringham Fayetteville State University, “*Encyclopedia of Law and Economics (2d ed., Francesco Parisi and Richard Posner, eds), Forthcoming*”

Tommasi Roberto, “*Il nuovo diritto privato della Pubblica Istruzione*”, Utet, 2004

Topics in New Institutional Economics (Economics 529) Douglass North and John Nye Washington University in St. Louis, Spring 2003

Torchia Luisa, “*La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*”, in *Diritto Amministrativo*, 2009, fasc. 7, pag. 791

Torchia Luisa, “*Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*”, in *Diritto Amministrativo*, 2012, fasc. 3, pag. 323

Trimarchi Banfi Francesca, “*Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'unione e nella costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*”, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, fasc.5, pag. 723

United Nations Economic Commission for Europe, “*Guidebook on promoting good governance in public-private partnerships*”, New York e Ginevra, 2008

United Nations Economic Commission for Europe, *Guidebook On Promoting Good Governance In Public-Private Partnerships*, 2008

Ursi Riccardo, “*Il gioco del monopoli e i servizi pubblici locali*”, *Foro amm. CDS*, 2010, fasc.2, pag. 466

Ursi Riccardo, *“Il gioco del monopoli e i servizi pubblici locali”*, Foro amm. CDS, 2010, fasc.2, pag. 466

Ursi Riccardo, *“La Corte costituzionale traccia i confini dell’art 13 del decreto Bersani”*, in Diritto Amministrativo, 2009, fasc. 1, pag.12

Ursi Riccardo, *“Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing”*, Dir. amm.,2005, fasc.1, pag. 179

Ursi Riccardo, *“Precisazioni sul ricorso a Energy Service Company a capitale misto”*, in Urbanistica e Appalti, 2013, fasc.5, pag. 589

Ursi Riccardo, *“Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica”*, Dir. amm., 2004, fasc.4, pag. 747

Urso Massimo, *“Il requisito del controllo analogo degli affidamenti in house”*, in Urbanistica e Appalti, 2006, fasc. 12, pag. 1420

Valaguzza Sara, *“L’attività di impresa degli enti pubblici”*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2014, fasc.1, pag. 83

Valaguzza Sara, *“Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell’argomentazione giuridica”*, Diritto Processuale Amministrativo, 2014, fasc.3, pag. 862



Välilä Timo, *“How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships”*, Econstor, 2005

Van Bekkum Jaron, *“Golden Shares: A New Approach”*, De Brauw Blackstone Westbroek, 15.11.2009, European Company Law, Vol. 7, No. 1, February 2010

Vanoni Silvia, *“Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla “Golden Share” ai fondi sovrani)”*, in *“Le società “pubbliche”*”, a cura di Ibba Carlo, Malaguti Maria Chiara, Mazzoni Alberto, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Varian Hal R., *“How to Build an Economic Model in Your Spare Time”*, UC Berkeley, December 1994, Current version: July 25, 2009,

Veca Salvatore, Ruffolo Giorgio, Adler-Karlsson Gunnar, Tibor Liska, Macrae Norman, Pfeiffer Lucien, Kornai Janos, Matyaszovski Valeria, Introduzione di Morley-Fletcher Edwin, *“Cooperare e competere”*, Campi del Sapere/Feltrinelli, 1986

Velasco Julian, University of Notre Dame, *“How Many Fiduciary Duties Are There in Corporate Law?”*, 2010

Venturini Leonardo, *“Il giudizio di responsabilità amministrativa a carico dei dipendenti e degli amministratori pubblici”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc. 9, pag. 967

Venturini Leonardo, *“La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti della delle società pubbliche”*, in *Diritto Amministrativo*, 2007, fasc.10, pag. 1127

Verhoeven Amaryllis, *“Privatisation and EC Law: is the European Commission “Neutral” with respect to Public versus Private ownership of companies?”*, 1996

Verret J.W. e Mason George University School of Law George, *“How the Bailout Reshapes Corporate Theory and Practice”*, George Mason University School of Law

Verret J.W., *“The Bailout Through a Public Choice Lens: Government-Controlled Corporations as a Mechanism for Rent Transfer”*, *Seton Hall Law Review* Volume 40 Issue 4 Symposium Securities Regulation and the Article 6 Global Economic Crisis: What Does the Future hold?, 2011

Verret J.W., *“The Bailout Through a Public Choice Lens: Government-Controlled Corporations as a Mechanism for Rent Transfer”*, 11-09-2011

Verret J.W., Assistant Professor, George Mason University School of Law Senior Scholar, Mercatus Center at George Mason University, *“The U.S. Government as Control Shareholder of the Financial and Automotive Sector: Implications and Analysis”*, 2009

Verret J.W., George Mason University School of Law, *“Treasury inc.: how the bailout reshapes corporate theory & practice, Yale*

*Journal on Regulation*”, Vol. 27, No. 2, Summer 2010, pp. 283-350  
George Mason University Law and Economics Research Paper Series  
09-43

Verret J.W., George Mason University School of Law, “*Treasury inc.: how the bailout reshapes corporate theory & practice*, *Yale Journal on Regulation*”, Vol. 27, No. 2, Summer 2010, pp. 283-350  
George Mason University Law and Economics Research Paper Series  
09-43

Viganò Roberto, “*In tema di omologazione delle società a capitale «misto»: unità o duplicità di controlli*”, Riv. Notariato, 1997, fasc.3, pag. 327

Vining Aidan R., Boardman Anthony and Moore Mark A., “*The Theory And Evidence Pertaining To Local Government Mixed Enterprises*”, 2014

Vitale Carmen, “*La Corte di giustizia «boccia» l’art. 2449 del codice civile*”, in *Diritto Amministrativo*, 2008, fasc. 5, pag. 521

Vivani Claudio, “*I contratti di servizio fra diritto pubblico e privato*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, fasc. 3, pag. 355

Vivani Claudio, “*La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, fasc. 1, pag. 39

Volpe Carmine, “*Il sistema dell’alta velocità innanzi alla Corte di giustizia. Ovvero la criticità del sistema assume rilievo comunitario*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 12, Pag. 1555

Volpe Carmine, “*In house Providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, fasc. 12, pag. 1401

Volpe Carmine, “*La corte CE continua la rifinitura dell’in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, fasc.1, pag. 43

Volpe Carmine, “*Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L’ibrido continua*”, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, fasc. 11, pag. 1343

Walker Francis A., “*The Source of Business Profits*”, in *Quarterly Journal of Economics*, 1887, 1, 265-288

Wamsley Gary e Zald Mayer, “*The Political Economy of Public Organizations*”, Bloomington, Indiana University Press, 1976

Wiener Kats Avery, “*Foundations of the economic Approach to Law*”, “*Interdisciplinary readers in law*”, Oxford University Press, 1998

Williamson Oliver E. e Tadelis Steve, “*Transaction Cost Economics*”, in R. Gibbons e J. Roberts (a cura di), “*The Handbook of Organizational Economics*”, Princeton University Press, 2013.

Williamson Oliver E., *“Association The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes”*, 1981

Williamson Oliver E., *“Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives”*, in *Administrative Science Quarterly*, 1991, 36, pp. 269-296

Williamson Oliver E., *“Corporate Boards of Directors: In Principle and in Practice”*, 2007

Williamson Oliver E., *“Corporate Governance”*, in *“Yale Law Journal”*, 1984, Vol. 93, pp. 1197-1230.

Williamson Oliver E., *“Examining economic organization through the lens of contract”*, 2003

Williamson Oliver E., *“Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication”*, New York, Free Press, 1975

Williamson Oliver E., *“Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication”*, New York, Free Press, 1975

Williamson Oliver E., *“Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective”*, 1999

Williamson Oliver E., *“Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective”*, 1996

Williamson Oliver E., *“The Economics Institutions of Capitalism”*, New York, Free Press, 1985

Williamson Oliver E., *“The Mechanisms of Governance: Looking Back, Taking Stock, Looking Ahead”*

Williamson Oliver E., *“The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract”*, 01/2002

Williamson Oliver E., *“The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations”*, in American Economic Review, 1971, 61, pp. 112-123

Williamson Oliver E., *“Transaction cost economics and the Carnegie connection”*, 1994

Williamson Oliver E., *“Transaction Cost Economics: How it works; Where it is Headed”*, De Economist 146, N. 1, 1998 pp. 23-58

Williamson Oliver E., *“Transaction Cost Economics: The Natural Progression”*, 2010

Williamson Oliver E., *“Why Law, Economics, And Organization”*, 2005

Williamson Oliver E., University of California, *“Markts, hierarchies, and the modern corportation, An unfolding prospective”*, 10/1990

Williamson Oliver E., University of California, “*The Economics of Governance*”, 01/2005

Witters Louis, Marom Revital and Steinert Kurt, Alcatel-Lucent, “*The Role Of Public-Private Partnerships In Driving Innovation*”

World Bank institute, “*Public-Private Partnerships Version 1.0 Reference Guide*”, 2012;

World Bank, PPP in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations, Washington, 2014

Yergin Daniel, Stanislaw Joseph, “*La Grande Guerra dell'Economia (1950-2000). La lotta tra Stato e Imprese per il controllo dei mercati*”, Garzanti, 1998

Yescombe Edward R., “*PPPs and project finance*”, in P. de Vries e E.B. Yehoue (a cura di), *The Routledge Companion to Public-Private Partnership*, Oxford-New York, 2013, p. 231

Zverev Alexei, Senior Counsel, EBRD, “*The legal framework for public-private partnerships (PPPs) and concessions in transition countries: evolution and trends*”, 2012

Zwicky Todd J. e Stringham Edward Peter, “*Common Law and economic efficiency*”, in *Encyclopedia of law and economics*, Francesco Parisi, Richard Posner, eds., 2010

## Indice sommario

### Indice

#### Introduzione

Pag. 2

#### Capitolo I

**Il tema, il metodo e la delimitazione dell'indagine. La “*transazione*” tra pubblico e privato nella relazione di partenariato.**

Pag. 6

**1. Il tema: le determinanti della scelta pubblica in favore del partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto collaborativo tra parte pubblica e parte privata.**

Pag. 7

**1.1. Il partenariato in forma di società di capitali quale modello organizzativo ed istituzionale del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.**

Pag. 8

**1.2. Una nozione provvisoria di partenariato.**

Pag. 9

**1.3. Una nozione provvisoria di istituzionalizzazione del partenariato.**

Pag. 11

**1.4. Il partenariato come scelta dell'amministrazione.**

Pag. 12



1.5. La parte privata nella scelta del ricorso al partenariato.

Pag. 14

1.6. La scelta tra le modalità alternative di configurazione del partenariato e le relative determinanti.

Pag. 15

1.7. Ragioni economiche e vincoli giuridici nella scelta della modalità di configurazione del partenariato.

Pag. 16

2. Il contesto: il rapporto collaborativo nella rappresentazione dualistica di pubblico e privato.

Pag. 16

2.1. Pubblico e privato nella varietà dei modelli di capitalismo.

Pag. 17

2.2. I valori evocati dalla rappresentazione dualistica di pubblico e privato.

Pag. 18

2.3. La rappresentazione dualistica di pubblico e privato nel sistema giuridico.

Pag. 21

2.4. Pubblico e Privato come polarità e le regole del rapporto collaborativo come disciplina delle variazioni lungo uno spettro continuo.

Pag. 22

3. La ricostruzione: le determinanti nella scelta del modello secondo le teorie economiche dell'organizzazione e delle istituzioni.

Pag. 23

3.1. Le origini della "*Organizational Economics*".

Pag. 24

3.2. La "*Organizational Economics*" come parte del programma di ricerca della "*New Institutional Economics*" e nella evoluzione di quest'ultima.

Pag. 26

3.3. Il ruolo della "*Transaction Costs Economics*" quale metodo di indagine nella evoluzione della "*New Institutional Economics*": la "Transazione" come oggetto di indagine e le tecniche d'indagine.

Pag. 28

3.4. La "*Comparative Economic Organization*" e le modalità alternative di organizzazione della "Transazione".

Pag. 30

4. Il metodo e le sue ragioni: l'analisi del rapporto collaborativo tra parte pubblica e privata secondo la "*Transaction Costs Economics*" quale tecnica ricostruttiva per il giurista.

Pag. 31

5. Il piano di lavoro: le fasi operative dell'analisi della "*Transazione*" tra parte pubblica e parte privata: descrizione dei caratteri della transazione, ricognizione degli istituti di governo della transazione, allineamento degli istituti ai caratteri.

Pag. 37

6. La delimitazione dell'indagine e le sue ragioni di attualità: pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici e locali tra rispondenza del rapporto al modello di partenariato definito dall'ordinamento europeo, opzioni delle politiche pubbliche e vincoli posti dalla volontà popolare.

Pag. 38

## Capitolo II

**I caratteri della "*transazione*". Relazione di lungo termine, alta specificità di investimento, complessità ed incompletezza contrattuale nella collaborazione tra pubblico e privato.**

Pag. 44

### 1. Introduzione.

Pag. 46

2. La scelta tra produzione pubblica o produzione privata per i servizi di interesse economico generale.

Pag. 50

2.1. La responsabilità pubblica nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale.

Pag. 50

2.1.1. Il quadro istituzionale scaturente dai principi del TFUE in tema di servizi di interesse economico generale.

Pag. 51

2.1.2. Il riconoscimento formale del ruolo dei servizi di interesse economico generale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e del TFUE.

Pag. 52

2.2. Le scelte dell'ordinamento interno tra promozione della concorrenza e municipalismo.

Pag. 53

2.2.1. Sull'evoluzione della normativa interna tra esiti referendari di abrogazione e pronunce di incostituzionalità.

Pag. 53

2.2.2. Per una rilettura della legislazione interna in senso più dettagliatamente conforme all'ordinamento europeo.

Pag. 55

2.2.3. La posizione della giurisprudenza costituzionale interna in tema di rapporto tra la fonte europea e quella statale.

Pag. 56

2.2.4. Sull'erogatore del servizio di interesse economico generale secondo le indicazioni della Commissione UE.

Pag. 57

2.2.5 Sulla nozione rilevante di impresa secondo la giurisprudenza europea.

Pag. 58

2.2.6. Sulle indicazioni della giurisprudenza europea in tema di applicazione dell'Art. 106 TFUE.

Pag. 60

2.3. La neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra produzione pubblica e produzione privata.

Pag. 62

2.3.1. La “*neutralità*” come deferenza rispetto alla scelta dello Stato Membro in ordine alla produzione pubblica ovvero privata del servizio.

Pag. 63

2.3.2. La “*neutralità*” come irrilevanza della natura pubblica o privata del produttore del servizio rispetto all'applicazione delle norme del TFUE in tema di libertà di circolazione e concorrenza.

Pag. 64

2.4. Sull'opportunità di una disciplina interna di fonte statale a valere quale quadro ordinamentale di riferimento per il settore in esercizio della competenza esclusiva ex Art. 117 comma 2° lett. e) Cost. e sui contenuti della sua realizzazione storica attraverso il "*Decreto Servizi Pubblici Locali*" adottato in esercizio della delega posta dall'Art. 19 della L. n° 124/15 e s.m.i..

Pag. 65

2.4.1. La ricostruzione della responsabilità pubblica di erogazione dei "*servizi pubblici locali di interesse economico generale*" da parte del c.d. "*Decreto Servizi Pubblici Locali*" tra limitazione dei diritti speciali ed esclusivi e modalità di organizzazione del servizio in funzione di promozione della concorrenza.

Pag. 66

2.4.1.1. I criteri di delega posti dall'Art. 19 del c.d. "*Decreto Servizi Pubblici Locali*" tra conferma della responsabilità pubblica in capo alle Autonomie Locali e spinta verso il superamento dei regimi di esclusiva non giustificati.

Pag. 67

2.4.1.2. I principi e la nozione di "*servizio pubblico locale di interesse economico generale*" tra intervento pubblico e mercato e gli strumenti di suo "*affidamento*" tra riserva e liberalizzazione di attività.

Pag. 70

2.4.1.3. Il vincolo alla definizione della finalità di intervento pubblico e giudizio di proporzionalità sulle misure

di restrizione del processo competitivo nel mercato attraverso l'imposizione di obblighi di servizio ovvero attraverso la costituzione di diritti speciali od esclusivi a favore della parte affidataria.

Pag. 77

2.4.1.4. Le modalità di gestione del servizio e l'ulteriore applicazione del principio di proporzionalità a salvaguardia del processo competitivo per il mercato: la “*società mista*” quale tipologia di affidamento (rinvio)

Pag. 82

2.4.2. Gli obiettivi di missione di interesse generale della parte pubblica come guida nella costruzione della relazione di partenariato istituzionalizzato in forma di società di capitali (rinvio)

Pag. 87

3. Il contributo dell'analisi economica in ordine alla decisione di produzione del servizio ed in particolare dell'analisi relativa alla scelta pubblica di incaricare la parte privata di tale compito di produzione.

Pag. 88

3.1. Il fenomeno di “*delega di poteri*” nel quadro del c.d. “*agency problem*” ed i “*poteri residuali di intervento*” della parte pubblica in caso di produzione del servizio a cura privata nella letteratura economica.

Pag. 89

3.2. La complementarità tra le teorie economiche dell'impresa e quelle della privatizzazione nella ricostruzione da parte del giurista del fenomeno di “*integrazione verticale*”.

Pag. 93

3.3. Integrazione verticale e “*poteri di controllo*”.

Pag. 96

3.4. Carenze informative, incompletezza contrattuale e poteri residuali di intervento della parte pubblica nella teorie della privatizzazione.

Pag. 98

3.5. Poteri residuali di intervento ed incompletezza contrattuale nella teoria dell'impresa.

Pag. 103

3.6. Relazione contrattuale di lungo termine, elevata specificità di investimento, incertezza e complessità delle prestazioni oggetto di contratto.

Pag. 104

3.7. L'interfaccia di coordinamento tra le parti quale centro unificato di direzione nella soluzione istituzionale di governo delle incertezze e delle complessità della “*transazione*” nella “*Transaction Costs Economics*” e nella “*Property Rights Theory*”.

Pag. 105



3.8. Incompletezza contrattuale, poteri di controllo e strategie di integrazione verticale della parte pubblica dalla relazione “*in – house providing*” alla relazione di partenariato con la parte privata.

Pag. 108

4. La relazione di partenariato e la relazione di partenariato istituzionalizzato.

Pag. 110

4.1. I caratteri della disciplina della relazione di partenariato nell’ordinamento multilivello.

Pag. 110

4.2. La posizione della UE in tema di partenariato.

Pag. 111

4.3. Le indicazioni dell’ordinamento interno in tema di partenariato.

Pag. 114

4.4. La istituzionalizzazione della relazione di partenariato secondo la Commissione UE come variante rispetto alla relazione contrattuale.

Pag. 120

5. La componente di rischio e la sua allocazione nella disciplina delle concessioni nella direttiva 2014/23/UE come conferma dei caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato.

Pag. 121

5.1. La nozione di “*concessione*” nella direttiva 2014/23/UE.

Pag. 122

5.2. Il rischio e la disciplina della selezione del “*concessionario*” nonché l’ampiezza dispositiva delle “*varianti*” quale conseguenza dei caratteri della concessione nei “*considerando*” della direttiva 2014/23/UE.

Pag. 123

5.3. Rischio e trattamento contabile della relazione di partenariato sul bilancio della parte pubblica.

Pag. 128

5.4. La decisione sull’assetto istituzionale della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata come componente della “*Value for money analysis*” e del “*Public Sector Comparator*” nella scelta in favore della relazione di PPP piuttosto che di una forma ordinaria di “*procurement*”.

Pag. 131

5.5. Il rilievo della disciplina delle tipologie delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici nel confronto con le teorie economiche in tema di aste e la loro ricaduta nella tradizione giuridica dell’ordinamento interno dinanzi alle diverse indicazioni della U.E..

Pag. 133

6. Conclusioni.

Pag. 141

6.1. Relazione di lungo termine, alta specificità di investimento, complessità, incompletezza contrattuale e carenze informative come caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata e come fattori determinanti dell’esigenza di rafforzamento dei poteri d’intervento della parte pubblica.

Pag. 141

6.2. Indicazioni per la ricostruzione del fondamento razionale della istituzionalizzazione del partenariato nel prosieguo dell’indagine.

Pag. 143

### Capitolo III

**Gli istituti di governo della “*transazione*”. La relazione di partenariato secondo il diritto societario pubblico.**

Pag. 145

#### 1. Introduzione.

Pag. 146

2. L’inquadramento della relazione tra pubblico e privato nel contesto dell’analisi economica del fenomeno societario.

Pag. 150

2.1. La società come “*nexus of contracts*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato istituzionalizzato.

Pag. 151

2.2. Parte pubblica e parte privata dinanzi al tema della incompletezza contrattuale nella vicenda societaria.

Pag. 153

2.3. Il c.d. “*agency problem*” nelle relazioni tra parte pubblica e parte privata e nella relazione di entrambe le parti con gli organi sociali.

Pag. 154

2.4. La funzione del diritto societario secondo l’analisi economica del contratto di società.

Pag. 156

3. La istituzionalizzazione della relazione di partenariato in forma di società a capitale misto.

Pag. 157

3.1. Il PPPI come impresa in controllo pubblico secondo i principi del TFUE.

Pag. 158

3.2. La prevenzione della condotta anticompetitiva dell’impresa in controllo pubblico come criterio delle indicazioni OCSE in tema di sistemi di amministrazione e controllo.

Pag. 158

3.3. La posizione della Commissione UE circa il partenariato istituzionalizzato in forma societaria: la perdurante centralità del

diritto europeo degli appalti e delle concessioni nella ricostruzione del fenomeno societario nel PPPI.

Pag. 161

3.4. Il “*self restraint*” dell’ordinamento interno a mezzo del mero rinvio ai principi dell’ordinamento europeo e le sue conseguenze nella disciplina del partenariato istituzionalizzato.

Pag. 161

3.4.1. L’assenza di disciplina specifica per la società a capitale misto per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Pag. 162

3.4.2. L’opposta attenzione del Legislatore interno per il contenimento della capacità di agire di diritto privato degli Enti Locali in sede di costituzione di società.

Pag. 163

4. La realizzazione del PPPI in forma di società di capitali secondo le indicazioni della Commissione UE.

Pag. 164

4.1. I modelli: l’alienazione a parti private di partecipazioni in società di capitali preesistenti ovvero la costituzione di apposita nuova società di capitali e la conseguente alienazione di partecipazioni a parti private della società neocostituita.

Pag. 165

4.2. La definizione dei contenuti della relazione tra parte pubblica e parte privata.

Pag. 166

4.3. Le conseguenze della decisione pubblica sulla procedura e sui criteri di selezione del socio privato nella configurazione della relazione tra parte pubblica e parte privata.

Pag. 167

5. L'evoluzione della disciplina comune alle società a partecipazione pubblica nella produzione normativa del legislatore interno sino al "*Decreto Partecipate*".

Pag. 168

6. Considerazioni conclusive.

Pag. 179

## Capitolo IV

**L'allineamento. La modulazione degli istituti di governo rispetto ai caratteri della transazione tra pubblico e privato attraverso il diritto societario comune.**

Pag. 187

1. Introduzione: gli aspetti giuridici dell'operazione di allineamento e la loro rilevanza nella configurazione della organizzazione ibrida come sede della relazione di partenariato.

Pag. 189

2. Organizzazioni ibride e logiche istituzionali confliggenti.

Pag. 194

2.1. La contrapposizione delle logiche istituzionali nelle organizzazioni ibride.

Pag. 195

2.1.1. L'emersione delle logiche istituzionali confliggenti nella operatività della organizzazione ibrida.

Pag. 196

2.1.2. Tecniche combinatorie delle logiche contrapposte attraverso ed all'interno delle organizzazioni ibride.

Pag. 199

2.2. Pubblico e Privato nelle organizzazioni ibride caratterizzate da logiche istituzionali confliggenti.

Pag. 201

3. La relazione di partenariato secondo le indicazioni ricostruttive della teoria dei giochi.

Pag. 206

3.1. La relazione di partenariato come gioco dinamico ad informazioni incomplete.

Pag. 209

3.2. Le parti della relazione di partenariato nel gioco: il "*signalling*" della parte privata e lo "*screening*" della parte pubblica.

Pag. 211

3.3. Squilibri della struttura di profitto della parte privata e costi politici di rinegoziazione come dinamiche “invarianti” nella relazione di partenariato come gioco.

Pag. 215

4. Le organizzazioni ibride nella “*Transaction Cost Economics*”.

Pag. 218

4.1. Le ragioni delle organizzazioni ibride.

Pag. 220

4.2. Il tema della stabilità delle organizzazioni ibride.

Pag. 223

4.3. Le “*Joint Venture*” come organizzazioni ibride.

Pag. 226

5. Le “*Joint Venture*” tra parte pubblica e parte privata secondo le agenzie internazionali e la “*entità terza*” esito dell’istituzionalizzazione del partenariato secondo la Commissione UE.

Pag. 228

6. Il contratto di società di capitali nella istituzionalizzazione della relazione di partenariato tra parte pubblica e parte privata secondo l’ordinamento interno.

Pag. 233



6.1. Il programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata come baricentro del contratto di società.

Pag. 235

6.2. La declinazione dello “*scopo lucrativo comune*” rispetto al programma di collaborazione e la corrispondente delimitazione dell’oggetto sociale.

Pag. 237

6.3. La definizione delle fonti di regolamentazione dei rapporti tra parte pubblica e parte privata nel contratto di società.

Pag. 239

6.4. La strutturazione del capitale sociale ed il finanziamento della società esito della relazione di partenariato.

Pag. 241

6.4.1. La tecnica di destinazione del patrimonio ed il modello della c.d. “*finanza di progetto*”.

Pag. 242

6.4.2. La prevalenza del “*debito*” nelle operazioni di finanza di progetto e le esigenze di allineamento tra creditori e parte pubblica.

Pag. 245

6.4.3. Gli strumenti “*ibridi*” nelle operazioni di “*finanza di progetto*” per le società a capitale misto per i servizi pubblici locali.

Pag. 247

**6.4.4.** Connotati oggettivi e soggettivi della partecipazione sociale in relazione ai diversi ruoli del socio pubblico e del socio privato nel programma di collaborazione.

Pag. 251

**6.4.5.** Il regime di circolazione delle partecipazioni tra limiti legali alla modificabilità degli esiti della selezione del socio privato e le esigenze di discipline della “*exit*” del socio privato.

Pag. 253

**6.5.** Il sistema di amministrazione e controllo quale rappresentazione degli equilibri tra il grado di coinvolgimento della parte pubblica nella gestione sociale e l'intensità di protezione delle aspettative di profitto della parte privata.

Pag. 254

**6.5.1.** La scelta del tipo legale ed il ruolo dell'autonomia statutaria nella costruzione dell'ottimale relazione di strumentalità degli organi sociali rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

Pag. 256

**6.5.2.** Gli strumenti per la definizione del grado di tutela dell'autonomia dell'organo gestorio rispetto all'ingerenza delle parti pubbliche e private socie.

Pag. 261

6.5.2.1. Il tema dell'autonomia dell'organo gestorio nella società a capitale misto.

Pag. 262

6.5.2.2. Gli strumenti per la tutela dell'autonomia dell'organo gestorio.

Pag. 264

6.5.2.3. Un approccio critico alle tesi circa la indispensabile autonomia dell'organo gestorio.

Pag. 266

6.5.3. Adeguatezza dell'assetto organizzativo, procedimenti deliberativi e deliberazioni delle società a capitale misto.

Pag. 268

6.5.3.1. L'assetto organizzativo tra idoneità dell'impresa al raggiungimento degli "*standard*" di servizio e l'affidabilità dei flussi informativi verso i soci.

Pag. 269

6.5.3.2. Struttura e funzione dei procedimenti deliberativi e delle deliberazioni o decisioni dei soci nelle società a capitale misto.

Pag. 270

6.5.4. Gli strumenti per la definizione del grado di tutela rispettivamente delle attese del socio pubblico circa lo "*standard*" di servizio e le aspettative di profitto del socio privato.

Pag. 274

6.5.4.1. La tutela delle attese dei soci rispetto all'andamento del programma di collaborazione tra parte pubblica parte privata.

Pag. 275

6.5.4.2. Il “*right of voice*” dei soci rispetto all'andamento del programma di collaborazione.

Pag. 275

6.5.4.3. Il “*right of exit*” come scioglimento anticipato del programma di collaborazione.

Pag. 277

6.5.5. L'applicazione al socio pubblico di maggioranza della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento e la sua valenza ricostruttiva nel più ampio rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

Pag. 279

6.5.6. Lo scioglimento del rapporto sociale tra fisiologia e patologia del rapporto di collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

Pag. 281

6.5.7. La responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto.

Pag. 286

6.5.7.1. Semplificazione o complicazione del problema di “agency” nella polarizzazione tra socio pubblico e socio privato e corrispondenti incentivi.

Pag. 287

6.5.7.2. La “*Business Judgement Rule*” rispetto al programma di collaborazione tra parte pubblica e parte privata ed alle incompletezze di quest’ultimo.

Pag. 289

6.5.7.3. Il rilievo sistematico del tema del riparto di giurisdizione sulle controversie circa la responsabilità degli amministratori delle società a capitale misto.

Pag. 291

7. L’interesse sociale come vincolo reciproco al coordinamento ed alla cooperazione tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: dalla “*shareholders value maximization*” alla “*team production*”.

Pag. 292

8. Il contratto di società ed il diritto societario come strumento di governo degli specifici caratteri della “*transazione*” tra parte pubblica e parte privata nella relazione di partenariato: il diritto comune delle società di capitali come veicolo delle soluzioni istituzionali al problema del c.d. “*doppio allineamento*”.

Pag. 297

9. Considerazioni conclusive.

	Pag. 303
<b>Riferimenti bibliografici</b>	
	Pag. 308
<b>Indice sommario</b>	
	Pag. 399