

# La gestione di servizi pubblici

## *L'UTILIZZO DI SOCIETÀ MISTE*

*a cura di Salvatore Cacace - Consigliere di Stato*

## **Il modello organizzativo della società mista**

Deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*.

La differenza tra la società *in house* e la società mista consiste invero nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale ( in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa ), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza (<sup>1</sup>).

Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività.

---

<sup>1</sup> Così R. Chieppa, *LE SOCIETÀ A CAPITALE MISTO ALLA LUCE DEGLI ULTIMI INTERVENTI NORMATIVI* (in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), febbraio 2010), brillante studio, al quale in generale si rinvia.

In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità.

L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione.

Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti.

Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si

veda il citato "libro verde"), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico. Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista. La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del *partner* privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principii di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento. La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del *partner* privato, con il quale costituire società miste, costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. Comunque l'unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principii di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principii, tutti, che trovano cittadinanza all'interno del Trattato dell'U.E. Anche perché lo stesso "libro verde" precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz'altro favorita, ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza. Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

La norma ha così inteso solo codificare il principio, secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" <sup>(2)</sup>.

Nel diritto italiano è dunque ormai incontroverso che, per la scelta del *partner* privato di una società mista, occorra seguire procedure di evidenza pubblica, anche se si tratta di socio di minoranza.

La procedura di evidenza pubblica va poi a maggior ragione seguita nel caso di scelta del socio privato di maggioranza, come espressamente prescritto già con la disposizione contenuta all'art. 12 della legge n. 498 del 1992, in quanto, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990, la costituzione delle società a capitale pubblico maggioritario per l'affidamento di un pubblico servizio non si sostanzia nella scelta di un socio qualsiasi, ma nella scelta di un socio imprenditore, con la conseguenza che essa deve avvenire avvalendosi di quegli strumenti concorsuali, che l'ordinamento ha via via affinato ai fini dell'individuazione del soggetto privato chiamato a svolgere attività o servizi in favore dell'amministrazione pubblica <sup>(3)</sup>.

Ciò posto, la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall'ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del *partner* privato, trova in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi ( che postulerebbero, invece, l'esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza <sup>(4)</sup> ), fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure

---

<sup>2</sup> Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007.

<sup>3</sup> Cass., SS.UU., 29 ottobre 1999, n. 754; CdS, V, 19 febbraio 1998, n. 192.

<sup>4</sup> Soluzione fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la decisione n. 589/2006.

selettive

(<sup>5</sup>).

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda del Consiglio di Stato, con il parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell'appalto.

In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto.

Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" ( come contrapposti al "socio finanziario" ), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" ( senza gara ) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata ( con gara ) al *partner* privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

- a) non è condivisibile la posizione "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;
- b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come *partner* privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*,

---

<sup>5</sup> CdS, II, 18.4.2007, n. 456; V, 3.2.2005, n. 272; V, 1.3.2003, n. 1145; V, 30.4.2002, n. 2297. Tale soluzione sembra peraltro avere ora una conferma di diritto positivo nell'art. 113, V comma, del D. Lgs. n. 267/00, come novellato dall'art. 14, I comma, della legge n. 326/2003. Relativamente, infatti, alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la formulazione dell'art. 113, comma 5, anteriore alla novella del 2003, stabiliva che "l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica". L'attuale formulazione consente, invece, tre alternative: - la società di capitali privata, da individuare con procedura di evidenza pubblica; - la società a totale partecipazione pubblica, che beneficia di affidamento diretto senza gara; - la società a capitale misto pubblico e privato, che beneficia del pari di affidamento diretto se il socio privato venga scelto attraverso gare con l'espletamento di procedure di evidenza pubblica. Pare, dunque, confermato che in caso di società mista in cui il socio privato è scelto con procedura di evidenza pubblica non occorre una seconda gara per l'affidamento dell'appalto.

avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;

c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano - oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni ed alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 - garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara, che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Ricordato quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006 ( secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267/2000; nel senso che la costituzione di una tale società, anche con

scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio ), va sottolineato come, a livello comunitario, il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale.

Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

Orbene, il modello elaborato dalla sezione seconda del Consiglio di Stato con il citato parere n. 456/2007 ( che rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste ed all'affidamento del servizio alle stesse, nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza ) è stato condiviso dall'adunanza plenaria dello stesso Consiglio <sup>(6)</sup>, che ha ritenuto indispensabile che il socio venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica, nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata.

Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta ( previa gara ) del socio il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa ( ossia condizioni, modalità e durata ).

E' stato ribadito, anche dopo la citata decisione dell'Adunanza plenaria, che le condizioni, che possono legittimare il ricorso al c.d. "partenariato pubblico/privato", mediante lo svolgimento di una unica gara per la individuazione del socio privato e per l'affidamento del servizio, senza impingere nelle esigenze di tutela della concorrenza affermatesi in ambito comunitario e traslate nel sistema normativo nazionale, sono le seguenti: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore

---

<sup>6</sup> N. 1/2008.

dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata (<sup>7</sup>).

Tale soluzione ha trovato di recente condivisione da parte della Corte di Giustizia (<sup>8</sup>).

Questa si è infatti espressa sulla materia a seguito di un rinvio pregiudiziale disposto da un Tar italiano in una controversia, avente ad oggetto una fattispecie in cui la gestione di un servizio pubblico era stata affidata ad una società mista con socio privato individuato con gara e con contestuale affidamento del servizio e dopo l'aggiudicazione la gara era stata annullata per una presunta incompatibilità con il diritto comunitario dello strumento dell'affidamento a società mista.

La Corte di Giustizia, dopo aver ribadito la distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici, ha condiviso le considerazioni svolte dalla Commissione circa l'inutilità di una doppia gara e ha ritenuto l'ammissibilità dello svolgimento in unico contesto di una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato ( socio non solo azionista, ma soprattutto operativo ) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.

Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara.

---

<sup>7</sup> Consiglio Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm. CDS*, 2009, 3 789 ( con NOTA di MORZENTI PELLEGRINI ).

<sup>8</sup> Corte giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, in *Pubblica*, 2009.

E' chiaro, peraltro, come in tal modo i margini di operatività dell'istituto risultino ben scarsi, anche alla luce della disciplina dell'istituto recata dall'art. 23-bis del D.L. 112/08 come modificato con D.L. n. 135/09, che arricchisce l'ipotesi di conferimento in via ordinaria della gestione dei servizi pubblici locali a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedura competitiva, con l'espresso riferimento all'affidamento in favore di società di capitali a partecipazione mista pubblica e privata (<sup>9</sup>).

---

<sup>9</sup> In forza di tale innovativa previsione, l'affidamento dei servizi pubblici locali alle società miste è subordinato alla sussistenza dei seguenti tre presupposti:

- che la selezione del socio privato avvenga con procedura ad evidenza pubblica nell'osservanza dei principi, di cui alla lettera a) dello stesso comma 2 ( che prevede l'affidamento in via ordinaria "a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità" );
- che la gara per la scelta del socio abbia ad oggetto, oltre alla qualità di socio, anche l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sì che il privato viene caratterizzato quale detentore del "know how" tecnico-operativo e quindi come fulcro dell'attività imprenditoriale, mentre al "partner" pubblico viene riconosciuto, in uno con il ruolo di soggetto apportatore dei capitali, un compito sostanzialmente di regolazione e di controllo;
- che al soggetto privato così individuato faccia capo una partecipazione non inferiore al quaranta per cento del capitale, sì da configurarlo necessariamente, almeno nei molti casi di partecipazione egualitaria di più Comuni, come il detentore della maggioranza relativa e quindi come il vero fulcro della società.