



## **Osservazioni sul**

### **LIBRO VERDE**

#### **Della Commissione Europea**

#### **relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni**

### **PREMESSA**

La collaborazione tra privati e pubblica amministrazione, volta alla realizzazione di infrastrutture o allo svolgimento di servizi di interesse pubblico, ha da sempre rappresentato uno degli aspetti più problematici da disciplinare, non solo a livello comunitario, ma anche a livello nazionale per le diverse forme che tale collaborazione assume e per gli interessi in gioco.

Il Libro Verde della Commissione UE sul PPP, pertanto, rappresentando un utile strumento di analisi delle situazioni esistenti nei vari Paesi membri, e un primo eventuale passo verso regole condivise a livello comunitario, non può che essere salutato con favore dagli operatori.

Quanto alla nozione di "partenariato pubblico-privato" contenuta nel Libro Verde, deve osservarsi come questa sia molto ampia, riferendosi 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.

E' sicuramente apprezzabile che la Commissione abbia avviato una ricognizione delle situazioni in essere nei diversi Stati sulle questioni attinenti al PPP con l'obiettivo di delineare, ove risultasse opportuno e/o necessario, un quadro di regole comuni e condivise per la disciplina delle forme di collaborazione tra autorità pubbliche e parti private, volte ad assicurare l'erogazione di servizi pubblici e la realizzazione di opere pubbliche.

Il conseguimento di tale obiettivo agevola anche l'effettiva realizzazione di regole comunitarie fondamentali, che rappresentano una indispensabile condizione per un ordinato sviluppo del mercato interno, come il concreto dispiegarsi del principio di reciprocità che nel campo dei PPP assume un rilievo di particolare importanza, considerata la delicatezza dei profili coinvolti e la esigenza di evitare il manifestarsi di posizioni dominanti contrastanti con la caratteristica di mercato aperto e concorrenziale.

La ricerca di maggiore omogeneità tra le diverse forme di PPP nei Paesi europei, compresi quelli di più recente ingresso nell'UE, non implica necessariamente rigidità di regolamentazione, tramite un eventuale, specifico intervento legislativo, né con riguardo ai tempi di applicazione, per tener conto del diverso punto di partenza dei vari Paesi, né con riguardo alla standardizzazione dei modelli attuativi: il ricorso a procedure e forme di PPP deve infatti potersi adeguare alle diverse esigenze dei settori coinvolti, considerate al riguardo anche le politiche di liberalizzazione perseguite dalla stessa UE in materia di servizi pubblici.

Lo sviluppo di PPP nel caso dell'edilizia pubblica potrebbe infatti richiedere clausole diverse da quelle applicabili, ad esempio, nel campo dei trasporti, fermo restando che qualunque intervento deve essere informato ai principi di trasparenza, di parità di trattamento, di reciprocità concorrenziale e di apertura effettiva dei mercati, con maggiore coinvolgimento dei capitali privati e non deve rappresentare l'occasione per una uniformazione forzata delle procedure.

Sotto tale profilo vanno pertanto individuate le possibili specificità settoriali che porterebbero ad una normativa differenziata "orizzontalmente", ma uguale in tutta Europa, invece che "verticalmente" (cioè per Stato Membro come è oggi), così da pervenire a regimi di aggiudicazione omogenei, piuttosto che a "regimi di aggiudicazione identici".

In questo contesto, si richiama l'attenzione su un **primo aspetto**: con il termine partenariato la Commissione Europea non fa riferimento a ogni generica forma di collaborazione tra soggetto pubblico e soggetti privati, bensì a quelle che presentano particolari caratteristiche, quali:

- a) una durata piuttosto lunga;
- b) il finanziamento del progetto da parte del settore privato, anche attraverso complesse relazioni tra i diversi soggetti privati impegnati;
- c) una distinzione tra il ruolo del soggetto pubblico, cui spetta definire gli obiettivi del progetto, nell'interesse della collettività pubblica, e il ruolo del soggetto privato che deve individuare modalità pratiche per raggiungere gli obiettivi definiti dall'ente (si è detto, infatti, che attraverso le operazioni di PPP muta il ruolo dell'ente pubblico che diventa un mero organizzatore e controllore dell'attività del privato il quale, invece, svolge compiti operativi);

- d) una ripartizione dei rischi tra partner pubblico e privato, essendo chiaro per la commissione che non necessariamente deve essere il partner privato ad assumersi tutti i rischi.

Un **secondo aspetto** importante è che, con il Libro Verde, la Commissione non intende arrivare a conclusioni o assumere posizioni, ma soltanto avviare il dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno delle PPP.

Nel far ciò la Commissione non manca di ribadire che “il diritto comunitario degli appalti e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece a terzi” (punto 17).

In altri termini, secondo la Commissione, il diritto comunitario si mostra sostanzialmente indifferente circa le opzioni organizzative esercitate dalle stesse amministrazioni che sono libere di scegliere se svolgere un lavoro o un servizio in proprio, direttamente o tramite soggetto interno delegato (appalti in house) oppure ricorrendo al mercato (outsourcing), purché tali opzioni siano svolte nel rispetto della disciplina comunitaria.

Tali considerazioni non sono di poco conto ove si tiene presente come, invece, a livello nazionale, non siano mancate sentenze dei supremi giudici amministrativi in cui si è negato che tale libertà organizzativa (nel decidere se provvedere internamente o rivolgersi al mercato) debba sussistere.

Nella prospettiva del Consiglio di Stato, infatti, la disciplina dei servizi pubblici locali non avrebbe solo la funzione di garantire la concorrenza tra le imprese ma anche quella, ben più penetrante, di incidere nelle stesse forme di organizzazione interna degli enti pubblici, costringendoli ad appaltare all'esterno tutte le attività economiche riconducibili ai contratti disciplinati dalle direttive comunitarie, salvo che disposizioni speciali non consentano di derogarvi.

Di fronte alle preoccupazioni da più parti manifestate sulla tendenza alla c.d. “internalizzazione”, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'UE la questione circa la compatibilità col diritto comunitario - in particolare con la libertà di prestazione di servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato - dell'affidamento diretto, ossia in deroga alle norme della direttiva 95/50/CE, della gestione di servizi pubblici tramite una società per azioni a capitale interamente pubblico.

Sul punto merita di richiamare la parte dell'ordinanza di rimessione in cui i giudici osservano che “l'affidamento diretto a società per azioni, del tutto autonome salvo l'esercizio dei poteri propri del possessore della maggioranza delle azioni, secondo le norme del diritto commerciale comune, sembra esporre la gestione delle pubbliche risorse a procedure diverse da quelle destinate a garantire la crescita del mercato interno. Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche

all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto con la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea” (C.d.S., Sez. V, ordinanza n. 2316 del 22.4.2004).

Sembra pertanto necessario attendere le decisive puntualizzazioni della Corte per stabilire definitivamente quale sia la misura del controllo che determina l'assenza di autonomia del prestatore del servizio e, quindi, la sostanziale identità soggettiva con l'amministrazione che affida il servizio. In altri termini si deve chiarire “quando” si può dire che sussista una reale, e non fittizia, assenza di terzietà tra i due soggetti, che è il presupposto per l'affidamento *in house*.

Un **terzo aspetto** rilevante è che la Commissione distingue tra PPP di tipo contrattuale e PPP di tipo istituzionalizzato, con riferimento al tipo di legami esistenti tra i soggetti.

Rientrano nella prima ipotesi l'appalto, la concessione e le operazioni di PF che nello schema elaborato dal nostro ordinamento sono ricondotte al modello concessorio.

Il termine contrattuale fa riferimento, pertanto, ai legami tra i vari soggetti. Ed infatti i rapporti tra l'amministrazione e il soggetto titolare della gestione sono regolati da un contratto di servizio (che regola appunto il rapporto di concessione) e i rapporti tra il titolare della gestione del servizio e l'utenza sono regolati da un contratto che disciplina l'erogazione individuale del servizio, per il quale l'utente paga la relativa tariffa.

## LE PRINCIPALI CRITICITÀ

### 1. SITUAZIONI DI MERCATO

Nel Libro Verde (capitolo 1.1, paragrafo 3) viene rilevato che l'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori, tra cui le restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono far fronte, che determinerebbero l'opportunità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Nello stesso paragrafo si valorizza l'idea che i PPP si stiano sviluppando anche per effetto di una evoluzione dello Stato, che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore.

Si tratta di una visione teorica che non tiene conto di come, invece, le restrizioni di bilancio inducono gli enti locali (Comuni, ma anche Province e Regioni) a svolgere, in pratica, direttamente o tramite società allo scopo costituite, attività economiche per realizzare utili, eventualmente per limitare le perdite economiche di altre attività connesse<sup>1</sup>.

---

1 Un esempio chiaro, per i settori rappresentati, è costituito dalla “assimilazione” ai rifiuti domestici o urbani dei rifiuti prodotti dalle utenze commerciali e industriali, che di per sé, secondo costante giurisprudenza, anche della Corte di Giustizia, non rientrano nel “servizio

Queste attività economiche alcune volte rientrano, o vengono considerate, nell'ambito dei **servizi pubblici**, in altri casi si caratterizzano comunque per una posizione "speciale" dell'ente pubblico (ad esempio in quanto proprietario di immobili o terreni che vengono utilizzati nell'attività economica).

I partenariati con il privato cui spesso si ricorre, di tipo istituzionale, sono giustificati e determinati dalla necessità di partecipare dell'esperienza e del know-how produttivo delle imprese private. Gli esempi sono numerosi, e spaziano dalla gestione di musei e mostre – custodia, biglietteria, ristorazione e vendita di souvenir, libri, ecc. – ai servizi di pulizia e di manutenzione di immobili di proprietà o a gestione pubblica (come le scuole di ogni ordine e grado), dalla gestione dei parcheggi auto a pagamento alla gestione di servizi ambientali, anche nel libero mercato e in concorrenza con le imprese private che vi operano<sup>2</sup>.

L'ampia discrezionalità con cui determinate attività possono essere considerate di "interesse generale" favorisce in particolare la possibilità di interventi in regime di esclusiva (monopolio) da parte degli enti locali. Si tratta di monopoli che hanno ricadute negative sui costi sostenuti dal sistema industriale e che incidono sulla competitività produttiva dell'area<sup>3</sup>, sia nell'ambito del territorio nazionale che nell'ottica della competitività di sistema dell'Unione europea nei confronti delle altre aree dello scenario mondiale.

In questi casi, per lo più, **non** si ha una evoluzione dell'ente pubblico da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore, ma **esattamente l'opposto**. Si precisa peraltro che quanto asserito non deve essere letto solo come valutazione negativa: in alcuni casi si individuano effettivamente **nuove aree di mercato**, che vengono gestite in PPP; in altri casi, invece, il soggetto misto nato dal partenariato sostituisce o entra in competizione con gli operatori privati.

---

pubblico", e, in quanto merci anche suscettibili di valorizzazione, e comunque ai fini dello smaltimento più appropriato, possono liberamente circolare sul territorio, non solo nazionale. Attraverso l'assimilazione, invece, le attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti prodotti in ambito industriale e commerciale vengono ricondotte al servizio pubblico in monopolio e, essendo più remunerative – anche per effetto delle maggiori capacità economiche dei soggetti passivi della tassa/tariffa sui rifiuti – consentono di ridurre i costi per le utenze domestiche.

2 Il recupero e il riciclaggio, ad esempio, per costante giurisprudenza comunitaria sono affidati al libero mercato; peraltro frequentemente vengono realizzati con denaro pubblico e/o in PPP con operatori del settore – pubblici o privati – impianti pubblici che operano in concorrenza con imprese private.

3 Cfr. Autorità per l'Energia, Relazione 2004.

## 2. **IN HOUSE PROVIDING: NECESSITÀ DI UNA DEFINIZIONE CHIARA**

Come è stato fatto cenno, il Libro Verde precisa che non intende affrontare il tema della scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici. Sulla base dell'esperienza nazionale, il sistema delle imprese associate ritiene, invece, che sarebbe necessario, preventivamente, individuare e delimitare con precisione l'ambito degli affidamenti diretti (*in house providing*), oggi non definiti espressamente nelle norme dell'Unione Europea.

In Italia, sulla questione, è in atto un vivace dibattito, al centro del quale si pone la ormai famosa *sentenza Teckal* del 18 novembre 1999, con la quale la Corte di Giustizia UE ha stabilito che le direttive comunitarie in materia di affidamento di appalti pubblici devono essere applicate ogni qual volta ci si trovi in presenza dell'incontro della volontà di **due persone giuridicamente distinte**.

L'applicazione di dette direttive **può essere esclusa limitatamente alle ipotesi eccezionali** in cui "nel contempo l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano" (*sentenza Teckal*, cit., par. 50). In tale ipotesi, in effetti, l'affidamento in questione non rientra nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti, dal momento che **deve essere esclusa la stessa esistenza di un rapporto contrattuale rilevante** ai termini di tali direttive.

La Commissione rileva che l'**ipotesi eccezionale** contemplata dalla *sentenza Teckal non può valere ad escludere in maniera generale dal campo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni ogni affidamento di un servizio che venga effettuato da un **ente locale in favore di una società a capitale maggioritariamente o totalmente pubblico**.*

Per quanto riguarda in particolare la nozione di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" di cui alla giurisprudenza in discorso, **la Commissione sottolinea che affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario**.

Il controllo contemplato dalla *sentenza Teckal* fa infatti riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, **non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione**, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione ed aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un **rapporto di terzietà** rilevante ai fini dell'**applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici**.

Esistono, dunque, considerevoli limitazioni all'adozione della forma di affidamento *in house*, come pure all'affidamento a Società miste (anche se il socio privato è individuato tramite gara pubblica).

Di tali limitazioni il legislatore italiano non sembra abbia tenuto conto minimamente: con la recente approvazione del DL 269/2003 (che modifica l'art.113 della legge 267/2000) viene infatti introdotta la possibilità di una larga diffusione dell'affidamento diretto nella gestione di servizi pubblici, privilegiando, della sentenza prima citata, più l'angolo della permissività che l'area della applicazione restrittiva.

Sussistono notevoli elementi di indeterminatezza, in particolare sulla natura stessa della "persona" e sul concetto di controllo analogo. Non è infatti chiaro se la natura di una società di capitali sia compatibile con tale definizione, né quali siano le modalità di esercizio di un "controllo analogo".

Per le imprese private vanno delimitati con estrema chiarezza gli elementi oggettivi che caratterizzano l'istituto dell'affidamento *in house*, sancendo la portata eccezionale e assolutamente residuale dello stesso, come d'altronde previsto dalla c.d. clausola di sussidiarietà secondo la quale l'amministrazione è legittimata ad occupare spazi di mercato che altrimenti rimarrebbero aperti all'iniziativa privata solo se si dimostra che l'intervento pubblico sia più efficiente o efficace a realizzare obiettivi di interesse pubblico. In questi casi non si può parlare di impresa, ma di amministrazione, e quindi si accede alla sfera della libertà di autonoma organizzazione.

Parallelamente è opportuno riproporre il tema della c.d. **clausola di reciprocità** in modo che sia sancito l'assoluto divieto di attività extraterritoriale per le società che dovessero gestire il servizio in regime di affidamento diretto.

In ipotesi di affidamento concorsuale, viceversa, sempre con riferimento ai principi di parità di trattamento e non discriminazione e attesa la neutralità della Commissione europea per la proprietà pubblica o privata delle aziende, è necessario prevedere meccanismi di garanzia per le ipotesi in cui l'ente pubblico proprietario o comproprietario della società di gestione sia anche titolare del servizio e quindi ente aggiudicatore.

### **3. LE SOCIETÀ MISTE: UN CASO DI PPP ISTITUZIONALIZZATO**

Il sempre maggiore ricorso a forme di partenariato istituzionalizzato richiederebbe una presa d'iniziativa a livello comunitario per chiarire e precisare gli obblighi degli organismi aggiudicatori nella scelta del partner privato.

In Italia con il citato DL 269/2003 è stata introdotta nell'ordinamento una terza forma di gestione, alternativa all'affidamento concorsuale e all'*in house providing*, con la possibilità di affidare l'esercizio dei servizi pubblici locali a società miste, in cui il partner privato sia scelto con procedura ad evidenza pubblica e con l'obbligo di rinnovare la gara alla scadenza del periodo di affidamento.

Tale previsione richiama l'attenzione su diversi aspetti e, in particolare, pone i seguenti quesiti:

1. Quali procedure seguire per la scelta del partner privato?
2. Quali dovrebbero essere gli elementi sui cui basare la scelta?
3. Qual è la quota minima di partecipazione privata in una società mista e quali poteri il partner privato deve poter esercitare?
4. È corretto e possibile prevedere il periodico rinnovo della gara per la quota privata?
5. In caso affermativo, quali procedure possono garantire l'effettiva concorrenzialità e la contendibilità della quota privata?

### 3.1. Le procedure

In Italia non esistono norme specifiche sulle procedure da seguire nella scelta del partner privato di una società mista, ad eccezione del caso di società a maggioranza privata (art. 12 della legge 498/92 e DPR 533/96).

In particolare sarebbe necessario esplicitare nella normativa comunitaria la necessità di garantire quanto riportato nel Libro verde al punto 58 dove si afferma che la scelta del partner privato, quando è destinato a svolgere incarichi attribuiti tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione, “non può essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tener conto delle caratteristiche della sua offerta per quanto riguarda le caratteristiche specifiche da fornire”.

Nell'ambito della codifica dei PPP di tipo istituzionalizzato, “che implica la creazione di un'entità ad hoc detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato”<sup>4</sup>, andrebbero pertanto inseriti concetti per finalizzare la scelta del partner privato sulla base di specifici **progetti gestionali**. È proprio la scelta tra le diverse proposte possibili che consentirà all'Ente Pubblico di individuare la soluzione migliore per la gestione del servizio, a tutto vantaggio dei cittadini. Il semplice bandire una gara basata su criteri di scelta puramente legati ad aspetti del tipo “prezzo più alto” di acquisto delle quote, se ha l'obiettivo di massimizzare il prezzo di vendita, nulla porta sotto il profilo di qualità ed efficienza del servizio. Se infatti questo fosse l'unico scopo, non ci sarebbe bisogno di una nuova norma ad

---

4 Riferito al caso di creazione di impresa ex novo nel quadro di un'operazione giuridica specifica, non al caso di imprese miste preesistenti che partecipano alle procedure d'aggiudicazione di appalti pubblici o di concessioni. Il carattere misto di un'impresa che partecipa ad una procedura di appalto non implica infatti alcuna deroga alle norme applicabili nel quadro dell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione. Solo qualora l'impresa in oggetto abbia le caratteristiche di un'impresa *in house*, ai sensi della *sentenza Teckal* della Corte di Giustizia, l'amministrazione aggiudicatrice può tralasciare l'applicazione delle norme abituali.

hoc, che sarebbe meramente ripetitiva dei principi immanenti nell'ordinamento che già impongono la cessione di beni da parte dell'Ente Pubblico attraverso gara pubblica.

### **3.2. I criteri per la scelta del partner privato**

La procedura per la scelta del partner privato, che tende a confondersi con quella dell'attribuzione di incarichi, dovrebbe seguire regole analoghe a quelle previste per gli appalti pubblici e le concessioni, concentrandosi sugli aspetti legati all'attribuzione dell'incarico e non limitandosi a quelli in capitale o legati all'esperienza del partner privato. Sostanzialmente il partner privato parteciperebbe ad una procedura per attribuirsi un incarico (l'erogazione di un servizio pubblico, in questo caso) da svolgersi tramite una società mista a prevalente capitale pubblico nella quale dovrebbe quindi assumere un ruolo rilevante. In questo senso il Libro Verde parla espressamente di assunzione del controllo di un'entità pubblica da parte di un operatore privato.

### **3.3. La quota minima e il ruolo del partner privato**

Per assumere tale rilevante ruolo, il partner privato deve poter acquisire una partecipazione azionaria significativa nella società mista. Una partecipazione del 5% senza reali poteri all'interno della società rappresenterebbe, infatti, un aggiramento dell'obbligo di ricorrere a procedure di evidenza pubblica per affidare lo svolgimento del servizio ad un soggetto terzo. Cosa possibile solo nell'ambito dell'*in house providing*, con le limitazioni e l'eccezionalità prima ricordate.

### **3.4. Il periodico rinnovo della gara**

Non è chiaro se possa essere considerata compatibile con il diritto comunitario la previsione di ripetere periodicamente la gara per la scelta del partner privato della società mista. Questa, una volta costituita, diventa un soggetto terzo e come tale, al termine del periodo di affidamento, dovrebbe partecipare alle procedure concorsuali al pari di altri soggetti terzi. In questo senso il Libro Verde ricorda che "l'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore". Gli eventuali meccanismi per limitare nel tempo la partecipazione del soggetto privato andrebbero quindi meglio precisati.

### **3.5. Le procedure da seguire per garantire la contendibilità del mercato**

Il Libro Verde sembra indicare come strada da seguire la costituzione di un'impresa mista ex novo con una durata limitata all'esecuzione dell'incarico, scaduto il quale si dovrebbe svolgere una nuova gara per scegliere il partner privato di una

nuova entità mista. Tale soluzione appare maggiormente coerente con il diritto comunitario, ma andrebbe espressamente prevista.

#### **4. SCELTA DEL PARTNER PRIVATO E AFFIDAMENTO DI LAVORI**

Un ulteriore elemento di problematicità giuridico operativa riguarda il particolare profilo dell'affidamento dei lavori eventualmente necessari per l'espletamento del servizio pubblico.

Un primo aspetto da precisare al riguardo afferisce all'individuazione del modello gestionale entro il quale si sviluppa l'intervento da parte dell'Ente aggiudicatore e cioè se si opera all'interno dello schema della concessione di costruzione e gestione, assoggettato alle norme sui lavori pubblici, ovvero all'interno della contigua ma distinta figura della concessione di servizi, cui è annessa la realizzazione di lavori.

Con riferimento a quest'ultima fattispecie si pone la questione se la procedura per la scelta del socio privato va tenuta distinta dalle procedure che, a valle, la società mista espletterà per l'attribuzione dei lavori.

Sarebbe opportuno che la Commissione chiarisse, anche tramite una direttiva comunitaria specifica sul PPP istituzionalizzato, che tale distinzione va operata in qualsiasi caso.

In altri termini, andrebbe chiarito che il soggetto pubblico deve esperire una prima ed autonoma procedura di gara per la scelta del socio privato; successivamente, una volta costituita, la società mista deve dare luogo ad autonome procedure di gara aperte a tutti i concorrenti in possesso dei requisiti prescritti, non escludendosi a priori che a tali gare possa partecipare, in posizione paritaria con gli altri concorrenti, anche l'impresa detentrica delle quote della società mista.

Dunque si ritiene che non vi siano barriere all'introduzione del PPP in Europa, ma a condizione che in modo inequivocabile sia chiaro:

- a) che il partner privato va scelto con procedura di gara;
- b) che una volta costituita, la società mista deve agire nel pieno rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, e perciò procedere ad appalti a valle della scelta del socio privato.

## LE RISPOSTE DEL SISTEMA INDUSTRIALE AL LIBRO VERDE

### **PPP contrattuale**

#### Domanda n. 1

**Quali tipi di operazioni di PPP puramente contrattuali conoscete? Tali operazioni sono oggetto di una regolamentazione specifica (legislativa o di altro tipo) nel vostro paese?**

Considerato che con l'espressione di PPP contrattuale la Commissione fa riferimento ad ogni tipo di collaborazione pubblico-privato, basata esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti, in tale nozione si può fare rientrare anche l'**appalto** che è definito, a livello comunitario appunto, come un "contratto a titolo oneroso tra una amministrazione pubblica e un soggetto privato avente ad oggetto la realizzazione di un'opera ovvero la prestazione di forniture o servizi".

L'appalto, a differenza degli altri modelli, è già stato fatto oggetto di specifica regolamentazione attraverso le direttive appalti (da ultimo peraltro riviste con l'adozione della Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE).

L'ordinamento italiano conosce e disciplina fundamentalmente due tipi di PPP:

- ❖ la **concessione** di costruzione e gestione, nei **due differenti schemi**:
  - ordinario**, nel quale l'amministrazione pubblica un bando per l'affidamento della realizzazione e gestione di un'opera ed il concessionario recupera il finanziamento relativo all'opera attraverso i compensi riscossi presso i terzi utenti;
  - la procedura del **promotore** (*project financing*), nella quale l'iniziativa del progetto è presa dal privato-promotore, che può vedersi affidare in concessione la realizzazione e gestione dell'opera stessa;
- ❖ il **contraente generale**, che costituisce l'attuazione dell'**esecuzione con qualsiasi mezzo**, previsto dalle direttive comunitarie. Le prestazioni affidate al contraente generale comprendono, infatti, oltre alla progettazione ed all'esecuzione, anche il finanziamento in parte dell'opera ed altre attività di supporto all'amministrazione.

Si segnala, infine, come accanto al partenariato contrattuale che si sostanzia in "concessioni", si siano verificate, sia a livello centrale (gare indette da Consip S.p.a per le amministrazioni centrali e periferiche) sia a livello territoriale (soprattutto nel settore sanità), gare di appalto basate non sulla prestazione di mezzi, ma con obbligazione di risultato, e con la richiesta da parte dell'ente pubblico committente di una pluralità di servizi (dalle pulizie alle manutenzioni, dalla ristorazione

ai servizi di portierato o di lavaggio biancheria ecc.) **da parte di un unico fornitore** cui vengono richieste soprattutto capacità organizzative e finanziarie, piuttosto che requisiti operativi riferiti ai servizi da svolgere (gare c.d. di *facility management* o di *global service*).

Accanto a queste ipotesi, si segnalano casi di procedure di **compravendite di cose future**<sup>5</sup> o di **gare di appalto di locazione finanziaria, riservate a istituti di credito**<sup>6</sup>, sul modello PFI inglese, aventi però come oggetto sostanziale – ma non dal punto di vista formale e giuridico – la realizzazione e successiva gestione economica di opere e infrastrutture come carceri o discariche.

Si fa riferimento, a titolo di esempio, a quei casi di c.d. leasing finanziario immobiliare “in costruendo”, con i quali è indetta una gara per la ricerca del “locatario finanziario” (banche o soggetti finanziari) che poi dovranno provvedere alla realizzazione dell’opera che sarà locata all’amministrazione tramite affidamento diretto e discrezionale a soggetti esecutori, in possesso dei requisiti di qualificazione prescritti per gli appaltatori dalla disciplina sui lavori pubblici.

Si tratta di affidamenti che possono destare qualche perplessità pur presentando contenuti innovativi e importanti, con significative ricadute sulle quali occorre riflettere, in particolare sotto il **profilo concorrenziale**, cioè dei soggetti partecipanti e dei **requisiti richiesti** che discendono dalla scelta (con contenuti anche discrezionali) dell’oggetto e dello strumento contrattuale da parte della amministrazione committente.

Le perplessità attengono alla compatibilità di simili operazioni con il diritto comunitario: al riguardo si evidenzia che la scelta dell’esecutore, da parte del locatario finanziatore aggiudicatario della gara, deve rispettare le norme sulla concorrenza.

In queste fattispecie si incide quindi alla radice sui contenuti primari della procedura, cioè il mercato cui si riferisce: industriale, finanziario, immobiliare. ecc..

Sempre nelle fattispecie sopra accennate, si pongono anche problemi in merito alle modalità di individuazione dei gestori del processo operativo (di costruzione, di manutenzione e gestione servizi), che non vengono individuati in sede di gara,

---

5 Cfr . Delibera Autorità di Vigilanza sui LL.PP., n. 105/2003 sulle “compravendite di cosa futura” utilizzate in luogo del ricorso alle procedure concorsuali di appalto/concessione da parte dell’INAIL, aventi come oggetto sostanziale la costruzione e gestione di strutture ospedaliere.

6 Si vedano le recenti gare indette dal Ministero della Giustizia, ai sensi della legge n. 14/11/2002, n. 259, art. 6, di conversione del d.l. 201/2002, nelle quali con la formula della locazione finanziaria si intende dare in appalto a banche (la gara è riservata agli istituti finanziari) la costruzione ex novo delle carceri di Varese e Pordenone. Il vincitore finanziaria *in toto* le opere, scegliendo direttamente (cioè, in quanto privato, senza procedura ad evidenza pubblica) sia l’impresa di costruzioni che eseguirà l’opera, ricevendo a consegna lavori e a remunerazione degli stessi un canone per l’utilizzo della struttura da parte dell’amministrazione penitenziaria per un certo numero di anni.

ma sono scelti liberamente – e, nel quadro attuale, legittimamente – dall'affidatario o dal venditore sulla base di scelte fiduciarie.

Chiaramente l'istituto del **sub-appalto**, rispetto al quale la recente direttiva unificata sugli appalti pubblici ha introdotto alcune innovative e condivise affermazioni volte ad assicurare maggiore trasparenza, **non è idoneo a “interpretare”** e disciplinare le fattispecie, ben più complesse, qui accennate.

### **Dialogo competitivo**

#### Domanda n. 2

***Secondo la Commissione, il recepimento nel diritto nazionale della procedura di dialogo competitivo permetterà alle parti interessate di disporre di una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici. Condividete questo punto di vista? Se no, perché?***

#### Domanda n. 3

***Per quanto riguarda questi contratti, esistono secondo voi altri punti, oltre a quelli relativi alla scelta della procedura d'aggiudicazione, che potrebbero causare problemi riguardo al diritto comunitario degli appalti pubblici? Se sì, quali e per quali ragioni?***

Ritentiamo che il dialogo competitivo possa rappresentare un valido strumento per consentire un dialogo/collaborazione tra pubblico e privato nella definizione della migliore soluzione tecnica per il soddisfacimento di esigenze di interesse pubblico (individuato dall'ente appaltante) a condizione che siano definiti alcuni aspetti di questa figura che, come delineata dalle nuove direttive appalti, destano delle perplessità. In particolare si tratta di chiarire meglio i presupposti in presenza dei quali è possibile fare ricorso alla procedura, le modalità di svolgimento della stessa e di definire le norme a tutela della riservatezza dei dati comunicati dai partecipanti al dialogo. È evidente che per incoraggiare effettivamente lo sviluppo di un confronto costruttivo tra operatori privati deve essere assicurato agli stessi la salvaguardia della riservatezza delle loro proposte e soluzioni tecnologiche che spesso prevedono la messa a disposizione del proprio *know-how*. Gli operatori economici presenteranno dunque soluzioni innovative solo qualora venga vietata la divulgazione delle loro proposte ai concorrenti, nonché l'utilizzo a posteriori dei loro contributi in altre procedure di gara, con sanzioni in caso di violazione di suddetti obblighi di riservatezza.

**Concessioni**Domanda n. 4

***Avete già organizzato, partecipato, o avuto l'intenzione di organizzare o partecipare ad una procedura d'attribuzione di una concessione nell'Unione? Che esperienza ne avete ricavato?***

Domanda n. 5

***Ritenete che l'attuale quadro giuridico comunitario sia sufficientemente preciso per garantire la partecipazione concreta ed effettiva di società o gruppi non nazionali alle procedure d'aggiudicazione di concessioni? Secondo voi, in questo contesto è abitualmente garantita una concorrenza reale?***

Domanda n. 6

***Pensate che un'iniziativa legislativa comunitaria mirante a regolamentare la procedura d'aggiudicazione di concessioni sia auspicabile?***

Domanda n. 7

***In maniera più generale, se ritenete che sia necessario che la Commissione proponga una nuova azione legislativa, esistono a vostro parere ragioni oggettive per regolamentare tramite un tale atto tutti i PPP di tipo contrattuale, siano essi qualificabili come appalti pubblici o come concessioni, per sottoporle a identici regimi di aggiudicazione?***

In Italia le regole fondamentali relative a pubblicità, trasparenza e non discriminazione dovrebbero essere sufficienti a garantire la partecipazione di concorrenti stranieri alle gare per l'affidamento delle concessioni, almeno nel campo dei lavori.

Si segnala, tuttavia, la particolare attenzione che deve essere riservata in materia di reale concorrenza alla necessità di assicurare la **reciprocità** tra gli Stati membri, specie in tema di trattamento dei lavoratori.

A livello comunitario, invece, il quadro giuridico in ordine alle procedure d'attribuzione di concessioni non sembra tale da garantire la partecipazione concreta ed effettiva di società o gruppi di società non nazionali. Non sono previste, infatti, norme comuni vincolanti per tutti gli stati membri, né un coordinamento delle varie legislazioni nazionali che potrebbe in qualche modo offrire delle certezze giuridiche che sono il presupposto per poter sviluppare la concorrenza.

Così, se l'accesso al mercato italiano è possibile, seppur con qualche difficoltà, da parte di operatori non nazionali, risulta, invece, praticamente impossibile che operatori italiani possano/riescano ad entrare su mercati stranieri. Persiste dunque una evidente "asimmetria operativa", che rende improcrastinabile l'individuazione di regole di reciprocità concorrenziale.

Ciò senza contare che, in mancanza di input comunitari, molti Stati, pur avendone la facoltà, non hanno disciplinato la procedura per l'affidamento delle concessioni, con la conseguenza di lasciare libera l'autorità pubblica concedente a dettare norme volta per volta.

Allo stesso modo la legislazione nazionale, pur dettando principi di base, lascia spazio alla discrezionalità dell'amministrazione concedente in ordine a due aspetti fondamentali:

- a) l'erogazione eventuale di un contributo;
- b) l'ammontare dello stesso.

Più precisamente, la concessione di lavori pubblici (art.19 della legge 109/94 come modificato dalla legge 166/2000) prevede:

- a) che è rimessa alla amministrazione concedente la scelta se erogare o meno a favore del concessionario un contributo che va ad aggiungersi ai proventi derivanti dalla gestione dell'opera (mentre l'originaria formulazione dell'art. 19 prevedeva che il concessionario potesse erogare il contributo solo in presenza, nella gestione, di prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati);
- b) che il soggetto concedente possa erogare a favore del concessionario un contributo che potrebbe anche superare il 50% dell'importo complessivo dell'appalto (limite questo previsto nella originaria formulazione), con la conseguenza che il contributo può in realtà arrivare a coprire la parte prevalente dell'importo, riducendo di molto il rischio di gestione ("il concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo previsto in sede di gara");
- c) che la durata della concessione possa essere superiore ai 30 anni.

Non è espressamente disciplinata, invece, la **concessione di servizi** e, peraltro, non esiste nella nostra legislazione una definizione rigorosa dei servizi pubblici,

essendo solo prevista la differenza tra i servizi che la pubblica amministrazione intende assicurare per se stessa e servizi che la stessa amministrazione dovrebbe o potrebbe erogare direttamente all'esterno, a beneficio della collettività indeterminata che ad essa fa riferimento.

Le gare per le concessioni di servizi devono avere per oggetto il confronto tra due o più progetti gestionali. Per la carenza di criteri codificati di valutazione di un progetto gestionale di servizio, le gare attualmente svolte hanno, nella quasi totalità, adottato regole formulate per la valutazione dei cosiddetti "appalti di lavori". Occorrerebbe pertanto che fossero individuati criteri di valutazione specifici.

Alla luce delle considerazioni espresse si ritiene opportuno, oltre che auspicabile un intervento legislativo comunitario volto a regolamentare le concessioni ma senza sottoporre ad identico regime tutti i PPP contrattuali, qualificabili come appalti o come concessione. Per le procedure d'aggiudicazione, ad esempio, già la mera circostanza che nella concessione si preveda comunque un rischio di gestione mancante nell'appalto, giustifica una diversa, seppur simile, regolamentazione.

### **Project Financing**

#### Domanda n. 8

***In base alla vostra esperienza, l'accesso degli operatori non nazionali alle formule di PPP di iniziativa privata è garantito? In particolare, nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici invitano a presentare un'iniziativa, tale invito è generalmente oggetto di pubblicità adeguata ad assicurare l'informazione di tutti gli operatori interessati? Viene organizzata una procedura di selezione realmente concorrenziale per garantire l'attuazione del progetto stesso?***

#### Domanda n. 9

***Quale sarebbe secondo voi la migliore formula per assicurare lo sviluppo di PPP di iniziativa privata nell'Unione europea pur garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento?***

L'ordinamento italiano conosce e disciplina una procedura ad iniziativa del privato, ed è quella di *project financing*. La norma prevede che l'amministrazione dia conoscenza del fatto che all'interno della programmazione approvata vi sono opere che possono essere realizzate in *project financing*, mediante pubblicazione di un avviso indicativo pubblicato secondo le modalità di pubblicazione proprie dei bandi di gara. Si ritiene che tale pubblicità sia idonea a garantire la partecipazione di soggetti stranieri.

Anche in fase di scelta del realizzatore del progetto inizialmente proposto dal promotore viene assicurata la presentazione di altre offerte, mediante l'indizione

di una gara diretta ad individuare i soggetti che dovranno concorrere in una fase successiva con il promotore dell'iniziativa.

Ferma restando l'idoneità della procedura prevista dalla legislazione italiana a garantire la massima concorrenza, si sottolinea l'importanza, affinché il *project financing* possa trovare concreta applicazione nel mercato italiano, di assicurare al promotore i vantaggi previsti dalla normativa (ed in particolare il diritto di adeguare la propria proposta a quella aggiudicata più conveniente dall'amministrazione – c.d. diritto di prelazione).

Al riguardo, si ritiene che la garanzia del rispetto delle regole concorrenziali e della parità di trattamento dei concorrenti nazionali ed esteri derivi dalla pubblicità di tali vantaggi, mediante adeguata esplicitazione nell'avviso indicativo che viene pubblicato.

Sull'inquadramento delle operazioni di PF nel nostro ordinamento e sui limiti che il sistema ancora presenta, si possono fare alcune osservazioni.

La prima è che tali operazioni vengono ricondotte al modello concessorio e, pertanto, al PF si applicano le disposizioni in tema di concessione previste nella legge-quadro.

Ciò premesso, considerate le innovazioni introdotte dalla L. 166/2002 all'istituto della concessione di lavori pubblici, con particolare riferimento all'eliminazione dei vincoli temporali e di contribuzione pubblica precedentemente previsti, nonché all'utilizzo per opere gestite direttamente dalla PA, molte delle operazioni di PF, pur rispondendo formalmente al modello concessorio, hanno minimizzato, e anche perso, la connotazione essenziale legata al rischio di gestione.

La caratteristica dell'istituto è che l'opera realizzata deve essere in grado, tendenzialmente, di autofinanziarsi, ossia di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consenta di remunerare l'investimento effettuato.

Senza l'alea correlata alla gestione non vi è concessione, ma appalto (nel quale non vi è rischio imprenditoriale circa la copertura dei costi sostenuti in quanto il pagamento del corrispettivo è certo).

Dunque nel caso in cui la contribuzione pubblica sia particolarmente elevata (vi sono bandi in cui la stessa è dell'80% del valore dell'opera o anche superiore), si ha uno sviamento dalla causa tipica e, stante il diritto di prelazione riconosciuto al promotore rispetto a eventuali concorrenti, un ritorno alle vecchie concessioni di lavori pubblici che altro non erano se non appalti affidati a trattativa privata.

Il promotore (privato o anche pubblico) si vede assegnare senza reale concorrenza un'opera che trova in sostanza finanziamento sul bilancio dell'ente: su un piano strettamente civilistico la causa del contratto di concessione subisce una consistente alterazione generando un negozio indiretto la cui liceità e validità sono fortemente in discussione.

Anche su tale aspetto, permane dubbio che sia conciliabile con le regole comunitarie e, pertanto, andrebbe opportunamente sottoposto ad un intervento chiarificatore del legislatore europeo.

Al riguardo va segnalato che l'eventuale regolazione deve rappresentare il mezzo per accelerare il processo d'infrastrutturazione dei Paesi UE, non il fine di una attività normativa garantista ed inappuntabile dal punto di vista giuridico che si rivelasse, in concreto, troppo onerosa e vincolante per gli operatori e, di conseguenza, scarsamente applicata.

### **La fase successiva alla selezione del partner privato**

Domanda n. 10

***Che esperienza avete riguardo alla fase successiva alla selezione del partner privato nelle operazioni di PPP contrattuale?***

Domanda n. 11

***Siete a conoscenza di casi nei quali le condizioni d'esecuzione – comprese le clausole d'aggiornamento – hanno potuto avere un'incidenza discriminatoria o hanno potuto costituire un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione di servizi o alla libertà di stabilimento? Se sì, potete descrivere il tipo di problemi incontrati?***

Domanda n. 12

***Siete al corrente di pratiche o di meccanismi di valutazione di offerte con conseguenze discriminatorie?***

Domanda n. 13

***Condividete la constatazione della Commissione secondo la quale alcune operazioni del tipo step-in possono porre problemi in termini di trasparenza e di parità di trattamento? Conoscete altre "clausole tipo" la cui attuazione potrebbe causare problemi simili?***

Domanda n. 14

***Ritenete che sia necessario chiarire a livello comunitario alcuni aspetti attinenti al quadro contrattuale dei PPP? Se sì, su quale (i) aspetto (i) dovrebbe incentrarsi tale chiarificazione?***

L'esperienza della fase post selezione è caratterizzata dalla notevole carenza di controlli e di richiami – se del caso – al rispetto delle obbligazioni assunte in sede di aggiudicazione della gara.

Elementi vincolanti possono derivare, poi, dal fatto che spesso i concorrenti sono costretti ad accettare in sede di gara, condizioni di esecuzione che possono rivelarsi onerose, non potendo come noto presentare offerte condizionate a pena di

esclusione. In particolare si tratta di condizioni relative ai pagamenti dei corrispettivi e prezzi che vengono dilazionati nel tempo, ovvero legati ad eventi senza data certa.

Si ritiene, infine, che clausole del tipo *step-in* possano essere necessarie in alcuni schemi contrattuali rientranti nell'ambito dei PPP, senza tuttavia porsi in contrasto con i principi di trasparenza e parità di trattamento. Si fa riferimento a situazioni in cui il soggetto finanziatore potrebbe chiedere la sostituzione del concessionario mediante indicazione di un soggetto subentrante che abbia idoneità tecnico finanziaria equivalente a quella del precedente soggetto e che garantisca il completamento dei lavori. Tale possibilità dovrebbe essere consentita in casi specifici, quale quello di fallimento del soggetto affidatario o di grave inadempimento del contratto, proprio al fine di evitare la risoluzione dello stesso.

Anche per la disciplina delle condizioni di esecuzione dei PPP e del quadro contrattuale relativo appare opportuno un intervento comunitario, diretto a dare base omogenea di riferimento alle modalità applicative in ambito europeo ed a chiarire la natura e la definizione delle diverse tipologie di PPP contrattuale.

### **Il subappalto**

#### Domanda n. 15

***Nel contesto delle operazioni di PPP, siete al corrente di problemi particolari incontrati in materia di subappalto? Quali?***

#### Domanda n. 16

***Il fenomeno dei PPP di tipo contrattuale, che implica il trasferimento di un insieme di compiti ad un unico partner privato, giustifica secondo voi l'introduzione, riguardo al fenomeno dei subappalti, di norme più dettagliate e dal campo d'applicazione più vasto?***

#### Domanda n. 17

***In maniera più generale, ritenete che si dovrebbe prendere un'iniziativa complementare a livello comunitario al fine di chiarire, o sistemare, le norme relative ai subappalti?***

Anche per questo profilo, nel campo dei lavori, il subappalto nell'ambito di operazioni di PPP non ha dato luogo a particolari problematiche e pertanto non sembra necessaria l'emanazione ulteriore di regole, atteso che la disciplina relativa alla concessione prevede la facoltà per l'amministrazione di imporre che parte dei lavori siano affidati a terzi.

Tuttavia tenuto conto che il legislatore nazionale ha richiamato espressamente la disciplina prevista per il subappalto dei lavori pubblici anche nel caso di forniture e servizi (358/92 e 157/95), e che tale richiamo suscita perplessità in considera-

zione del fatto che alcune disposizioni chiaramente attagliate allo schema dei lavori pubblici sono difficilmente applicabili *tout court* alle forniture e servizi, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore della Commissione in tema di subappalti.

### **PPP istituzionalizzato**

#### Domanda n. 18

***Quale esperienza avete del lancio di operazioni PPP di tipo istituzionalizzato? In particolare, la vostra esperienza vi porta a pensare che il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni sia rispettato nel caso di operazioni PPP istituzionalizzate? Se no, perché?***

#### Domanda n. 19

***Ritenete che debba essere presa un'iniziativa a livello comunitario per chiarire o precisare gli obblighi degli organismi aggiudicatori riguardo alle condizioni che devono regolamentare la concorrenza tra operatori potenzialmente interessati da un progetto di tipo istituzionalizzato? Se sì, su quali punti particolari e sotto quale forma? Se no, perché?***

#### Domanda n. 20

***Quali sono le misure o le pratiche che ritenete di ostacolo alla creazione di PPP nell'Unione europea?***

#### Domanda n. 21

***Conoscete altre forme di PPP sviluppate nei paesi al di fuori dell'Unione? Conoscete esempi di "buone pratiche" sviluppate in questo contesto, cui l'Unione potrebbe ispirarsi?***

#### Domanda n. 22

***In termini più generali, e tenuto conto dei considerevoli investimenti necessari in alcuni Stati membri, al fine di realizzare uno sviluppo economico-sociale durevole, pensate che sia utile una riflessione collettiva su tali questioni che prosegua ad intervalli regolari tra gli attori interessati e che permetta uno scambio di "buone pratiche"? ritenete che la Commissione dovrebbe dare impulso ad una tale rete?***

Ai sensi del Libro Verde, le operazioni di PPP di tipo istituzionalizzato implicano la creazione di un'entità detenuta congiuntamente da partner pubblico e da partner privato (costituzione di SpA miste per la gestione dei servizi pubblici) ovvero il passaggio a controllo privato di una impresa pubblica già esistente (privatizzazione di imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici).

Nel nostro ordinamento viene quindi ammesso il modello della SpA mista a condizione che il socio privato venga selezionato con gara.

La scelta di un partner privato destinato a svolgere incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può 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 deve essere la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire<sup>7</sup>.

La partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista<sup>8</sup>, che al termine della procedura di selezione diventa contitolare del contratto, non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del partner privato. L'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende infatti dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore, ma semplicemente dalla decisione di affidare un compito ad un terzo, ovvero a una persona giuridicamente distinta.

Se l'entità mista funge da organismo aggiudicatore<sup>9</sup>, tale funzione implica anche il rispetto del diritto applicabile in materia di appalti pubblici e di concessioni, laddove tale diritto assegni al partner privato dei compiti che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia bandito precedentemente alla costituzione dell'impresa mista. Il partner privato non può, infatti, approfittare della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti senza procedere preliminarmente a un bando.

Si sono riscontrati casi nei quali, con un'unica procedura di gara, si mira alla scelta del partner socio privato, che al tempo stesso diviene aggiudicatario, ad esempio, dei lavori che la costituenda società dovrà eseguire, quale oggetto esclusivo o prevalente.

In casi del genere, di fatto, la possibilità di aggiudicazione dei lavori viene subordinata alla preventiva necessaria acquisizione della posizione di socio della committente, e ciò in linea di massima non sembra rispondere agli interessi ed alle modalità operative delle imprese, in particolare di quelle che operano nel campo delle costruzioni.

In secondo luogo, laddove si ammetta che una stessa persona giuridica possa al tempo stesso assumere il ruolo di azionista della società committente e di appaltatore della medesima, di fatto, si dà luogo ad una commistione di ruoli, con parziale identificazione tra committente ed esecutore, e perciò tra controllore e controllato.

---

7 Punto 58, Libro Verde.

8 Punto 63, Libro Verde.

9 Punto 64, Libro Verde.

Infine, l'avallare tale metodologia può determinare il serio rischio di una sorta di monopolio da parte del partner privato di tutti gli appalti (o perlomeno di gran parte di questi) che la società mista, nel corso della sua attività, dovrà realizzare.

Sul punto, peraltro, si segnala come sarebbe auspicabile definire se sia consentito o meno alle SpA collocare successivamente le proprie azioni sul mercato.

La cessione delle quote finanziarie dovrebbe essere libera perché ciò rappresenta un modo per finanziare la società, senza però incidere sulla gestione imprenditoriale della SpA che dovrebbe restare immutata.

In altri termini occorre distinguere nettamente il profilo della collocazione delle quote azionarie – che rappresenta un profilo meramente finanziario e che dunque deve essere lasciato libero e consentito in ogni momento della vita della società – ed il profilo della scelta del socio privato, che viceversa, ancorché si sostanzialmente anch'esso nella sottoscrizione di quote, rappresentando invece la scelta di un socio gestore del servizio, deve restare immutata per tutta la durata del contratto, pena la violazione delle regole concorsuali.

In buona sostanza sarebbe auspicabile un intervento normativo il quale pur senza vietare *tout court* la collocazione di quote sociali sul mercato non permetta che detta collocazione possa risolversi in meccanismo che surrettiziamente consenta l'affidamento di un servizio ad un soggetto che non ha partecipato ad alcuna gara.

Del resto, già la giurisprudenza italiana, in vigore dell'art. 22 della legge 142/90, aveva chiarito che **la scelta del socio privato non è la scelta di un socio qualsiasi**, ma di chi nella società deve assumere precisi obblighi per la gestione di un pubblico servizio (Consiglio Stato sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192).

Quanto invece alla società costituita con capitale pubblico totalitario, trattandosi di un modello mutuato dai principi della nota *sentenza Teckal*, resta comunque da definire chiaramente quale sia la misura del controllo che determina l'assenza di terzietà del soggetto affidatario.

In generale si rilevano, dunque, nodi che meritano soluzione a livello europeo in un quadro di reciprocità tra Paesi membri e di certezza di principi.

Si tratta, almeno in parte, di problematiche da ricondurre alla tematica “servizi pubblici” e “servizi di interesse generale”, questioni che non possono essere sempre circoscritte al tema dei partenariati, per lo più derivanti da deroghe al regime ordinario che si consentono nel caso di attività qualificate come servizi di interesse generale<sup>10</sup>.

---

10 Se è vero che il “carattere misto” di una impresa che partecipa ad una procedura di appalto non implica alcuna deroga alle norme applicabili nel quadro di una aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione” e che “solo qualora l'impresa *in oggetto* (sic !!) abbia le caratteristiche di un'impresa in house ... l'amministrazione aggiudicatrice può tralasciare l'applicazione delle norme abituali (nota a piè pagina, Punto n. 51, Libro Verde) è anche vero che occorre verificare, senza eludere il problema, le condizioni per cui lo stesso soggetto

Tuttavia, si sottolinea come, sia pure in un quadro normativo incerto e fonte di continue perplessità, il modello della società mista abbia una importante funzione di sviluppo per taluni settori d'attività. E' il caso dell'esercizio di servizi di gestione rifiuti urbani e di igiene ambientale nel cui ambito la diffusione della SpA mista ha consentito non solo la creazione di soggetti operativi con un livello dimensionale più adeguato alle esigenze del mercato e del servizio, ma anche il superamento, in molte realtà territoriali, della frammentazione della gestione da parte degli enti locali.

Si tratta di un fenomeno significativo, con una diversa rilevanza a seconda delle regioni, ma da valutare positivamente, soprattutto dove si è proceduto a creare nuove società miste con partner industriali per la gestione integrata dei servizi per ambiti territoriali ottimali.

In altri termini, pur in presenza di condizioni giuridiche connotate da incertezze, e non sempre nella massima trasparenza, la costituzione di società miste ha spesso costituito, nel settore, uno strumento di crescita industriale, sia per le imprese private che per gli enti locali e le popolazioni interessate.

---

to-impresa ha, eventualmente avvalendosi anche di società di scopo che vantano i requisiti della casa madre, contemporaneamente la gestione a titolo di *in house* e la gestione a seguito di procedura concorrenziale.