

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di Economia e Commercio;
Giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative

**Università Commerciale
Luigi Bocconi di Milano**

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di Giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di Economia e Commercio

vol. 30, n. 93 (2-2017)



Mucchi Editore

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di Economia e Commercio;
Giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative

**Università Commerciale
Luigi Bocconi di Milano**

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di Giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di Economia e Commercio

vol. 30, n. 93 (2-2017)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale L. Bocconi di Milano, Via Röntgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25

La rivista «Il diritto dell'economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha ripreso le pubblicazioni a partire dal 1987 su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

Pubblicità inferiore al 45 %

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi Editore (MO). Stampa, Editografica (BO)

Finito di stampare nel mese di luglio del 2017

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Il presente fascicolo è stato pubblicato
con un contributo di

BPER:
Banca

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 15.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della rivista (o il componente delegato) ha la responsabilità ultima della decisione di pubblicazione o meno del contributo (in particolare quando si tratti di relazioni di convegni o seminari), ferma restando la esclusiva responsabilità dell'autore per il suo contenuto e le opinioni in esso manifestate.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 20,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The journal's editors is ultimately responsible for the decision whether to publish the proposed contribution or not (in particular when it comes to papers presented at conferences or seminars), without prejudice to the author's responsibility for the contents of the work and for the opinions expressed within it.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo e note (e/o breve nota finale di riferimenti essenziali), deve essere inviato (in formato .doc o .rtf) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it).

I riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali devono essere conformi alle indicazioni riportate qui sotto ed aggiornati, per quanto possibile, al momento dell'invio alla Direzione.

All'originale deve essere allegato un breve riassunto di 20 righe al massimo, in italiano e in inglese (compreso il titolo), che potrà essere utilizzato a discrezione della Direzione.

Il testo deve essere corretto e completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con il numero del paragrafo), con gli stessi caratteri (maiuscolo, maiuscoletto, corsivo) utilizzati dalla rivista.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione e consegna degli originali in conformità alle presenti indicazioni. Non sono consentite modifiche o nuove versioni dei contributi inviati. La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Nella redazione del testo (e delle note) sono da seguire, di norma, i seguenti criteri:

- evitare di usare, nel testo, abbreviazioni (ad es., è da scrivere: Corte costituzionale, anziché Corte cost., pubblica amministrazione, anziché p.a. ecc.) o acronimi, in specie se inusuali (es. FB in luogo di fondazioni bancarie; AGC, in luogo di autorità per le garanzie delle comunicazioni, ecc.); nel caso di uso di acronimi (soprattutto se non di uso corrente), è sempre bene riportare (almeno la prima volta) anche il testo intero corrispondente: ad es., istituto monetario europeo (IME) etc.;
- per le parole straniere usare il corsivo;
- per i nomi degli AA. usare il maiuscoletto con l'iniziale del nome precedente quella del cognome (es. M. NIGRO);
- per le date (anche dei testi normativi) è da scrivere per lettera il mese, ed in modo completo l'anno di riferimento (es., 16 aprile 1998, anziché 16.4.98; n. 605 del 2000, anziché 605/00);
- per i testi normativi, valgono di norma le seguenti abbreviazioni: l. (per legge); d.l.; d.lgs.; t.u.; d.P.R.; d.p.c.m.; d.m.; cod. civ., cod. pen. (ecc.); Cost.; c. (per comma o commi); numero va abbreviato con n., anziché con n°.

In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note:

- le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo);
- deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. CASSETTA, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 1999; oppure

E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. CASSETTA, op. cit., 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.): E. CASSETTA, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, Ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass., SS.UU., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. it.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., op. cit., cfr., pp., ss., ecc.).

Sono da indicare in calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Facoltà e/o del Dipartimento e della Università di appartenenza) e/o la qualifica professionale; indirizzo (di abitazione e di ufficio), completo di codice postale e numero di telefono; numero di fax e/o recapito di posta elettronica.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze o per smarrimento degli originali (che, comunque, non vengono restituiti agli Autori).

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO (3 numeri):

Abbonamento annuo

Italia € 114,00; Estero € 164,00; Digitale € 98,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 136,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 185,00

Fascicolo cartaceo

€ 39,00 (iva inclusa, spedizione esclusa)

Fascicolo digitale

€ 34,00 (iva inclusa)

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per cambio di indirizzo e gli eventuali reclami per mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione presso la Casa editrice:

STEM Mucchi Editore s.r.l.

Via Emilia est, 1741 - 41122 - Modena. Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it; web: www.mucchieditore.it

L'abbonamento decorre dal 1 gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento on line all'indirizzo www.mucchieditore.it, oppure precisando numero, scadenza e data di nascita). Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite e-mail alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della rivista consultare il catalogo *on line* all'indirizzo www.mucchieditore.it. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, o e-mail (seguita da una raccomandata a/r), entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre il 10° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

Indice n. 93 (2-2017)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Marco Calabrò</i> , Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo.....	pag.	219
<i>Annalaura Giannelli e Stefano Vaccari</i> , I fabbisogni del servizio idrico integrato, le recenti prospettive di regolazione e le possibilità offerte dal nuovo Codice dei contratti pubblici	»	251
<i>Sandra Antoniazzi</i> , Società miste per la gestione di servizi pubblici locali: profili di comparazione e innovazioni.....	»	283
<i>Giovanni Mulazzani</i> , Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno.....	»	321
<i>Chiara Feliziani</i> , I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?.....	»	349
<i>Giuseppe C. Salerno</i> , Responsabilità precontrattuale o responsabilità per violazione dei principi della funzione? La tutela della buona fede fra responsabilità precontrattuale e violazione dei principi della funzione	»	379
<i>Franco Sciarretta</i> , Verso nuovi equilibri tra potere pubblico e consenso sociale nell'amministrazione in movimento.....	»	421
<i>Giulia Mattioli</i> , La nuova disciplina della trasparenza e le società pubbliche. Alcuni spunti di riflessione critica.....	»	459
<i>Eduardo Parisi</i> , La forma del contratto pubblico nella nuova disciplina del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e la correlata sanzione della nullità: profili di diritto sostanziale e processuale.....	»	523
<i>Gian Franco Simonini</i> , La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine	»	557
SEZIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE		
Unione Europea	»	607
Altre organizzazioni internazionali	»	619
NOTE SUI COLLABORATORI	»	629

Articoli e Saggi

Società miste per la gestione di servizi pubblici locali: profili di comparazione e innovazioni

Sandra Antoniazzi

SOMMARIO: 1. Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la loro diffusione nel Regno Unito, in Francia, Spagna e Germania. 2. *Regno Unito*. Il presupposto al partenariato pubblico privato e varie forme di collaborazione in un regime di consolidata privatizzazione. 2.1. Un caso di tendenza inversa: la rimunicipalizzazione della *London Tube*. 3. *Francia*. La codificazione del PPP (2004) e la recente disciplina contenuta negli atti normativi di recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici. 3.1. La società di economia mista e il necessario contratto di delega. La recente diffusione di società pubbliche. 4. *Spagna*. Servizi pubblici locali e *las sociedades de economía mixta*: la diffusione del modello e gli interventi legislativi per il contenimento della spesa pubblica. 5. *Germania*. Il PPP, le società miste e la tendenza alla rimunicipalizzazione per diversi servizi pubblici. 6. Conclusioni: le società miste nell'ordinamento italiano, confronti e recenti innovazioni normative.

1. *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la loro diffusione nel Regno Unito, in Francia, Spagna e Germania.*

Lo studio delle società di economia mista nelle diverse esperienze europee coinvolge l'attuale tendenza alla razionalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali in conseguenza della crisi finanziaria ed economica; le difficoltà di bilancio e di risorse delle entità strumentali locali e di alcune forme societarie hanno, infatti, imposto nell'ordinamento italiano la *revisione* e il *riordino* del sistema delle società partecipate e della disciplina dei servizi pubblici locali, in attuazione delle deleghe di cui agli artt. 13-14 della legge n. 124 del 2015 sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione. A ciò si aggiunge un processo di trasformazione del governo locale, tendenza che riguarda diversi Paesi europei in cui il principio di autonomia è ormai in discussione e in via di "limitazione" soprattutto per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di razionalizza-

zione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Le *società a partecipazione pubblica* sono ora disciplinate dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, e i servizi pubblici locali di interesse economico generale erano oggetto di uno schema di decreto legislativo¹ fino all'approvazione (24 novembre 2016) del Consiglio dei Ministri, ma l'atto normativo è stato ritirato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016 per una valutazione di opportunità².

Gli ordinamenti giuridici considerati (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania) hanno da tempo applicato gli schemi giuridici della società di economia mista e della concessione per la gestione dei servizi pubblici, riconducibili all'ambito variegato del partenariato pubblico privato istituzionalizzato, esaminato dall'UE in vari documenti ufficiali³, come atti di *soft law*, a partire dal 2004, ma senza elaborare una definizione normativa generale; peraltro, prima delle diret-

¹ V. Schema di decreto legislativo atto del Governo n. 308, dopo le successive integrazioni e modifiche a seguito del parere del Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, 6 aprile 2016, n. 1075 (in *www.giustizia-amministrativa.it*); v. testo dell'audizione dell'Agcm (13 luglio 2016), la nota di lettura n. 137 (luglio 2016) del Servizio del Bilancio dello Stato, il parere della 1° Commissione permanente n. 431 del 19 ottobre 2016, documenti reperibili in *www.astrid-online.it*, nelle sezioni «Concorrenza, mercato, regole», «Servizi pubblici locali».

² La Corte costituzionale, n. 251 del 25 novembre 2016, che ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della legge delega n. 124/2015 nella parte in cui prevedono che il Governo adotti i decreti attuativi previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Le disposizioni sono state ritenute illegittime in quanto incidenti su materie di competenza regionale, senza però individuare un ambito prevalente, con la conseguenza di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione che, nell'ambito del procedimento legislativo, viene garantito mediante il sistema delle Conferenze; non è sufficiente il parere come previsto dalla legge delega, ma è necessario un coinvolgimento più diretto delle autonomie regionali mediante l'intesa Stato/Regioni. Per la situazione di «stretto intreccio» fra competenze statali e regionali che caratterizza i settori coinvolti dalla delega, il principio di leale collaborazione assume rilievo come *limite ulteriore* che discende dalla Costituzione e che deve conformare l'esercizio del potere governativo nel senso che devono essere previste fasi che consentono forme adeguate di coinvolgimento delle Regioni. Peraltro, la Corte Costituzionale si è preoccupata di limitare gli effetti giuridici della declaratoria di incostituzionalità e precisa che «Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione», quindi non ne derivava l'illegittimità consequenziale dei decreti legislativi attuativi già entrati in vigore e non vi erano ostacoli insuperabili per la prosecuzione dell'*iter*; a ciò si aggiungono le fasi precedenti che hanno coinvolto i pareri del Consiglio di Stato, l'audizione dell'Aeggsi e di altri interlocutori da cui non sono conseguiti contributi rilevanti di integrazione e modifica soprattutto per profili sostanziali né dai pareri delle Regioni sono emerse contrapposizioni. Allo stato attuale, il termine di attuazione contenuto nella legge delega è ormai ampiamente scaduto, quindi neppure è possibile prevedere una presentazione del testo in tempi brevi sulla base di una nuova delega al Governo oppure di un nuovo termine per l'adozione del decreto legislativo, inserendo il ricorso all'intesa in Conferenza. Per alcuni commenti v. A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p. a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *www.federalismi.it*, 28 dicembre 2016; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 8 febbraio 2017.

³ V. Commissione europea, *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (30 aprile 2004; COM (2004) 327 def.), in *www.eur-lex.europa.eu.*; Comunicazione interpretativa della Commissione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, in *www.ec.europa.eu.*

tive del 2004 in materia di contratti pubblici, in diversi ordinamenti europei, il quadro delle regole applicabili nella scelta del *partner* privato era disomogeneo⁴, mentre si riscontrano maggiori similitudini negli anni successivi. Inoltre, mentre la disciplina del PPP è stata formulata in diversi Paesi europei in modo organico, quella del PPPI è ad oggi ancora carente, frammentaria o dispersa in diverse disposizioni sull'attività degli enti pubblici locali e sui contratti pubblici.

La società di economia mista in *Francia* è disciplinata da una legge generale con disposizioni specifiche, mentre nel nostro ordinamento, fino al d.lgs. n. 175/2016, risultava assai complicato ricostruire il quadro normativo: le norme sono contenute nel TUEL e in diverse fonti legislative soprattutto di natura finanziaria e di razionalizzazione della spesa pubblica; solo di recente è emersa l'intenzione del legislatore per una risistemazione chiara della materia delle società partecipate e dei servizi pubblici locali. In Europa, la scelta di gestione mediante *società miste* è assai diffusa con riferimento a settori decisivi dell'economia; ciò può essere spiegato in una prospettiva di evoluzione storica: dalla prevalente gestione diretta dei servizi pubblici locali o mediante concessioni ereditata dal secolo XIX secondo una logica di monopolio locale e nazionale, all'istituzione della Comunità europea che ha progressivamente inserito negli ordinamenti interni principi anche antitetici (concorrenza, libertà di prestazione, gestione secondo efficienza). Negli ultimi venticinque anni sono stati attuati rilevanti processi di privatizzazione in senso formale o sostanziale⁵ con diverse soluzioni e conseguenze circa la forma giuridica privatistica, la proprietà del capitale e delle azioni, l'applicazione delle regole di concorrenza alle concessioni e alle società miste per la scelta del contraente privato.

Il modello societario di economia mista comporta, come è noto, un'entità giuridica separata di appartenenza pubblico/privata con il compito principale di assicurare il reperimento di finanziamenti e l'erogazione di un pubblico servizio oppure la realizzazione di un progetto di infrastruttura nell'interesse pubblico. La collaborazione diretta tra pubblico e privato garantisce comunque alla parte pubblica mediante la presenza nell'azionariato e negli organi decisionali, di conservare un elevato grado di controllo dell'attuazione del progetto; inoltre, l'entità societaria consente anche al *partner* pubblico di sviluppare e migliorare la propria esperienza nella gestione dei servizi pubblici con l'aiuto della parte privata. La società mista può derivare dall'istituzione di un'entità controllata dal privato e

⁴ Per le diverse soluzioni in alcuni Paesi europei (Francia, Germania, Spagna), si rinvia a D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M. P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006, 104 ss.

⁵ Per un'analisi economica e statistica sui risultati della privatizzazione in senso formale e materiale nelle diverse esperienze dei Paesi europei, si rinvia a C. SCHMITT, *The diffusion of privatisation in Europe: political affinity or economic competition?*, in *Public Administration*, 2014, 615 ss.

dal pubblico o dal controllo privato assunto in un'impresa pubblica oppure dalla partecipazione di un *partner* privato in una società pubblica preesistente sulla base di un contratto pubblico o di una concessione.

L'attribuzione a privati di funzioni pubbliche nella forma del PPP, nonostante la prevalente privatizzazione dei servizi pubblici, ha origine ed è molto diffusa nel *Regno Unito*, mentre in *Germania* si è sempre affermata una tradizionale resistenza ad affidamenti con gara a privati in concessione o mediante società mista, prevalendo a lungo la logica della gestione diretta con affidamenti "fiduciari" a privati senza gara. In una posizione intermedia, invece, in *Francia* e in *Spagna*: vi sono significative differenze, ma è evidente la resistenza alla soluzione della concorrenza nel settore dei servizi pubblici; in *Francia* si era soprattutto diffusa la gestione locale delegata nella forma di affidamenti mediante una trattativa privata, mentre era prevista la gara per gli affidamenti di servizi pubblici e quelli inerenti alla realizzazione di operazioni di *aménagement*. In *Spagna* è stata, in seguito, modificata la soluzione delle società di economia mista dopo il recepimento delle direttive del 2004, inserendo tra gli enti aggiudicatori gli organismi di diritto pubblico e adeguandosi alla regola dell'evidenza pubblica, come in *Germania*; infatti, in questo ordinamento la scelta del partner privato di società a partecipazione pubblica non era sottoposta alle regole della gara, ritenendo la disciplina degli appalti pubblici non applicabile ai contratti associativi. Di certo ulteriori innovazioni deriveranno dal recepimento delle direttive del 2014, non ancora perfezionato.

2. Regno Unito. *Il presupposto al partenariato pubblico privato e varie forme di collaborazione in un regime di consolidata privatizzazione.*

L'esperienza del *Regno Unito* è un riferimento di base, dato che il PPP ha origine proprio nell'ordinamento anglosassone e le soluzioni hanno interessato soprattutto gli investimenti infrastrutturali e alcuni servizi pubblici, mentre per gran parte essi sono gestiti in regime di privatizzazione a partire dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso⁶; tuttavia questo ordinamento non ha elaborato una classificazione unitaria o sistematica dei diversi modelli, dato che è stata prevista

⁶ Cfr., P. M. JACKSON, *Mise en concurrence dans les services publics locaux: l'expérience britannique récente*, in G. TERNY (dir.), *La gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain*, Paris, 1994, 77 ss., circa le conseguenze del *Local Government Act (1988)*; J. FENWICK, K. HARROP, *La privatizzazione dei servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2000, 53 ss.; H. W. R. WADE, C. F. FORTSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2014, 115 ss.; T. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford, 2015, 583 ss.; T. PROSSER, *Regulation and legitimacy*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, 2015, 315 ss.; P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2016, 100 ss., e per i settori del gas e dell'elettricità v. 319 ss.

una disciplina speciale in relazione alle diverse ipotesi concrete⁷, ma ha di certo contagiato gli altri Paesi europei per l'impostazione pragmatica delle formule contrattuali e l'equilibrata ripartizione dei rischi tra la parte pubblica e quella privata.

Già a partire dal 1980, il Governo inglese utilizzò schemi contrattuali come presupposto per nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato e in seguito proprio per le prestazioni di servizi pubblici sono state adottate soluzioni diverse dal *command model* di gestione diretta pubblica nella convinzione che il coinvolgimento del settore privato potesse garantire una maggiore efficienza e specializzazione; questa soluzione ha riguardato quei servizi pubblici che non erano già stati privatizzati ma che comunque, per ragioni soprattutto finanziarie, dovevano essere oggetto di gestione indiretta tramite l'attribuzione dell'esercizio a privati mediante contratti di PPP, associazioni o *società miste* e questa formula ha rappresentato un obiettivo primario del programma di Governo per la prestazione di servizi di qualità e il miglioramento della competitività⁸. Nella varietà delle forme collaborative era anche inclusa l'alienazione di partecipazioni pubbliche di imprese pubbliche; quindi la privatizzazione delle attività e delle imprese dello Stato, la contrattualizzazione della prestazioni di servizi e l'istituzione del PPP caratterizzano le scelte politiche dominanti a partire dal Governo Thatcher⁹. Infatti, in seguito, nel 1992, il Governo conservatore di Major ha promosso la politica definita di *Private Finance Initiative* con la finalità di coinvolgere i privati nella gestione dei servizi pubblici e nella realizzazione di opere pubbliche; l'obiettivo principale era di incrementare la partecipazione del settore privato nell'erogazione dei servizi e nella realizzazione di opere pubbliche anche mediante la creazione di *società di economia mista*¹⁰. È, quindi, evidente l'importanza del PPP nella modernizzazione dell'ordi-

⁷ Ad es., per il settore idrico v. S. ANTONIAZZI, *Innovations for the Water Service in England and Wales after the Reform of 2014 and Profiles of Comparison with Other European Systems*, in EPPPL, 2016, 97 ss.

⁸ Si rinvia a T. ENDICOTT, *Administrative Law*, cit., 585 ss.

⁹ V. P. CANE, *Administrative Law*, Oxford, 2011, 26 ss.

¹⁰ Il programma governativo è contenuto nella pubblicazione *The Private Finance Initiative – Breaking New Ground: Towards a New Partnership Between the Public and Private Sectors*, Central Office of Information, Treasury, 1993; esso prevedeva nuove forme di reperimento di finanziamenti nel settore privato per progetti a lungo termine di opere e la prestazione di servizi pubblici. Per documenti specifici v. HM Treasury, *Public Private Partnerships: the Government Approach*, The Stationery Office, London, 2000, 8 ss., da cui emerge una significativa varietà di formule collaborative; HM Treasury, *PFI: Strengthening Long Term Partnerships. The Butterworth's PFI Manual*, London, 2010; nonché, G. ALLEN, *The Private Finance Initiative*, Research Paper 01/117, 18 December 2001, in www.parliament.uk. Per ulteriori approfondimenti riguardo all'evoluzione del PFI e ai presupposti di applicazione v. D. HUNTER, B. ASHFORD, J. CHESTERTON, H. SUMMER, *Public Private Partnerships: a History and Introduction*, in S. ARROWSMITH (ed.), *Public Private Partnerships*, London, 2000, 1003 ss.; P. BADCOE, *Economic Issue: the Rationale for Public Private Partnerships, Economic Appraisal, and Risk Transfer*, ivi, 2013 ss.; O. HART, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnership*, in *Economic Journal*, 2003, 69 ss.; G. CERRINA FERONI, *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 G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Torino, 2011, 26 ss.; per la fase di formazione del PFI e le successive formulazioni v. M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público pri-*

namento del Regno Unito, pioniere in queste sperimentazioni, e proprio per questo esso rappresenta un riferimento per gli altri Paesi europei, considerata l'esperienza acquisita.

L'accordo di tipo *PFI* è in sostanza un meccanismo volto a ridurre al minimo la spesa pubblica nel breve termine, pur continuando ad investire nei servizi pubblici e rappresenta una forma di PPP che si manifesta in diverse formule organizzative flessibili¹¹; un'ulteriore finalità è quella di trasferire sulle società private una parte del rischio associato al progetto e ciò consente al governo di definire i livelli di prestazione nel contratto e di applicare sanzioni pecuniarie in caso di inadempienze. In sostanza, al privato è attribuito l'onere del progetto, del prefinanziamento della costruzione dell'opera e della gestione nel lungo termine, a fronte del rimborso da parte dell'amministrazione per un periodo di almeno dieci anni¹².

La politica di promozione è proseguita con il Governo laburista Blair (dal 1997) mediante l'istituzione di una *PFI Taskforce* quale supporto per la pubblica amministrazione per l'attuazione di progetti. Per i progetti di livello locale è stato attivato nello stesso anno il *Project Review Group* e in seguito il *White Paper «Modern Local Government – in Touch with the People»* (1998) con obiettivi quali la fornitura di servizi di alta qualità, migliorare la responsabilità finanziaria locale, fornire risorse aggiuntive per investimenti di capitale nei servizi pubblici, la semplificazione del sistema di capitale finanziario e la collaborazione tra pubblico e privato in termini generali e specifici. Tutte le proposte dell'autorità di PPP locali sono state così considerate alla luce del regime di *Best Value* contenuto nel *Local Government Act 1999*.

I settori prevalenti di intervento riguardano l'istruzione, la sanità, la raccolta e smaltimento rifiuti, acqua e energia, i trasporti, uffici ed edifici pubblici (tribunali, realizzazione e gestione di impianti sportivi, biblioteche, carceri, ecc.) con una

vada. *Fórmulas contractuales*, Pamplona, 2012, 57 ss.; T. ENDICOTT, *Administrative Law*, cit., 600 ss.; P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., 119 ss.

¹¹ La definizione del PPP espressa dal HM Treasury è assai estesa e si riferisce «a modalità di lavoro congiunto tra il settore pubblico e privato. Nel senso più esteso, i PPP possono coprire tutti i tipi di collaborazione tra il settore del pubblico e del privato per attuare politiche, servizi e infrastrutture. Qualora la gestione dei servizi pubblici comporti investimenti del settore privato nelle infrastrutture pubbliche, la forma più comune di PPP è l'iniziativa di finanza privata» (in www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm).

¹² V. D. HUNTER, B. ASHFORD, J. CHESTERTON, H. SUMMER, *Public Private Partnerships: a History and Introduction*, op. cit., 1011-1012. Le conseguenze applicative non furono immediatamente soddisfacenti, tanto più che nel 1993 il Ministro Kenneth Clarke creò il *Private Finance Panel (PFP)* con l'obiettivo di utilizzare nuove formule organizzative sulla base di una lista di progetti da attuare ed un rapporto *Private Opportunity, Public Benefit: Progressing the Private Finance Initiative* circa alcuni progetti già realizzati secondo le modalità del *PFI*. Vi furono diverse iniziative successive: nel 1995 con la pubblicazione di una lista di progetti prioritari e di un manuale con le linee guida predisposte sulla base di progetti già iniziati; nel 1996 la *Local Government Association* ha finanziato il *Public Private Partnership Programme* come organizzazione volta ad assistere le autorità locali in Inghilterra e Galles per la realizzazione di progetti di *PFI* e, quindi, a sollecitare l'incremento degli investimenti nei servizi pubblici mediante *PFI* e il PPP.

diversa diffusione per maggior numero e capitali soprattutto a Londra e in Scozia¹³; quindi, gli investimenti privati per attività di pubblico servizio rappresentano attualmente la modalità prevalente, soprattutto per garantire adeguate infrastrutture, dato che la gestione pubblica ha subito anni di stringenti vincoli finanziari e i beni non potevano essere sostituiti anche se non più adeguati per la tecnologia e se non era più economico utilizzarli¹⁴.

In questo ordinamento, l'esperienza delle *società miste*, che possono caratterizzarsi per una diversa percentuale di controllo, non riguarda tanto la gestione dei servizi pubblici intesi come acqua, gas, elettricità, rifiuti, ma prevalentemente *servizi sanitari e sociali*; la partecipazione pubblica può essere anche del 50%, mentre se questa prevale ne derivano particolari vincoli e di regola l'ente pubblico contribuisce con beni, mentre il privato con investimenti di capitale eventualmente richiesti alle banche. Di certo, la società mista non rappresenta il modello prevalente a confronto con il *PFI*. L'attività può consistere nella realizzazione di uno specifico progetto anche di lunga durata e se attiene al settore sanitario e scolastico anche in collaborazione con gli enti locali; altri esempi riguardano la navigazione *British Waterways*, la società per la bonifica di canali (*Waterside Regeneration*) e le società per la progettazione, realizzazione e manutenzione di infrastrutture di difesa¹⁵.

2.1. Un caso di tendenza inversa: la rimunicipalizzazione della London Tube.

Il trasferimento del rischio e la capacità della pubblica amministrazione di sanzionare lo scarso rendimento possono operare solo se il *partner* privato rischia di difficoltà finanziarie durante la fase di gestione: ad es., uno dei consorzi privati che hanno gestito la *London Tube* (prima di gestione pubblica), è stato oggetto di amministrazione controllata nel 2007/2008; l'obiettivo del rinnovo della *Tube* mediante PPP era la consegna più efficiente dell'opera e la controprestazione consisteva per un lungo periodo di tempo nelle somme versate dagli utenti per l'utilizzo del servizio di trasporto, in modo da remunerare l'investimento privato. In questo caso, vi sono stati errori di valutazione circa l'opportunità di ricorrere al PPP in quanto l'utilizzo del *Public Sector Comparator* non ha consentito di valu-

¹³ Si rinvia allo studio approfondito di G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, 32 ss. Per un'ampia documentazione ed analisi fino al 2003 per i settori della sanità, educazione, giustizia, servizi sociali, acqua ed energia, rifiuti e trasporti v. S. DAVIES, P. FAIR BROTHER, *Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnership (PPPs): Definitions and Sources*, Working Series Paper 39, Cardiff University, School of Social Sciences, Cardiff, 2003.

¹⁴ Si rinvia a P. BADCOE, *Economic Issue: the Rationale for Public Private Partnerships, Economic Appraisal, and Risk Transfer*, cit., 2004 ss.

¹⁵ Per ulteriori esempi v. *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 2008, in http://www.hm-treasury.gov.uk/d/bud08_procurement_533.pdf, 26 ss. Per dati recenti sugli investimenti v. *Running a business partnership*, in www.gov.uk.

tare i costi futuri anche per la scelta di estenderlo ai lavori di gestione e manutenzione. In base ai contratti, il rischio significativo non poteva essere trasferito del tutto al privato e la parte pubblica ha dovuto comunque affrontare l'urgenza di garantire direttamente il servizio, dato che il *partner* privato era stato poi dichiarato fallito; il servizio è stato così rimunicipalizzato (maggio 2008) con l'istituzione della *Transport for London* che è un *ente pubblico locale*, un'agenzia esecutiva responsabile della gestione della maggior parte dei servizi di trasporto (metropolitana, treni, autobus, ecc.) a Londra¹⁶.

Nonostante la diffusione del *PFI* per la gestione di servizi pubblici, vi sono profili assai dibattuti circa gli effettivi vantaggi economici e la flessibilità, anche se il coinvolgimento del settore privato è ancora ritenuto uno strumento adeguato per soluzioni vantaggiose nel rapporto tra costi e benefici e nel riparto dei rischi, come emerge ancora dai vari rapporti annuali¹⁷ di *Partnership UK* e dai dati del Ministero del Tesoro¹⁸. Infine, occorre considerare che negli anni recenti di crisi del debito sovrano, il PPP rappresenta ancora nel Regno Unito un valido strumento per il rilancio dell'economia reale senza ulteriori aggravii per il debito pubblico.

Vi è, quindi, una relazione tra utilizzo del PPP e razionalizzazione e limite del debito pubblico; le società pubbliche che desiderano ricevere beneficio dal mercato dei capitali devono mostrare agli investitori privati che sono in grado di permettersi i prestiti e di restituirli in accordo con le misure adottate ed entro la data di scadenza; come abbiamo visto, una questione chiave per l'efficacia dei progetti PPP è la gestione del rischio secondo la tempistica e i costi di esecuzione. Il PPP è certamente un ottimo strumento di finanziamento, ma, d'altra parte, vi è un rischio sostanziale di richieste di revisione e di negoziazione di accordi da parte dei concessionari e se i PPP sono mal gestiti, i costi finali per i Governi

¹⁶ Per il caso della *London Tube*: il primo PPP per la costruzione e manutenzione delle infrastrutture risale al 1997/2003; nei contratti di PPP erano inseriti due consorzi privati *Tubelines* e *Metronet*, a quest'ultimo spettava il rinnovo e la manutenzione ed ha operato negli anni 2003/2008, in seguito sottoposto ad amministrazione controllata (2007/2008) e poi sciolto nel 2009. Il servizio di trasporto è stato rimunicipalizzato e finanziato da *Transport for London* (maggio 2008). Per approfondimenti v. L. BUTCHER, *London Underground after the PPP*, 2007, House of Commons Library, 2012, in www.publications.parliament.uk; *Case study: London Transport – the economic advantages of re-municipalising PPPs*, in www.world-psi.org. Per ulteriori riferimenti si rinvia a www.tfl.gov.uk. Per ulteriori considerazioni su questo caso di PPP non positivo v. NAO, *London Underground: Are the Public Private Partnerships Likely to Work Successfully?*, London, 2004, in www.nao.org.uk/publications/0304/london_underground_are_the.aspx; Comunicazione 26 marzo 2010 della *Transport Select Committee*, in www.tfl.gov.uk; NAO, *The Failure of Metronet*, 2009, in www.nao.org.uk; House of Commons-Committee of Public Accounts, *Departments of Transport: the Failure of Metronet*, 2010, in www.publications.parliament.uk.

¹⁷ V. *Partnerships UK, Report on Operational PFI Project*, 2006, in www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/doc_70_22-3-2006-13-58-41.pdf; House of Commons – Committee of Public Accounts, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, in www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmpubacc/332/332.pdf.

¹⁸ Si rinvia a G. CERRINA FERONI., *op. cit.*, 60 ss.; v. *Infrastructure Procurement: delivering Long-term Value*, cit.

possono essere elevati¹⁹. Peraltro, ulteriori riferimenti al PPP derivano dal recepimento delle direttive nn. 24 (appalti pubblici), 25 (appalti settori speciali) e n. 23 (concessioni) del 2014; in particolare, la direttiva n. 24, che prevede i partenariati per l'innovazione (art. 31) è stata recepita mediante la pubblicazione delle nuove *Public Contracts Regulations 2015*²⁰ (in vigore dal 26 febbraio 2015), che evidenziano una significativa promozione del nuovo istituto comunque riconducibile al *PFI*, mentre la direttiva servizi, che prevede la medesima figura di PPP (art. 49) è stata recepita in *The utilities contracts regulations 2016*²¹. Ulteriori atti di trasposizione riguardano la direttiva n. 23/2014 in materia di concessioni: *The Concessions Contracts Regulations 2016, Procurement (Concession Contracts) Regulations 2016* e per la Scozia *The Concession Contracts (Scotland) 2015* e *The Concession Contracts (Scotland) Amendment Regulations 2016*.

3. Francia. *La codificazione del PPP (2004) e la recente disciplina contenuta negli atti normativi di recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici.*

Anche in Francia il tema del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato si ricollega alle società di *economia mista*²² che presuppone la stipulazione di un contratto di partenariato²³ con la conseguenza che la tecnica del PPPI istituzionale si traduce in una formula giuridica societaria e nell'esternalizzazione di funzioni pubbliche²⁴. I contratti di PPP sono previsti da una disciplina specifica (*Ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004, modificata dalla *Loi 2008-735* del 28 luglio 2008) e qualificati nell'art. 1 espressamente come *contratti amministrativi* con i quali lo Stato e gli altri enti pubblici affidano ad un terzo, per un

¹⁹ Per un'analisi empirica di carattere economico su casi di PPP utilizzati nel Regno Unito nei settori dei trasporti, dell'elettricità e del gas proprio in questi ultimi anni di crisi, si rinvia a M. CAMPRA, G. ORICCHIO, E. M. BRAJA, P. ESPOSITO, *Sovereign Risk and Public-Private Partnership During the Euro Crisis*, Houndmills, 2014, 102 ss.; gli Autori adottano un particolare modello contabile denominato *IFRIC 12*: esso disciplina la contabilizzazione da parte dell'operatore-concessionario degli accordi tra settore pubblico e privato per i servizi in concessione. Il sistema si basa su un concetto di controllo che prescinde dai rischi e benefici della proprietà, ma si incentra sulla posizione del soggetto concedente che può inserire obblighi e limitazioni ai diritti dei concessionari.

²⁰ In *www.legislation.gov.uk*, *Crown Commercial Service*. V. P. CRAIG, *Administrative Law*, *op. cit.*, 130 ss.

²¹ In *www.legislation.gov.uk*.

²² Circa l'utilizzazione di strutture di economia mista e le forme possibili si rinvia a P. LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé*, Paris, 2005.

²³ Sulla varietà di contratti di partenariato "à la française" e il regime giuridico, v. F. MARTY, A. VOISIN, S. TROSA, *Les partenariats public-privé*, Paris, 2006, 91 ss.; J.-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014, 338 ss.

²⁴ Sugli elementi essenziali del PPP v. E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris, 2011, 47 ss.

periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento, una "missione globale" avente ad oggetto il finanziamento, la costruzione o la trasformazione, la manutenzione la gestione operativa e/o lo sfruttamento economico dell'opera, delle infrastrutture e dei beni immateriali connessi al servizio pubblico. Inoltre l'oggetto può consistere nella progettazione (totale o parziale) delle opere e/o dei servizi connessi così come tutto o parte nel loro finanziamento ad esclusione della partecipazione al capitale oppure nella progettazione delle infrastrutture per le prestazioni di servizi pubblici o di servizi connessi alla missione principale di servizio pubblico affidata all'ente²⁵. Tra gli altri requisiti l'urgenza e la complessità dell'intervento, circostanze particolari che giustificano il regime derogatorio alla disciplina comune sugli appalti pubblici²⁶.

Assai interessante l'esperienza della Francia anche per una certa creatività del legislatore e varietà di soluzioni²⁷, dato che le *società partecipate dagli enti locali* sono riconducibili a tre forme giuridiche: le società di economia mista (*sociétés d'économie mixte locales*; SEML), le società pubbliche locali di pianificazione (*aménagement*²⁸; la SPLA categoria di società anonime introdotta dalla legge n. 2006-872 del 13 luglio 2006 e disciplinate anche dal *Code de l'urbanisme*) e le società pubbliche locali (SPL) di gestione diretta anch'esse previste dalla medesima legge all'art. 20 (sull'impegno nazionale per l'edilizia abitativa e le aziende pubbliche locali) e più ampiamente dalla legge 2010-559 per lo sviluppo delle imprese pubbliche locali. Infine, la più recente creazione è la *société d'économie mixte locales à opération unique* prevista dalla legge n. 2014-744 del 1 luglio 2014.

La *società di economia mista* rientra nella società commerciale "anonima" come previsto dalla legge (art. L. 1522-1 del Codice generale delle collettività territoriali) ed è istituita per la realizzazione di interessi generali su iniziativa di *collectivités territoriales* (*communes, départements, régions, collectivités à statut particulier, collectivités d'outre-mer*) o di associazioni o consorzi (*groupements de collectivités territoriales*); inoltre, questo schema societario speciale è riconducibile ad un

²⁵ Per ampi commenti sulla disciplina del 2004 si rinvia a A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004, 1737 ss.; A. BRÉVILLE, *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes*, in *AJDA*, 2004, 1754 ss.; R. APELBAUM, *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger*, in *AJDA*, 2004, 1759 ss.

²⁶ V. Cons. Const., 26 giugno 2003, decisione n. 2003-473 DC; circa l'urgenza: Cons. Const., 24 luglio 2008, décision n. 2008-567 DC-Loi relative aux contrats de partenariats; sulla complessità: TA Montpellier, 26 febbraio 2010, Nme N. Dillenschneider, n. 0803471, in P. DELELIS, *Partenariats public-privé*, Paris, 2014, 15 ss., 59 ss., 77 ss.

²⁷ Per una prospettiva generale: S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015 e, in particolare, sull'esternalizzazione 193 ss.

²⁸ Per i profili essenziali di questa categoria di società pubblica, v. M. PELTIER, *La société publique locale d'aménagement*, in *AJDA*, 2006, 2371 ss.; il fine prioritario di questo schema societario è consentire alle comunità locali di concedere, senza pubblicità preventiva, la realizzazione di operazioni di pianificazione.

metodo di PPPI particolare²⁹ perché caratterizzato dal controllo prevalente del *partner* pubblico, così disciplinato dalla legge 7 luglio 1983 sulle SEML (con le modifiche della legge 2 gennaio 2002) e codificato nell'art. L. 1521-1 del Codice generale delle collettività territoriali, che prevede i compiti e regola anche la composizione degli organi e il capitale.

L'evoluzione del coinvolgimento delle collettività territoriali nelle *società miste* è anche coerente con il modello di collaborazione istituzionale nell'ambito del partenariato pubblico-privato e questo schema, che supera la semplice cooperazione di tipo contrattuale, offre soluzioni assai interessanti. In questo caso la gestione del servizio pubblico è trasferita ad un fornitore esterno (privatizzazione funzionale) mediante uno specifico *contratto di delega*³⁰ da parte dell'ente territoriale che consente una *gestion déléguée* ad una società privata o ad una *società a partecipazione pubblico/privata* secondo uno schema giuridico che si avvicina in sostanza alla concessione e che può derivare da una scelta unilaterale oppure da un contratto.

La legge n. 93-122 del 29 gennaio 1993 ha introdotto la *delega di servizio pubblico*³¹ come nozione collegata a circostanze particolari quali la prevenzione della corruzione, la trasparenza dell'economia e delle procedure pubbliche e solo in seguito è stato elaborato un concetto giuridico autonomo. Tra le attività suscettibili³² di essere oggetto di un contratto di delegazione vi sono, ad esempio, la gestione del servizio idrico³³, di trasporto pubblico, di teleriscaldamento, di raccolta e smaltimento di rifiuti urbani, la gestione di impianti di trattamento mediante incenerimento dei residui urbani con o senza recupero di calore. L'elemento giuridico della *delega* caratterizza il modello francese di privatizzazione ed è stato in sostanza il presupposto dell'istituzione di un oligopolio, ad es. nel settore dell'acqua tra alcuni gruppi di concessionari (*Veolia, Suez e Saur*) fino alla più recente tendenza alla rimunicipalizzazione (come ritorno ad un'esclusiva gestione locale) del servizio; infatti, nel 2010 il Comune di Parigi ha sostituito la società privata di gestione dell'acqua con un servizio esclusivamente municipale, così

²⁹ Per questo inquadramento e la missione, si rinvia a J.P. COLSON, P. IDOUX, *Droit publique économique*, cit., 363.

³⁰ Per la natura contrattuale ed approfondimenti riguardo all'oggetto, alle parti e alla remunerazione, si rinvia a G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, Paris, 2011, 410 ss.

³¹ Relativa «à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques»; sulla nozione di delegazione di servizio pubblico v. G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, cit., 409 s.

³² Tra le attività escluse: l'esercizio della polizia amministrativa, la contestazione di infrazioni, il servizio di sorveglianza delle vie pubbliche, ecc. Si rinvia a L. WEYER, *Délégation de service public en pratique*, Paris, 2014, 12 ss.

³³ V. L. RICHER, *Le services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau*, in *AJDA*, 2007, 1168 ss.

anche i Comuni di Brest e di Bordeaux e in altri casi gli enti territoriali hanno restituito il servizio di trasporto alla sola gestione pubblica³⁴.

La *società mista* è spesso considerata come soluzione intermedia tra la gestione diretta e quella delegata, anche se in realtà non sarebbe una modalità di gestione, ma semplicemente la forma giuridica che può assumere il delegato mediante una gestione delegata con diversi problemi di inquadramento giuridico³⁵. Quindi, quando l'ente territoriale adotta la gestione delegata, può stipulare un contratto con un gestore esclusivamente privato o di economia mista pubblico-privato.

3.1. *La società di economia mista e il necessario contratto di delega. La recente diffusione di società pubbliche.*

La prima disciplina è contenuta nella legge n. 83-597 del 7 luglio 1983, in contemporanea con le riforme sulla decentralizzazione del 1982, ha definito l'oggetto dell'attività delle società miste³⁶: i comuni, i dipartimenti, le regioni e raggruppamenti di questi enti, nell'ambito delle competenze previste dalla legge, possono costituire società miste locali con uno o più soggetti privati ed eventualmente con altri soggetti pubblici per realizzare varie attività di interesse generale tra le quali la gestione di servizi pubblici di carattere industriale e commerciale. In seguito la categoria è stata inserita nel *Code général des collectivités territoriales*³⁷ del 7 aprile 2000, e l'art. L 1411-1 qualifica chiaramente la delegazione di servizi pubblici come contratto in cui un soggetto pubblico attribuisce la gestione alla responsabilità di un delegatario pubblico o privato³⁸ o ad una società mista e la remunerazione dipende dai risultati nell'erogazione del servizio.

Inevitabilmente il regime del contratto di delegazione di servizi pubblici sarà oggetto di un necessario adattamento in conseguenza del recepimento della Direttiva 2014/23/UE, tanto più che essa contiene una definizione unica di

³⁴ Per alcuni dati su questa recente evoluzione si rinvia al Report di D. HALL, *Re-municipalising municipal services in Europe*, in *Public Services International Research Unit (PSIRU)*, 2012, University of Greenwich, European Federation of Public Service Unions, in www.epsu.org; Parigi ha così risparmiato 35 milioni di euro nel primo anno e le tariffe sono state ridotte dell'8% e circa altri quaranta comuni hanno deciso di rimunicipalizzare il servizio idrico. Così anche per il settore dei trasporti pubblici, come nel caso del Comune di Saumur che aveva esternalizzato il servizio a *Veolia* e altri Dipartimenti hanno seguito la stessa soluzione; in molti casi il servizio di gestione dei rifiuti è ritornato ad una soluzione *in-house* dopo anni di contratti con società private.

³⁵ Sulla questione ancora dibattuta se la delegazione di servizi pubblici abbia natura di semplice contratto oppure comporti un inquadramento più complesso nell'ambito dei contratti pubblici: G. CLAMOUR, *La place de la délégation de service public au sein de la commande publique*, in *AJDA*, 2013, 1429 ss.

³⁶ Per i caratteri essenziali della società mista si rinvia a C. DEVÈS, *De la société d'économie mixte locale à la société publique locale: similitudes ou grand écart?*, in *RFDA*, 2012, 1082.

³⁷ Reperibile in www.legifrance.gouv.fr.

³⁸ In tema di gestione delegata ad organismi privati, v. D. LINOTTE, R. ROMI, E. CADEAU, *Droit du service public*, Paris, 2014, 137 ss.

contratti di concessione di servizi e di lavori e, quindi, sarà necessario unificare i due regimi di delegazione di servizi pubblici e di concessione nel diritto nazionale. Tuttavia il progetto di *Ordonnance* (22 luglio 2015) di trasposizione della direttiva relativa ai contratti di concessione³⁹ *esclude* dall'ambito di applicazione le delegazioni o il trasferimento di competenze o di responsabilità tra le autorità concedenti sottoposte alla disciplina (art. 4. II). La delegazione di servizi pubblici è richiamata nell'art. 57 che indica modifiche al Codice generale sulle collettività territoriali, ma *non* è in alcun modo eliminata dall'ordinamento; in particolare, il quarto comma stabilisce che l'art. L 1411-6 è così modificato: «ogni emendamento a un progetto di delegazione di contratto di servizio pubblico non può che intervenire solo dopo il voto dell'assemblea deliberante». Mentre l'art. 60 con riferimento al Codice dei trasporti abroga una disposizione che richiama la delegazione di servizi pubblici; da ciò si evince che comunque l'istituto della delegazione di servizi pubblici rimane in vigore nell'ordinamento *contestualmente* alla concessione di servizi pubblici, ma secondo la disciplina del Codice generale sulle collettività territoriali con una procedura particolare di aggiudicazione.

Le società miste locali hanno, inoltre, favorito in alcuni casi l'applicazione del regime legale della privatizzazione quando l'ente pubblico decide di cedere le azioni agli azionisti privati con la conseguenza estinzione della società iniziale; tra gli esempi⁴⁰ la *Société Électricité Gironde Service* (ESG), che era stata istituita in forma di partenariato tra i principali gestori dell'acqua e dell'elettricità, ma per le difficoltà finanziarie, è stata privatizzata in diverse fasi: l'azionariato minoritario principale *Société Synergie-Développement-Services* ha ceduto la partecipazione alla *Société Lyonnaise de Eaux* (SLE), azionista minoritaria; in seguito l'ente delegante ha escluso il rinnovo della delegazione di servizio pubblico alla *Société ESG* preferendo la società *SLE*, mentre l'azionariato pubblico di maggioranza ha deciso la vendita dell'intera partecipazione alla *SLE* trasformando la società di economia mista in società anonima con capitale esclusivamente privato e in seguito ha assorbito per fusione la *Société ESG*.

In tempi recenti le società di economia mista non rappresentano più lo strumento principale di gestione dei servizi pubblici locali da quando sono state sottoposte alle regole dell'evidenza pubblica (anche per gli acquisti, in quanto qualificate entità aggiudicatrici) e neppure beneficiano di particolari vantaggi quando siano titolari della delegazione di servizi pubblici⁴¹. Tuttavia, nel 2014 il legi-

³⁹ In www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁰ Per gli esempi v. S. BRAMERET, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris Cedex, 2012, 152 ss.

⁴¹ Così M. KARPENSCHIF, *SPLA, SPL, SLP. Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI): où en est-on du développement de l'économie mixte locale?*, in *La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales*, n. 40, 2009, 2230 ss.

slatore, impegnato nel recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici⁴², ha di nuovo coinvolto il settore privato in una nuova categoria di imprese pubbliche locali, la *société d'économie mixte locales à opération unique*⁴³ (SEMOP), distinta dalla società di economia mista locale ordinaria; la disciplina è contenuta nella legge 1 luglio 2014, n. 744, che ha modificato gli artt. L 1541-1 a L 1541-3 del Codice delle collettività territoriali⁴⁴ con alcune novità. Quindi, è stato previsto un ulteriore strumento innovativo secondo la tecnica del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato in forma di società di economia mista “a operazione unica” (SEMOP); il fine è quello di consentire la *società mista*, dopo una sola gara, di scegliere l'azionista privato e di affidare alla nuova società l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico. Tuttavia il meccanismo complesso che ne risulta non garantisce la completa sicurezza giuridica né un controllo pubblico realmente efficace sulla nuova entità. Nel contesto di riduzione rilevante delle risorse, le scelte locali sono comunque volte ad ottimizzare il funzionamento dei servizi pubblici locali inserendo nella loro *governance* i benefici del settore privato; di fronte alle critiche ricorrenti per i contratti di partenariato e considerati i limiti giuridici di utilizzo delle deleghe di servizio pubblico come regola tradizionale, la legge del 2014 ha introdotto una nuova forma di gestione. La riforma consente la conclusione di un contratto di appalto pubblico la cui esecuzione sarà affidata non all'autore dell'offerta prescelta, ma ad una *società mista* che, come “premio”, acquisisce le azioni dell'ente locale.

⁴² Il contratto di partenariato rappresenta una valida alternativa alla delegazione di servizi pubblici, alla società pubblica e al contratto di servizio pubblico, ma solo un'espressa previsione circa la gestione dei servizi pubblici coinvolgendo espressamente la parte privata ha superato ogni dubbio. In effetti, la disciplina del 2004 è stata di recente abrogata dall'art. 102 dell'*Ordonnance* n. 2015-899 del 13 luglio 2015 relativa alla semplificazione e trasparenza del diritto degli appalti pubblici (in recepimento delle Direttive UE n. 24 e n. 25 del 2014) e riformulata anche se alcune definizioni generali sono state confermate; la legge prevede disposizioni specifiche e un nuova categoria di contratto quella dell'*appalto di partenariato* (artt. 66 ss.) e, in particolare, esso è un appalto pubblico che consente di conferire ad un operatore economico o a un gruppo di operatori economici una missione globale che ha ad oggetto la costruzione, trasformazione e manutenzione di infrastrutture o di beni immateriali necessari all'esercizio di un *servizio pubblico* o di una missione di interesse generale. Tra le possibilità di oggetto della missione vi è proprio «La gestion d'une mission de *service public* ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée» (art. 66, secondo comma, 3). In sostanza l'appalto di partenariato si differenzia dall'appalto pubblico essenzialmente per il finanziamento privato dei progetti, per il pagamento differito e l'utilizzo di lavoro regolato dal diritto privato. Inoltre, il *partenariato per l'innovazione*, nuova figura introdotta dalle direttive del 2014, è stato specificamente disciplinato dal *Decreto n. 2014-1097* relativo a misure di semplificazione applicabili agli appalti pubblici, al fine di recepire le direttive in modo accelerato e comunque in via anticipata rispetto all'adozione del nuovo codice degli appalti pubblici approvato con il *Decreto n. 2016-360* del 25 marzo 2016. Quindi, il legislatore francese ha preferito adottare più atti legislativi di recepimento anche per anticipare l'applicazione di alcuni istituti, come nel caso del partenariato.

⁴³ Si rinvia all'ampio studio di G. ECKERT, *La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale?*, in *AJDA*, 2014, 1941 ss.

⁴⁴ L'art. L 1541-1 è stato modificato dall'art. 2 dell'*Ordonnance* 10 settembre 2015, n. 1127, in *www.legifrance.gouv.fr*.

L'oggetto sociale della SEMOP si riduce ad un'*operazione unica*; in generale, la società è istituita da una o più comunità locali o gruppi di enti locali che operano nel quadro delle loro competenze e secondo la legge «diverse dall'esercizio di funzioni di sovranità» (art. L 1541-1, I, del Codice delle collettività territoriali). Infatti, occorre tener conto del principio costituzionale secondo cui la legge non può consentire «di delegare a un privato l'esercizio di una missione di sovranità» e, in particolare, le competenze di polizia amministrativa generale inerenti all'esercizio di «forza pubblica» necessaria per garantire i diritti. Più precisamente, questa *operazione unica* consiste nella conclusione e nell'esecuzione di un contratto con il socio pubblico, lo scopo «è la realizzazione di una operazione di costruzione, sviluppo di abitazioni o la *gestione di un servizio pubblico*, che può includere i lavori di costruzione o l'acquisto di beni necessari al servizio, o qualsiasi altra operazione di interesse generale di competenza della collettività territoriale» (art. L 1541-1, I, Codice delle collettività territoriali). In concreto, l'oggetto sociale della SEMOP consente la conclusione e l'attuazione di una delega di servizio pubblico, una concessione di lavori o di un appalto pubblico. Circa l'azionariato della SEMOP, la legge regola rigorosamente la distribuzione del capitale sociale; in deroga al diritto comune la società – come la SEML – può includere solo due azionisti (Codice delle collettività territoriali, art. L 1541-1, II) che consistono in una o più comunità locali o raggruppamenti di collettività territoriali e almeno un operatore economico. Quindi, l'archetipo della SEMOP dovrebbe essere costituito dalla *combinazione* di un ente locale e di una società privata, ma sono possibili formule più complesse, tra cui un maggior numero di *partner* pubblici o privati.

Ma la grande innovazione della legge, per quanto riguarda la partecipazione societaria, è la previsione secondo cui «la comunità o le comunità locali del gruppo territoriale detiene tra il 34% e l'85% del capitale sociale e il 34% per il voto negli organi deliberanti. Mentre la parte del capitale degli operatori economici non può essere inferiore al 15%» (art. L 1541-1, III del Codice delle collettività territoriali). In sostanza, la comunità locale può essere un azionista di minoranza e questa soluzione non è del tutto nuova, ma è volta ad assicurare un migliore equilibrio tra interessi pubblici e privati e ciò conferma la tradizione precedente dell'economia mista di cui alla legge 7 luglio 1983, n. 597.

Assai interessante il confronto con la società pubblica locale nella formulazione della legge 28 maggio 2010 che ha consentito alle collettività territoriali un nuovo strumento di intervento nel settore dell'economia⁴⁵ con una particolare flessibilità. Tuttavia, le società pubbliche locali hanno creato difficoltà giuridiche, soprattutto circa la riconducibilità al criterio del “controllo analogo” eserci-

⁴⁵ Per i caratteri essenziali v. J.P. COLSON, P. IDOUX, *op. cit.*, 398 ss.

tabile dalle collettività territoriali⁴⁶; esse presentano elementi comuni alla società di economia mista, infatti sono soggette al regime delle società commerciali con alcune limitazioni di diritto pubblico. Gli organi direttivi sono costituiti da soggetti pubblici, come nel caso delle istituzioni pubbliche, e sulla base di un capitale completamente pubblico. In ogni caso, le condizioni poste dalla legge per creare una società pubblica locale non sono sufficienti per qualificare implicitamente queste aziende come società “*in-house*”⁴⁷, che, quindi, rappresentano una soluzione diversa.

Per il profilo strutturale, si precisa che qualsiasi progetto di *SPL* deve basarsi su quattro caratteristiche essenziali: la coerenza dell’oggetto sociale della *SPL* con le competenze e le attività delle collettività territoriali azioniste, l’esistenza di un operatore economicamente sostenibile nel senso che trattandosi di società commerciale, essa deve finanziarsi con la remunerazione dell’attività e non con contributi o sussidi; a ciò devono aggiungersi l’assenza di un monopolio locale e la mancanza di un orientamento al mercato⁴⁸. Senza dubbio le società pubbliche concorrono con le *SEML*, che dovevano essere in competizione per l’assegnazione di deleghe di servizio pubblico; in ogni caso le *SPL* non sono come le *SEML* e, quindi, non sono uno strumento di cooperazione nel senso di *partnership* tra soggetti pubblici e privati dal momento che questi ultimi sono totalmente esclusi dal capitale; tuttavia le *SPL* consentono di fatto un complemento della cooperazione intercomunale tra collettività territoriali e loro gruppi, non senza rischi di prevaricazione tra di loro, anche se inizialmente sono state qualificate come strumento di gestione e non di cooperazione⁴⁹.

Infine, l’*Ordonnance n. 2016-65* del 29 gennaio 2016 ha recepito la direttiva sulle concessioni e il *Décret n. 2016-86* del 1 febbraio 2016 fissa le regole di applicazione dell’*Ordonnance* per l’attribuzione e l’esecuzione dei contratti di concessione affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici. La conseguenza rilevante è che con questa nuova disciplina viene superato il doppio regime giuridico della concessione e della *délégation de service public* prevista dalla *Loi n. 93-122 du 29 Janvier 1993*, ma con una particolare attenzione per la riaffermazione della *libertà* (discrezionalità) degli enti territoriali di scegliere con autonomia le moda-

⁴⁶ V. Tribunal administratif de Lille, 29 marzo 2012, in *AJDA*, 2012, 1521 ss. Per la compatibilità con il regime della concorrenza si rinvia a S. NICINSKI, *Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence*, in *RFDA*, 2012, 1135 ss.; per il sistema di finanziamento: L. RAPP, *Le financement des sociétés publiques locales*, in *RFDA*, 2012, 1107 ss.

⁴⁷ Si rinvia a G. KALFLÈCHE, *L’activité des sociétés publiques locales, La société publique locale, acteur économique local*, in *RFDA*, 2012, 1120 ss.

⁴⁸ Per questi criteri v. A. VIGOUREUX, *La société publique locale comme entreprise publique*, in *RFDA*, 2012, 1076 ss.

⁴⁹ Per i profili di confronto tra SEM e SPL si rinvia agli approfondimenti di P. DELVOLVÉ, *Les sociétés publiques locales*, in *RFDA*, 2012, 1069 ss.

lità di gestione dei servizi pubblici locali; è anche confermata la flessibilità della procedura semplificata nel caso di concessioni sottosoglia o che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva a prescindere dal valore del contratto.

4. Spagna. *Servizi pubblici locali e las sociedades de economía mixta: la diffusione del modello e gli interventi legislativi per il contenimento della spesa pubblica.*

Il sistema di gestione dei servizi pubblici⁵⁰ segue la distinzione tradizionale tra modalità diretta e indiretta; la forma diretta è risalente ed attuata mediante organi del Comune, riconducibile storicamente ai primi interventi nell'economia⁵¹ e progressivamente a soluzioni sempre più complesse anche per l'intervento della disciplina dell'UE. Un'ulteriore distinzione per la gestione diretta è quella tra indifferenziata (gestione diretta in senso stretto) e differenziata (patrimoniale o mista). A loro volta, queste forme di supporto per la gestione diretta, possono comportare l'interposizione di una persona giuridica pubblica (istituzione o società pubblica) o di privati (società, interamente controllata dall'ente locale o in proprietà mista, in cui coesistono enti locali e privati).

Se consideriamo le formule societarie, in sostanza, il sistema di gestione si basa su due soluzioni: la società a partecipazione pubblica totalitaria per la gestione diretta di servizi pubblici locali e le società miste⁵² per la gestione indiretta dei medesimi servizi. La gestione diretta da parte degli enti locali si caratterizza anche per ulteriori schemi: la gestione senza un'organizzazione specializzata oppure con questo carattere o mediante un organo autonomo locale (ad es. una fondazione). Nel primo caso, sulla base dell'art. 68 del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RS)*, l'ente assume il servizio a proprio rischio per le eventuali perdite e nell'esercizio non vi sono intermediari; tutti i poteri di decisione e di gestione spettano alla *Corporación* (autorità locale) e vi è l'utilizzo del medesimo personale che dipende direttamente dagli accordi e dagli atti degli organi di governo. La gestione specializzata si caratterizza, invece, per la presenza di un consiglio di amministrazione (il cui funzionamento è determinato dall'ente locale) a cui spettano

⁵⁰ Per l'evoluzione e la crisi del concetto di servizio pubblico a partire dalla fine degli anni novanta dello scorso secolo, v. J. M. NEBOT LOZANO, *Competencia y servicio público en la actividad eléctrica*, in AA.VV., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, 1998, 13 ss.; J. L. MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Navarra, 2006, 21 ss.

⁵¹ Questa prima fase di interventi nell'economia si rinvia a F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Navarra, 2008, 78 ss.

⁵² Si rinvia per tutti gli aspetti delle società miste allo studio approfondito di D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 2010.

ta il governo e la gestione del servizio (art. 72 *RS*) e un direttore designato dal presidente della *Corporación*⁵³.

Le aziende pubbliche locali sono enti pubblici autonomi a cui spettano l'erogazione di prestazioni e servizi, l'attività di gestione dei servizi o della produzione di beni di interesse pubblico suscettibili di controprestazione. La disciplina applicabile è quella di diritto privato, ad eccezione della formazione della volontà dei suoi organi nell'esercizio di poteri amministrativi loro assegnati e degli aspetti previsti nella *Ley de Organización y Funcionamiento de la Admón. General del Estado* (LOFAGE), negli statuti e nella legislazione di bilancio; ciò comporta l'applicazione del diritto pubblico anche per le questioni di capitale. Tra le ulteriori forme di gestione diretta occorre inserire la soluzione dell'*in-house*⁵⁴ anche se in Spagna non ha una rilevante diffusione considerati i vincoli individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Per le forme indirette di prestazione occorre richiamare la concessione di servizi pubblici⁵⁵ e alcune esperienze particolari di comunità autonome, ad es. la diffusa esternalizzazione in Cataluña⁵⁶.

Le *società miste* sono previste dall'art. 253 della *Ley de Contratos del Sector Público* (disciplina che sarà modificata e integrata per il recepimento in corso delle direttive⁵⁷ del 2014) e consistono in società commerciali alle quali partecipa l'amministrazione mediante un ente pubblico, in concomitanza con persone fisiche o giuridiche. L'utilizzo di questo schema societario ha una significativa tradizione nella pratica locale e ha avuto una forte espansione nei settori della produzione e distribuzione dell'*energia elettrica*, della depurazione e distribuzione dell'*acqua*, dei servizi di radiodiffusione o di diporto; il diffuso utilizzo di questa forma di gestione dei servizi pubblici locali ha due ragioni sostanziali: in primo luogo, gli enti del settore pubblico hanno scelto di rivolgersi a finanziamenti privati per evi-

⁵³ V. F. SOSA WAGNER, *op. cit.*, 77 ss. Circa la creazione, l'acquisizione di azioni, lo statuto, il capitale minimo e le azioni che sono beni patrimoniali inclusi nell'erario dell'ente pubblico (art. 6 *Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales* e art. 7.2 *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*), l'organizzazione (giunta generale, consiglio di amministrazione), trasformazione, fusione, liquidazione, v. 134 ss., 307 ss.

⁵⁴ Si rinvia a F. SOSA WAGNER, *op. cit.*, 191 ss.

⁵⁵ V. F. SOSA WAGNER, *op. cit.*, 219 ss.

⁵⁶ V. M. SALVADOR, C. RAMIÓ, *Nuevas fórmulas de prestación de servicios públicos locales: experiencias y propuestas sobre los determinantes de la externalización en Cataluña*, in C. RAMIÓ (coord.), *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2009, 81 ss.

⁵⁷ L'unico riferimento è la proposta di legge *Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público* del 14 settembre 2015, di trasposizione delle direttive del 2014 secondo un quadro normativo di maggiore semplificazione e innovazione per una disciplina organica dell'intera materia degli appalti e delle concessioni; una novità significativa è l'abolizione del partenariato pubblico-privato in quanto, come risulta dalla Relazione al progetto, l'obiettivo di questa collaborazione può essere conseguita con altre modalità contrattuali, quale, ad es., la concessione; per approfondimenti si rinvia a A. RANGONE (a cura di), *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, Istituto Grandi Infrastrutture, in www.astrid-online.it. Attualmente è in fase di approvazione il 121/000002 *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen en el ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, in *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 2 de diciembre de 2016.

tare i vincoli derivanti dal principio del pareggio di bilancio e, in secondo luogo, le amministrazioni pubbliche, con l'obiettivo di migliorare l'efficacia e l'efficienza, hanno frequentemente programmato di utilizzare le conoscenze e le modalità di funzionamento del settore privato nella gestione pubblica per superare il problema delle limitate risorse, soprattutto in un periodo di crisi. Nella disciplina di queste società, come in quelle pubbliche, vi è un richiamo generale al diritto privato; la società mista costituita nella forma giuridica di una società commerciale segue le relative regole circa la costituzione, l'organizzazione e le operazioni interne, fatte salve le norme speciali di carattere amministrativo. Gli enti pubblici territoriali sono coinvolti in qualità di soci con diritti riconosciuti dallo statuto e dal diritto societario, ma all'interno di ogni società hanno facoltà più ampie derivanti dai poteri pubblici; quindi queste imprese miste operano nella fornitura di servizi in modo analogo a una società pubblica, ma con spiccati caratteri privatistici⁵⁸.

La creazione di una società mista può derivare dall'acquisizione da parte dell'ente locale di partecipazioni e di azioni di una società già costituita, mediante un accordo con i possessori di azioni o quote o, se del caso, è possibile con l'acquisto del pacchetto di azioni negoziate e da ciò la condivisione della gestione della società. La rilevanza giuridica del contratto avente ad oggetto le azioni o quote di partecipazione non consiste nella semplice alienazione di un bene conferito nel capitale, perché questo è un partenariato istituzionale⁵⁹. La costituzione della società è comunque successiva alla stipulazione di un contratto di gestione dei servizi pubblici – come nell'ordinamento francese – nella forma della società di economia mista e la procedura nel sistema giuridico spagnolo⁶⁰ è quella prevista dalla disciplina dell'UE; il procedimento per l'aggiudicazione del contratto ricade nella disciplina dei contratti del settore pubblico. Nonostante la natura privatistica, le imprese di economia mista devono essere sottoposte ad un controllo ammi-

⁵⁸ Alcune disposizioni particolari possono essere previste, ai sensi dell'art. 104, secondo comma, *TRLRHL*, dall'atto costitutivo e dallo statuto delle società miste per i profili strutturali e funzionali; queste disposizioni prevedono per l'ente locale alcuni particolari diritti di carattere economico (partecipazione agli utili, liquidazione del patrimonio sociale) in quanto esso è titolare di quote o di azioni di società. Altre norme derogatorie al diritto societario sono previste dagli artt. 106-108 *RSCL*; per le prerogative particolari v. F. SOSA WAGNER, *op. cit.*, 327 ss.; secondo E. MONTOYA MARTIN (*La gestión de los servicios locales a través de empresas municipales y mixtas*, in S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de derecho municipal*, vol. III, Madrid, 2011, 2925 ss.) le deroghe al diritto societario sono ammissibili purché non siano in contrasto con i principi applicabili alle società di capitali e finalizzate alla migliore attuazione dell'interesse pubblico nella gestione del servizio.

⁵⁹ Si rinvia a T. YSA, *La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro*, in C. RAMIÓ (coord.), *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, cit., 31 ss., che si riferisce anche all'esperienza della *Cataluña*; L. MINGUEZ MACHO, *Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español*, in *Revista de Administración Pública*, 2008, 157 ss.

⁶⁰ Per la qualificazione del rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e società di economia mista e la sottoposizione alla disciplina dei contratti pubblici si rinvia a M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, cit., 275 ss.

nistrativo e contabile anche se tale controllo è limitato ai profili contrattuali, contabili, fiscali o di bilancio relativi al servizio municipale gestito.

In conseguenza della crisi finanziaria ed economica degli ultimi anni, anche l'ordinamento spagnolo ha elaborato nuove misure di rigido controllo della spesa pubblica che hanno direttamente coinvolto (e talvolta ridimensionato) le competenze degli enti locali con una riforma⁶¹ e, di conseguenza, il settore societario locale è sottoposto a limitazioni specifiche nella gestione dei servizi pubblici⁶²; ciò è derivato, ad esempio, dalla richiesta del Governo (giugno 2012) di assistenza finanziaria nel contesto della ristrutturazione e ricapitalizzazione del settore bancario e per la stabilità del bilancio a cui si è aggiunta la modifica dell'art. 135 della Costituzione con la *Ley Orgánica* n. 2/2012, in tema di bilancio e di stabilità finanziaria sostenibile circa il reddito o le spese delle amministrazioni pubbliche e di altre entità che fanno parte del settore pubblico. In seguito è intervenuta la riforma dell'amministrazione locale n. 27/2013 con la *Ley Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* volta a ridimensionare il settore pubblico locale e i relativi enti, tra i quali le società municipali⁶³ che si distinguono a seconda della composizione del capitale in aziende municipali interamente pub-

⁶¹ Sulle motivazioni della riforma locale si rinvia a M. ALMEIDA CERREDA, *La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local*, in J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (COORD.), *La Planta del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, 61 ss.; M. REBOLLO PUIG, *La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios*, in L. COSCULLUELA MONTANER, L. MEDINA ALCOZ (DIRS.), *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, Cizur Menor, 2012, 196 ss.; C. MONASTERIO ESCUDERO, *Enseñanzas de la crisis financiera para la estabilidad presupuestaria y el control del sector público*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, 51 ss.

⁶² In particolare v. L. C. FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, *La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos*, in T. QUINTANA LÓPEZ (DIR.), *La Reforma del Régimen Local*, Valencia, 2014, 219 ss.; G. HUTARDO LÓPEZ, *El rediseño y redimensionamiento del sector público económico local*, in J. A. SANTAMARÍA PASTOR (COORD.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 312 ss.; E. NIETO GARRIDO, *La reforma de las entidades instrumentales por la ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 165, 2014, 107 ss.; D. SANTIAGO IGLESIAS, *La transformación del sector empresarial local: prospectiva de las sociedades municipales en el actual contexto de crisis económica*, in *Anuario de Derecho Municipal*, n. 6, 2013, 102 ss.

⁶³ Per approfondimenti sulle misure adottate volte al ridimensionamento e alla razionalizzazione del settore pubblico locale, si rinvia a Á. GONZÁLES BUSTOS, *El servicio municipal de mercado de abastos tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, in T. FONT I LLOVET, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (COORDS.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid, 2017, 189 ss.; v. altresì D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades municipales*, in M. ALMEIDA CERREDA, C. TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (DIRS.), *Medidas para la racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, portuguesa e italiana*, Navarra, 2015, 230 ss.; E. MONTROYA MARTÍN, *Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 36, 2014, 8 ss.; J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, *El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos*, in J. A. CARRILLO DONAIRE, P. NAVARRO RODRIGUEZ (COORD.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local*, Madrid, 2014, 620 ss.; L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, *La reordenación del sector público local*, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 34, 2014, 208 ss.

bliche – in cui l'unico socio è l'ente locale – e in *società di economia mista* al cui capitale partecipano almeno un ente locale e un *partner* privato.

In un primo momento era prevista l'applicabilità di dette misure restrittive solo alle società destinate a svolgere attività economiche, cioè a società di mercato, ma in seguito sono state estese alle società che gestiscono *servizi pubblici* in situazioni di disequilibrio finanziario fino al 1 dicembre, 2016, per il servizio idrico, la depurazione delle acque reflue, la raccolta, il trattamento e riciclaggio dei rifiuti e il trasporto pubblico. Quindi, le società il cui scopo è la gestione dei servizi pubblici sono destinatarie di severi interventi normativi a riduzione delle passività con un diverso regime, a seconda si tratti di società totalmente pubbliche o miste. Per le società aventi ad oggetto una delle attività precisate, è stato previsto un periodo più lungo in modo che gli enti locali interessati potessero adottare, fino al 31 dicembre 2015, le misure previste nel piano di correzione; in caso di mancato intervento di risanamento è stabilita la liquidazione delle aziende, mentre se non eseguono gli atti adottati, le società si intendono sciolte automaticamente *ope legis* il 1 dicembre 2016.

Si prospetta anche una questione di compatibilità con i principi di efficienza, di stabilità e di sostenibilità finanziaria, dato che dalla sua applicazione possono derivare costi elevati per l'ente locale; in particolare, nel caso delle società miste, lo scioglimento dell'impresa comporta la risoluzione del contratto di gestione di servizi pubblici. Inoltre, si deve procedere, ai sensi dell'art. 288.1 *TRLCSP*, al pagamento del prezzo di opere e installazioni realizzate dalla società mista e di proprietà dell'amministrazione, al risarcimento dei danni per l'appaltatore, tra cui i mancati benefici futuri, in base ai risultati degli ultimi cinque anni e alla perdita di valore delle opere e degli impianti, considerato il livello di ammortamento, come previsto dall'art. 288.4 *TRLCSP*.

Da questi nuovi interventi normativi, restrittivi e di riforma degli enti locali, possono conseguire una *diminuzione* del numero delle società (private e miste) e casi di gestione diretta qualora l'ente locale, titolare di un servizio pubblico, sia tenuto a gestire direttamente l'erogazione delle prestazioni, in quanto per ragioni finanziarie siano state estinte le precedenti società.

Per il fenomeno della rimunicipalizzazione, è certamente più corretto riferirsi ad esso solo quando la gestione iniziale del servizio già municipale sia stata modificata dall'ente locale e attribuita mediante concessione a società private o miste, sulla base di accordi di gestione indiretta; dopo questa esperienza, per motivi in genere relativi ai costi e all'efficienza, l'ente locale adotta di nuovo e recupera la gestione diretta⁶⁴. Nell'ordinamento spagnolo il recente indi-

⁶⁴ Sul concetto di rimunicipalizzazione si rinvia allo studio di J. TORNOS MAS, *La remunicipalización de los servicios públicos locales*, 28 ss., in T. FONT i LLOVET, J.J. DÍEZ SÁNCHEZ (coords.), *Los servicios públicos loca-*

rizzo di ritorno alla gestione pubblica dipende dall'alternanza politica negli enti locali dopo le recenti elezioni, in base ai contenuti del programma politico, e da una forte spinta popolare contraria all'esternalizzazione; in alcuni grandi Comuni (ad es. Madrid) sono in fase di studio le modalità giuridiche più adeguate per procedere alla rimunicipalizzazione di alcuni servizi pubblici (gestione dell'acqua e dei rifiuti), soprattutto mediante il mancato rinnovo alla scadenza delle concessioni preesistenti, che erano state attribuite a società private o miste, e la creazione di nuove società pubbliche distinte dalle precedenti. Si prospettano però complesse problematiche circa il trasferimento delle gestioni e la disciplina applicabile al personale, profili rilevanti che condizionano la realizzabilità.

Alcune nuove disposizioni possono comportare la perdita della competenza per un determinato servizio come conseguenza del nuovo procedimento di valutazione (art. 26 *LBRL* secondo il parametro del «costo effettivo») dei servizi municipali e l'estinzione della società di erogazione, altre disposizioni limitano l'utilizzo di formule societarie per la gestione di servizi pubblici e le attività economiche degli enti locali e, di conseguenza, comportano una *diminuzione* del numero delle società, schema ad oggi frequentemente adottato⁶⁵. Tuttavia, in generale, non vi sono limitazioni per l'uso di forme indirette di gestione dei servizi pubblici come la società mista, ma alcuni limiti possono emergere dall'applicazione della *Disposición Adicional Novena LBRL* per quei Comuni che hanno in corso un piano di adeguamento o di risanamento economico-finanziario. Così, ad esempio, occorre giustificare la convenienza e l'opportunità dell'esercizio di una determinata attività: essa non deve comportare rischi per la sostenibilità finanziaria comunale, sulla base un'analisi di mercato della domanda e dell'offerta esistente, per la redditività e i potenziali effetti delle attività locali sulla concorrenza. L'introduzione di questi requisiti stringenti di certo limiterà la creazione di nuove società comunali, totalmente pubbliche e miste, con effetti negativi considerato l'apporto comunque positivo della collaborazione pubblico-privata in un periodo di crisi⁶⁶.

les, cit., 44 ss.; l'Autore richiama l'orientamento recente dell'Autorità catalana della concorrenza che richiede, nel caso di un procedimento di municipalizzazione del servizio idrico, in base alla disciplina vigente, di giustificare la scelta per la gestione diretta e di evidenziare i vantaggi rispetto a quella indiretta, spec. 36; S. ANTONIAZZI, *Servicios públicos locales y empresas de economía mixta: perfiles de comparación y experiencias recientes de remunicipalización*, ivi, 131 ss.

⁶⁵ Per approfondimenti si rinvia a D. SANTIAGO IGLESIAS, *Las sociedades municipales*, cit., 263 ss.

⁶⁶ Per uno studio recente di analisi economica sui risultati dell'utilizzo del PPP in Spagna nei settori dell'energia, trasporti e dell'acqua si rinvia a M. CAMPRA, G. ORICCHIO, E.M. BRAJA, P. ESPOSITO, *Sovereign Risk and Public-Private Partnership During the Euro Crisis*, cit., 183 ss.

5. Germania. *Il PPP, le società miste e la tendenza alla rimunicipalizzazione per diversi servizi pubblici.*

La legge federale del 2005 di semplificazione e accelerazione in materia di PPP – *Öffentlich-Private Partnerschaft*⁶⁷ (ÖPP) – è comunque piuttosto recente rispetto alla disciplina del Regno Unito; essa definisce uno schema assai generale come cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e l'economia privata con finalità di pubblico interesse con vantaggi per entrambi i settori, ma non propone una definizione giuridica né detta una disciplina organica. La legge federale consiste in una serie di emendamenti della disciplina preesistente per gli appalti, finanziamenti, investimenti e bilancio, con alcune novità, quali, ad es., l'introduzione del dialogo competitivo come forma di aggiudicazione e la possibilità di usufruire di sgravi fiscali per il PPP. La legge di bilancio stabilisce dei vincoli: il soggetto pubblico può ricorrere al PPP esclusivamente quando la funzione pubblica può essere attuata in modo più economico rispetto agli schemi tradizionali e la valutazione deve essere effettuata alla luce dell'effettiva ripartizione dei rischi, in questo caso a carico del privato per l'intera durata del progetto e da ciò la riduzione dei costi per l'ente pubblico⁶⁸.

Dalla legge federale sono derivate le leggi dei vari *Länder* con la conseguenza che attualmente sono vigenti quattordici discipline in tema e negli ultimi dieci anni l'attuazione di interventi mediante PPP è decisamente incrementata, soprattutto nell'attuale periodo di crisi finanziaria ed economica; tuttavia, anche se la percentuale di investimenti mediante ÖPP è aumentata soprattutto nel settore dell'urbanistica⁶⁹, essa non ha certo raggiunto il livello di diffusione del Regno Unito. In periodo di crisi, l'adozione di questo modello organizzativo è stata ulteriormente sollecitata, dato che consente di ridurre la spesa pubblica rilevante anche in Germania per i diversi livelli federale, regionale e comunale; negli ultimi dieci anni la percentuale di interventi PPP è cresciuta rapidamente fino al 6% degli interventi federali soprattutto per iniziativa dei vari *Länder* che hanno applicato soprattutto la formula dei *Einsparcontracting* e cioè accordi di riduzione del consumo energetico mediante rinnovo degli impianti ripagati dal risparmio dei costi per gli utenti.

⁶⁷ La legge *Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Privaten Partnerschaften*, definita ÖPP-BeschlaG.

⁶⁸ Per questi aspetti v. C. B. HÜSKEN, S. MANN, *Der Staat als "Homo Oeconomicus"? Drei Sädes Wirtschaftlichkeitsvergleichs bei Public Private Partnerships*, in *DöV*, 2005, 143 ss.

⁶⁹ Si rinvia allo studio DEUTSCHES INSTITUT FÜR URBANISTIK, *Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen (september 2005)*, Berlin, 2005, 8 ss., da cui emerge il raddoppio del numero di PPP nel periodo 2004/2005 rispetto agli anni precedenti.

L'utilizzo del PPP ha assunto un certo rilievo proprio per il settore dei *servizi pubblici* (*Daseinsvorsorge*) le cui prestazioni possono comportare entrate non adeguate a coprire i costi e una limitata redditività. Il Governo tedesco ha elaborato diverse iniziative ispirandosi all'esperienza inglese e, ad esempio, con finalità di promozione ha previsto una Commissione «PPP nella pubblica edilizia» (2002) di livello federale (Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica) come sede di collaborazione tra amministrazione e imprese private per realizzare progetti. In seguito è stata istituita una società pubblico-privata di consulenza – *Partnerschaften Deutschland*⁷⁰ – per le amministrazioni pubbliche in tema di PPP e di individuazione di criteri unitari per il coinvolgimento dei privati in progetti di infrastrutture pubbliche e di edilizia pubblica. Il PPP è stato anche esteso al settore sanitario e dei servizi pubblici locali⁷¹ (raccolta e smaltimento rifiuti, trasporti pubblici).

In passato, in Germania le amministrazioni locali avevano trasferito l'esecuzione di certe attività da organi interni a imprese e a società municipalizzate per esigenze di maggiore flessibilità finanziaria ed organizzativa, ma in seguito è prevalsa una certa tendenza alla privatizzazione in senso “materiale” delle imprese locali con la vendita totale o parziale a soggetti terzi⁷² mediante soluzioni anche di PPP. Inoltre, l'applicazione del PPP include, come è noto, la creazione di una società di economia mista per la gestione di servizi pubblici sulla base di un contratto e di integrazione organizzativa del *partner* privato⁷³. Questa soluzione era stata favorita e causata dalla politica europea volta a liberalizzare il mercato, dalla “pressione” di grandi imprese nazionali e internazionali (ad es., nei settori dell'energia e dell'acqua) e dalla situazione di crisi diffusa per le scarse risorse finanziarie degli enti pubblici costretti a vendere il loro patrimonio.

Negli ultimi anni, si sono registrati significativi cambiamenti nel governo locale⁷⁴ con innovazioni per il federalismo ed i servizi pubblici (acqua, rete fognaria

⁷⁰ V. sito istituzionale www.partnerschaftendeutschland.de. Per approfondimenti si rinvia a G. CERRINA FERONI, *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 G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, cit., 29 ss. e 41 ss.; per uno studio approfondito sul PPP nell'ordinamento tedesco si rinvia a H. BAUER, *Public Private Partnership*, 42, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN, A. VOSSKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, München, 2012, 1292 ss.

⁷¹ Per dati recenti sulla diffusione del PPP, si rinvia a PARTNERSCHAFTEN DEUTSCHLAND, *Öffentlich-Privaten Partnerschaften in Deutschland, 2014*, Berlin, 31 Dezember 2014, in www.partnerschaften-deutschland.de.

⁷² Circa la privatizzazione sperimentata in vari settori (servizio postale, ferrovie, acqua, elettricità, gas) negli anni 1989/2001 v. W. RÜGEMER, *Privatisierung in Deutschland*, Münster, 2006, 62 ss.

⁷³ Per un inquadramento generale delle diverse soluzioni di PPP tra le quali la *società mista*, si rinvia a C. FRANZIUS, *Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen*, Tübingen, 2009, 534; O. DALIA, *Enterprise and Innovation and PPPs in Germany: Recent Developments*, in *European Public Private Law Review*, 2010, 132 ss.

⁷⁴ Si rinvia a A. GRASSE, *Crisi economica e finanziaria e sistema multi-livello tedesco: alcuni cenni critici sulle politiche dell'austerità*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 423 ss.

ria, trasporto pubblico, energia ecc.) che per tradizione sono compiti specifici di un ente locale e che erano gestiti da imprese municipali (o aziende municipalizzate) – *Stadtwerke* – organizzate per l'erogazione di più servizi; se il capitale è costituito dalla partecipazione di soci privati, di regola come azionisti di minoranza, la società è mista (*Gemischtwirtschaftliche Unternehmen*). Tuttavia, più recentemente, si assiste all'affermazione del *fenomeno inverso*, dato che la privatizzazione non ha soddisfatto le aspettative iniziali, di *ritorno* alla gestione pubblica dei servizi locali e ad una maggiore espansione della diretta fornitura di servizi pubblici da parte degli enti territoriali⁷⁵. Il crescente scetticismo circa il successo della privatizzazione di funzioni pubbliche non è comunque limitato alla Germania, come abbiamo già visto, ma in modo particolare in questo ordinamento la critica è particolarmente severa e da ciò la denuncia del modello britannico senza mezzi termini; il sistema privatizzato risulta frammentato e vi è confusione per il conflitto di interessi tra l'esigenza del corretto funzionamento della rete mediante rilevanti investimenti a lungo termine, da un lato, e gli interessi di profitto a breve termine degli azionisti. Da queste considerazioni si deduce che non tutti i servizi pubblici – soprattutto quelli collegati a monopoli naturali – sono adatti alla privatizzazione per gli interessi prevalenti degli azionisti delle società di incrementare gli utili.

Nel contesto degli sviluppi negativi della privatizzazione, i cittadini hanno a disposizione forme di decisione di democrazia diretta a livello locale, mediante iniziative popolari e referendum per esprimere dissenso e preoccupazioni. Le principali ragioni della crescente attrattiva per la creazione di servizi gestiti direttamente dagli enti territoriali, dipendono dal mancato avverarsi delle promesse teoricamente associate alla privatizzazione dei servizi pubblici; spesso sono conseguiti aumenti di prezzo delle prestazioni (con utili rilevanti a favore dei privati che creano monopoli o cartelli) e un deterioramento qualitativo. In diverse città tedesche (Münster, Hamburg, Freiburg, Müllabfuhr, Nümbrecht), dopo numerosi referendum, i servizi pubblici privatizzati sono stati rimunicipalizzati e da ciò emerge una crescente fiducia delle comunità locali nell'effettiva possibilità di orientare le scelte di gestione dei servizi pubblici. Ciò è confermato, ad es., nel servizio di raccolta dei rifiuti (ad es., il circondario Rhein-Sieg-Kreis, Nümbrecht): il ritrasferimento alla gestione pubblica ha comportato un risparmio sui costi a fronte del fallimento del mercato regionale, di problemi di qualità delle prestazioni, di garanzia di fornitura di servizi e di prezzi aumentati in modo rilevante⁷⁶; quindi dopo una situazione di consistente aumento di aziende private

⁷⁵ Per queste considerazioni generali si rinvia a H. WOLLMANN, *Tendenze delle riforme in Germania: federalismo, governo locale e servizi pubblici*, relazione per il seminario SPISA, Bologna, 30 giugno 2015.

⁷⁶ Si rinvia a M. RÖBER, *Privatisierung adé? Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements*, in *Verwaltung & Management*, n. 5, 2009, 230 ss. e, in particolare, per i vari casi di referendum e di ritorno alla gestione pubblica, 231-233.

per lo smaltimento e riciclaggio dei rifiuti, è prevalsa la recente gestione pubblica, così nel settore dei trasporti pubblici locali⁷⁷.

Il settore elettrico⁷⁸ si caratterizza da tempo per la coesistenza di più fornitori: un gruppo di società quotate in borsa con capitale misto e aziende municipali di gestione di una pluralità di servizi (acqua, scarichi, rifiuti, trasporto); nonostante l'obiettivo dell'UE, risalente agli anni novanta del secolo scorso, di introdurre la concorrenza e la liberalizzazione per un mercato unico europeo dei servizi di interesse economico generale, la Germania ha, invece, adottato una soluzione di concentrazione che ha favorito un oligopolio tra quattro grandi società energetiche con difficoltà per la sopravvivenza delle aziende municipali. Anche per questo settore è emersa una modifica dell'indirizzo generale di privatizzazione, nel senso di una riemersione delle *Stadtwerke* che hanno riacquisito aziende o capitali e partecipazioni di proprietà privata oppure costituito nuove aziende, ampliando la loro rilevanza nella produzione e distribuzione dell'energia⁷⁹.

Il settore idrico, tradizionalmente gestito dagli enti locali e da società pubbliche, dagli anni ottanta dello scorso secolo è stato privatizzato in modo rilevante mediante la vendita delle aziende municipali a grandi società nazionali e internazionali (*Veolia* francese e *RWE* tedesca); più recentemente si assiste ad un'inversione di tendenza (casi di Potsdam, Berlino, Stoccarda). Per la gestione dell'acqua⁸⁰, le motivazioni a favore e in senso contrario alla privatizzazione sono molteplici⁸¹, tuttavia è stata rilevata l'assenza di regole chiare circa il coinvolgimento dei privati da cui sono conseguiti diversi problemi di efficiente regolazione del settore⁸² e da ciò le iniziative di esercizio di diritti di partecipazione⁸³ circa la valutazione delle *performance* e gli obblighi di protezione degli interessi degli utenti, e di democrazia diretta con referendum indetti dai cittadini per ritornare alla soluzione pubblicistica.

⁷⁷ Per la gestione del trasporto pubblico v. Report di D. HALL, *op. cit.*, 5.

⁷⁸ Per un ampio studio sugli investimenti nel settore dell'energia e sull'espansione delle reti v. P. FRANKKE, *Rechtliche Probleme des Netzausbaus aus Sicht der Bundesnetzagentur*, in U. EHRLICHE (Hrsg.), *Hürden und Grenzen der Liberalisierung im Energiesektor*, Baden-Baden, 2013, 11 ss.

⁷⁹ Si rinvia a H. WOLLMANN, *Provision of Public Services in European countries: from public/municipal to private and reverse?*, in *Comparative & Croatian Public Administration*, 2011, vol. n. 11, n. 4, 898 ss. e reperibile in <http://en.iju.hr/ccpa/ccpa/downloads/files/001-Wollmann.pdf>; H. WOLLMANN, H. BALDERSHEIM, G. CITRONI, G. MARCOU, J. McELDOWNEY, *From public service to commodity: the demunicipalization (or remunicipalization?) of energy provision in Germany, Italy, France, the UK and Norway*, in H. WOLLMANN, G. MARCOU (ed.), *The Provision of Public Services in Europe Between State, Local Government and Market*, Cheltenham, 2010.

⁸⁰ Per le varie categorie di privatizzazione applicate al settore idrico, si rinvia allo studio approfondito di J. von FREIGANG, *Verträge als Instrumente der Privatisierung, Liberalisierung und Regulierung*, Berlin, 2009, 116 ss.

⁸¹ Per un'analisi approfondita delle motivazioni giuridiche, economiche e politiche v. J. BREHME, *Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung*, Tübingen, 2010, 29 ss. e per la distinzione teorica tra le forme legali di privatizzazione formale, materiale e funzionale: 24 ss. Per queste distinzioni v. anche H.P. KRENZ, *Privatisierung öffentlicher Einrichtungen*, Frankfurt am Main, 2009, 17 ss.

⁸² V. J. BREHME, *op. cit.*, 53 ss.

⁸³ V. J. BREHME, *op. cit.*, 338 ss.

Peraltro, le recenti riforme che hanno riguardato gli enti territoriali sembrano meglio garantire una gestione pubblica efficiente del servizio idrico mediante nuove strategie e tecniche di risparmio per gli utenti⁸⁴; quindi la gestione comunale sembra essere attualmente quella più adeguata anche a tutela degli interessi pubblici sottesi. In concreto, i risultati della precedente privatizzazione non sono stati adeguati alle aspettative e il settore privato non si è necessariamente rivelato la scelta migliore, più efficiente e più conveniente rispetto alla soluzione pubblicistica e da queste considerazioni concrete è derivata una forte spinta alla rimunicipalizzazione⁸⁵; ulteriori innovazioni potranno certamente derivare dal recepimento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 mediante *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts*⁸⁶ (*VergRModG*) del 17 febbraio 2016 e *Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts*⁸⁷ (*VergRModVO*) del 12 aprile 2016.

6. Conclusioni: le società miste nell'ordinamento italiano, confronti e recenti innovazioni normative.

Per tradizione storica i servizi pubblici locali⁸⁸ sono stati prevalentemente gestiti da enti locali o mediante concessioni in un contesto di monopolio (locale e

⁸⁴ V. J. BREHME, *op. cit.*, 88 ss.; 96 ss.

⁸⁵ Si rinvia allo studio H. BAUER, C. BÜCHNER, L. HAJASCH (Hrsg.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, Universitätsverlag Potsdam, Potsdam, 2012. La 17a Conferenza del *Kommunalwissenschaftlichen Instituts* dell'Università di Potsdam interviene nel dibattito ed esamina la scelta per la rimunicipalizzazione dei servizi locali. Per ulteriori approfondimenti circa questa evoluzione e le soluzioni ai fini del miglioramento dell'organizzazione v. H. BAUER, *Publizisierung*, in *Juristen Zeitung*, n. 69, 21, 2014, 1017 ss.

⁸⁶ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 8, ausgegeben zu Bonn am 23 Februar 2016, 203.

⁸⁷ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 16, ausgegeben zu Bonn am 14 April 2016, 624.

⁸⁸ Si rinvia a F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. Ital.*, XVII, 1970, 215 ss., ancora attuale per scoprire l'origine del *service public* nella giurisprudenza francese che distingueva tra *actes d'autorité* e *actes de gestion* della pubblica amministrazione e per quest'ultima categoria vi era "una zona grigia" (contratti di lavori pubblici e di forniture, alcune concessioni e altre obbligazioni) con un regime speciale di privilegio rispetto alla disciplina di diritto privato) in seguito attribuita al giudice amministrativo (inizi del secolo scorso); il *service public* assumeva il ruolo di criterio generale sulla competenza del Consiglio di Stato per atti non autoritativi sottoposti a regole non incluse nel diritto comune. La nozione era stata elaborata secondo tre prospettive: in senso materiale, come attività volta alla soddisfazione di un bisogno di interesse generale; in senso organico, «si intende la persona giuridica o, in genere, l'organismo di diritto pubblico che esercita un'attività di interesse generale»; secondo una visione formale: è servizio pubblico quell'attività che è sottoposta ad un regime giuridico speciale "amministrativo". È prevalsa la nozione formale come attività non autoritativa di interesse generale imputabile ad un organismo della pubblica amministrazione, sottoposta ad un regime speciale. In Italia, invece, il dibattito era incentrato sulla municipalizzazione dei servizi pubblici e, quindi, sull'attribuzione agli enti locali (Comuni, Province) di attività economiche destinate prevalentemente alle comunità locali; nell'ordinamento costituzionale, ai sensi dell'art. 43 Cost. e dell'art. 1 della legge sulla municipalizzazione «il servizio pubblico è una clausola generale che si riferisce ad un fenomeno i cui indici di esistenza saranno individuati, a seconda dei casi, dal legislatore o dall'ente locale territoriale e infine riesaminati, sotto il profilo della "ragionevolezza", dal giudice costituzionale o dal giudice amministrativo». V. altresì R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese*

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

Soluzioni intermedie sono presenti in *Francia* e *Spagna* in cui attualmente vi sono significative restrizioni per esigenze di finanza pubblica; in *Francia* prevale ancora la gestione delegata dei servizi pubblici locali sulla base di affidamenti in concessione e nuove forme societarie, ma con diversi casi di ripubblicizzazione. In *Spagna* la disciplina sulle società miste e pubbliche è stata modificata in varie fasi in conseguenza delle direttive del 2004 e delle recenti riforme per le autonomie territoriali e la razionalizzazione della spesa pubblica; l'orientamento di ritorno alla gestione pubblica dipende prevalentemente dalla recente alternanza politica nelle amministrazioni locali e da movimenti d'opinione dei cittadini, ma è di difficile attuazione.

In generale, le ragioni che inducono a ritornare alla gestione pubblica attengono ai costi e all'efficienza in relazione a servizi specifici, motivi che hanno anche giustificato la privatizzazione; più raramente prevalgono motivazioni ideologiche. Si è, quindi, diffusa in Europa una tendenza generale di riforma del settore per obiettivi di contenimento della spesa pubblica e di qualità delle prestazioni nonché in conseguenza del recepimento delle direttive del 2014 sui contratti pubblici.

In *Italia* non emerge una significativa tendenza a rimunicipalizzare i servizi attualmente gestiti da società miste o private, tranne in casi di fallimento di queste modalità di gestione; vi sono alcuni orientamenti politici favorevoli e per il servizio idrico con il referendum del 2011 è emersa una chiara posizione contraria alla privatizzazione e alla liberalizzazione, dato che gli elettori si sono pronun-

ai privati, Milano, 1956, 13 ss., circa la distinzione tra la teoria dei servizi pubblici per i cittadini *uti singuli* e la nozione integrativa più ampia di prestazione amministrativa.

ciati per l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del D. L. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133) che prevedeva una decisa limitazione delle gestioni pubbliche e favoriva un'apertura obbligatoria agli operatori privati; in seguito, vi sono state difficoltà rilevanti di adeguamento normativo anche per le sentenze della Corte Costituzionale, oltre ad un acceso dibattito⁸⁹.

Negli ultimi dieci anni, per esigenze di riduzione della spesa pubblica e di attuazione del principio di concorrenza, la questione della razionalizzazione⁹⁰ delle società partecipate dagli enti locali⁹¹ e delle relative partecipazioni ha assunto una rilevanza centrale in tutte le politiche di riforma delineate dai vari Governi, pur non sempre efficaci e coerenti nella loro evoluzione; infatti, con interventi normativi diversi⁹² si è tentato di limitare l'attività imprenditoriale degli enti locali, soprattutto nella gestione dei servizi pubblici, prevedendo limiti per la costituzione di nuove società e per l'azione in quelle esistenti oppure divieti ad acquisire partecipazioni in società già attive nel mercato e da ciò è emersa una tendenza decisamente opposta al rilevante utilizzo di strumenti privatistici negli anni precedenti, soprattutto considerati i risultati non particolarmente efficienti emersi nel periodo di crisi finanziaria ed economica⁹³. Peraltro, i tentativi di razionalizzazione mediante i frequenti interventi normativi non sono stati efficaci, dato che comunque dal 2008 le società partecipate sono, invece, aumentate

⁸⁹ Sulla complessa questione v. G. PIPERATA, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2015, II, 6 ss.

⁹⁰ Si rinvia a A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, in *Dir. econ.*, 2015, 299 ss.

⁹¹ V. M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 855 ss.

⁹² Si rinvia all'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006, che ha introdotto l'obbligo per le società strumentali di cessare le attività non consentite entro un certo termine e un meccanismo di nullità dei contratti già stipulati in violazione di norme ivi stabilite; l'art. 3, comma 27, della legge finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007) che ha previsto un divieto per tutte le amministrazioni di costituire nuove società o di acquisire o conservare partecipazioni in società preesistenti per attività non strettamente necessarie per l'esecuzione delle finalità istituzionali; l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78 del 2010, che ha previsto limitazioni per la costituzione e la conservazione di partecipazioni in società. In seguito, sono intervenute ulteriori disposizioni: l'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, che ha introdotto l'obbligo di scioglimento o di alienazione delle partecipazioni entro una certa data per le società strumentali il cui fatturato per le prestazioni di servizi a favore di amministrazioni sia superiore al 90% dell'intero fatturato; l'art. 1, comma 568-*bis*, della legge n. 147 del 2013 che ha previsto agevolazioni fiscali per quelle amministrazioni locali e società controllate in caso di scioglimento di queste o di alienazione delle partecipazioni detenute. Altri atti hanno previsto alcune norme relative al settore anche se non direttamente destinate alla razionalizzazione, così l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (decreto Tremonti) circa le forme di gestione dei servizi pubblici locali e l'eccezionalità dell'affidamento *in-house*, e l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 che ha riprodotto l'art. 23-*bis*, abrogato in conseguenza del referendum popolare e poi dichiarato, di conseguenza, incostituzionale (sentenza n. 199 del 2012).

⁹³ Per una certa contraddizione negli orientamenti v. S. MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus*, 2014, 261 ss.; cfr., R. URSI, *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della Spending review*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 145 ss.

nonostante l'incremento dei vincoli di finanza pubblica per gli enti locali⁹⁴; del resto, è riscontrabile una certa tradizione, risalente agli anni '90 del secolo scorso, di società miste finalizzate al coinvolgimento di altri soggetti, pubblici e privati, per il finanziamento di servizi pubblici e la gestione imprenditoriale mediante società per azioni come "fuga" dalla municipalizzazione⁹⁵.

A questo contesto già complesso si aggiungono difficoltà per le competenze come previste dal dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, che sembra aver moltiplicato gli enti governo per la gestione dei servizi pubblici locali e prodotto una significativa frammentazione, ulteriormente complicata dalla legge c.d. Delrio⁹⁶ per funzioni attribuite alla città metropolitana e la soppressione di enti a cui prima spettavano competenze di organizzazione per ambiti provinciali (art. 1 della legge n. 56/2014, commi 44 e 90).

L'intenzione recente del legislatore (legge delega n. 124/2015) è quella di razionalizzare le società partecipate e quelle *in-house* assai diffuse (e diverse in situazione di dissesto finanziario) e di conservare, ma con intensi controlli e limitazioni di natura organizzativa, finanziaria e di rendicontazione, le gestioni pubbliche già esistenti e l'attuale modello di *società mista* con capitale parzialmente pubblico⁹⁷ nella forma di struttura "chiusa" non quotata e di società per azioni

⁹⁴ V. A. MARRA, *La razionalizzazione delle società partecipate degli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, cit., 300; l'Autore evidenzia come in realtà l'utilizzo del modello societario dipenda proprio dall'intenzione degli enti locali di "aggirare" i limiti di spesa previsti da leggi statali. Di conseguenza, è intervenuta una soluzione di vera e propria vigilanza finanziaria mediante un commissario straordinario e un programma di razionalizzazione delle aziende speciali e delle società controllate (art. 23, del d.l. n. 66/2014, convertito con modificazioni nella legge n. 89/2014; il programma è stato pubblicato e inizialmente attuato dalla legge di stabilità 2015, v. art. 1, commi 609, 611-616). Sono esaminati i principali risultati del rapporto del commissario Cottarelli e le disposizioni specifiche della legge di stabilità. Per la proliferazione delle società partecipate, v. la ricerca di D. MARCHESI, *Riordino delle partecipate degli enti locali, criticità, possibili policy, interventi in atto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 335 ss.

⁹⁵ Si rinvia a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 37 ss., spec. 42 ss.; secondo l'Autore l'affidamento in concessione di servizi pubblici a privati è finalizzato all'ammortamento dei costi di costruzione di opere pubbliche necessarie per la gestione dei servizi da parte del privato concessionario ed è una soluzione adottata anche all'inizio del XX secolo. Vi sono però due novità: la concessione può essere attribuita anche ad una società per azioni a cui partecipa il Comune concedente, che può in tal modo controllare direttamente l'operazione e il *leasing* che consente il finanziamento dell'opera senza ricorrere alla finanza pubblica. Cfr., P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999, 87 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, ivi, 135 ss. Per un'indagine sulle società per la gestione dei servizi pubblici locali e sui controlli, v. G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto dell'economia*, Torino, 2001, 279 ss., e in A. PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, 99 ss.

⁹⁶ Per un'analisi critica e assai approfondita del nuovo ordinamento amministrativo regionale e locale, si rinvia a C. TUBERTINI, *L'attuazione regionale della legge 56/2014: verso un nuovo assetto delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2016, 99 ss.

⁹⁷ Per i caratteri fondamentali della società mista per l'esternalizzazione del servizio: G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 312 ss. Per un recente studio, v. D. ANSEL-

c.d. *multiutilities*⁹⁸ quotata che gestiscono i servizi pubblici di molti Comuni. In quest'ultimo schema sono incluse entità societarie (anche nella forma di società *holding* capogruppo con compiti di direzione e di coordinamento) che per l'ambito dell'attività sono di «dimensione regionale», radicate nel territorio per la presenza degli azionisti enti locali e con estensioni nelle Regioni limitrofe, in conseguenza di aggregazioni, sollecitate anche dalla legge⁹⁹, e per l'incorporazione di medie imprese; nell'azionariato vi è una presenza significativa di azionisti privati che controllano, anche se limitatamente, l'azionariato pubblico¹⁰⁰.

Nel panorama sono anche presenti aziende private, ma in numero decisamente minore; in Italia, infatti, per tradizione, gli enti locali possono decidere discrezionalmente la modalità di gestione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica ed affidarlo a una società *in-house* o a una società mista partecipata dall'amministrazione affidante (o da più amministrazioni) e da privati oppure ad un'impresa privata individuata con gara. Le società miste, come è noto, sono riconducibili allo schema del partenariato pubblico privato istituzionalizzato¹⁰¹ e l'affidamento deriva da una gara che ha ad oggetto la selezione del socio privato e la concessione o l'appalto del servizio, secondo un meccanismo di gara «a doppio oggetto»¹⁰²; negli ultimi anni il modello ha attirato maggiori attenzio-

MI, *L'affidamento a società miste*, in A. VIGNERI, M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, 2016, in www.astrid-online.it. Per un'approfondita analisi delle società miste nella disciplina fino al 1995: G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 493 ss.; mentre esprime una tendenza in senso riduttivo dell'utilizzo delle società miste in conseguenza degli interventi (fino al 2006) della Corte di Giustizia in materia di *in house providing* e da ciò «la progressiva erosione dell'autonomia organizzativa degli Stati membri»: M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, 2006, II, 1161 ss. Più recentemente, sulle ragioni della costituzione della società mista che non deriva tanto dalla ricerca di un'effettiva *partnership*, ma dall'esigenza di garantire l'ammortamento dei beni e degli investimenti, v. M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, 213 ss., spec. 227 s.; per questa interpretazione già F. MERUSI, *Servizi pubblici locali instabili*, Bologna, 1990, 37 ss.; spec. 42-45.

⁹⁸ V. ad es., *A2A spa* (sede legale a Brescia, www.a2a.eu); *Acea spa* (sede legale a Roma, www.acea.it); *Hera spa* (sede legale a Bologna, www.gruppohera.it); nel Gruppo Hera: *Acegasapsamga spa*, sede a Trieste, www.acegasapsamga.it); *Iren spa* (sede legale a Reggio Emilia, www.gruppoiren.it). Per uno studio analitico e riferimenti alla pianificazione industriale, si rinvia a S. VENIER, *Le prospettive strategiche e gestionali dei servizi pubblici locali in Italia*, in M. MIDIRI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, 2015, 80 ss.

⁹⁹ Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto «Sblocca Italia»), convertito nella legge 11 novembre 2014, n. 164, ha previsto un rilancio delle privatizzazioni per le società partecipate dagli enti locali, in particolare nei settori del trasporto locale, dei servizi ambientali (rifiuti) e dell'idrico.

¹⁰⁰ Ad es., nel caso di *Hera spa*, l'azionariato al 1 luglio 2017 è così composto: 52,1% soci pubblici e 47,9% flottante. V. www.gruppohera.it. Per una ricostruzione storica dell'attività di *Hera spa*: C. DALL'OSSO, *Una società verso il futuro, I servizi pubblici locali nella prospettiva di Hera*, Imola, 2009.

¹⁰¹ V. Comunicazione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, della Commissione europea, in www.ec.europa.eu.

¹⁰² Circa la scelta del socio privato delle società miste, l'obbligatorietà della gara pubblica e l'eventuale elusione delle regole mediante la circolazione delle partecipazioni e l'aumento del capitale sociale v. S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, 159 ss., spec. 166-167.

ni per esigenze di qualità dei servizi erogati e per la necessità pressante di reperire nuove risorse a fronte dei vincoli stringenti imposti dalla finanza pubblica. Inoltre, la società mista può derivare dalla trasformazione di società pubbliche a seguito di parziale privatizzazione¹⁰³.

In effetti, lo strumento della società mista potrebbe limitare gli svantaggi dipendenti dalla gestione privata e da quella pubblica e consentire l'attuazione di finalità pubbliche di lungo periodo unitamente allo scopo lucrativo per reperire risorse. Rispetto alla gestione privatistica, la rinegoziazione delle clausole contrattuali potrebbe essere più agevole e risolta dall'organo di gestione, mentre potrebbe essere facilitato e rafforzato il controllo dell'adempimento da parte dell'ente locale socio; inoltre, rispetto ad una gestione esclusivamente pubblicistica, la presenza del *partner* privato potrebbe garantire nuovi investimenti. Inoltre, ulteriori vantaggi potrebbero derivare dall'attribuzione al socio privato di una posizione significativa nella gestione mediante una partecipazione maggioritaria e il socio pubblico potrebbe esercitare poteri minimi per intervenire nella gestione ed esercitare i controlli per la tutela di interessi pubblici¹⁰⁴.

Quindi, nell'ordinamento italiano coesistono diverse soluzioni di gestione con alcune contraddizioni che derivano dalla risalente privatizzazione formale da cui sembra sia conseguita in realtà un'espansione della pubblicizzazione sostanziale¹⁰⁵ e, di recente, un *incremento* dei vincoli di natura pubblicistica come conseguenza della rilevanza del debito pubblico, delle limitate risorse a disposizione e della crisi finanziaria ed economica; per questi aspetti il percorso della recente evoluzione è molto simile a quello dell'ordinamento spagnolo.

¹⁰³ Per questa soluzione v. G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in-house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, cit., 151 ss.

¹⁰⁴ Per questa soluzione di prevalenza della partecipazione privata, v. R. OCCHILUPO, G. ROMA, *Le società miste affidatarie di servizi pubblici locali: un'analisi degli assetti di governo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 496; tuttavia, sarebbero necessari meccanismi di intervento in caso di politicizzazione della gestione, autoreferenzialità nel controllo per la coincidenza parziale tra partner pubblico e soggetto controllante ed eventuali conflitti di interessi o episodi corruttivi tra i soci. In particolare, è esaminata la *governance* delle società miste "chiuse" (non quotate) dei settori del trasporto pubblico locale, del servizio idrico e dei rifiuti v. 497 ss. Per la disciplina applicabile in caso di dissesto finanziario delle società a partecipazione pubblica, peraltro materia che rientra nel d.lgs. n. 175/2016, si rinvia a I. DEMURO, *La crisi delle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 557 ss.

¹⁰⁵ In tal senso, F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto delle crisi economiche*, Torino, 2013, 90 s.; secondo l'Autore «Le aziende organo municipalizzate sono state trasformate in società per azioni, e fin qui sembrerebbe trattarsi del solito fenomeno della privatizzazione "formale", sennonché, per giustificare l'affidamento di un servizio pubblico a tali società apparentemente private, è stata inventata dalla giurisprudenza comunitaria, per legittimare il fenomeno, non esclusivamente italiano, dal punto di vista dell'applicabilità della normativa comunitaria, la figura della società *in house*, cioè della società per azioni che, nella sostanza, corrisponde ad un organo dell'ente locale, come era, anche nella forma, la vecchia azienda municipalizzata. Ma non basta. Buona parte degli enti locali non si sono limitati a privatizzare formalmente le aziende municipalizzate facendone un organo di diritto privato, ma, vista l'utilità della società per azioni sotto vari profili (soprattutto in funzione elusiva di norme di diritto pubblico), ha provveduto ad affidare a società per azioni servizi di ogni genere».

Le ulteriori considerazioni sulle società miste dipenderanno dal nuovo contesto normativo assai complesso, ma con norme forse più coordinate e coerenti rispetto al passato; occorre, infatti, considerare il d.lgs. n. 50/2016 sui contratti pubblici¹⁰⁶ e l'attuazione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, sulle società a partecipazione pubblica¹⁰⁷ con norme assai puntuali che confermano un intenso controllo sulla razionalizzazione delle società partecipate e sulla scelta dell'ente locale, disposizioni di diritto speciale nonché limitazioni dell'iniziativa economica privata; per la razionalizzazione periodica, si aggiunge il ruolo assai significativo della Corte dei Conti (art. 20), che deve verificare i relativi piani sottoposti dagli enti locali con un'apposita relazione tecnica¹⁰⁸.

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

L'art. 17, sulle società a *partecipazione mista pubblico-privata*, stabilisce che la quota di partecipazione del soggetto privato *non può essere inferiore al trenta per cento*, quindi con possibilità di diverse combinazioni anche con partecipazione pubblica minoritaria; la procedura di selezione pubblica del medesimo si svolge nel rispetto dell'art. 5, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, e «ha a 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*

¹⁰⁶ V. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di recepimento delle Direttive n. 23, n. 24 e n. 25 del 2014.

¹⁰⁷ Per un commento approfondito di studiosi del settore, v. F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017.

¹⁰⁸ Il controllo dei piani di razionalizzazione delle società partecipate predisposti dagli enti pubblici da parte della Corte dei Conti, era già previsto dall'art. 1, commi 611 e 612 della legge 23 dicembre 2014, n. 190 e, in particolare, si richiama il referto della Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna (deliberazione dell'Adunanza n. 32/2016/VSGO, 24 marzo 2016); ad es., circa le società quotate, la Corte dei Conti rileva che diversi enti locali non hanno considerato la partecipazione in *Hera spa* (v. § 4.1.1.) «in quanto società quotata nei mercati regolamentati e pertanto disciplinata da specifica normativa di settore», ma è stata eccepita la non adeguatezza della motivazione «considerata comunque l'alienabilità, almeno potenziale, della partecipazione e tenuto conto che numerosi degli altri enti locali partecipanti hanno incluso la partecipazione stessa nel proprio piano di razionalizzazione».

esclusivo dell'attività della *società mista*» è, quindi, la *gara a doppio oggetto*¹⁰⁹. Inoltre, i commi 2-5 dell'art. 17, prevedono puntuali *vincoli normativi*, oltre al possesso da parte del socio privato dei requisiti di qualificazione contenuti in norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione; già all'avviso pubblico devono essere allegati la bozza dello statuto e degli accordi parasociali, degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei regolamenti di esecuzione. Il bando di gara deve precisare l'oggetto dell'affidamento, i requisiti di qualificazione (generali, speciali, tecnico ed economico-finanziari) dei partecipanti e ovviamente un criterio di aggiudicazione che assicuri la concorrenza. Si aggiungono *limiti* riguardo alla durata della partecipazione privata alla società, che non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione, e per il contenuto dello statuto (circa meccanismi idonei per lo scioglimento della società nei casi di risoluzione del contratto di servizio, di trasformazione, fusione o mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante, di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda coinvolto nell'esecuzione dell'appalto o della concessione).

Sono previste anche deroghe a norme del codice civile per il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa (artt. 2380-*bis* e 2409-*novies*) disciplinato da clausole degli statuti delle società per azioni; deroghe all'art. 2479, comma 1, c.c. per l'attribuzione di particolari diritti (art. 2468, comma 3, c.c.) che possono essere inseriti negli statuti delle società a responsabilità limitata, e all'art. 2479, comma 1, c.c. per eliminare o limitare la competenza dei soci. Per le società per azioni è, inoltre, consentita l'emissione di speciali categorie di azioni anche con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato; i patti parasociali possono avere una durata superiore a cinque anni (in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, c.c.), ma entro i limiti di durata del contratto per il quale è stata costituita la società. In ogni caso, al fine di «ottimizzare» la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche contestuali, la società può emettere azioni correlate (art. 2350, comma 2, c.c.) o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione o coordinamento da parte di un'altra società. L'art. 18 stabilisce particolari modalità per la quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati e l'art. 8 introduce norme per le operazioni di acquisto di partecipazioni in società già costituite; peraltro, per il d.lgs. n. 175/2016 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri (9 giugno 2017) il *decreto correttivo* d.lgs. 16 giugno 2017,

¹⁰⁹ V. art. 23-*bis*, comma 2, lett. b) del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, e s.m.; cfr., parere del Consiglio di Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte di Giustizia, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/09, in www.curia.europa.eu.

n. 100, che introduce disposizioni integrative¹¹⁰ anche in esecuzione della sentenza n. 251 del 2016 della Corte Costituzionale.

Qualche profilo innovativo poteva derivare dall'approvazione e pubblicazione dello schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale¹¹¹ che richiamava nell'art. 7, comma 1, lett. b), tra le modalità di gestione, l'affidamento a *società miste*, rinviando per la scelta del socio privato al Testo Unico sulle società partecipate; il comma 6 riguardava la cessazione degli affidamenti diretti assentiti alla data del 31 dicembre 2004 a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati, per la scadenza prevista nel contratto di servizio con diverse modalità e conseguenze giuridiche.

L'art. 9, comma 5, lett. b) in tema di proprietà e gestione, precisava che «Qualora sia separata dalla gestione del servizio, la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali, è realizzata dagli enti competenti all'organizzazione del servizio mediante: ... b) *società miste*, il cui socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea»; ulteriori disposizioni riguardavano l'Aeegsi per la nuova denominazione (Autorità di regolazione per energia, reti e

¹¹⁰ Il Governo ha approvato lo schema di decreto correttivo (in www.governo.it), dopo il parere del Consiglio di Stato, l'intesa in sede di Conferenza Unificata (16 marzo 2017) e le osservazioni delle Commissioni parlamentari accolte solo in parte (per i vari atti v. www.astrid-online.it). Le integrazioni riguardano l'attività di autoproduzione di beni e servizi che può essere strumentale agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, l'ammissibilità di partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'esclusione totale o parziale, nel caso di partecipazioni regionali, di singole società dall'applicazione della disciplina mediante provvedimento motivato del Presidente della Regione per puntuali finalità pubbliche; altre novità consistono nell'intesa in Conferenza unificata per il Dpcm di determinazione dei requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia dei componenti degli organi amministrativi e di controllo e la definizione di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi per la classificazione delle società a controllo pubblico, nel caso di società controllate dalla Regione o dagli enti locali. È, inoltre, prevista la revisione straordinaria entro un termine più ampio (30 settembre 2017) e il termine del 31 luglio 2017 per consentire alle società di adeguarsi alla nuova disciplina. Il Consiglio di Stato ha reso il parere favorevole (Commissione speciale, 14 marzo 2017, n. 638, in www.giustizia-amministrativa.it) con osservazioni e, in particolare, alcuni rilievi sono confermati anche in questa occasione: la questione critica, già evidenziata nel primo parere (6 aprile 2016, n. 1075), di attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di escludere singole società dall'applicazione della riforma mediante un provvedimento amministrativo e di estendere questo potere di deroga ai Presidenti delle Regioni; l'incertezza nel riparto tra giudice contabile e giudice civile in materia di responsabilità degli amministratori delle società partecipate per escludere sovrapposizioni, l'esigenza di un'unica disciplina delle società *in-house* eliminando le difformità tra le norme del Testo Unico e quelle del d.lgs. n. 50/2016 e chiarendo, ad es., l'applicabilità della disciplina sui contratti pubblici anche agli acquisti di beni e servizi da parte di società pubbliche. Peraltro, non sono previste modifiche significative per l'art. 17 sulle società miste, mentre vi sono integrazioni nell'art. 1, comma 5, per chiarire l'ambito di applicabilità del T.U. alle società quotate e alle società da esse partecipate, salvo nel caso in cui le stesse siano controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche. Vi è il richiamo all'art. 3 bis, comma 2 bis, del d.l. n. 138/2011, comunque vigente, che consente all'operatore economico di proseguire la gestione dei servizi fino alla scadenza della concessione, se rispettati i criteri qualitativi e le condizioni di equilibrio economico-finanziario inizialmente presenti. Ciò vale in caso di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni.

¹¹¹ Per l'ultimo schema di testo unico v. nota 1; altre norme riguardavano il contratto di servizio, le tariffe, la trasparenza, la tutela dei consumatori e la carta dei servizi (artt. 21 ss.).

ambiente, Arera), ma l'innovazione davvero rilevante era rappresentata dalla nuova competenza di *regolazione* per il *settore dei rifiuti* (art. 16), scelta che non potrà che essere confermata in un prossimo intervento legislativo¹¹². Peraltro, la mancata promulgazione del T.U. ha suscitato una significativa incertezza negli operatori del settore (enti locali e gestori nelle diverse forme).

In conclusione, le disposizioni sulle società miste sono *rigidamente vincolanti* e derivano in sostanza da due tendenze contrapposte: dalla nozione di socio che si ricollega ad una rilevante presenza nel contributo operativo e di capitale e dal regime di forte controllo delle società di capitali a partecipazione pubblica che inevitabilmente si estende anche alle *società miste* di gestione dei servizi pubblici locali. È altresì evidente che il legislatore nazionale ha preferito fino ad oggi l'applicazione della *concorrenza*, limitando le società *in-house* a casi eccezionali; vi è, quindi, un confermato indirizzo favorevole, anche in conseguenza dell'influenza della giurisprudenza e della disciplina comunitaria, per soluzioni esternalizzate di gestione dei servizi pubblici da intendersi però non in senso esclusivamente privatistico, considerata la costante previsione e diffusione delle società miste.

È, inoltre, evidente la rilevante *procedimentalizzazione* della decisione organizzativa dell'ente locale circa il modello di gestione del servizio pubblico di interesse economico generale, a differenza della tradizionale *autonomia* decisionale e ciò emerge nel d.lgs. n. 175/2016 (ad es., art. 5 sugli oneri di motivazione analitica dell'atto deliberativo di costituzione di una società, applicabile anche nei casi di cui all'art. 17); questa tendenza risulta anche dallo schema di decreto legislativo (ritirato) per i servizi pubblici locali di interesse economico generale in cui è evidente il contrasto tra il principio di autonomia organizzativa degli enti locali, la definizione puntuale dei procedimenti decisionali, l'esigenza di garantire la concorrenza e le forme di controllo stringenti sulle risorse utilizzate; la disciplina prevista dall'ultimo schema n. 308 del Governo si caratterizzava per varie fasi della procedura di scelta della gestione da parte dell'ente locale e quella istruttoria assai approfondita per il coinvolgimento di soggetti esterni diversi (Arera, Agcm) con funzione consultiva, decisionale o di controllo, con il rischio di sovrapposizioni. Questa impostazione potrebbe essere interpretata come scelta di fondo del-

¹¹² V. Parere n. 83 del Consiglio di Stato, 17 gennaio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it. Il parere attiene agli adempimenti in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016, richiesto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri riguardo ad alcune questioni interpretative circa i decreti legislativi già entrati in vigore (tra questi il d.lgs. n. 175/2016); mentre per i settori per i quali la delega era nel frattempo scaduta e, in particolare, proprio per il Testo Unico in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale, il Consiglio di Stato ritiene possibili due soluzioni: una *nuova legge di delega* conforme alla sentenza della Corte Costituzionale e per l'importanza della riforma vi è l'urgenza riguardo «ai positivi effetti economici, ambientali e sociali che l'avvio della regolazione indipendente per il settore dei rifiuti avrebbe potuto, potrebbe ancora, e dovrebbe apportare al sistema Paese». La seconda soluzione è un *disegno di legge governativo* che includa il contenuto del decreto legislativo delegato ritirato, dato che l'ultima versione aveva comunque già recepito i pareri delle Commissioni parlamentari.

la politica dei servizi pubblici locali verso un minor carattere «locale», considerato il quadro complessivo dei soggetti e degli interessi coinvolti.

In ogni caso, la formula della società mista è confermata nella sua validità dalla costante considerazione nei processi di riforma, come in altri ordinamenti europei esaminati; nel tempo sono state modificate l'entità della partecipazione privata e le modalità di costituzione o sono stati introdotti nuovi requisiti e in futuro potrà essere prevista una più evidente natura collaborativa che l'avvicina maggiormente al PPPI, ma di certo questo schema rappresenta una soluzione di riferimento per gli enti locali, soprattutto in una fase di restrizione delle risorse pubbliche. Tuttavia, le perplessità attengono al quadro normativo che resta complesso, dato che il regime attualmente applicabile alla società mista coinvolge il d.lgs. n. 175/2016, il d.lgs. n. 50/2016 (e il correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), le residue norme ancora vigenti¹¹³ del TUEL, le discipline speciali di settore in relazione al tipo di servizio pubblico erogato e gli atti di regolazione¹¹⁴ dell'Aeegsi e dell'Agcm; in una situazione di persistente crisi finanziaria ed economica, questo contesto (molte norme, diversi procedimenti, limiti di disponibilità finanziaria, varie forme di controllo esterno, ecc.) può di certo disorientare nelle scelte concrete (molto caute) sia gli enti locali titolari delle competenze, sia gli operatori economici gestori.

¹¹³ L'art. 28 del d.lgs. n. 175/2016 ha abrogato gli artt. 166 («Società per azioni con partecipazione minoritaria di enti locali») e 122 in tema di competenze dei Comuni e delle Province per i lavori socialmente utili; inoltre, è stato abrogato l'art. 14, comma 1, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. legge 24 novembre 2003, n. 326) sui servizi pubblici locali, di modifica di diversi commi dell'art. 113 TUEL, che sopravvive in parte esigua con l'art. 112 e l'art. 114.

¹¹⁴ In tema di regolazione dell'Aeegsi, v. F. MERUSI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017; in particolare, F. MERUSI, *Un'autorità di regolazione fra un "glorioso passato ed un incerto futuro"*, ivi, 283 ss. V. altresì S. ANTONIAZZI, *Le prospettive (interrotte) di evoluzione dell'Aeegsi nella regolazione dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2017, 75 ss.

Società miste per la gestione di servizi pubblici locali: profili di comparazione e innovazioni

La società mista per la gestione di servizi pubblici è uno schema giuridico che ha una significativa diffusione in Francia, Spagna, Germania e nel Regno Unito. In quest'ultimo ordinamento la formula è diretta attuazione del partenariato pubblico-privato, notoriamente di origine anglosassone, ma è utilizzata prevalentemente per servizi pubblici diversi da quelli locali, dato che per questi la privatizzazione è la gestione ancora prevalente. Il collegamento con il PPP è riscontrabile anche in Francia e in Germania, mentre in Spagna la società mista rappresenta una modalità di gestione dei servizi pubblici locali come scelta discrezionale dell'ente pubblico espressione di autonomia. Tuttavia, in questi ordinamenti, la crisi finanziaria ed economica ha comportato l'adozione di norme di contenimento della spesa pubblica e di varie restrizioni e controlli sulle iniziative economiche e societarie verso una progressiva razionalizzazione a cui si è aggiunta la disciplina di recepimento delle direttive del 2014 su appalti, concessioni e servizi.

Tale tendenza è emersa anche nel nostro ordinamento in cui la società mista è attualmente prevista come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali, dopo un'evoluzione complessa a livello giurisprudenziale e legislativo.

In tale contesto si inserisce il recentissimo D. Lgs. n. 175/2016 sulle società a partecipazione pubblica. Viceversa, il tentativo di riordino mediante un T. U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale si è arrestato in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016, da cui è conseguita una significativa incertezza sulle attuali disposizioni generali di riferimento.

Public-private companies for the management of local public services: profiles of comparison and innovation

The public-private company for the management of public services is a legal framework found widely in France, Spain, Germany and the United Kingdom. In the order of the latter, the formula is a direct actualisation of the public-private partnership, notoriously of Anglo-Saxon origin, but it is used mainly for public services different from local ones, given that in this case, privatisation still represents the most common form of management. The link with PPPs may also be found in France and Germany, while in Spain the public-private company represents a management model for local public services as a discretionary choice of the public body as an expression of autonomy. Nevertheless, in these orders, the financial and economic crisis has led to the adoption of norms for the limitation of public spending as well as various restrictions and controls on the economic and company initiatives towards a progressive rationalisation, added to by the transposition of the 2014 directives on calls for tender, concessions and services.

This kind of trend also emerged in our order, in which the public-private company is currently foreseen as a normal model of management for local public services, after a complex evolution on a jurisprudential and legislative level.

Within this context, the very recent Decree No. 175/2016 is to be found, concerning public companies with private shareholders. Vice versa, the attempt to intervene through the passing of a general law on local public services of general economic interest came to a halt as a consequence of the sentence of the Constitutional Court No. 251/2016, which led to a high degree of uncertainty with regard to the current general dispositions of reference.

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Università de La Plata - Argentina)
Elio Casetta †	(Università di Torino)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Direttore responsabile

Fabrizio Fracchia	(Università L. Bocconi - Milano)
-------------------	----------------------------------

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amoroso	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giorgio Pastori	(Università Cattolica Sacro Cuore - Milano)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università degli Studi Milano - Bicocca)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)
Giovanni Barozzi Reggiani
Lorenzo Bimbi
Lorenzo Caruccio
Elisabetta Codazzi
Michela Colapinto
Rosamaria Iera
Annalaura Giannelli
Giuseppe La Rosa
Alberto Marcovecchio
Viviana Molaschi
Clara Napolitano
Pasquale Pantalone
Michela Petrachi
Francesco Scalia
Scilla Vernile
Alice Villari
Patrizia Vipiana