

# Working Papers 127

**La ricerca di nuove  
prospettive e strategie  
dell'intervento pubblico:  
il partenariato  
istituzionalizzato**

**Sofia Bandini** – *Università di Bologna – Scuola di  
Economia, Management e Statistica - Sede di Forlì*

Ottobre 2013



# **La ricerca di nuove prospettive e strategie dell'intervento pubblico: il partenariato istituzionalizzato**

**Sofia Bandini <sup>1</sup>**

**Università di Bologna – Scuola di Economia, Management e Statistica - Sede di Forlì**

## **Introduzione**

Il tema proposto mi dà la possibilità di affrontare alcune problematiche inerenti l'individuazione delle modalità di acquisizione, erogazione e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica - ossia sociali, socio assistenziali e socio sanitari - da parte delle amministrazioni pubbliche competenti, nonché la ricerca di nuove prospettive e strategie dell'intervento pubblico da calare nei processi di riorganizzazione della pubblica amministrazione che devono essere avviati per razionalizzare la spesa pubblica. E' tempo, infatti, di rivedere i modelli di organizzazione e di gestione del sistema dei servizi pubblici per individuare un nuovo rapporto tra pubblico e privato pensando a diverse forme di coinvolgimento dei privati, con particolare riferimento al c.d. partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, per la ricerca di soluzioni originali atte a favorire un'economia sociale di mercato altamente competitiva. La *ratio* del partenariato va, infatti, rinvenuta nelle difficoltà dell'amministrazione pubblica di reperire le risorse economiche e tecniche necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata al criterio di economicità, e, nel contempo, di socialità. Per questo l'Unione Europea ha qualificato i PPP (partenariati pubblico-privati), in tutte le loro manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche riconoscendo alla pubblica amministrazione la più ampia facoltà di avvalersene. Ciò posto, occorre individuare, innanzitutto, il quadro normativo comunitario di riferimento alla cui luce va valutata la legittimità delle scelte operate dal legislatore nazionale e regionale e, di conseguenza, le soluzioni praticabili da parte delle singole amministrazioni. A tal fine, e per l'appunto muovendo dall'esame della disciplina comunitaria, sembra opportuno prendere avvio dal richiamo di alcuni concetti di ordine generale puntualizzando il significato e la portata dei servizi pubblici e, in tale ambito, dei servizi

---

<sup>1</sup> Professore a contratto di Appalti pubblici nazionali e comunitari e di Diritto pubblico dell'economia presso la Scuola di Economia, Management e Statistica – Università di Bologna – Sede di Forlì

economici e sociali, procedendo quindi all'enunciazione delle linee evolutive della relativa disciplina nel cui contesto si situano le modalità di erogazione dei servizi pubblici.

**Contesto di riferimento: servizi pubblici, servizi pubblici di rilevanza economica e servizi sociali.**

Ebbene, seguendo tale scaletta, possiamo cominciare col ricordare che per *servizio pubblico* (*ex multis*, Cons. di Stato, sez. IV, n. 6325/2000; sez. VI, n.1514/2001; sez. V n. 2829/2010) *si intende*, “un’attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale”. Ciò che connota in modo decisivo la natura di servizio pubblico non è, quindi, - secondo la teoria soggettiva - il conferimento della titolarità del servizio ad un ente pubblico, - né secondo la teoria oggettiva - quell’attività che deve svolgersi secondo modalità predeterminate dalla legge, ma è il conseguimento dei fini sociali a favore della collettività dell’attività svolta. Ebbene tale ultimo requisito si deve ritenere essenziale per poter definire un servizio come servizio pubblico, riconfermando che il carattere della socialità (*utilitas publicae*)<sup>2</sup> si disperde verso un numero imprecisato di utenti, ma con lo scopo di soddisfare esigenze primarie di interesse pubblico<sup>3</sup>. Si può riassuntivamente affermare che, perché un’attività suscettibile di sfruttamento economico possa essere considerata servizio pubblico non è sufficiente la semplice riconducibilità ad un ente pubblico, occorrendo anche che il servizio abbia una sua soggettiva ed oggettiva qualificazione, che deve garantire alla prestazione economica una realizzazione di prevalenti fini sociali e di promovimento dello sviluppo economico e civile della relativa comunità<sup>4</sup>. Ai fini della ricerca che qui rileva, si ritiene di dover parallelamente richiamare e precisare il concetto di *servizio pubblico in ambito comunitario*. Esso ha contorni meno netti e tende a riferirsi al fatto che *un servizio è offerto alla collettività, o è stato attribuito un ruolo specifico nell’interesse pubblico, o è riferito alla proprietà o allo status dell’ente che presta il servizio*. Ciò posto, secondo la concezione tradizionale, i pubblici poteri, quando ritenevano che un servizio economico fosse di pubblico interesse ne assumevano la gestione, cioè la produzione e distribuzione al pubblico, riservandola giuridicamente a sé stessi, e quindi sottraendola dal campo di

---

<sup>2</sup> Cfr. Cass SS. U.U. n. 71/20; *ex multis* Cons Stato n. 6325/2000; n. 2294/2002; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 1888/2002.

<sup>3</sup> Cfr. TAR Campania-Napoli, sez. I, 11 marzo 2004 n. 2842.

<sup>4</sup> Secondo la giurisprudenza nazionale per stabilire se una data attività costituisca pubblico servizio è necessaria una *valutazione caso per caso, che tenga conto della ratio e delle finalità dell’intero complesso di norme che disciplinano l’attività in questione*. Cfr. TAR Lazio, Roma, 28 marzo 2000.

esercizio della libera iniziativa economica, o comunque impedendo in via di fatto alle imprese private di operare nei relativi settori.

In tale prospettiva, il T.U. 15 ottobre 1925 n.2578 prevedeva che i Comuni (ed in alcuni casi le Province) potessero riservare a sè medesimi la produzione e distribuzione dei pubblici servizi, gestendoli, *direttamente*, attraverso il sistema dell'azienda speciale o in economia, o in forma *indiretta*, per concessione ad impresa privata senza che altri potessero farle concorrenza.

Tale visione sottendeva, evidentemente, l'adesione ad una nozione *soggettiva* dei "servizi pubblici", ossia l'identificazione dell'ambito di estensione di questi ultimi con i servizi alla cui gestione provvedono, direttamente o indirettamente, le amministrazioni pubbliche.

Questa concezione è rimasta fundamentalmente prevalente nell'ambito della nostra legislazione fino all'adozione della legge n.142 del 1990 che, viceversa, si è posta in una logica di modernizzazione del mercato dei servizi pubblici: ha, infatti, ampliato le forme di gestione dei servizi pubblici locali, comprendendovi l'istituzione (per i servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale) e la società per azioni o a responsabilità limitata costituita o partecipata dall'ente titolare del pubblico servizio o da un'impresa privata, e ha contestualmente adottato una nozione vasta di pubblico servizio, improntata al criterio *contenutistico* della "*produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e la promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali*", contribuendo con ciò ad evidenziare la rilevanza economico imprenditoriale del settore dei servizi pubblici locali nonché l'esigenza di soddisfare direttamente i bisogni dell'utenza. E', infatti, tale carattere che differenzia il servizio pubblico da ogni altra attività privata, a prescindere dalle modalità di gestione della pubblica amministrazione o dei privati.

Tuttavia da parte della Commissione CE è stata avviata una procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano per l'incompatibilità delle modalità di affidamento dei servizi pubblici, previste dalla legge n.142/90, rispetto ai principi di concorrenzialità imposti dal diritto comunitario. Conseguentemente, si è posta la necessità di introdurre modifiche alla legge n. 142/90, modifiche che sono state apportate con la legislazione nazionale successiva e sono confluite nell'art. 113 del T.U. n.267/2000 sugli enti locali per quanto riguarda *i servizi pubblici di rilevanza economica* e nell'art. 113-bis *per i servizi privi di rilevanza economica*. Per *servizi pubblici di rilevanza economica* possono intendersi tutti i servizi suscettibili di sfruttamento economico, cioè i servizi che possono essere prodotti e distribuiti sul mercato dietro retribuzione così da trarne un profitto, e che pertanto possono essere oggetto di un'impresa. Dunque il concetto di *servizio pubblico di rilevanza economica* è

posto come punto d'arrivo di un percorso giuridico-concettuale che ne fornisce, come dianzi sottolineato, una nozione contenutistica sottendendo, nel contempo, il tentativo del legislatore nazionale di cambiare passo verso la liberalizzazione dei servizi pubblici, per condurli su un piano di reale competitività a vantaggio degli utenti<sup>5</sup>.

Su tale base si muove simmetricamente anche il diritto comunitario. Infatti la nozione “*di servizio pubblico locale di rilevanza economica*” utilizzata dal legislatore nazionale è omologa a quella usata dal legislatore comunitario di “*servizio di interesse economico generale*” (*ex multis* Corte Costituzionale sentenze n. 272 del 2004 e n. 325 del 2010)<sup>6</sup>.

Entrambe le definizioni si basano sui seguenti elementi:

- a) *il servizio è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata) intesa in senso ampio (di impostazione comunitaria) come “qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”<sup>7</sup>;*
- b) *il servizio fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette cioè a realizzare anche fini sociali) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini a prescindere dalle loro particolari condizioni<sup>8</sup>;*
- c) *la gestione dello stesso deve avvenire di regola mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica, alias attraverso una gara pubblica, quale indefettibile presupposto a presidio della tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. A titolo esemplificativo, si tratta di quei servizi su cui, sin dagli anni 80, la comunità ha puntato alla graduale apertura dei mercati: le grandi industrie di rete delle telecomunicazioni, i servizi postali, dell'elettricità, del gas e dei trasporti, dei rifiuti, dell'approvvigionamento idrico includendo quelli che*

<sup>5</sup> I caratteri che connotano il *servizio pubblico a rilevanza economica* sono pertanto identificabili: nell'aspetto monetario determinante nella gestione del servizio, quando, cioè, l'organizzazione del servizio avviene con modalità imprenditoriale (o societario) e il profitto aziendale è tra gli obiettivi primari di bilancio in quanto l'attività di servizio è orientata a contenere i costi massimizzando gli utili, a vantaggio della proprietà azionaria. Riassumendo il carattere industriale o commerciale del servizio si può desumere in concreto dai seguenti elementi:

- a) l'offerta di beni e servizi sul mercato dietro corrispettivo;
- b) l'assunzione del rischio di impresa, desumibile dal fatto che non sono previsti meccanismi finanziari di copertura di eventuali perdite;
- c) una gestione secondo criteri di rendimento, efficienza e redditività; ambiente concorrenziale.

Si veda in tal senso Corte di giustizia UE 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99; sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00; Cass. Civ. sez. Unite, 7 aprile 2010 n. 8225.

<sup>6</sup> La Corte Costituzionale si richiama, infatti all'interpretazione in tal senso della Corte di giustizia UE 18 giugno 1998, C-35/96 Commissione C. Italia e della Commissione Europea nella “Comunicazione in tema di servizi di interesse generale in Europa del 19/1/2001, nonché nel Libro Verde su tali servizi del 21/5/2003.

<sup>7</sup> Cfr. Corte di giustizia UE 10 gennaio 2006, C- 222/04.

<sup>8</sup> Cfr. Corte di giustizia UE 21 settembre 1999, C-67/96.

*rivestono un carattere di servizio universale per i diritti dei consumatori e degli utenti (la sanità e la sicurezza).*

L'esame degli anzidetti profili ci consente ora di passare allo studio del quadro normativo di riferimento dei servizi pubblici in ordine sia alla legislazione nazionale che comunitaria, al fine di rendere maggiormente esaustivo il lavoro fin qui svolto.

Iniziamo, dunque, l'analisi dei *servizi pubblici locali* partendo da quelli di *rilevanza economica* per poi passare al confronto con l'omologo concetto comunitario di *servizio di interesse economico generale*. L'art. 113 del TU n. 267/2000 è stato modificato, attraverso una iperproduzione normativa di cui si elenca, per il profilo che interessa, quella più rilevante: l'art.14 del d.l. 269/2003 (convertito nella legge 326 del 2003), l'art.4, comma 234, della legge n. 350/2003 (finanziaria 2004), l'art. 23 bis del d.l. 25/06/2008 n. 112 (convertito in l. 6/08/2008 n. 133), l'art. 15 del d.l. 25/09/2009 n. 135 (convertito nella l. 20/11/2009 n. 166), il Regolamento 7 settembre 2010 n. 168 e s.m.i. Tali modifiche seguono appunto l'adeguamento del nostro ordinamento alle prescrizioni comunitarie, non soltanto sotto il profilo delle modalità gestionali dei servizi pubblici – come vedremo più avanti –, ma anche in ordine al modo di intendere questi ultimi.

Peraltro sull'impalcato dell'art. 23-bis – il cui impianto normativo era stato apprezzato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010 per la sua tenuta comunitaria e costituzionale - hanno inciso sia l'art. 4<sup>9</sup> del d.l. n. 138/2011 che la legge di conversione n. 148/2011 con cui si è adeguata la disciplina dei servizi pubblici locali alla normativa europea e al referendum popolare del 12-13 giugno 2011 abrogativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 .

---

<sup>9</sup> L'art. 4 del dl 138/2011:

- a)esclude l'affidamento diretto *in house* dalle forme di conferimento della gestione dei servizi pubblici, ove il valore economico del servizio sia superiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui;
- b)prevede l'affidamento del servizio a società a partecipazione mista pubblico, a condizione che sia costituita con procedura avente ad oggetto, al tempo stesso, la selezione del socio privato, cui devono essere attribuiti *specifici compiti operativi* e una partecipazione non inferiore al 40% e l'affidamento del servizio con conseguente esclusione di altre fattispecie di partenariato pubblico privato presenti a livello comunitario;
- c) disciplina il regime transitorio degli affidamenti;
- d) conferma il divieto per le società titolari di affidamenti diretti di acquisire servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, nonché di svolgere servizi e attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite società ad esse riferite, né partecipare a gare (art. 33).

Le modifiche all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, su citate, limitano ulteriormente le ipotesi di *affidamento diretto* dei servizi pubblici locali (come risulta in specie, dalla previsione della possibilità di affidamenti diretti solo per i servizi di valore inferiore a 200.000 euro: comma 13; previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e mercato che può pronunciarsi in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva: comma 3; con espressa previsione della normativa in questione sulla normativa di settore: comma 34; con previsione dell'esercizio del potere sostitutivo del Governo in caso di inottemperanza a quanto previsto dalla normativa in questione: comma 32 bis.

A sua volta, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, dettato dal legislatore nel tentativo di ricostruire il quadro delle liberalizzazioni dei servizi pubblici, già previsto dall'art. 23-bis, ma travolto dalla volontà popolare referendaria, ha subito numerose modifiche: in particolare, per effetto dell'art. 9, comma 2, lett. n) della legge 12 novembre 2011 n. 183 (Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività) convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 24 marzo 2012 n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lett. b) del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese). Ebbene quando il contesto normativo rappresentato dal continuo andirivieni di norme sembrava ormai stabilizzato, soprattutto in ordine alla tenuta comunitaria e nazionale dell'impianto stesso scaturito dalla proposizione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 e s.m.i, è intervenuta la Corte Costituzionale<sup>10</sup> che, con sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, ha dichiarato *l'illegittimità costituzionale delle norme che dettano la disciplina generale dei servizi pubblici locali - art. 4 d.l. n. 138/2011 convertito in l. n. 148/2011 - sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni, in quanto adottate in contrasto con gli esiti referendari del 12/13 giugno 2011*. Dunque, sia a seguito del referendum abrogativo riguardante l'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, che della sentenza di accoglimento di illegittimità costituzionale del successivo art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 *il tema dei servizi pubblici a rilevanza economica viene ora ricondotto nell'alveo del diritto comunitario con l'applicazione diretta della normativa comunitaria, (punto 5.2.1 sent. n. 199 /2012 Corte Costituzionale.)* in attesa che il legislatore nazionale regoli nuovamente, e si spera definitivamente, l'intera materia, ovviamente in piena aderenza alle disposizioni del diritto comunitario. In tale ottica il d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135 "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica" con l'art. 4 intitolato "Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche" se, da un lato, ha cercato di semplificare e di ricomporre il quadro ordinamentale relativo alle società miste pubblico-private, senza peraltro approdare ad una revisione organica della disciplina, dall'altro, ha escluso da tale contesto normativo la materia dei *servizi pubblici locali a rilevanza economica* ai quali si torna ad applicare la normativa comunitaria sulla base

---

<sup>10</sup> Infatti, come statuisce la Corte Costituzionale tale norma "introduce una nuova disciplina della materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti. (sent. n. 68 del 1978) in palese contrasto quindi, con l'intento perseguito mediante referendum abrogativo. Infatti tale disciplina non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata in quanto opera una drastica riduzione dell'ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riprodotto di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis.

dell'omologo concetto comunitario di *servizio pubblico di interesse economico generale*<sup>11</sup>.

In sostanza sia la disciplina comunitaria che quella nazionale assolvono la funzione di identificare i *servizi di interesse economico generale o di rilevanza economica*, la cui gestione se le autorità pubbliche non decidono di erogare esse stesse i servizi, ma di affidarli ad altri soggetti (pubblici o privati che possono agire a scopo di lucro oppure no) deve avvenire, di regola, mediante l'affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica, dunque, attraverso l'espletamento della gara quale presupposto indefettibile a tutela della concorrenza. Ci sono tuttavia delle ipotesi, sia nell'ambito della disciplina comunitaria che nazionale, in cui è possibile derogare all'istituto della gara pubblica attraverso l'affidamento diretto del servizio nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza ostacolino, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico.

Resta il fatto che – come ribadito dal *Libro bianco* del 12 maggio 2004 – “In linea di principio gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità per decidere come organizzare i servizi di interesse generale. In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario, le autorità pubbliche competenti degli stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato). Tuttavia, i fornitori di servizi di interesse economico generale, ivi compresi i fornitori di servizi interni, sono costituiti da imprese e, in quanto tali, sono soggetti alle norme sulla concorrenza previste dal trattato. In pratica, gli Stati membri ricorrono sempre più spesso a regimi pubblico-privati....per garantire l'erogazione di servizi di interesse generale”. Ebbene, la decisione di assicurare ai cittadini la fruizione di un servizio pubblico (in altre parole la c.d. “assunzione”), così come la scelta delle relative forme organizzative, risultano, di solito, dalla legge quanto ai servizi nazionali, oppure sono fatte con deliberazione degli apparati politici direttamente rappresentativi per i servizi locali.

In tale quadro prospettico la denominazione di “servizio pubblico” sottolinea non soltanto che si tratta di servizi che soddisfano un interesse pubblico, ma che sono i pubblici poteri che si assumono un ruolo organizzativo per assicurarne la fruizione da parte dei cittadini, e dunque, finisce per mettere in rilievo un aspetto non solo oggettivo,

---

<sup>11</sup> Cfr. Corte Costituzionale sent. n. 272 del 2004 e n. 325 del 2010. Dunque la Corte Costituzionale ha espressamente escluso che la c.d. “*normativa di risulta*” applicabile a seguito delle sue sentenze sia la riviviscenza dell'art. 23-bis.

ma anche soggettivo della pubblicità dei medesimi. Ai pubblici poteri, tuttavia, è assegnato un ruolo ben diverso da quello tradizionale ove, come si è osservato, essi erano visti come i produttori e distributori esclusivi dei servizi in discussione. Ora invece, riconosciuto che la produzione e distribuzione è ordinariamente affare delle imprese private, il ruolo dei pubblici poteri si esplica nella *regolazione* delle attività delle imprese stesse e nell'*organizzazione* della produzione e distribuzione dei servizi in modo da assicurare la fruibilità, stabilendo, a tal fine, idonei rapporti contrattuali con imprese private e in loro mancanza, provvedendo perché siano costituite ed operino in tal senso imprese (in mani) totalmente pubbliche o sempre più spesso ricorrono a regimi pubblico-privati per garantire l'erogazione di servizi pubblici economici.

E' in quest'ambito che si colloca anche la tematica dei *servizi sociali* o *socio-assistenziali* e dei *servizi sanitari*, in quanto sebbene in linea di principio la definizione delle funzioni e degli obiettivi dei servizi sociali e sanitari sia di competenza degli Stati membri, la normativa comunitaria può avere un impatto sui relativi mezzi di erogazione e di finanziamento. Un chiaro riconoscimento della distinzione tra mezzi e funzioni dovrebbe contribuire a creare maggiore chiarezza in relazione alla modernizzazione di tali servizi a fronte delle mutevoli esigenze dei consumatori, prescrivendo nel contempo la loro natura specifica, caratterizzata da requisiti particolari, tra cui, ad esempio, la solidarietà, il servizio volontario e l'inclusione delle categorie vulnerabili.

Ma cosa si deve intendere a tale fine per *servizi sociali*?

Tale categoria designa in prima battuta *l'insieme degli interventi pubblici rivolti al sostegno e alla promozione delle condizioni di vita della persona*. In quest'ottica, caratteristiche essenziali del servizio sono *l'individualizzazione del trattamento* assistenziale, nel senso che l'azione di servizio sociale tende a comprendere e valorizzare la situazione specifica della persona, nonché *la finalità di socializzazione* (o risocializzazione), nel senso che esso mira a rendere possibile una vita normale nella società.

Le attività relative hanno pertanto due caratteristiche in comune:

- *da un lato, la soddisfazione degli interessi cui esse sono dirette non si può normalmente ottenere attraverso la prestazione di servizi standardizzati, ma esige prestazioni calibrate sulle esigenze specifiche delle persone che ne fruiscono, e dunque personalizzate;*

- *dall'altro le motivazioni che spingono a svolgerle non sono normalmente di tipo economico, ma più spesso di tipo etico, religioso, o comunque ideale.*

Si deve tuttavia osservare che l'esatta perimetrazione della categoria appare quanto mai incerta, in quanto se da un lato sono tradizionalmente considerati tali, in conformità alla definizione sopra datane, servizi quali l'istruzione, l'assistenza sanitaria e alle persone disabili, la previdenza sociale, talaltra il legislatore adopera delle locuzioni più circoscritte, come ad esempio nell'art.128 del d.P.R. 112 del 1998, il quale recita: "*per servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita....*". D'altra parte, per quanto tale ultima disposizione precisi che la definizione è valida solo in quello specifico contesto, a favore della sua generalizzazione milita tanto il rinvio ad essa fatto dalla legge quadro 328 del 2000 per individuare l'ambito di applicazione della disciplina concernente la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, quanto il richiamo fattovi proprio di recente dalla giurisprudenza per escludere dal novero dei servizi sociali i servizi educativi e di asilo nido ( s. Cons. di Stato n. 403/2003).

Ad ogni modo, anche a prescindere da tali questioni, i servizi sociali presentano nei confronti dei servizi a rilevanza economica delle peculiarità, tanto in relazione al ruolo pubblico, quanto in relazione a quello privato.

Dal primo punto di vista, si osserva che la scelta di considerare gli interessi delle persone *connessi ai servizi sociali come interessi meritevoli di protezione è fatta già a livello costituzionale*. Depongono in questa direzione sia gli artt.2 e 3, con il richiamo ai doveri di solidarietà sociale e all'eguaglianza sostanziale, sia le singole disposizioni che specificano tali previsioni nei singoli settori (quali gli artt.31, 32, 33, 34, 35 e 38). E a loro completamento si può d'altra parte correttamente citare tanto la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che vi dedica molte disposizioni, quanto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea .

Dunque dalla Costituzione - anzi, possiamo aggiungere dall'intero sistema normativo - discende *l'obbligo della Repubblica di assicurare le prestazioni* in cui consistono i servizi sociali, anche se tale previsione non è altro che il riflesso *dell'attribuzione ai singoli di una situazione soggettiva di pretesa a quei servizi*. Ne consegue che, siccome il centro di gravità del sistema, *in omaggio al principio personalistico*, risiede proprio nell'esigenza di assicurare ai singoli quei servizi, e

quindi il soddisfacimento dei corrispondenti bisogni, rispetto a tale risultato rimane tutto sommato indifferente, almeno dal punto di vista dell'ordinamento pubblico, il fatto che colui che li eroga sia un ente pubblico o privato.

Da qui, anzi, deriva il necessario *pluralismo* imposto dalla Costituzione nel settore, nel senso che, se la presenza pubblica è, per quanto detto sopra, necessaria, essa però non è, né può essere esclusiva, ma deve conciliarsi con la *garanzia della presenza dei privati* negli interventi relativi ai medesimi settori.

Veniamo dunque, con ciò, al secondo profilo, *attinente al ruolo svolto dai privati* . Discende infatti da quanto precede che l'intervento pubblico si accompagna necessariamente alle prestazioni liberamente erogate dai privati per finalità non economiche, anche se si rende necessario un non facile coordinamento tra i due tipi di iniziative al fine di assicurare che i servizi siano disponibili per tutti senza limitazioni delle libertà dei produttori privati dei servizi stessi, né delle libertà degli utenti, ma anche senza sprechi di risorse pubbliche.

D'altra parte, per quanto anche in questi campi possa esercitarsi la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art.41 Cost., il mercato relativo è per sua natura limitato dall'elevato costo economico dei servizi alla persona, tanto che va escluso che esso, da solo, sia in grado di soddisfare la domanda.

E' proprio in considerazione di tali peculiarità che si spiegano i modelli organizzativi per la produzione e distribuzione dei servizi sociali definiti - prima della declaratoria di incostituzionalità di cui alla s. n. 272/2004 della Corte Costituzionale - dall'art. 113-bis del Testo unico degli enti locali, secondo le modifiche apportate dall'art.14, comma 2, della legge n.326 del 2003. Invero, a prescindere appunto dalla relativa abrogazione, disposta dalla Corte Costituzionale per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e autonomie territoriali, in virtù del nuovo art.117 Costituzione, la disposizione può rappresentare, anche per la futura regolamentazione regionale, un possibile modello di riferimento, prevedendo, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, e dunque i servizi sociali la cui erogazione non consente di coprire con le entrate i costi di produzione, *l'affidamento diretto* a :

- a) istituzioni
- b) aziende speciali anche consortili
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che esista un rapporto di delega interorganica

- d) gestione in economia quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno procedere ad affidamenti con le modalità di cui sopra
- e) affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate,
- con contestuale e parallela esclusione, viceversa, dell'affidamento a terzi, attraverso contratti d'appalto o concessione<sup>12</sup>.

Ora tale ventaglio di soluzioni, soprattutto se letto alla luce del *principio di sussidiarietà* introdotto in Costituzione a seguito della novella del titolo V, e se raccordato con la disciplina speciale e comunitaria, valorizza, accanto a forme tradizionali di erogazione – quali appunto l'istituzione, l'azienda speciale o la s.p.a - , anche *il ruolo e la possibilità di affidamento alle organizzazioni del cosiddetto terzo settore*.

In effetti, il coinvolgimento preferenziale delle organizzazioni non profit nella progettazione e realizzazione dei servizi sociali trova il proprio fondamento normativo specifico nell'art.5 della legge quadro sulla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (legge n. 328/2000), il quale stabilisce che per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà gli enti locali, le regioni, e lo stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani sociali, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore attraverso forme particolari di affidamento dei servizi, nel d.P.R. 30 marzo

---

<sup>12</sup> Di tali opzioni organizzative, è sufficiente in questa sede ricordare che:

- *l'istituzione*, secondo quanto previsto dall'art.114 del t.u.e.l., è organismo strumentale dell'ente locale, dotato di autonomia gestionale, garantita attraverso la dotazione di un consiglio di amministrazione, di un presidente e di un direttore, al quale compete la responsabilità gestionale dell'organo. Essa tuttavia, a differenza dell'azienda, si presenta come mero organo del comune, privo di personalità giuridica, nonché di autonomia statutaria ed imprenditoriale;
- *l'azienda speciale*, al contrario, “è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale” (art.114, c.1 D.LGS.267/2000) . Essa si configura quindi come ente pubblico economico, dotato dell'esclusiva responsabilità gestionale del servizio, cui deve tendere informando la propria attività a criteri di efficacia, di efficienza, ed economicità;
- *la gestione in economia*, che rappresenta il più antico metodo di intervento per così dire “diretto” dei comuni nell'economia, impegna l'ente locale ad accollarsi e gestire in prima persona il servizio pubblico. Essa è tuttavia possibile solo quando, per le modeste dimensioni, o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento alle strutture precedenti, o a società interamente pubblica controllata dall'ente titolare;
- *la società di capitali*, è infine solo quella a totale capitale pubblico, nonché sottoposta a una serie stringente di legami e controlli da parte degli enti pubblici titolari del capitale sociale. Pertanto, essa si configura come *longa manus* dell'ente titolare del servizio, e la sua adozione dà luogo ad una formula organizzatoria che, pur giovandosi del regime giuridico privatistico, è assimilabile, nella sostanza, a quella dell'istituzione, cioè ad una delega interorganica.

2001 “Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell’art. 5”, ed ancor prima, direttamente, nel testo costituzionale.

Infatti, nell’art.2 della Costituzione si rinviene non solo – come già detto - la previsione della *necessaria* soddisfazione dei bisogni cui sono rivolte le prestazioni sociali, ma anche la valorizzazione e la promozione di quella pluralistica rete di solidarietà intermedie che costituiscono il tessuto sociale della comunità statale.

Detto altrimenti, nell’art.2 della Costituzione possiamo trovare il fondamento, esigente e qualificante, del complesso delle *organizzazioni cosiddette non profit*, il cui pregio costituzionale sta proprio nel dare forma ad alcune di quelle solidarietà sociali a cui allude l’art.2 medesimo, e di cui il *principio di sussidiarietà*, esplicitato ora nell’art.118, richiede la valorizzazione anche “*per lo svolgimento di attività di interesse generale*”.

Ora, se si guarda al complesso di tali organizzazioni (nelle quali rientrano, solo per citarne alcune, le organizzazioni di volontariato, l’associazionismo, le cooperative sociali, gli istituti di patronato, le aziende di servizi alla persona di conversione delle ex Ipab, le Fondazioni), si osserva che ognuna di esse presenta specificità proprie, sicchè ciò che autorizza a utilizzare la categoria riassuntiva di organizzazioni non profit, o terzo settore, o privato sociale, o secondo la terminologia introdotta più di recente dalla legislazione finanziaria, *Onlus* (aldilà della natura di associazioni riconosciute o non riconosciute, di aziende, società, consorzi, associazioni, fondazioni o quant’altro), è la condivisione di alcune caratteristiche comuni, quali:

- *la natura giuridica privata,*
- *il divieto di distribuzione degli utili,*
- *il vincolo di destinazione impresso al patrimonio,*
- *ed il perseguimento di finalità sociali.*

Ed è proprio in tali elementi, che si possono sintetizzare nella meritevolezza dei fini, assieme ai vincoli cui tali soggetti soggiacciono ( e diretti ad assicurare l’idoneità delle strutture de quibus alla loro realizzazione), che affonda le radici, e si giustifica, la natura promozionale e di favore della legislazione sul non profit (Corte Cost., ss. 417/193 e 365/1997).

Ciò premesso, come appunto si accennava poco fa, tale favore per il privato sociale assume contorni del tutto nuovi in relazione allo svolgimento di “attività di interesse generale”, posto che il novellato art.118 costituzionalizza, rispetto ad esse, il c.d. *principio di sussidiarietà orizzontale*<sup>13</sup>. Ma andiamo per ordine.

---

<sup>13</sup> Il Trattato di Maastricht prevede all’art. 3b il principio di *sussidiarietà* secondo il quale *nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri.*”

L'art.118 recita: “*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. Il modello delineato dalla norma prevede che l'esercizio di determinate funzioni spetti prioritariamente ad alcuni soggetti (sussidiabili o sussidiati) e, solo nel caso di loro inadeguatezza o assenza, tali funzioni siano esercitate da altri soggetti (sussidiari). Orbene, nella sussidiarietà orizzontale (o sociale) i primi sono soggetti privati, mentre i secondi sono quelli pubblici.

Ne consegue che l'incisività dell'intervento pubblico sussidiario sarà inversamente proporzionale all'adeguatezza di quello privato, modellandosi su questo, fermo restando ad ogni modo la *necessità* del suddetto intervento pubblico in caso di inadeguatezza o di assenza dei privati .

D'altra parte, l'art.118 individua nelle “attività di interesse generale” quelle rispetto a cui opera il descritto modello. E' evidente che la definizione è amplissima, capace di ricomprendere un numero molto elevato di attività , sicchè, dovendo respingere quelle interpretazioni che condurrebbero all'assurda conseguenza di moltiplicare gli interventi pubblici, diretti a sopperire alle defaillances dei privati, appare da privilegiare la tesi che identifica le attività di interesse generale, rispetto alle quali opera il principio di sussidiarietà orizzontale, con quelle dotate dei caratteri della doverosità ed universalità. Ma se così è, è altresì evidente che i soggetti pubblici – che sono istituzionalmente idonei a soddisfare esigenze di doverosità ed universalità – non possono arretrare in presenza di un qualsiasi svolgimento delle suddette attività da parte di un privato genericamente inteso, ma soltanto quando a svolgere adeguatamente queste attività siano soggetti privati la cui intrinseca natura sia tale da assicurare la doverosità e l'universalità degli interventi. E tali, proprio in ragione dei vincoli e dei fini che li contraddistinguono, sono appunto da considerare solo i soggetti del terzo settore

*Le conclusioni che è possibile trarre da tali premesse sono a questo punto ben visibili: ferma restando la necessità dei pubblici poteri di assicurare l'erogazione dei servizi sociali, ed al limite di produrli e distribuirli essi stessi, alla luce del favor per l'associazionismo non lucrativo di utilità sociale e del principio di sussidiarietà orizzontale, la scelta delle forme tramite cui provvedervi deve rivolgersi prioritariamente alle formazioni non profit .*

Tale costruzione è coerente con l'impostazione comunitaria in quanto secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia UE (con la sentenza Sodemare SA. 17 giugno

1997 C-70/95) “*Gli artt. 52 e 58 del Trattato non ostano a che uno Stato membro consenta ai soli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi di assistenza sociale a rilevanza sanitaria*”.

***Partenariati pubblico-privati come modelli gestionali di derivazione comunitaria.***

Così tratteggiato il contesto di riferimento passiamo, dapprima, in rassegna, ai fini della nostra specifica indagine, le forme di partenariato pubblico-privato<sup>14</sup> previste dal legislatore comunitario quali modelli di gestione dei servizi utilizzabili da ogni pubblica amministrazione.

L’assunto da cui muove in generale l’ordinamento comunitario nel disciplinare in senso vasto l’intera materia è che gli Stati membri e le singole amministrazioni sono di norma libere nel decidere le modalità con cui il servizio deve essere fornito. Ciò è quanto statuisce anche il Consiglio di Stato con sentenza 8 febbraio 2011 n. 854, secondo cui “*deve ritenersi che in materia di servizi pubblici locali la scelta della forma di gestione per ciascun servizio deve essere effettuata previa valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione previste dalla legge*<sup>15</sup>.” La pubblica amministrazione, cioè, può legittimamente stabilire di fornire *i servizi internamente in via diretta o indiretta, ma può anche decidere di assicurarli tramite soggetti terzi (esternalizzazioni)*. I modelli gestionali attraverso cui si possono offrire tali servizi si riassumono nella formula della partnership di tipo pubblico-privato (PPP) vista dalla Comunità come uno strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, perché consente maggiore qualità del servizio rispetto al solo intervento pubblico, trasferimento di competenze manageriali e di industry-specific know-how dal settore privato al settore pubblico.

All’uopo deve farsi riferimento a quanto chiarito dalla Commissione europea con i seguenti documenti: la “Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario” (2000/C 121/02); il “Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni” (COM 2004-327 ), cui hanno fatto seguito: la Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni “Sui

<sup>14</sup> Sul partenariato pubblico-privato cfr. M. P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato*, a cura di M. Chiti, Napoli 2009, 51; G. Bassi, *Le operazioni a lungo termine in partenariato pubblico-privato*, in *Appalti e Contratti* 2009, 6; V. Ferraro, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 06, 1501.

<sup>15</sup> Secondo *Una guida ai PPP Manuale di buone prassi*, realizzato dall’UTFP nel 2011, un progetto di PPP assicura il *value for money* se garantisce alla collettività un beneficio netto positivo maggiore di quello ottenibile mediante forme di affidamento alternative, quindi è buona prassi calcolare il *value for money*, cioè svolgere, in sostanza, un’analisi costi-benefici nell’ambito della preparazione iniziale di un progetto, a prescindere dal fatto che esso sia poi effettivamente realizzato mediante appalto tradizionale o ricorrendo a forme di PPP.

partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni “ (COM 2005-569); la “Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici” (2006/C 179/02); ed infine la “Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati” (2008/C 91/02). Da tale quadro ordinamentale si evince che attengono al partenariato pubblico-privato (di seguito PPP) *tutte le forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirino a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio.*

Più in particolare la Commissione ha distinto due tipi di partenariato: quello *puramente contrattuale* e quello *istituzionalizzato*, riprendendo la classificazione già fatta nel “Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” (COM 2004- 327) i cui caratteri sono i seguenti<sup>16</sup>:

- *I PPP di tipo puramente contrattuale:*

In questo caso la partnership è basata su legami *esclusivamente contrattuali* tra i vari soggetti pubblici e privati e può situarsi nel campo d’applicazione delle direttive europee sui pubblici di appalti o di concessioni di lavori e di servizi. Infatti i modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono: *l’appalto e la concessione.*

- *I PPPI di tipo istituzionalizzato*

Essi implicano una cooperazione tra partner pubblico e privato che costituiscono *una entità distinta a capitale misto* per l’esecuzione di appalti pubblici o di concessioni . Il *modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.* Concretamente l’instaurazione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato si traduce in genere:

- nella costituzione di una *nuova impresa* il cui capitale è detenuto congiuntamente dall’amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati) e nell’aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione; oppure

---

<sup>16</sup> Cfr. M.A. Sandulli, Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti pubblici e delle concessioni: profili della tutela, in Riv. it. dir. Pubblico comunitario 2005, 167.

- nella partecipazione di un partner privato ad un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione *interna*.

Comunque sia, l'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o di altri beni, nella partecipazione *attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità*. Al contrario il semplice *conferimento di fondi* da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI.

Il Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 163/2006 s.m.i. - definisce il concetto di partenariato all'art. 3, comma 15-ter, nei seguenti termini: *“I contratti di partenariato pubblico-privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e indirizzi comunitari vigenti”*.

Il Libro verde precisa inoltre che la partnership pubblico-privata va senz'altro favorita, ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza. Per tale ragione la Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionalizzato a quello di tipo puramente contrattuale e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il *“diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*. Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che, *pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulle libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento*.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste è ormai una regola acquisita anche nell'ordinamento interno. Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 s.m.i. si limita all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, *“nei casi in cui le norme vigenti consentano la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedura ad evidenza pubblica”*.

### **Selezione dei partner privati per i PPPI**

La Commissione europea nella comunicazione 2008/C 91/02 in ordine alla *selezione del partner privato* per i PPPI stabilisce le seguenti regole:

- se l'incarico affidato ad un'entità a capitale misto è l'esecuzione di un appalto pubblico *interamente soggetto alla applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici*, la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive;
- se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le *regole e i principi fondamentali derivanti dal Trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive*;
- se si tratta di una concessione di servizio o di un appalto pubblico *non rientrante nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici*, si applicano i principi del Trattato CE.

### **Procedure di aggiudicazione**

Quando la costituzione di un PPPI implica l'aggiudicazione di un *appalto pubblico interamente disciplinato* dalla direttiva 2004/18/CE a un'entità a capitale misto è possibile che tenuto conto della complessità finanziaria o giuridica di tali appalti, le procedure aperte e ristrette definite nella direttiva non offrano una sufficiente flessibilità. Si può ricorrere, allora, al *dialogo competitivo* che salvaguarda, nel contempo, la concorrenza tra operatori economici e l'esigenza delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto.

Per l'aggiudicazione di *appalti interamente disciplinati dalla direttiva* la *procedura negoziata con pubblicazione* di un bando può essere utilizzata solo in casi eccezionali.

Viceversa le amministrazioni aggiudicatrici possono sempre ricorrere *alla procedura negoziata con pubblicazione* di un bando di gara per l'aggiudicazione di *concessioni o di appalti pubblici diversi* da quelli interamente disciplinati dalla direttiva.

### **Il modello gestionale di derivazione comunitaria: Concessione di servizi**

Ai fini della nostra indagine, la modalità di gestione sulla quale mi sembra opportuno richiamare l'attenzione è la *concessione di servizi*, perché in aderenza a quanto stabilito dal legislatore nazionale e comunitario, si può assumere quale forma di gestione particolarmente idonea nell'ambito dei rapporti di partenariato con la pubblica amministrazione non solo contrattuali, ma istituzionalizzati. La stessa consente, infatti, di mobilitare investimenti a lungo termine che rappresentano circa il 60% dei contratti di partenariato pubblico-privato nel mercato europeo<sup>17</sup>. Su questa base la Commissione sta adottando un'iniziativa legislativa in forma di "direttiva" sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Passiamo, dunque, all'esame dei tratti qualificanti di tale istituto soprattutto rispetto all'appalto di servizi. L'istituto della concessione è stato rivitalizzato, negli ultimi anni, in base a taluni fattori: quali le restrizioni di bilancio delle pubbliche amministrazioni, la volontà di limitare l'intervento dei pubblici poteri e di rendere partecipe il settore pubblico delle esperienze e dei modi di funzionamento di quello privato, ne hanno determinato il recupero di interesse con il ricorso sempre più frequente, da parte delle pubbliche amministrazioni, a tale forma di associazione con gli operatori economici privati in un'ottica di nuovi rapporti relazionali pubblico-privato.

L'indagine in oggetto investe, dunque, due differenti aspetti: segnatamente, da un lato, è necessario ricostruire il quadro normativo di riferimento del fenomeno concessorio a livello comunitario; dall'altro lato, i tratti distintivi del fenomeno concessorio devono essere ricostruiti interpretando il diritto interno alla luce delle disposizioni che, allo stato attuale del diritto comunitario, sono applicabili alle concessioni, tratti che distinguono la concessione dagli appalti di servizi.

Com'è noto, le concessioni non vengono definite dal Trattato CE.

L'unica definizione rinvenibile nel diritto comunitario derivato fino al varo della *direttiva unificata 2004/18/CE* è quella relativa alle "concessioni di lavori" contenuta nella direttiva 93/37/CE. Nozione riprodotta all'art.1, par 3 e 4 della direttiva unificata, che oltre a confermarla rispetto alla concessione di lavori pubblici, definisce innovativamente la "concessione di servizi", come "*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*".

Premesso che dalla corrispondenza della definizione riferita all'affidamento di lavori e di servizi si desume che un contratto di concessione ha, in genere, le stesse caratteristiche,

---

<sup>17</sup> Lo Stato Europeo nel quale si sono sviluppati per la prima volta i partenariati pubblico-privati è il Regno Unito.

indipendentemente dal suo oggetto, appare subito evidente che il legislatore comunitario ha inteso definire la nozione di concessione muovendo da quella di appalto pubblico. E dal raffronto tra le due definizioni emerge, quale elemento distintivo determinante della prima, l'attribuzione, come corrispettivo della prestazione, del *diritto di gestire il servizio*.

D'altra parte, in assenza della suddetta definizione, la Comunità, occupandosi della concessione nella *Comunicazione interpretativa 2000/C 121/02*, ne aveva individuato gli elementi caratterizzanti traendoli dalla nozione di concessione di lavori presente nella direttiva n. 93/37 oltre che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea e *dall'opinio juris*, sottolineando che il fattore essenziale che contraddistingue la concessione rispetto all'appalto è il fatto che l'operatore economico assume su di sé i rischi connessi alla prestazione del servizio.

*Ebbene, da tali fonti emerge, in sostanza, che il fattore essenziale che contraddistingue la concessione di servizi rispetto all'appalto di servizi è il fatto che l'operatore economico assume su di sé i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione), rifacendosi direttamente, almeno in parte, sull'utente per mezzo della riscossione di qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione*<sup>18</sup>.

Dunque, l'aspetto discriminante della concessione dall'appalto è la *gestione*, e il connesso *rischio*, mentre altro elemento importante di differenziazione è la *durata*.

Il *diritto di gestione* consente al concessionario, da un lato, di sfruttare la struttura o il servizio datogli in concessione, e quindi, di percepire proventi dall'utente (ad esempio in forma di pedaggio o di canone - cfr. CGCE 6 aprile 2006 in causa C-410/04) per un determinato periodo di tempo (cfr. Tar Lombardia Milano, sez.II, 20/12/2005, n.5633; CGCE, sez.I, 13/10/2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*); dall'altro di sopportare il rischio inerente a tale sfruttamento e, dunque, il diritto di gestione implica anche il *trasferimento* della responsabilità di gestione che investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali del servizio.

In conclusione il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'*alea* di gestione, ed il connesso rischio: la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione. Anche se, in genere, l'origine del compenso - scaturente dal costo di gestione e *prelevato direttamente dall'utente*, o *sostenuto in parte dal soggetto pubblico* affinché il prezzo della prestazione diminuisca per l'utente (*pratica dei prezzi sociali*) - è un elemento significativo,

---

<sup>18</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012 n. 4682; e sez. V, 6 giugno 2011 n. 3377.

determinante è dunque la presenza del rischio di gestione, legato all'investimento effettuato e ai capitali investiti.

Infine la *durata* della concessione rappresenta un elemento importante della remunerazione del concessionario (si veda in proposito il Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 19/09/2005, n.41) . Quest'ultimo infatti non è remunerato direttamente dall'autorità aggiudicatrice ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi dall'utente.

Ciò chiarito, dalla Comunicazione 121/02 emerge che

- restano sempre nella definizione di appalto e non di concessione, tutte le formule contrattuali che non prevedono l'assunzione di alcun rischio in capo al contraente ed in cui il ritorno gestionale non avviene, almeno in parte, dall'erogazione del servizio stesso
- viceversa, nel caso di assunzione di tutto o di una parte del rischio di gestione da parte del prestatore di servizi, unitamente al fatto che il ritorno gestionale deriva, almeno in parte, dall'erogazione della prestazione, si ha concessione e non appalto (questi due punti sono formulati con specifico riferimento alla concessione di lavori, ma trasferibili alla concessione di servizi in quantochè i tratti distintivi della prima sono esplicitamente affermati comuni a tutte le concessioni).
- Si deduce da ciò che non rileva, ai fini della distinzione tra le due figure, l'ambito nel quale si esplica il rapporto, ossia il tipo di servizio espletato.

In altre parole, un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione dei servizi ricompresi negli allegati 1A e 1B della direttiva 2004/18/CE può configurarsi come appalto (e dunque comportare l'applicazione della direttiva 2004/18/CE) se di tale contratto presenta le sembianze, in base ai criteri suesposti, mentre viceversa non dà luogo all'applicazione della direttiva se configura una concessione.

Specularmente, se è vero che la disciplina concernente gli appalti pubblici deve trovare applicazione, nei limiti previsti dalle direttive, quando ricorrono contestualmente due condizioni: e cioè che un'amministrazione aggiudicatrice stipuli un contratto a titolo oneroso con un prestatore di servizi, e che l'attività da svolgere sia indicata nelle tabelle allegate alla direttiva 2004/18/CE<sup>19</sup>, da quanto

---

<sup>19</sup> Recita infatti, l'art. 3, comma 6, del Codice: gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra un'amministrazione appaltante o un ente aggiudicatore o uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori , la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente Codice”.

precede si evince che *l'ambito di applicazione delle direttive appalti ricomprende tutte (e sole) le ipotesi in cui, nel contesto dei settori merceologici contemplati dalle tabelle, il privato presta un servizio all'ente aggiudicatore senza assumerne, anche in virtù delle modalità di remunerazione, la responsabilità (e il rischio) gestionale.*

- In secondo luogo, alla stregua del summenzionato criterio del diritto di gestione si devono, infine, ritenere meramente integrativi e suppletivi i criteri discretivi tra appalto e concessione di servizi pubblici elaborati dalla dottrina nazionale tradizionale, tuttora richiamati da una certa normativa (cfr. circolare della P.C.M. 1 marzo 2002, n.3944, in G.U. 102 del 3 maggio 2002) e giurisprudenza interna (cfr. Consiglio di Stato, s. 12 dicembre 2001 n.670; s. sez.V 30 aprile 2002 n.2294)<sup>20</sup>.

Così individuati i tratti distintivi della concessione di servizi rispetto al contratto d'appalto, che trovano peraltro codificazione nell'art.30, comma 2, del d.lgs. n.163/2006 (Codice dei contratti pubblici), secondo cui: *“Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario*

---

<sup>20</sup> Ci si riferisce:

- al carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio chiamato a realizzare i compiti dell'ente contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico;
- alla natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, che si contrappone al carattere negoziale dell'appalto;
- al trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, contrapposte alle prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico riconosciute all'appaltatore che non opera quale organo indiretto dell'amministrazione;
- all'effetto accrescitivo tipico della concessione, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica, ed infine
- alla diversità di oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati: *“Si osserva infatti che l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario, e gli utenti del servizio”* ( s.2294/2002 p.18 del considerato in diritto ).

Tali elementi, se invero possono sovente rinvenirsi ed attagliarsi soprattutto al rapporto intercorrente tra concedente e concessionario di servizio pubblico, e condurre alle altre eventuali, e pertinenti conseguenze in punto di regime giuridico del rapporto in esame, non devono però far perdere di vista il fatto che il regime di affidamento del servizio - *sub* appalto o *sub* concessione - consegue al criterio del diritto di gestione caratterizzante il rapporto.

*degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”* passiamo poi all’esame del relativo *regime giuridico*, prendendo avvio, com’è corretto, dalle indicazioni dell’ordinamento giuridico comunitario.

Al riguardo, la prima considerazione da fare è che, per quanto la direttiva 2004/18/CE qualifichi sia le concessioni di lavori che quelle di servizi come contratti, essa detta un regime specifico solo per le concessioni di lavori aventi natura contrattuale, con esclusione delle concessioni di servizi aventi specularmente la stessa natura (art.17 direttiva 2004/18/CE). Ciò non toglie, tuttavia, come asserito, al punto 2, della Comunicazione interpretativa (2000/C 121/02), che *le norme e i principi del Trattato (trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e mutuo riconoscimento) si applichino a tutte le forme di concessione, cioè appunto ad ogni atto – contrattuale o unilaterale - dello Stato (o autorità pubblica) che stabilisca le condizioni cui è soggetta una prestazione di attività economiche, e per la quale il soggetto in questione assume il diritto, e il connesso rischio di gestione.*

Ulteriormente la Commissione europea nella Comunicazione 2008/C 91/02, pone l’accento, in applicazione del *principio di trasparenza* al quale sono tenute tutte le pubbliche amministrazioni, sull’obbligo di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, *un adeguato livello di pubblicità* che consenta l’apertura dei contratti di servizi alla concorrenza nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché i potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l’indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione dei punteggi, l’oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Dall’altro lato, mette in luce che i criteri previsti per la partecipazione alle procedure di gara per l’aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere utilizzati anche nell’ambito dell’affidamento delle concessioni.

Di tale impostazione si è fatto interprete anche il legislatore nazionale: dapprima, con la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie - del 1 marzo 2002 n. 3944, ha confermato che le concessioni di servizi sono soggette unicamente *alle norme ed ai principi procedurali derivati dal Trattato CE*. Successivamente con l’emanazione del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006 (d’ora in avanti “Codice”), in recepimento della direttiva 2004/18/CE, il legislatore ha statuito l’inapplicabilità delle nuove disposizioni di coordinamento alla concessione di servizi salvo quanto disposto dagli artt. 27; 30; 2, commi 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 163/2006. Peraltro, osserva l’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici nella Segnalazione del 10 gennaio 2011, in

ordine alla “Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica” che *“la persistente mancanza di chiarezza sulle regole procedurali da osservare per l’aggiudicazione dei servizi, fa sì che la gara diventi non soltanto il sistema ordinario di affidamento di tutti i servizi pubblici locali, ma anche il mezzo per tradurre in risultati tangibili gli obiettivi di concorrenzialità, efficienza e trasparenza...Si ritiene, pertanto, indispensabile tradurre i principi previsti dall’articolo 30 del Codice per l’affidamento delle concessioni di servizi in regole applicative al fine di consentire una gestione più trasparente dei procedimenti di gara e di permettere agli operatori economici e agli enti aggiudicatari di agire nell’ambito di un quadro normativo più chiaro, omogeneo e certo”*.

Vengono cioè specificamente in rilievo per l’attribuzione della concessione, come ora esplicitamente asserito dall’art.30, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, *i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità*. Recita, infatti, l’art. 30:

*“3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione con predeterminazione di criteri selettivi.*

*4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.*

*5. Restano ferme, purchè conformi ai principi dell’ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo della concessione di servizi a terzi, l’affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.*

*6. Se un’amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un’amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un’attività di servizio pubblico, l’atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell’ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. 7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile, l’articolo 143, comma 7”* .

*Il principio di parità di trattamento impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata. Sicchè sono vietate non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi*

forma di discriminazione dissimulata che mediante il ricorso ad altri criteri distintivi abbia in pratica le stesse conseguenze. Esso implica in particolare che le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo. Dunque le amministrazioni concedenti, pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, devono poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi, e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 Bus Wallons, punto 54). La commissione individua quali esempi di pratiche contrarie alla parità di trattamento quelle che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura ovvero la presa in considerazione di soluzioni alternative qualora la possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale.

*Il principio di trasparenza*, ossia chiarezza dell'azione e dell'organizzazione amministrativa sino a far divenire questo lo stile di amministrare, è strettamente legato a quello di non discriminazione, poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della comunicazione interpretativa) la trasparenza può essere garantita con ogni mezzo appropriato, compresa la pubblicazione, in funzione e per tener conto delle specificità del settore in questione. Tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario.

*Il principio di proporzionalità*, che esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti, deve trovare applicazione nella disciplina delle concessioni: ciò significa, in particolare, che le amministrazioni concedenti devono adottare provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione. Il principio trova applicazione anche per il profilo della durata della concessione che non può eccedere il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali, ferma restando la permanenza del rischio di gestione sul concessionario come già in precedenza illustrato (cfr. tribunale di primo grado, sentenza 8 luglio 1999, causa T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij NV).

Il *principio del mutuo riconoscimento* implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

*Alla stregua di tali principi, “il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato e del Codice dei Contratti Pubblici può essere riassunto negli obblighi seguenti:*

- *fissazione delle norme applicabili* alla selezione del partner privato,
- *pubblicità adeguata* riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura,
- *messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o* in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione,
- *rispetto del principio di parità* di tutti i partecipanti nel corso della procedura,
- *aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori”* (Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004 - Com 2004-327, pag. 30)
- L'art. 30, comma 7, del Codice rinvia all'applicazione dell'art. 143, comma 7, in quanto compatibile con la concessione di servizi. Esso fissa una norma volta a favorire la *bancabilità degli interventi*: l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno più istituti finanziatori del progetto.

Regime e vincoli ribaditi sia dalla Corte di giustizia europea (si veda da ultimo sentenza 13/10/2005, in causa C-458/03) e dalla Commissione UE (Comunicazione interpretativa del 1 agosto 2006, punti 1.1. e 1.2), sia, sul piano interno, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, dalla Circolare d.P.C.M. 1 marzo 2002 n.3944, ed infine, come si è detto, dalla disciplina posta dall'art.30 del Codice.

In definitiva, la concessione di servizi ( istituto comunitario) intesa come fattispecie alternativa all'appalto pubblico, avente ad oggetto l'erogazione di prestazioni di servizi solitamente, ma non sempre appropriatamente, definiti pubblici, attraverso l'attribuzione a soggetti che ne assumono il relativo rischio finanziario, è *sottoposta ad un regime di affidamento diverso da quello previsto dalla dir.2004/18/CE, ed in particolare alle modalità identificate dalla commissione nella Comunicazione 2000/C 121/02, così come ribadite e specificate dall'art.30 del nuovo Codice dei contratti pubblici.*

Si ribadisce in proposito che:

- in via generale, essendo del tutto irrilevante la natura, pubblica o privata, dell'atto tramite cui viene affidata la concessione di servizi, modalità di scelta del concessionario compatibili col diritto comunitario devono essere adottate sia a monte di una convenzione - contratto, sia preliminarmente all'adozione di una mera delibera di affidamento del servizio, trattandosi anche in questo caso di un atto (pubblico) di trasferimento del servizio
- La mancanza di una disciplina specifica legittima la libera definizione della procedura di affidamento da parte delle amministrazioni pubbliche, a condizione che si adotti una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato. Si esprime in tal senso anche il Consiglio di Stato, sez. IV, s. n. 253 del 17 gennaio 2002 che statuisce: *“In tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all’amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l’utilizzo di procedure competitive selettive<sup>21</sup>”*; Essendo la *durata* un elemento essenziale della concessione, quando una concessione giunge a scadenza il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, va messo in gara, così come la stessa *proroga*, ( Circolare n. 3944 del 1/3/2002, p.16 e Comunicazione interpretativa della Commissione 2008/C 191/02).

---

• <sup>21</sup> Si veda anche Tar Lombardia Milano, sez. III, 20/12/2005, n.5633.

- Rientrano a pieno titolo in tale fattispecie, in quanto per l'appunto integranti dei rapporti, di natura pubblica o privata, tramite cui il soggetto pubblico titolare assicura l'erogazione di prestazioni per il tramite di un soggetto terzo che ne assume il relativo rischio di gestione, le *modalità di gestione dei servizi pubblici locali* previste dalla normativa nazionale.
- Da ultimo, il conferimento di diritti speciali o esclusivi, ossia l'attribuzione di tali diritti a un prestatore di servizi, con atto di natura pubblica ( per es regolamento, o riserva in base a disposizione di legge) o privata a seconda dell'ordinamento dei singoli Stati membri, non sottrae ex sé ed automaticamente l'affidamento del servizio al soggetto beneficiario della riserva, alla procedura selettiva, ma solo quando riguardi attività: 1) che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri; 2) oppure nel caso di delega interorganica; 3) infine, nel caso in cui il rapporto tra ente titolare e concessionario sia inquadrabile nell'ambito di organismo di diritto pubblico

Soffermandoci sull'ultima situazione tratteggiata, bisogna tornare a quanto affermato dalla Commissione nella Comunicazione (2000/C 121/02.2.4), "Sono oggetto della presente Comunicazione gli atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali l'autorità pubblica affida ad un soggetto - vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto - la gestione totale o parziale di servizi che di norma ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione", laddove "non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco *della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica, taluni servizi di interesse generale conferendo dei diritti esclusivi*. Le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così istituito non devono però violare le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi o le norme di concorrenza. Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del trattato e possono, pertanto, rientrare nel campo di applicazione della presente comunicazione".

Alla luce delle riportate affermazioni, *il conferimento di diritti speciali ed esclusivi al concessionario rileva ai fini della legittima deroga all'applicazione della disciplina suesposta, quando tale conferimento configura una delle relazioni sottratte all'operatività del regime stesso.*

Si tratta :

- a. dello svolgimento di attività che comportano una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri. ( ex art.45 Trattato CE)
- b. di delega interorganica ( o affidamento in house)
- c. di affidamento ad un organismo di diritto pubblico

Quanto alla prima ipotesi, essa non pone particolare problemi interpretativi.

Si rammenta tuttavia che ai sensi della pronuncia della Corte di giustizia europea in causa C-3/88 non rientra in tale fattispecie lo svolgimento di attività, come quelle relative alla progettazione, alla definizione di programmi e alla gestione di sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione, che sono di natura tecnica.

Più complesse invece le fattispecie b) e c) in ordine alle quali si rinvia ad uno studio successivo.

Ad ogni modo, si può per il momento concludere nel senso che, nel caso di concessione, le modalità di individuazione del soggetto gestore di servizi sono :

1. *Con procedura ad evidenza pubblica*, nel rispetto delle disposizioni e dei principi del Trattato esplicitati nella comunicazione interpretativa 2000/C 121/02 e nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, e nell'osservanza delle modalità specificate dall'art.30 del codice dei contratti pubblici (gara informale tra almeno 5 concorrenti con predeterminazione dei criteri selettivi)
2. *Mediante affidamento diretto, in tre ipotesi*: a) in applicazione della deroga prevista dall'art.45 del trattato, qualora le attività di servizio da gestire partecipino direttamente, quand'anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri, b) allorquando tra ente titolare del servizio e soggetto gestore si realizzi un rapporto di delega interorganica, essendo quest'ultimo sottoposto al controllo ovvero privo di sostanziale autonomia rispetto al primo; c) allorquando il soggetto concessionario abbia a sua volta le caratteristiche di organismo di diritto pubblico e sia titolare di diritti di esclusiva compatibili con il Trattato.

Al di fuori dell'ipotesi concessoria, l'affidamento dei servizi da parte di una pubblica amministrazione dovrebbe in linea di principio ricadere nell'ambito di operatività della disciplina della direttiva 2004/18/CE e del d.lgs. n. 163/2006, e dunque, aver luogo nel rispetto delle disposizioni che attengono agli appalti pubblici.

Ciò tuttavia non sempre è, in quanto la direttiva 2004/18/CE affida l'individuazione del contenuto delle attività sottoposte alla sua applicazione non ad una definizione preliminare

(assente com'è noto anche nell'art.60 del Trattato ), bensì alla sussistenza contestuale di due condizioni:

- *che un'amministrazione aggiudicatrice stipuli in forma scritta un contratto a titolo oneroso con un prestatore di servizi; e*
- *che l'attività da svolgere sia indicata nelle tabelle previste dalla direttiva stessa (IA e IB)*

Pertanto, se da quanto si è detto in ordine alle concessioni si può trarre che l'ambito di operatività delle norme disciplinanti l'appalto di servizi si dilata fino a ricomprendere tutte (e sole) le ipotesi in cui, nell'ambito dei settori merceologici contemplati dalle tabelle, il privato presta un servizio all'ente aggiudicatore senza assumerne, anche in virtù delle modalità di remunerazione, la responsabilità (e il rischio) gestionale, è però per altro verso anche vero che il regime comunitario si dovrà ritenere applicabile agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria allorchè si accerti:

1. *Che il soggetto conferente siano amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art.1 lett.b;*
2. *Che il soggetto che fornisce a titolo oneroso il servizio alla pubblica amministrazione sia un prestatore di servizi;*
3. *Che il rapporto configuri un contratto;*
4. *Che tale contratto sia a titolo oneroso e sia di importo pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario;*
5. *Che non si verta in uno degli ambiti sottratti alla disciplina sugli appalti.*

### **Partenariati di tipo istituzionalizzato (PPPI) – Costituzione di società miste pubblico-private -.**

Spostiamo ora l'indagine dagli aspetti generali relativi alla concessione di servizi pubblici al tema specifico della costituzione di *società miste pubblico-private nell'ambito di partenariati istituzionalizzati*.

La diversità delle pratiche in materia di PPP che si incontrano negli Stati membri ha portato il legislatore comunitario ad individuare, come già si è detto, un secondo grande modello: i PPPI di "tipo istituzionalizzato" che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad una entità distinta. Dunque le operazioni di PPPI di tipo istituzionalizzato prevedono la creazione di una entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato e con la mission di assicurare la fornitura di un'opera o di un

servizio a favore del pubblico potere. E' una importante forma di collaborazione che stabilizza nel tempo i rapporti di cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato per la durata relativamente lunga della loro collaborazione, messa in atto negli Stati membri dalle autorità pubbliche per la gestione, in particolare, dei servizi pubblici a livello locale. Indubbiamente favorisce la modernizzazione e l'innovazione delle infrastrutture e dei servizi, grazie alle esperienze del settore privato e ottiene maggiore efficienza attraverso la suddivisione dei rischi fra il settore pubblico e il settore privato<sup>22</sup>. Nel caso specifico, l'istituto dell'appalto così come quello della concessione vanno riportati nell'ambito dell'affidamento di servizi a società di capitale misto pubblico-privato.

Peraltro è la concessione dei servizi, nel contesto del partenariato istituzionalizzato, che può rappresentare, a mio avviso, un modello di gestione di grande interesse per l'amministrazione pubblica italiana. Attenua, infatti, gli oneri di finanza pubblica perchè consente all'amministrazione di utilizzare il capitale e l'organizzazione di una entità distinta, in genere un'impresa partecipata dal pubblico e dal privato, nell'ambito della quale, quest'ultimo, è portatore di un know how tecnico, gestionale e finanziario che si raccorda con la conoscenza della realtà socio-economica locale posseduta dal soggetto pubblico. E' proprio facendo leva sul concetto di *mission* assegnata alla società mista che la Commissione ha ampiamente valorizzato il collegamento che deve indefettibilmente intercorrere tra la funzionalità dell'entità interposta e la concessione affidata, quasi configurando la prima come un particolare ed essenziale strumento di esercizio della seconda.

In questo contesto, come si legge nel Libro verde, citato *“L'opzione consistente nel creare tale impresa non solleva generalmente problemi riguardo al diritto comunitario applicabile, qualora costituisca una modalità d'esecuzione dell'incarico affidato nel quadro di un contratto ad un partner privato. Occorre tuttavia che le condizioni relative alla creazione dell'impresa siano chiaramente stabilite in occasione della pubblicazione del bando relativo agli incarichi che si desiderano affidare al partner privato. Inoltre, queste condizioni non devono comportare discriminazioni o costituire un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione di servizi o alla libertà di stabilimento, o comportare restrizioni sproporzionate rispetto allo scopo perseguito (punto 59). La Commissione desidera inoltre, sottolineare che la partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista, che al termine della procedura di selezione diventa contitolare del contratto, non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del partner privato (punto 63) . Infine è il caso di ricordare che se l'entità mista funge da*

---

<sup>22</sup> Cfr. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, Com (2009) 615, “Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnership”, 19 novembre 2009.

*organismo aggiudicatore tale funzione implica anche il rispetto del diritto applicabile in materia di appalti pubblici e di concessioni, laddove tale diritto assegni al partner privato dei compiti che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia bandito precedentemente alla costituzione dell'impresa mista (punto 64).*

*Il partner privato non può infatti approfittare della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti senza procedere preliminarmente a un bando”.*

Rileva in tal senso anche l'importante giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

La sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05, punto 31) statuisce - in premessa - che *“la questione se un'operazione debba o meno essere qualificata come “concessione di servizi” o di “appalto pubblico di servizi” dev'essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario”.*

Ribadisce, quindi, l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rispettare per i *contratti di concessione di servizi* predisposti sia nella forma di partenariato puramente contrattuale che nella forma di partenariato istituzionalizzato, in quanto esclusi dall'ambito applicativo delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, le regole fondamentali del Trattato CE (articoli 43 e 49) in generale e, in particolare, i principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di non discriminazione in base alla nazionalità. Inoltre con sentenza, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08 afferma *“ in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consente l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”.* (punto 49)

*“Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1 del Trattato CE che gli Stati membri non possano mantenere in vigore una normativa nazionale che consente l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 e 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza”.* (punto 50).

La Corte di giustizia europea giunge, infine, alla conclusione di considerare *“legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società di capitale misto pubblico-privato costituita specificatamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni”.* In altri termini il candidato deve provare oltre la

capacità di diventare azionista della costituenda società mista la perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta.

In conclusione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea emerge la possibilità, nell'ambito della società mista pubblico-privata, di indire un'unica gara che riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato, e l'aggiudicazione della concessione alla società mista da istituire a tale esclusivo scopo. Secondo questo modello la scelta del socio non avviene al fine della costituzione di una società "generalista" al quale affidare l'esecuzione di servizi non ancora identificati al momento della scelta stessa, ma per l'individuazione, mediante gara, del soggetto che dovrà svolgere una specifica e definitiva attività. In tal modo l'affidatario del servizio non è un soggetto costituito unilateralmente, ma è l'aggiudicatario di una procedura competitiva fra gli operatori del settore.

Dunque si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo, se effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, talché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario.

Si sostiene, infatti, nella sentenza in esame che introdurre una doppia gara: in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società, sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati e tale da disincentivare gli operatori privati e le autorità pubbliche dalle costituzioni di partenariati istituzionalizzati, a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.

A tal proposito, il percorso argomentativo svolto dalla Corte di giustizia europea per giustificare la mancata introduzione di una doppia gara poggia sul disposto testuale secondo cui: " i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario". (punto 60)

Tale linea interpretativa si basa, a mio avviso, anche sull'applicazione del principio del c.d. "effetto utile" delle direttive: consistente nel conseguire il risultato da queste contemplato secondo

un'interpretazione ed un'applicazione del diritto comunitario in senso "sostanzialista"; dunque, avendo ben presente, come in questo caso, che l'obiettivo da perseguire è la realizzazione di un progetto nel quadro di un partenariato pubblico-privato in cui il partner pubblico potrà conseguire notevoli vantaggi, a condizione che questo tipo di partenariato risulti essere la soluzione ottimale per la fornitura di un'infrastruttura o di un servizio ai cittadini.

In conclusione per la Corte di giustizia europea *l'affidamento diretto – con un'unica gara - di un servizio ad una società a capitale misto pubblico-privato è legittimo solo se cumulativamente ricorrono i seguenti requisiti:*

- *la società deve essere costituita specificatamente al fine della fornitura di detto servizio (si veda in tal senso, Corte di giustizia europea sent. 15 ottobre 2009 in C-196/08);*
- *l'oggetto sociale deve essere esclusivo e deve essere mantenuto per l'intera durata della concessione in quanto qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara (si veda, in tal senso, Corte di giustizia europea 19 giugno 2008, causa C-456/06);*
- *il socio privato deve essere selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di libera concorrenza, trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni, previa verifica dei requisiti tecnici, finanziari, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.*

Tale tipo di PPPI può configurare indubbiamente una *concessione di servizi*, esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad una selezione competitiva che anziché svolgersi per mezzo di una *doppia gara* riunisce in uno stesso atto - *in un'unica gara* - la scelta del socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.

Parimenti la Commissione europea nella Comunicazione interpretativa (2008/C 91/02) "Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)" conferma la necessità di un' *unica gara*, che *riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio privato e l'aggiudicazione della concessione alla società mista da istituire a tale esclusivo scopo*, ritenendo che una "*doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile*". E prosegue: "*per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la*

*concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto".*

Corre l'obbligo di sottolineare, seppur soltanto incidentalmente, che la fattispecie in esame nulla ha a che vedere con il diverso fenomeno dell'*in house providing* regolato dai differenti principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea "Teckal" e "Stadt Halle"<sup>23</sup> tra i quali viene soprattutto in rilievo, per giustificare l'*affidamento diretto del servizio senza gara*, l'esigenza che sull'*organismo in house* l'ente pubblico eserciti un *controllo analogo*<sup>24</sup> a quello che esercita sui propri servizi – presupponete una partecipazione pubblica totalitaria – e che l'*organismo in house* svolga la maggiore parte della propria attività a favore dell'ente pubblico. In effetti la Corte di giustizia europea ha rilevato che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione "*interna (in house)*" sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione. Parallelamente la giurisprudenza nazionale, secondo un consolidato orientamento, osserva che al fine di determinare l'esistenza del *controllo analogo* non basta una partecipazione pubblica totalitaria, ma devono essere presi in considerazione elementi come: il livello di presenza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivo sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione.

Chiarito il quadro normativo comunitario su cui si innesta la tematica in esame, ossia la corretta utilizzazione dei PPPI di tipo istituzionalizzato per una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad una entità distinta in regime di concessione di servizi, si passa a considerare il *quadro normativo nazionale in ordine alla disciplina in argomento – applicabile prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012*– per verificarne il parallelismo e la compatibilità con il diritto comunitario.

A livello normativo la *concessione di servizi* è stata regolamentata, in piena aderenza alle norme ed ai principi comunitari, dalla Circolare 1 marzo 2002, n. 3944 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento delle Politiche Comunitarie, intitolata "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori"; dal Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i; mentre le forme di gestione dei servizi pubblici locali si ricavano dalla disciplina contenuta in numerose leggi speciali. Vi rientrano, per quel che qui rileva, la disciplina dei servizi pubblici locali

---

<sup>23</sup> Cfr. in causa C-26/03 Stadt Halle, Racc. 2005, pag. 1-1, punto 49.

di rilevanza economica, di cui all'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali -, le disposizioni previste dall'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133, a loro volta abrogate, a seguito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011, e quindi, sostituite dalle disposizioni dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 convertito in l. n. 148/2011, infine il Regolamento in materia di servizi pubblici di rilevanza economica, d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168.

Rispetto al quadro ordinamentale comunitario, più lineare, va sottolineata la frammentarietà della normativa italiana in materia, in grado, quindi, di ingenerare incertezze che scoraggiano l'impiego di risorse private. Infatti la continua modifica normativa ha il limite di accrescere il rischio normativo che, accanto ai c.d. rischi amministrativo e giudiziale, rappresenta una tra le cause che maggiormente scoraggiano gli investimenti degli imprenditori privati. Ciononostante dal contenuto della Circolare 1 marzo 2002 n. 3944 si evince la volontà del legislatore nazionale di seguire la normativa comunitaria in materia *“in quanto è sempre più diffuso lo strumento delle concessioni da parte delle amministrazioni per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura o per offrire taluni servizi per cui si rende opportuno fornire elementi interpretativi che chiariscano la normativa comunitaria applicabile in subiecta materia alla luce della comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni (2000/C 121/02) e della più recente giurisprudenza comunitaria”*.

Infine, la Circolare conclude, dopo un'attenta disamina della Comunicazione interpretativa della Commissione europea (2000/C 121/02) ed in linea con la giurisprudenza comunitaria, che *“l'amministrazione deve operare nella scelta del concessionario con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercè l'utilizzo di procedure competitive selettive”*.

Quanto all'esame delle concessioni di servizi pubblici, in forma di partenariato istituzionalizzato tramite società miste, è opportuno rilevare, ai fini della nostra indagine, che le norme già contenute nell'art. 23-bis, del d.l. n. 112/2008, successivamente abrogate mediante referendum, e quindi, sostituite dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011, prevedono che la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica possa avvenire, in via ordinaria:

- a) *nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento dei servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e,*

---

<sup>24</sup> Cfr. Corte di giustizia comunità europea, 29 novembre 2012 in cause riunite C-182/11 e C-183/11.

*in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità (comma 8);*

*b) fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11 nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40% e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:*

- i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgono di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;*
- il socio privato selezionato svolge gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si procede ad un nuovo affidamento;*
- siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (comma 12)*

*c) in deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui<sup>25</sup>, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house" (comma 13).*

Quanto al punto a) si tratta di forme di PPP di tipo puramente contrattuale che si realizzano sia nella forma dell'appalto pubblico che della concessione di servizi a cui non si applicano, in quest'ultimo caso, le regole del Codice (salvo quanto disposto dagli artt. 30;27;2, commi 2, 3 e 4).

Quanto al punto b) si tratta di forme di PPPI di tipo istituzionalizzato (richiamate dagli artt. 1, comma 2; 3, comma 15 ter, del Codice) realizzate attraverso la concessione di servizi pubblici a una *società mista pubblico-privata con affidamento diretto del servizio e contestuale scelta del socio con gara (c.d. gara unica ) la cui sovrapposibilità con quanto previsto dal diritto comunitario (come interpretato dalla Corte di giustizia europea nella sentenza 15/10/2009 causa C- 196/08, già commentata) è totale, essendo caratterizzata dagli elementi costitutivi legittimanti che definiscono a livello comunitario tale istituto.* Infatti i caratteri della concessione sotto forma di PPPI istituzionale di cui al citato punto b) dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nonchè secondo il parere espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008 e dalla successiva sentenza, Sez. V, 23 settembre 2008 n. 4603 sono i seguenti:

<sup>25</sup> Divenuti € 200.000 a seguito della modifica introdotta con l'art. 25, comma 5, del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

- 1) la società a capitale misto pubblico-privato deve essere *costituita specificatamente al fine della fornitura di detto servizio*; dunque gli enti affidanti devono circoscrivere puntualmente le attività comprese nei compiti operativi del socio (v. AVCP Segnalazione “Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica” del 3/6/2010);
- 2) l’oggetto *sociale esclusivo* deve essere mantenuto per l’intera durata della concessione e, dunque, gli enti affidanti hanno l’obbligo di esplicitare una nuova procedura di gara in caso di modifica delle condizioni essenziali dell’affidamento tra cui l’oggetto dello stesso;
- 3) il socio privato deve essere scelto mediante *procedura competitiva ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari tecnici operativi e di gestione* riferiti al servizio da svolgere ed alle caratteristiche dell’offerta;
- 4) al socio privato deve essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento del capitale della società (questa condizione è più limitativa rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario);
- 5) le procedure competitive devono avere ad oggetto, *al tempo stesso: a) la qualità di socio privato e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio o a fasi di esso; b) l’aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo.*

Solo se si realizzano le citate condizioni in modo *tassativo e cumulativo* è legittimo l’*affidamento diretto* del servizio, *con un’unica gara, alla società mista concessionaria per le stesse ragioni giuridiche ed economiche che abbiamo analizzato in precedenza*. Giova ricordare che il modello di PPPI, realizzato attraverso una società mista del tipo delineato, era già stato teorizzato nel 2007 dal Consiglio di Stato (Sezione II n. 456/2007) in base al quale “*l’attività che si ritiene affidata (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio*”.

Quanto, infine, al punto c) si fa chiaramente riferimento alla *società in house* in ordine alla quale si richiama il possesso dei requisiti richiesti dall’ordinamento europeo, quindi, indirettamente, si ricava che la fattispecie della società mista di cui al punto b) nulla ha a che vedere con il diverso fenomeno dell’*in house providing*, come abbiamo già sottolineato.

In tale quadro d’insieme, composito, ma pur legittimo dal punto di vista comunitario, si è innestato, come si è già detto, il referendum popolare che ha portato all’abrogazione dell’art. 23 bis d.l. n. 112/2008 e alla nuova regolamentazione attraverso l’art. 4 del d.l. n. 138/2011. Nel contempo, poichè quest’ultimo articolo è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con decisione 20 luglio 2012 n. 199 su ricorso di alcune Regioni, nella parte in cui il legislatore

nazionale ha ripristinato norme già contenute nell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, pensiamo siano stati posti solidi presupposti per una radicale rivisitazione dell'intera materia dei servizi pubblici che già non si discostava, ma che ancor più non potrà *discostarsi da quanto ha chiaramente statuito il diritto comunitario* che, nelle more del vuoto normativo provocato dal referendum e dalla sentenza della Corte Costituzionale, *torna ad essere interamente applicabile* (punto 5.2.1. della sent. n. 199 del 2012<sup>26</sup>).

### **Il procedimento di costituzione della società mista**

Ciò posto, occorre passare all'analisi della procedura messa in atto dalla pubblica amministrazione per lo svolgimento dell'*unica gara* con cui si sceglie, al tempo stesso, il socio e si aggiudica la concessione.

Se è vero, che la mancata codificazione delle regole applicative per l'affidamento delle concessioni di servizi, spesso determina un utilizzo distorsivo delle regole più generali inerenti il rispetto dei principi tracciati nel Trattato CE nonché dei principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, è parimenti vero, che la Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2008/C 91/02, citata, ha messo in luce che i criteri previsti per la partecipazione alle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici possono essere utilizzati anche nell'ambito delle concessioni al fine di pervenire ad un grado apprezzabile di armonizzazione. Nel contempo, poiché la gara (*gara unica*) deve riunire, come si è detto, in uno stesso atto, la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo – in tal senso si esprime anche la Segnalazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici del 3/6/2010 - la documentazione di gara deve apprestare: *la bozza di statuto della costituenda società, l'atto costitutivo della stessa, le informazioni dettagliate su eventuali patti parasociali, lo schema di convenzione per l'affidamento in concessione del servizio.*

In conclusione, in ordine al procedimento di costituzione di un partenariato istituzionale con la formazione di una società mista attraverso *un'unica gara*, si può porre in essere, come già si è detto, il procedimento previsto dal diritto comunitario nella Comunicazione della Commissione europea 2008/C 91/02 secondo cui:

- *il partner privato è selezionato nell'ambito di una gara trasparente e concorrenziale;*

---

<sup>26</sup> Tale interpretazione rileva anche dalla sentenza del TAR Lombardia-Brescia, sez. II, 23 settembre 2013 n. 780 secondo cui: "...il vuoto normativo provocato dal referendum e dalla sentenza n. 199/2012 non è stato colmato dalla riviviscenza di norme anteriori, ma dall'estensione di principi comunitari"

- *l'oggetto della gara deve essere sia la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto;*
- *la selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione della società mista e dall'aggiudicazione della concessione a detta società. Talchè dovrebbe essere espressamente previsto l'obbligo di inclusione nella documentazione di gara (o di esplicitazione in un'eventuale fase di successiva negoziazione) della bozza di statuto della società e di informazioni dettagliate su eventuali patti parasociali e sugli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società mista da costituire.*

Peraltro, per la costituzione di una società mista ci si può anche riferire alla disciplina nazionale in argomento compendiata nel quadro normativo chiaro, omogeneo e certo previsto dal vigente d.P.R. 16 settembre 1996 n. 533 “*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*” che se, per un verso, è una norma speciale sicuramente imperativa in quanto diretta a restringere l'ambito dell'autonomia negoziale degli enti pubblici territoriali e dei privati attraverso la previsione di una forma societaria tipica, per altro verso, annovera *tutti i caratteri tassativamente indicati dalla giurisprudenza comunitaria e dal legislatore comunitario* per la legittima costituzione di società a capitale misto pubblico-privato per la gestione dei servizi pubblici.

In particolare, si sottolineano i seguenti elementi che caratterizzano tale società mista pubblico-privata, quale *società di scopo*, volta alla realizzazione dei servizi pubblici locali e opere accessorie connesse, in cui *il socio viene scelto con un'unica gara che riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato, previa verifica dei aspetti tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio erogato e l'aggiudicazione del servizio, sottoforma di concessione, nonchè la società da istituire a tale esclusivo scopo. Essa deve possedere i seguenti requisiti:*

- *il capitale sociale* deve essere di importo non inferiore al miliardo di lire e deve essere ripartito in modo da assegnare all'ente promotore una partecipazione non inferiore al quinto del capitale, mentre la partecipazione degli imprenditori - individuali, società, singolarmente o raggruppati per lo scopo - è fissata in una misura non inferiore al cinquanta per cento;

- è previsto *l'azionariato diffuso* cui è riservata una quota determinata del capitale sociale che il socio pubblico e privato di maggioranza definiscono di comune accordo dopo la costituzione della società;
- il *socio privato* è scelto dall'ente promotore mediante una procedura concorsuale ristretta assimilata dall'appalto concorso;
- il *bando di gara* indica:
  - a) *la natura del servizio* o dei servizi pubblici e delle eventuali opere accessorie necessarie allo svolgimento del servizio oggetto della costituenda società; le *modalità di effettuazione degli stessi* anche con riferimento agli ambiti territoriali interessati; *la durata della società*, non inferiore a 10 anni;
  - b) *i modi ed i termini per la presentazione delle richieste di invito*, nonché la documentazione e le informazioni da allegare ai fini della scelta dei concorrenti da invitare, con riferimento agli artt. da 12 a 17 del d.lgs 17 marzo 1995 n. 157 (parallelamente ora ci si riferisce al Codice dopo l'abrogazione del d.lgs 157/1995);
  - c) l'indicazione del *tipo di procedura ristretta*, assimilata *all'appalto concorso*, di cui al d.lgs 17 marzo 1995 (idem come sopra);
  - d) *i criteri* che saranno eseguiti in sede di valutazione e comparazione delle offerte; *i criteri e relativi sub criteri di valutazione si basano principalmente su aspetti tecnici quali la qualità progettuale, le caratteristiche finanziarie, i tempi e fasi di realizzazione dell'intervento, la struttura organizzativa nonché l'esperienza specifica nell'attività. In ordine a questi due ultimi elementi si rileva il divieto di commistione fra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e i criteri di valutazione dell'offerta quale principio di derivazione nazionale e comunitaria con la sola eccezione del caso in cui gli aspetti organizzativi e le esperienze pregresse per il loro collegamento con lo specifico oggetto della concessione non vengono considerati in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e quindi come parametro afferente alle caratteristiche dell'offerta;*
  - e) *i contenuti essenziali dello statuto* della costituenda società con particolare riferimento alle clausole che attribuiscono speciali diritti e facoltà agli enti pubblici partecipanti, e del *contratto di società* precisandosi l'importo del capitale sociale e la quota di esso riservata agli enti pubblici con l'indicazione dei beni eventualmente conferiti a questo titolo.

f) *I contenuti essenziali dell'eventuale disciplina integrativa* concernente i rapporti fra l'ente promotore e il socio di maggioranza.

Infine l'art. 3, del d.P.R. 16 settembre 1996 n. 533, dispone che la *lettera di invito* (documento facente parte della *lex specialis* della gara nell'ambito di una procedura ristretta) indichi:

- a) in *ordine decrescente di importanza gli elementi* che dovranno essere specificati nell'offerta e che saranno valutati ai fini della scelta del contraente, con particolare riferimento ad un *piano economico finanziario*, esteso all'intero arco temporale, indicato nel bando, nel quale siano specificate, fra l'altro: le caratteristiche tecniche del servizio; le condizioni economiche che saranno praticate all'utenza eventualmente anche sotto forma di tariffe differenziate per fasce; gli eventuali servizi accessori;
- b) la presentazione di un *progetto tecnico concernente la gestione del servizio*;
- c) lo schema *del contratto di società e dello statuto della costituenda società*.

Da ultimo, la commissione tecnico-amministrativa, composta da esperti nelle materie pertinenti all'oggetto sociale della costituenda società, forma la graduatoria degli offerenti sulla base degli elementi individuati nel bando e nella lettera di invito e la comunica all'ente promotore *per la costituzione della società con il soggetto la cui offerta sia stata valutata migliore*. Preme sottolineare che del Regolamento in oggetto – attualmente in vigore - va fatta, comunque, una lettura aggiornata in base alle norme del Codice dei contratti pubblici con cui il legislatore nazionale ha abrogato anche la precedente disciplina in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, ai quali appunto si riferisce il d.lgs 157/1995, senza peraltro che ciò modifichi l'impianto normativo del d.P.R. n. 16 settembre 1996 n. 533, che è conforme ai principi ed alle regole del diritto comunitario in materia.

Dal reticolato normativo comunitario e nazionale fin qui tracciato emerge chiaramente che i PPPI istituzionalizzati sono un modello di gestione visto con favore a livello comunitario per il coinvolgimento dei soggetti privati nella gestione dei servizi pubblici a *condizione che si rispettino tutti i requisiti legittimanti richiesti per la loro costituzione*. La sovrapposibilità del modello italiano a quello comunitario si riscontra, in particolare, con riferimento al tipo di società mista prevista: prima dall'art. 23-bis, comma 2, lett. b) l. n. 133/2008 e s.m.i, poi, dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 convertito in l. n. 148 del 2011 e s.m.i., alla quale si può affidare una concessione di

servizi pubblici sul presupposto dell'effettuazione di *un'unica gara* che determina, al tempo stesso, la *scelta del socio operativo* e l'*affidamento diretto* del servizio<sup>27</sup>.

Sono, comunque, del parere che nonostante la pronuncia di incostituzionalità dell'intera legislazione in materia di servizi pubblici, per il palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo, le nuove regole che dovranno essere predisposte dal legislatore non potranno non tenere conto di quanto era stato già codificato attraverso un percorso lento, ma costante di avvicinamento al diritto comunitario.

Esprime lo stesso orientamento Linda Lanzillotta che, commentando la sentenza della Corte Costituzionale delinea così, nei suoi termini essenziali, i contorni dell'intervento riformatore e le ragioni per le quali non si può indugiare oltre nella definizione di una riforma strategica per la modernizzazione del nostro Paese. *“Nel rispetto dei risultati referendari e del quadro normativo comunitario, il Governo ed il Parlamento hanno ora l'occasione di intervenire sulla materia, nella prospettiva di aprire maggiormente il settore dei servizi pubblici (a rilevanza economica) alla libera competizione, nell'interesse dei consumatori e con l'obiettivo di favorire gli investimenti .... Anche a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale è opportuno introdurre comunque nel sistema “pietrificato” dei servizi locali, soprattutto per quanto concerne gli assetti gestionali esistenti, dosi massicce di concorrenza nel e per il mercato, affinché i servizi pubblici locali*

---

<sup>27</sup> Si può tuttavia obiettare che nell'ordinamento italiano l'anzidetta tipologia di società mista, essendo prevista solo dalla legislazione speciale per la realizzazione dei servizi pubblici locali, e quindi per lo svolgimento di un'attività rivolta ai cittadini, non è trasversalmente applicabile anche ai servizi in favore dell'amministrazione svolti in generale a libero mercato, che la pubblica amministrazione può decidere di esternalizzare. Tale assunto non pare però trovare conferma nell'orientamento del Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008 n. 1 -. Partendo, infatti, dal presupposto del *favor* con cui vengono visti a livello comunitario e nazionale i PPPI istituzionalizzati, che apportano alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato prendendo in esame un modello di partenariato di società a capitale misto pubblico-privato, elaborato dalla sezione seconda del Consiglio stesso (n. 456/2007), propende per l'ipotesi ricostruttiva di cui al detto parere, il quale, a mio avviso, consente di andare oltre il ristretto concetto di servizio pubblico per riferirsi, più in generale, ai servizi esternalizzabili dagli enti pubblici. Recita, infatti, la sez. II del Consiglio di Stato n. 456/2007 “l'attività che si ritiene affidata senza gara alla società mista è nella sostanza da ritenersi affidata con gara al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio”. Coerente con tale impianto interpretativo è, infatti, anche la successiva sentenza della Sezione V del Consiglio di Stato, 23 settembre 2008 n. 4603, secondo cui “il modello della società mista è previsto in via generale dall'articolo 113, comma 5, lett. b) d.lgs. 267 del 2000 come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione n. 3260 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali”. Se così è, mi sembra risulti evidente che il modello di società a capitale misto pubblico-privato, elaborato dalla seconda sezione del Consiglio di Stato n. 456/2007, sovrapponibile a quanto elaborato dalla Corte di giustizia europea, come si è già visto, possa in virtù del principio del *c.d. effetto utile* perseguito dalle direttive essere applicato anche nella realizzazione di partenariati istituzionalizzati per la concessione di servizi non pubblici a condizione che il modello si basi sul seguente presupposto: che il socio venga scelto mediante procedura ad evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata. Il che vuol dire aver stabilito, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio operativo il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa ossia condizioni, modalità, durata della concessione ed elementi costitutivi della costituenda società mista. Dunque per la realizzazione più in generale dei servizi esternalizzabili della P.A., le società miste all'uopo costituite devono essere specificatamente costituite per la fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo.

*smettano di essere l'oggetto di comportamenti clientelari di certa politica deteriore*<sup>28</sup>...” In tale direzione, sembra proprio muoversi la recente legge intitolata “*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese nel settore bancario*” d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135”. Infatti l’art. 4, che detta regole “*Per la riduzione di spesa, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*” al comma 3, specifica espressamente che le disposizioni contenute nel comma 1, volte alternativamente alla *eliminazione* o allo *scioglimento delle società* controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90%, “*non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica*”. Come si può notare si tratta di un passaggio di non poco momento: atteso, quindi, che tutta la materia sui servizi pubblici, nelle more di un suo riordino complessivo e definitivo, resta regolamentata in modo rispondente alle norme del diritto comunitario subentrato al diritto nazionale, su cui ha interferito il portato precettivo della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale.

### **Ruolo dei soggetti non profit nell’ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione di partenariato contrattuale (PPP) e istituzionalizzato (PPPI)**

Nell’aprire il mercato dei servizi pubblici alla concorrenza, a mio avviso, si può promuoverne l’accesso a una pluralità di operatori economici già operanti nel comparto dei servizi: mi riferisco, in particolare, al ruolo dell’*impresa sociale* e della *cooperazione sociale* al fine di sviluppare nuovi rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, che vadano oltre gli acquisti di forniture e servizi fatti dalla stessa tramite contratti di appalto e/o convenzioni, facendo leva sull’istituto giuridico della *concessione di servizi*, che si può attuare sia in forma di partenariato contrattuale che in forma di partenariato istituzionalizzato, quest’ultimo, con lo scopo di instaurare con l’amministrazione rapporti più duraturi nel tempo e condivisi.

In tale direzione si muove anche il diritto europeo che con la Comunicazione della Commissione del 25/10/2011 (COM 2011-682) intitolata “*Iniziativa per l’imprenditoria sociale. Costruire un ecosistema per promuovere le imprese sociali al centro dell’economia e della innovazione sociale*” propone la ricerca di *soluzioni originali per una nuova crescita inclusiva* orientata all’occupazione di tutti, stabile e poco delocalizzabile, all’integrazione sociale, al miglioramento dei servizi pubblici

---

<sup>28</sup>Si veda Linda Lanzillotta, Benedetto della Vedova, Gianluca Galletti “*Serve una nuova riforma dei servizi locali*”, Il

locali, alla coesione territoriale. Attori principali di questa nuova crescita sono *le imprese sociali*, perché sono al centro di una *crescita intelligente*: rispondendo con l'innovazione sociale ai bisogni non ancora soddisfatti; di una *crescita sostenibile*: tenendo conto del loro impatto ambientale e della loro visione a lungo termine; di una *crescita inclusiva*: creano occupazione ponendo l'accento sull'aspetto umano e sulla coesione sociale. In altri termini la loro ragione d'essere è realizzare le trasformazioni sociali ed economiche che sono funzionali agli obiettivi di “*Europa 2020. Strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*” che punta ad un'economia più competitiva, dinamica, la più coesa e sostenibile. L'impresa sociale si presta al perseguimento di queste finalità posizionandosi all'incrocio tra le questioni economiche e sociali. Infatti, essa è nel documento della Commissione “*un attore dell'economia sociale il cui principale obiettivo non è generare utili per i suoi proprietari o azionisti, ma esercitare un impatto sociale. Essa opera sul mercato producendo beni e servizi in modo imprenditoriale ed innovativo e destinando i propri utili principalmente alla realizzazione di obiettivi sociali. E' gestita da imprenditori sociali in modo responsabile e trasparente, in particolare coinvolgendo dipendenti, clienti e altri soggetti interessati alle sue attività commerciali*”.

Nel concetto comunitario di *impresa sociale* sono incluse le imprese:

- per le quali l'obiettivo sociale o socio culturale di interesse comune è la ragione d'essere dell'azione commerciale che spesso si traduce in un livello elevato di innovazione sociale;
- i cui utili sono principalmente reinvestiti nella realizzazione di tale obiettivo sociale;
- le cui modalità di organizzazione o il sistema di proprietà riflettono la missione in quanto si basano su principi democratici o partecipativi o mirano alla giustizia sociale.

Può dunque trattarsi:

- di imprese che forniscono servizi sociali e/o beni e servizi destinati a un pubblico vulnerabile (assistenza a persone anziane o disabili, assistenza all'infanzia, ecc);
- di imprese le cui modalità di produzione di beni o servizi perseguono un *obiettivo di natura sociale* (integrazione sociale e professionale tramite l'accesso al lavoro di persone svantaggiate per evitare loro l'esclusione e l'emarginazione) ma la cui *attività può riguardare beni o servizi non di materia sociale*. Si tratta, pertanto, sotto il profilo giuridico, di cooperative, fondazioni, associazioni e mutue, molte delle quali sono anche imprese sociali sulla base delle caratteristiche succitate, nonché imprese sociali aventi forme di società private o di società per azioni tradizionali.

La normativa italiana prevede sia l'impresa sociale che disciplina con il d.lgs. n. 155/2006, sia le cooperative sociali regolamentate dalla l. n. 381/1981 e s.m.i i cui caratteri preminenti sono sovrapponibili a quanto analogamente previsto dal diritto comunitario dianzi citato. Dunque alla luce delle considerazioni sopra svolte, sul piano operativo, si può ritenere, a mio avviso, che le cooperative sociali e più in generale le imprese sociali possano essere considerate degli *interlocutori privilegiati della pubblica amministrazione* nella costituzione di partenariati pubblico-privati non solo contrattuali, ma soprattutto istituzionalizzati attraverso la partecipazione come soci in società miste pubblico-private del tipo che abbiamo analizzato.

Infatti, sono in grado di coniugare pienamente le logiche imprenditoriali necessarie per l'erogazione dei servizi, con le modalità orientate all'accoglienza, all'integrazione, alla formazione ed all'inclusione dei soggetti più esposti ai rischi di emarginazione, consentendo all'amministrazione di coniugare, a sua volta, gli aspetti economico gestionali, che pur debbono essere attentamente valutati in relazione all'oggetto della concessione dei servizi, con gli aspetti politici legati alla propria *mission* in applicazione del *principio di sussidiarietà* di cui all'art. 118 della Costituzione. Peraltro non dimentichiamo, a tal proposito, che il limite fissato dal legislatore italiano all'impiego dello strumento societario ai sensi dell'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008<sup>29</sup>) è posto, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato (sez. V, 20 marzo 2012 n. 1574), per *“garantire in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esista una norma imperativa che esprimendo un principio in precedenza immanente nel sistema pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico”*. Dunque, è in applicazione anche di detta normativa nazionale e della interpretazione fattane dal supremo giudice amministrativo che nella costituzione di un partenariato istituzionalizzato - sottoforma giuridica di società mista con soci pubblici e privati - si dovrebbe privilegiare la scelta del socio *non profit* il cui principale obiettivo non è quello di generare utili, ma di realizzare obiettivi sociali, quindi è portatore dei medesimi interessi pubblici dell'ente proponente. Tale premessa se, per un verso, può sicuramente consentire all'ente pubblico partner della società mista di superare il limite posto dal legislatore all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche

---

<sup>29</sup> Come noto la costituzione di una società mista deve tuttavia avvenire nel rispetto dei limiti introdotti – al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato e di arginare il fenomeno della proliferazione delle società pubbliche o miste considerato una delle cause dell'aumento della spesa pubblica – dall'art. 3, comma 27 della l. 24/12/2007 n. 244 (finanziaria 2008) ai sensi del quale *“al fine di tutelare la concorrenza e il mercato le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del dlgs 165/2001 non possono costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali né assumere o mantenere direttamente partecipazioni anche di minoranza in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi*

dell'interesse pubblico, per altro verso, può consentire una gestione della società mista più efficiente ed efficace. Infatti all'interno di una società dove si riscontra la suddetta identità di fini pubblici che accomuna tutti i soci, si persegue un indirizzo strategico condiviso in relazione alla *mission* della società appositamente costituita, talchè la gestione dell'impresa non dovrebbe incontrare gli ostacoli che invece incontra quando il partner del soggetto pubblico è un privato profit.

A questo punto passiamo all'analisi del profilo giuridico dei c.d. *laboratori protetti*, *delle cooperative sociali di tipo b)* e *delle imprese sociali*, soggetti ai quali l'ordinamento comunitario e nazionale può riservare il diritto di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione non solo degli appalti pubblici<sup>30</sup>, ma, in prospettiva, ai sensi dell'art. 20 della "Proposta di direttiva sulle concessioni" 2011/0437 (Cod), anche delle stesse concessioni sottoforma sia di partenariato contrattuale che istituzionalizzato. Infatti, in quest'ultimo caso, poiché, come si è detto, la scelta del socio della società mista pubblico-privata e l'attribuzione del servizio in concessione possono avvenire contestualmente con *un'unica gara ad oggetto unico*, l'amministrazione, ai sensi del citato art. 20, può avvalersi della facoltà di bandire la *gara riservata* ai laboratori protetti, alle cooperative di tipo b) e alle imprese sociali il cui obiettivo principale è l'integrazione sociale e professionale dei lavoratori svantaggiati e disabili. Recita, infatti, l'art. 20: "*Gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipare alle procedure di aggiudicazione delle concessioni a laboratori protetti e operatori economici il cui obiettivo principale sia l'integrazione sociale e professionale dei lavoratori disabili e svantaggiati, oppure disporre che tali concessioni si svolgano nell'ambito di programmi di lavoro protetti, a condizione che più del 30% dei lavoratori operanti in tali laboratori, operatori economici o programmi sia composta da lavoratori disabili o svantaggiati. Il bando di concessione menziona la presente disposizione*".

Una particolare attenzione meritano dunque i c.d. *laboratori protetti* (entità giuridiche nuove per il nostro ordinamento che la normativa italiana non prevedeva prima del recepimento della direttiva 2004/18/CE) ai quali l'art. 19 della direttiva 2004/18/CE, l'art. 52 del Codice dei contratti pubblici, ed infine l'art. 20 della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione" 2011/0437 (Cod), assegnano un ruolo centrale e privilegiato nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione. Ebbene la vera novità della direttiva 2004/18/CEE e del Codice dei contratti pubblici sta proprio nell'aver previsto la facoltà per la stessa di perseguire obiettivi sociali attraverso la creazione di una *riserva di partecipazione*

---

*di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165 nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*".

<sup>30</sup> Come già avviene per i laboratori protetti ai sensi dell'art. 19 della direttiva 2004/18/CE, e dell'art. 52 del Codice dei contratti pubblici ed, in prospettiva, anche per le cooperative sociali di tipo b) e per le imprese sociali in base all'art. 17 della Proposta di direttiva sugli appalti pubblico COD (2011/0438).

operante sia sotto il *profilo soggettivo (laboratori protetti)* che *oggettivo (programmi protetti)* in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili.

*L'art. 19 della direttiva 2004/18/CE introduce espressamente l'affidamento in appalto tramite gara riservata, nonché la riserva di esecuzione in favore di alcune categorie di soggetti "deboli".*

Sotto la rubrica "Appalti riservati" tale disposizione statuisce che: *"Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione".*

In altri termini, secondo l'art. 19 della direttiva 2004/18/CE l'affidamento in appalto tramite gara riservata, nonché la riserva di esecuzione dello stesso è soggetta alle seguenti condizioni:

1. Il fatto che *la maggior parte dei lavoratori* impiegati nei laboratori protetti o in programmi di lavoro protetti sia costituita da "disabili" che secondo il Regolamento CE n. 800/2008 (preceduto dai Regolamenti CE n. 68/2001; n. 70/2001 e n. 2204/2002 che hanno cessato di essere in vigore il 30/06/2008, in applicazione del Regolamento CE n. 1976/2006) sono una categoria diversa dai lavoratori svantaggiati<sup>31</sup>;

2. L'osservanza di tutte le altre disposizioni della direttiva applicabili agli appalti pubblici.

*Ipotesi ratificata dal Codice degli appalti pubblici (d.lgs 163/2006) per le gare sopra e sotto soglia comunitaria, il cui art.52 recita: "1. Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione."* La disposizione dell'art.52 se, per un verso, si pone in parallelo a quella dell'art. 19 della direttiva 2004/18/CE, con l'unica precisazione che il legislatore nazionale *perimetra le gare riservate sopra e sotto la soglia di rilievo comunitario*, in relazione a *singoli appalti*, o in considerazione *dell'oggetto di determinati appalti*, per altro verso, si pone come corollario del principio affermato dall'art.2 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui *"il*

<sup>31</sup> *I disabili* sono: qualsiasi persona riconosciuta come tale ai sensi della legislazione nazionale, o qualsiasi persona affetta da un handicap. Gli *svantaggiati* sono: qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad

*principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti, ed al presente Codice ai criteri previsti dal bando ed ispirati ad esigenze sociali*". Peraltro la medesima disposizione in virtù della "clausola di salvaguardia" posta all'inizio dell'art. 52 nella sua formulazione letterale "Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali....." sembrerebbe legittimare, l'esclusione dei soggetti interessati dalla legislazione speciale dall'applicabilità dell'art.52 del Codice e quindi, l'esclusione dell'ulteriore espansione della fattispecie della gara riservata sopra e sotto soglia in favore delle cooperative di tipo b). Infatti le cooperative sociali di tipo b) non sono equiparabili *tout court* ai laboratori protetti in relazione al diverso contenuto *qualitativo e numerico* dei lavoratori "svantaggiati" rispetto ai "lavoratori disabili" che sono la sola categoria di soggetti costituenti i laboratori protetti, e quindi, beneficiari della norma dell'art.52. I laboratori protetti di matrice comunitaria sono una tipologia giuridica caratterizzata dal fatto di avere almeno il 50% dei lavoratori che è costituito da "disabili" cioè non in grado di esercitare un'occupazione sul mercato del lavoro aperto. Dunque sono quegli stabilimenti entro cui i lavoratori "disabili" hanno un'occupazione che ha la caratteristica innanzi tutto di essere "un posto di lavoro protetto" (vale a dire, cito testualmente l'art. 2, punto 21, del Regolamento CE n. 800/2008 della Commissione -applicabile fino al 31/12/2013 - : un posto di lavoro in un'impresa nella quale almeno il 50% è costituito da lavoratori disabili). E "disabile" ai sensi dell'art.2, punto 20, del Regolamento CE 800/2008: è

- *chiunque sia riconosciuto disabile ai sensi della legislazione nazionale, o*
- *chiunque sia caratterizzato da impedimenti accertati che dipendano da un handicap fisico, mentale o psichico.*

Per la legge n. 381/91 le cooperative di tipo b) impiegano lavoratori "svantaggiati", nella misura di almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa che sono individuabili solo in parte negli "invalidi fisici, psichici e sensoriali". Di converso, solo gli invalidi fisici, psichici e sensoriali sono per la legge 5/2/92 n.104 (legge quadro per l'integrazione e i diritti degli handicappati) "persone handicappate", quindi rientranti nel concetto di "disabile" secondo la normativa comunitaria. Ciò tuttavia non comporta che le cooperative sociali di tipo b) non possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma *come ogni altro soggetto giuridico*, possono *accreditarsi* quali laboratori protetti, e quindi, avvalersi della riserva di cui all'art. 52 a condizione che posseggano i requisiti richiesti e quindi *rientrano nel novero dei laboratori protetti*.

In base alle citate disposizioni - relativamente ai contratti pubblici di importo *superiore o inferiore alla soglia comunitaria* - la stazione appaltante può *riservare* ai

soggetti che rientrano nel novero dei laboratori protetti e, quindi, alle cooperative sociali di tipo b) (come pure alle Imprese sociali che ne possiedono i requisiti), laddove lo ritenga opportuno, la *partecipazione alla gara o l'esecuzione dell'appalto nell'ambito di programmi di lavoro protetti*, fermo restando che secondo il tenore letterale della disciplina comunitaria e nazionale di recepimento (art.19 direttiva 2004/18/CE; e art.52 d.lgs.163/2006), l'applicazione della fattispecie, oltre ad essere subordinata all'esplicita menzione del suo fondamento normativo, ossia dell'art.52 del Codice dei contratti pubblici, nel bando di gara, nonché all'osservanza di tutte le altre disposizioni applicabili agli appalti pubblici, impone all'amministrazione di verificare che *la maggior parte dei lavoratori* impiegati nei laboratori sia costituita da portatori di handicap, laddove secondo l'art.4, comma 2, della legge 381/91 (così come ai sensi dell'art.2, comma 4, del d.lgs. n.155/2006 sull'Impresa sociale), le persone svantaggiate possono costituire anche solo *il trenta per cento* dei lavoratori impiegati nelle predette organizzazioni. Dunque non resta preclusa alle cooperative di tipo b) la partecipazione alla gara riservata per i contratti sopra soglia e sotto soglia, per effetto della legislazione speciale l. n. 381/91 che non la prevede, anche se in punto di fatto e di diritto si può applicare, in virtù dell'art.19 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 52 del d.lgs 163/2006, *solo a quelle cooperative di tipo b) che hanno lavoratori "svantaggiati" del tipo "invalidi civili, sensoriali e psichici", che sono i cd. "disabili" ai sensi del Regolamento CE n. 800/2008, in misura pari almeno al 50% dei lavoratori.*

Da ultimo preme osservare, in riferimento al recepimento dell'art. 19 della direttiva da parte dell'art.52 del Codice, che il legislatore nazionale *perimetra le gare riservate sopra e sotto soglia* in relazione a *singoli appalti*, o in considerazione dell'*oggetto di determinati appalti*; quindi aderisce ancora una volta alla direttiva comunitaria, dettando una normativa nazionale più restrittiva.

A conferma di tale interpretazione si sottolinea quanto statuisce l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nella Determina n. 2 del 23 gennaio 2008, contenente *"Indicazioni operative sugli appalti riservati – Art. 52 del d.lgs 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i"* e nel più recente parere dell'8/7/2010 reso al Consorzio dei Servizi Sociali Ambito A4 della Regione della Campania in merito *"alla possibilità di riservare la partecipazione ad una gara pubblica avente ad oggetto l'affidamento di servizi sociali a determinati soggetti in particolare a soggetti non profit"*.

Dopo aver premesso che in Italia c'è una lacuna normativa in ordine alle condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione dei laboratori protetti, ma nello stesso tempo, allo scopo che la norma del Codice dei contratti pubblici, art. 52, *non rimanga una semplice enunciazione e sia effettivamente applicata*, vanno individuati i *requisiti* che devono essere *cumulativamente* posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale “*laboratorio protetto*”. Questi sono:

- a) *essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;*
- b) *prevedere nei documenti sociali tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;*
- c) *avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, i ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.*

In questa ottica, può ritenersi che architrave del percorso argomentativo sia il concetto di “disabilità” in ordine al quale sono considerate persone disabili secondo la nostra legislazione (l. 12 marzo 1999 n. 68 – Norme per il diritto al lavoro dei disabili -) quelle “*in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute*”<sup>32</sup>.

Fatta questa premessa l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici sottolinea che: “*con l'art. 52 il legislatore ha inteso perseguire le esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del D.lgs 163/2006, introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione e la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene quindi nel caso dell'art. 52 attraverso la creazione di una riserva di partecipazione sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzati dall'impiego maggioritario di*

---

<sup>32</sup> La legge Regionale dell'Emilia-Romagna 19/2/2008, l'art. 1, comma 2, per disabilità intende: lo stato di invalidità, cecità e sordità civile, la condizione di handicap di cui alla l. 5/2/1992 n. 104 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) e la condizione per l'integrazione scolastica ai sensi del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23/2/2006 n. 185 (Regolamento recante modalità e criteri per l'individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap ai sensi dell'art. 35, comma 7 l. 27 dicembre 2002 n. 289); la condizione per il collocamento mirato al lavoro, ai sensi della legge 12 marzo 1999 n. 68 (norme per il diritto al lavoro dei disabili).

*disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori dei meccanismi esclusivamente concorrenziali”.*

Riassumendo, l’Autorità di vigilanza è dell’avviso che se l’amministrazione decide, nell’ambito del suo potere discrezionale, di applicare l’art. 52 non acriticamente, ma in relazione a singoli appalti o in considerazione dell’oggetto di determinati appalti, può seguire due percorsi:

- a) riservare la partecipazione all’appalto dei laboratori protetti; o*
- b) riservare l’esecuzione dell’appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti.*

*Nel primo caso (di riserva di partecipazione ai laboratori protetti) partecipano alla gara solo i soggetti che possiedono cumulativamente i seguenti requisiti:*

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della normativa vigente, che esercita in via stabile e principale un’attività economica organizzata;*
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell’ente, quella dell’inserimento lavorativo di persone disabili;*
- c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della gravità del loro handicap, non possono esercitare un’attività professionale in condizioni normali.*

*Nel secondo caso (di riserva dell’esecuzione dell’appalto ai programmi di lavoro protetti) che si fonda sul ricorso, da parte degli operatori economici, nella fase esecutiva, all’impiego di un numero maggioritario di lavoratori disabili, si possono avvalere di tale riserva anche soggetti giuridici diversi dai laboratori protetti che ricorrono, per l’esecuzione dello specifico appalto, all’impiego, maggioritario di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale. In tali casi, pertanto, la partecipazione alla gara comprende soggetti profit e no profit, nondimeno inquadrabili nell’art. 34 del d.lgs n.163/2006 (in quanto l’art. 52 fa esplicito riferimento al rispetto della normativa vigente), anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, ma che si avvalgono, ai fini del riconoscimento dell’esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili.*

La scelta di riservare l’appalto solo al laboratorio protetto e non anche al lavoro protetto discende dal fatto che i soggetti giuridici qualificabili come laboratori protetti, avendo come *finalità statutaria* quello dell’inserimento del lavorativo di persone disabili ed un organico composto in misura maggioritaria dalle stesse, sono

in grado di garantire tutte una serie di competenze e capacità tecniche non diversamente reperibili sul libero mercato.

*Il ricorso alle procedure di cui all'art. 52 del Codice richiede:*

- a) la pubblicazione del bando di gara con la finalità di rendere noto l'appalto ai soggetti interessati;
- b) la previsione dei requisiti di partecipazione di ordine generale (morale), e speciale (requisiti di idoneità professionale, capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del d.lgs. 163/2006), in maniera analoga agli appalti non riservati nel rispetto del principio di proporzionalità. In ordine a quest'ultimo principio che esige: che *ogni provvedimento sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti*, nel caso di specie, si osserva che dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche, sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva;
- c) le stazioni appaltanti devono specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e le modalità di verifica delle offerte anormalmente basse di cui agli art. 81-84 e 86-88 del d.lgs n. 163/2006.

Da ultimo, l'Autorità di vigilanza, con parere espresso al Consorzio dei Servizi sociali della Regione Campania in data 8 luglio 2010 conclude che: "attesa la non piena coincidenza delle categorie dei soggetti no profit e delle categorie dei lavoratori protetti, si deve ritenere che non sia consentito apporre riserve di partecipazione alle gare di appalto *sic et simpliciter* ai soli soggetti no profit, ma che tale *riserva sia consentita solo se rivolta a soggetti che rivestono le caratteristiche dei lavoratori protetti*".

Definite, dunque, le condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione dei lavoratori protetti e della conseguente applicazione dell'art. 52 per ciò che concerne il coordinamento con la vigente normativa in materia di cooperative sociali ed imprese sociali, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ritiene che: "*la clausola di salvaguardia posta all'inizio dell'art. 52 ("Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali") stia ad indicare che le*

*due discipline – quella dell’art. 52 del d.lgs 163/2006 e quella della l. 381/91 e s.m.i. – si muovono in ambiti distinti”.*

Dunque, L’Autorità dà un’interpretazione chiara e precisa dei rapporti intercorrenti fra le due discipline consentendo alla stazione appaltante, sulla base delle proprie esigenze operative ed in piena autonomia di giudizio, la scelta di due percorsi alternativi:

- applicare la legge n. 381/91 ai sensi dell’art. 5, comma 4, secondo cui, per i contratti sopra soglia fra le condizioni di esecuzione del contratto è previsto l’obbligo di impiego di persone “svantaggiate” mediante l’adozione di specifici programmi di recupero e di inserimento lavorativo, che prevedano per tutta la durata del servizio, l’utilizzo delle persone svantaggiate in percentuale pari ad una quota discrezionalmente fissata dall’amministrazione entro un range costituito da un limite minimo pari almeno al 30% fino ad un limite massimo indicato dall’amministrazione, delle risorse umane messe complessivamente a disposizione della stazione appaltante per la realizzazione dell’appalto in gara. La gara si deve svolgere secondo le modalità operative e i principi indicati dal Codice; ovvero
- applicare l’art. 52 del d.lgs. 163/2006 attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti) che non comporta l’esclusione dalla gara delle cooperative sociali di cui all’art. 1, lett. b) della l. 381/91, ma anzi, *“data l’autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d’altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all’art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del d.lgs 163/2006.”*

### **Concessioni riservate**

Orbene il diagramma evolutivo della legislazione in tema di appalti riservati e di concessioni riservate, caratterizzato da un netto *favor per l’imprenditoria sociale* nell’ambito dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, sta non solo per essere confermato da una nuova legislazione comunitaria in materia, ma migliorato ed ampliato. Mi riferisco, infatti, alle due

proposte di direttive comunitarie: la prima “Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici “ 2011/0438 (Cod); la seconda “Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione” 2011/0437 (Cod).

Per il profilo che interessa, quanto alla prima proposta essa prevede l’art. 17, che sotto la rubrica “Appalti riservati” recita: *“Gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto ai lavoratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l’integrazione sociale e professionale dei lavoratori con disabilità e lavoratori svantaggiati o riservarne l’esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando oltre il 30% dei lavoratori suddetti lavoratori, operatori economici o programmi sia composto da persone con disabilità o da lavoratori svantaggiati”*.

Quando alla seconda proposta di direttiva sulle concessioni l’art. 20 sotto la rubrica “Concessioni riservate” recita: *“Gli Stati membri possono riservare il diritto di partecipare alle procedure di aggiudicazione delle concessioni o ai lavoratori protetti e operatori economici il cui obiettivo principale sia l’integrazione sociale e professionali dei lavoratori disabili e svantaggiati, oppure disporre che tali concessioni si svolgano nell’ambito di lavori protetti, a condizione che più del 30% dei lavoratori operanti in tali lavoratori, operatori economici o programmi sia composta da lavoratori disabili o svantaggiati. Il bando di concessione menziona la presente disposizione.”* Dall’enunciato degli artt. 17 e 20 si evince chiaramente che l’inserimento delle categorie di lavoratori svantaggiati a fianco dei lavoratori disabili, nonché la riduzione della percentuale di questi ultimi dal “almeno il 50” ad “oltre il 30%”, apre le porte delle *procedure concorsuali riservate* a tutte le entità giuridiche del nostro ordinamento: quali appunto non solo i c.d. lavoratori protetti, ma le stesse cooperative di tipo b) nonché le imprese sociali che hanno una composizione istituzionale di lavoratori disabili e/o svantaggiati nella misura di più del 30% -.

Si postula in sostanza quale requisito essenziale per assurgere ad *interlocutori privilegiati* della pubblica amministrazione nell’ambito dei nuovi rapporti di partenariato non solo contrattuali, ma ancor più istituzionalizzati, di essere entità giuridiche che attraverso l’esercizio di impresa realizzano istituzionalmente l’inclusione sociale di persone disabili e/o svantaggiate. Ebbene tornando al profilo che più specificatamente interessa cioè la costituzione di una società mista concessionaria del servizio nell’ambito di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, il diritto di riserva testè esaminato nell’ambito delle procedure concorsuali pubbliche ci consente di capire appieno l’importanza della parallela disposizione contenuta nell’art. 20 – intitolato “*Concessioni riservate*” – della “Proposta di direttiva sui contratti di concessione”, su citata, ai fini dell’attivazione di accordi contrattuali

che si possono sviluppare fra la pubblica amministrazione e l'imprenditoria sociale del tutto impensabili soprattutto nel recente passato, ma veramente innovativi. Si può scegliere, infatti, nell'ambito di partenariati istituzionalizzati, *il socio privato della società mista concessionaria dei servizi pubblici con gara riservata solo ai soggetti non profit che hanno i requisiti anzidetti tassativamente indicati dal legislatore e, dunque, nel nostro ordinamento hanno la veste giuridica di cooperative sociali, imprese sociali, laboratori protetti.*

### **Clausole sociali e ambientali applicabili dalla Pubblica Amministrazione ai partenariati contrattuali (PPP) e ai partenariati istituzionalizzati (PPPI)**

Altri strumenti operativi per realizzare sia l'obiettivo della scelta del socio (profit o non profit) nella costituzione di società miste pubblico-private, sia l'obiettivo della costituzione di rapporti contrattuali in forma di appalti o concessioni, sono individuabili, per esempio, nella possibilità di far valere *aspetti sociali ed ambientali* (le c.d. *clausole sociali ed ambientali*) nell'ambito di *gare aperte a tutti gli operatori economici*. Se, per un verso, è vero che la possibilità di ricorrere a *criteri ambientali e sociali è prevista dal legislatore nazionale e comunitario nell'ambito delle gare di appalto, è altrettanto vero che è comunque attivabile e trasferibile anche alle concessioni* (come si evince, per esempio dall'art. 38, comma 1, del Codice). Dunque, volendo addentrarmi nella disamina di tali criteri che valorizzano tutte le imprese – profit e non profit - che possono partecipare a gare pubbliche, ma maggiormente, le imprese sociali, le cooperative sociali, i laboratori protetti di cui i suddetti aspetti sono, in parte, loro elementi costitutivi, vediamo in dettaglio quali sono i contenuti delle clausole sociali ed ambientali la cui legittima, anzi doverosa, applicazione da parte della pubblica amministrazione può porre i soggetti, d'anzì citati, in una posizione di interlocutori privilegiati della medesima.

*Nell'ambito delle gare aperte a tutti gli operatori economici* va detto che, in coerenza con l'obiettivo comunitario di promuovere uno *sviluppo sostenibile*, concetto che coniuga la *crescita economica, il progresso sociale e il rispetto dell'ambiente*, la direttiva unificata (2004/18/CE) recepisce espressamente le indicazioni già formulate dapprima nel *Libro verde della Commissione del 27 novembre 1996, quindi nella Comunicazioni interpretative della Commissione su "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali ed ambientali negli appalti pubblici"* (COM/2001/566 del 15 ottobre 2001 COM 4 luglio 2001). Successivamente, con la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 30/04/2007 sul

riesame delle politiche ambientali si è chiarito *inequivocabilmente che la tutela dei valori sociali non è antitetica rispetto all'obiettivo del conseguimento, nei contratti d'appalto, del miglior rapporto qualità-prezzo.*

Infine gli aspetti ambientali e sociali nell'ambito degli appalti pubblici sono strategicamente tracciati nei documenti della Commissione europea: “Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici” e negli obiettivi di “Europa 2020 - Strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”. Il contributo che le amministrazioni pubbliche possono dare agli obiettivi della strategia Europea 2020 consiste nella possibilità di sfruttare il proprio potere d'acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza sociale, per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici.

Tale concetto è ripreso e sottolineato dal legislatore nel Codice all'art. 2, comma 2, secondo cui il rispetto del criterio cardine di “economicità” *può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela dell'ambiente, della salute e alla promozione dello sviluppo sostenibile*”. Dunque, le amministrazioni aggiudicatrici possono positivamente contribuire alla tutela di siffatti valori *introducendo legittimamente il rispetto di parametri ambientali e sociali in più fasi delle proprie procedure d'appalto, ora attraverso un'adeguata configurazione dell'oggetto del contratto, delle specifiche tecniche e delle modalità di esecuzione, ora tra gli elementi di selezione e/o di esclusione dei candidati, ora infine tra i criteri di valutazione delle offerte e di esecuzione del contratto*. Nell'ambito della valutazione dei *requisiti soggettivi* che ogni imprenditore deve dimostrare di possedere per accedere alla contrattazione con la pubblica amministrazione si colloca:

- a) la richiesta di quanto previsto dall'art. 38 comma e) in ordine alla esclusione dagli affidamenti in appalto o concessione dell'impresa che non presenti la certificazione di cui all'art. 17 della l. 12 marzo 1999 n. 68, salvo il disposto del comma 2;
- b) nell'ambito delle modalità ammesse per la *dimostrazione della capacità tecnica e professionale* degli operatori economici, l'art. 48, comma 2, lett. f) della nuova direttiva annovera anche l'indicazione delle *misure di gestione ambientale* che l'impresa potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto. *I sistemi di gestione ambientali sono stati istituiti da una norma internazionale (ISO 14001) e da un Regolamento CE (ecogestione ed audit) n.761/2002 (EMAS)*. Infatti, in base all'art.48, qualora le imprese abbiano un sistema di

gestione ambientale e di audit relativo ai requisiti in materia di capacità tecnica, il medesimo, se inserito fra le referenze che l'amministrazione precisa nel bando o nella lettera di invito, è *accettato come mezzo di prova sufficiente*.

Occorre aggiungere, tuttavia, che tale facoltà è limitata dal testo agli *appalti di lavori e servizi*, e può essere utilizzata *"..unicamente nei casi appropriati.."*.

Va detto, comunque, e fermo restando ogni altra considerazione suesposta, che la previsione dell'art.48, comma 2, lett.f) della direttiva unificata è stata riprodotta dal d.lgs.163/2006 in maniera parziale, in quanto l'art.42, comma 1, lett.f) del Codice degli appalti circoscrive la possibilità di fornire la dimostrazione della capacità tecnica dei concorrenti tramite la suddetta indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto, ai soli appalti di servizi, e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento.

Così, per quel che riguarda le *specifiche tecniche*, l'art.23, commi 1 e 6, riprodotti senza sostanziali modifiche dall'art. 68 del d.lgs 163/2006, chiariscono esplicitamente la possibilità di redigerle tenendo conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti, e dell'impatto che il lavoro, il servizio o la fornitura che s'intende acquisire avrà sull'*ambiente*. Tale disposizione prevede infatti che le amministrazioni aggiudicatrici, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, possano utilizzare le specifiche dettagliate, in tutto o in parte, così come definite dalle ecoetichettature europee o non europee, alle seguenti condizioni:

- che esse siano appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle prestazioni oggetto dell'appalto;
- che i requisiti per l'etichettatura siano elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche;
- che le ecoetichettature siano adottate mediante un processo condiviso da tutte le parti interessate e siano ad esse accessibili.

L'articolo prevede poi la possibilità che le stazioni appaltanti precisino che i prodotti o i servizi muniti di ecoetichettatura sono presunti conformi alle specifiche tecniche del capitolato.

Per quel che invece riguarda la possibilità di includere criteri *di tipo ambientale o sociale tra gli elementi di valutazione delle offerte* il nuovo art.53, comma 1, chiude definitivamente la partita, codificando non solo quanto la Commissione aveva in pratica già annunciato nel Libro Verde del 1996 e nelle Comunicazioni del 2001, ma anche quanto già tracciato dalla Corte di

giustizia europea in due importanti decisioni (sent. 17 settembre 2002 in causa C-513/99 e sentenza 4 dicembre 2003 in causa C-448/01).

Infatti, prima dell'odierna previsione ci si era chiesti se fosse consentito assegnare un punteggio in ragione di caratteristiche ambientali e/o sociali.

Il dubbio nasceva dalla constatazione che nessuna delle direttive comunitarie in tema di lavori, servizi e forniture indicava espressamente le caratteristiche di minor impatto ambientale, o di minore consumo energetico, o ancora di migliore fruibilità della prestazione da parte delle persone svantaggiate, quali criteri utilizzabili nell'attribuzione del punteggio relativo alla qualità delle offerte. Erano indicati altri fattori, quali quelli funzionali, estetici ed altro ma nulla si diceva in ordine a tali qualità.

Ebbene, come già anticipato, l'art.53 della direttiva 2004/18/CE codifica ora espressamente tale orientamento, prevedendo esplicitamente che qualora l'appalto sia *aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa*, le amministrazioni aggiudicatrici si basano "su *diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto* pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, *le caratteristiche ambientali, ecc..*".

La disposizione è confermata per tale aspetto dall'art.83 del Codice, (prevede le caratteristiche ambientali ed il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto) e come quest'ultimo, che pure *integra* l'esemplificazione dei criteri di valutazione delle offerte attraverso il richiamo ai costi di manutenzione, all'impegno in materia di pezzi di ricambio, e alla sicurezza di approvvigionamento, tace, invece, in ordine alla possibilità di introdurre tra i criteri di aggiudicazione elementi che attengano al perseguimento di obiettivi in senso lato sociali. Tale ultima fattispecie non è prevista per la concreta difficoltà di prefigurare comportamenti virtuosi degli offerenti che si traducano, e rilevino, sull'oggetto della loro offerta.

Infine in base *all'art. 69 del Codice le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto* che possono attenersi in particolare ad *esigenze sociali ed ambientali*.

Dunque attraverso la valorizzazione degli aspetti sociali ed ambientali nelle gare pubbliche, aperte a tutti gli operatori profit e non profit, la pubblica amministrazione realizza un duplice obiettivo: da un lato stimola la partecipazione delle organizzazioni non profit alle gare pubbliche nell'ambito di un mercato aperto alla concorrenza di tutte le imprese interessate alla gara; dall'altro lato può sostenere la promozione a livello locale, nazionale ed europeo della

RSI intesa come: *“l’integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate”*.

Da ultimo, occorre tuttavia chiarire che: la direttiva unificata e allo stesso modo il Codice non impongono mai alle amministrazioni aggiudicatrici l’utilizzo di parametri ambientali e sociali nell’ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Ciononostante, l’estensione dei riferimenti ai valori ambientali e sociali rende manifesto il *favor* per un fattivo impiego di tali parametri nella logica dello “sviluppo sostenibile”, e per il successo delle politiche ambientali e sociali dell’Unione. Obiettivo al cui raggiungimento l’Unione Europea ha preordinato una prima Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo del 2 luglio 2002 n. 347 cui ha fatto seguito la comunicazione del 22 marzo 2006 n. 136 con cui si è posta l’obiettivo di fare dell’Europa *“ un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale dell’impresa”*. Talchè dopo aver sottolineato che per responsabilità sociale dell’impresa si deve intendere *“l’integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate”* la Comunità invita, per un verso, le imprese europee a impegnarsi maggiormente nel campo della RSI in particolare attraverso la cooperazione con le altre parti interessate e, per altro verso, *sollecita le autorità pubbliche a livello locale, nazionale ed europeo di sostenerne la promozione*. Il tema è ripreso e sviluppato, come si è detto, nell’ambito della Comunicazione della Commissione “Europa 2020”: Strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva” in cui si sottolinea che per superare con successo la crisi attuale, l’Europa deve promuovere una crescita nell’ottica dello sviluppo sostenibile.

In questa prospettiva, laddove a causa del particolare settore merceologico o del servizio oggetto di affidamento, considerazioni sociali od ambientali siano effettivamente prospettabili, a me pare, che diventi lecito chiedersi se sia legittimo il comportamento della stazione appaltante che ne prescinda o se comunque non sia questa la strada lungo la quale presumibilmente per non dire necessariamente, dovrà svilupparsi, in un futuro non troppo lontano, il sistema. Se è vero, infatti, come è stato osservato nell’impostazione originaria della direttiva in materia di appalti, che non poteva ritenersi consentito l’utilizzo dello strumento dell’appalto pubblico, della concessione o della società mista pubblico-privata per il perseguimento di *interessi diversi* da quelli la cui cura è affidata alla stazione appaltante<sup>33</sup>, mi sembra che in una società sempre più integrata e nella quale le varie politiche e le varie entità in cui si scompone l’autorità pubblica devono convergere tutte verso il perseguimento ed il miglioramento del benessere collettivo, il principio di buona amministrazione

---

<sup>33</sup> Cfr. da ultimo Cons. di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574.

esiga un esercizio della discrezionalità amministrativa sicuramente finalizzato, *in primis*, alla soddisfazione degli interessi propri dell'amministrazione agente, ma deve essere anche attento alla soddisfazione dell'interesse pubblico più ampiamente inteso. E l'interesse pubblico investe non solo e non tanto la responsabilità sociale dell'impresa, ma semmai, quand'anche impropriamente, la responsabilità sociale dell'apparato pubblico.

Con l'avvertenza, peraltro, che mentre la responsabilità sociale della impresa è forse destinata a rimanere sul piano dell'adesione spontanea a determinati requisiti di carattere ambientale e sociale, la responsabilità sociale dell'apparato pubblico, che non dimentichiamo è organizzato in forma aziendalistica, dovrebbe forse spingersi a considerare la promozione di tali valori parte integrante non solo del proprio progetto imprenditoriale, ma della propria *mission*. In tal senso mi sembra si orienti la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica del 17 febbraio 2006 inerente la rendicontazione sociale nelle pubbliche amministrazioni allorchè, dopo aver statuito che il *bilancio sociale* delle pubbliche amministrazioni è volto a rendere noto ai cittadini in modo chiaro e trasparente cosa fa l'amministrazione per loro, annovera fra le informazioni, per ambiti, che deve contenere “*l'impegno dell'amministrazione ad esplicitare la propria identità attraverso i valori, la missione e la visione che orientano la sua azione chiarendo gli indirizzi che intende proseguire e le priorità di intervento*<sup>34</sup>.”

## Conclusioni

Alla luce delle precedenti considerazioni si ritiene di poter procedere all'enucleazione delle seguenti brevi considerazioni.

Di fronte ad un quadro normativo relativo ai PPP e ai PPPI, basato su regole comunitarie chiare e consolidate e, parallelamente, su regole nazionali perfettamente sovrapponibili a quelle comunitarie, anche se la sentenza della Corte Costituzionale ne rende necessaria una loro nuova rivisitazione e reintroduzione nell'ordinamento italiano, ritengo che la pubblica amministrazione abbia, oggi, come non ha mai avuto nel passato, la possibilità, meglio dire la doverosità, di conformarsi ad esse adottando i modelli di gestione che rispondono appieno alle proprie esigenze operative – in ordine ai servizi pubblici da fornire ai cittadini - in funzione

---

<sup>34</sup> Da ultimo rilievo che la legge n. 7 del 4/2/1994 della regione Emilia-Romagna “sulla promozione e sviluppo della cooperazione sociale” recita all'art. 6 “la regione riconosce alla cooperazione sociale un ruolo specifico in ragione della finalità pubblica della democraticità e della imprenditorialità che la contraddistinguono. Nell'ambito dei propri atti di programmazione la Regione individua strumenti atti a favorire il raccordo e la collaborazione dei servizi pubblici in materia socio-assistenziale, sanitaria educativa, formativa e di sviluppo dell'occupazione con l'attività svolta dalle cooperative sociali e dai loro consorzi.” E conclude, all'art. 7, con il seguente dispositivo normativo: La regione riconosce nelle cooperative sociali un soggetto privilegiato per l'attribuzione delle politiche attive del lavoro finalizzate a :

- a) sviluppare nuove occupazioni socio-assistenziali sanitarie ed educativi;
- b) sviluppare nuova occupazione a favore delle fasce deboli del mercato del lavoro.

dell'interesse pubblico da perseguire. Contestualmente in presenza di una crisi economica e finanziaria che taglia le risorse pubbliche, se, da un lato, la combinazione delle capacità e dei capitali pubblici e privati può contribuire al processo di ripresa e allo sviluppo dei mercati, dall'altro, può emergere significativamente, nell'ambito dei rapporti contrattuali instaurabili con la pubblica amministrazione, il ruolo primario che il privato sociale è in condizione di svolgere affiancando la pubblica amministrazione nel *perseguimento dei fini istituzionali pubblici su cui entrambi i soggetti convergono*.

Fra l'amministrazione pubblica ed i soggetti non profit c'è, infatti, un'identità di interessi tale da far disporre dal legislatore nazionale, attraverso l'art. 118 della Costituzione, che tali soggetti sono sussidiati dell'ente pubblico stesso. Ciò posto, sono dell'avviso che sotto il profilo giuridico sia giunto il momento per la pubblica amministrazione, in virtù delle esigenze di un chiaro allineamento del diritto nazionale a quello comunitario, di proseguire lungo la strada della definizione di assetti di *governance* che realizzino i partenariati di tipo istituzionalizzato, ovviamente negli ambiti in cui il legislatore ne consente l'utilizzo, per lo sfruttamento del know-how e delle risorse dell'impresa privata, con particolare attenzione ai vincoli societari che legittimamente la pubblica amministrazione può instaurare con l'impresa sociale, la cooperazione sociale, i laboratori protetti.

Dunque, si può *“sperimentare il coinvolgimento delle cooperative sociali, eventualmente in collaborazione con altre forme di impresa sociale del territorio, nella gestione dei servizi pubblici locali, con la definizione di assetti di governance aperti che coinvolgono cittadini e territorio per la valorizzazione delle cooperative sociali in servizi alla comunità locale (ambiente, valorizzazione del patrimonio artistico e culturale, ecc.), così da mettere insieme il servizio alla cittadinanza in ambiti particolarmente “sensibili”, la valenza occupazionale e il riscatto sociale delle persone”... “Non si realizza inclusione e non si realizza welfare se non attraverso una potente azione di inclusione lavorativa di persone svantaggiate”<sup>35</sup>*.

Tuttavia i soggetti non profit per poter realizzare queste nuove forme di collaborazione con la pubblica amministrazione e, quindi, diventarne interlocutori *privilegiati*, devono superare il gap esistente nei confronti delle imprese for profit in termini di mansioni, di patrimonializzazione, di idoneità gestionale di know-how, dimostrando fattivamente la loro capacità di collaborazione, nell'ambito e a livello di progetti importanti in termini non solo di valore economico, ma di inclusione sociale. Parimenti è fondamentale che l'amministrazione pubblica pianifichi accuratamente le attività che intende realizzare in PPPI per consentire al

---

<sup>35</sup> Cfr. G. Guerini in “Costruire un ecosistema per la promozione dell'impresa sociale”, in Cooperare Proposte per uno sviluppo umano integrale a cura di AICCON giugno 2013. Presidente Federsolidarietà nazionale Confcooperative, Membro del CESE.

mercato di “organizzarsi” e per realizzare una adeguata distribuzione dei rischi tra il settore pubblico e il settore privato. Al riguardo, come la dottrina ha rilevato<sup>36</sup>, le pubbliche istituzioni non necessitano dell’aiuto delle imprese private fino a quando le politiche monetarie e finanziarie sono espansive. Quando la situazione economica comporta politiche restrittive, i partenariati pubblico-privati sono necessari per ridurre le fonti di “x-efficiency” nelle organizzazioni pubbliche onde consentire loro di rispondere alle forze di mercato e diventare più competitive. Se così è, risulta, dunque, del tutto evidente come i tempi siano ormai maturi per affrontare anche con tali strumenti la difficile situazione economica del nostro Paese che richiede, a mio avviso, coraggio nelle scelte e slancio nella loro realizzazione, sia da parte del partner pubblico, sia da parte del partner privato - profit e non profit -: quest’ultimo, però, non dovrebbe più essere chiamato a far la stampella dell’ente pubblico, ma l’interlocutore privilegiato, nell’interesse della collettività.

Prof.ssa Sofia Bandini

Università di Bologna, Scuola di Economia , Managemt e Statistica, sede di Forlì  
Forlì, 29 ottobre 2013

---

<sup>36</sup> Cfr. H. Leibenste, Allocative Efficiency vs. “x-Efficiency”, in *The American Economic Review*, Vol. 56, N. 3 (Jun. 1966) 329-415.