

## Capitolo Primo

### *Scelta del socio privato e partenariato “istituzionalizzato”*

SOMMARIO: 1. Precisazioni terminologiche su società “mista” ex art. 17 TUSP, (“ente partecipato congiuntamente ex art. 174 Codice Appalti”) e «partenariato pubblico-privato», tra contratto ed operazione economica. – 2. Il ricorso al modello societario e “preferenze” tipologiche. – 3. La società a partecipazione mista pubblico-privata e le “altre” società miste: la “scelta” del socio privato quale elemento caratterizzante la “fattispecie”. – 4. *Segue*. Questioni in tema di esclusività dell’oggetto sociale e delle attività svolte. – 5. Cenni ai requisiti di *convenienza* e *fattibilità* del ricorso al partenariato *contrattuale* e confronto con la valutazione della Corte dei Conti sul partenariato *istituzionale*. – 6. Partenariato *istituzionale* e peculiarità degli “oneri” di motivazione. Il requisito della necessità del perseguimento delle finalità istituzionali.

1. *Precisazioni terminologiche su società “mista” ex art. 17 TUSP, (“ente partecipato congiuntamente ex art. 174 Codice Appalti”) e «partenariato pubblico-privato», tra contratto ed operazione economica*

A dispetto della impostazione generale, il Testo unico delle società partecipate (di seguito TUSP)<sup>1</sup> non definisce le società a partecipazione

---

<sup>1</sup> Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, approvato con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (di seguito TUSP o Testo unico), sicuramente costituisce un tassello importante della riforma “amministrativa” anche se devono condividersi le critiche sollevate sia in relazione ad alcune “sviste” (che comproverebbero la *sciatteria* e *trasandatezza* di un legislatore poco interessato alla qualità di ciò che produce e più interessato al segnale politico che con la legge prodotta si vuole manifestare, così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le «nuove» società partecipate e in house*

---

providing, a cura di S. FORTUNATO-F. VESSIA, Milano, 2017, 16 ss.) sia per la formulazione di alcune disposizioni che hanno fin da subito sollevato non pochi dubbi interpretativi; dubbi che, per quel che attiene alla presente indagine, attengono alla stessa individuazione della fattispecie “società a partecipazione mista pubblico-privata” oltre a quelli che verranno di volta in volta evidenziati. Gli obiettivi fondamentali del TUSP sono stati il riordino della disciplina e la riduzione del numero delle società (per l’elevato numero soprattutto in ambito locale); riordino reso necessario per l’intenso susseguirsi di interventi normativi aventi finalità eterogenee (contenimento della spesa, anticorruzione, apertura alla concorrenza, ecc.) che avevano disciplinato anche molti aspetti dell’attività e dell’organizzazione delle società pubbliche, a volte frammentariamente e in modo incoerente o comunque dando luogo ad un regime di difficile interpretazione e, dunque, di attuazione ed effettività. Per una sintesi delle problematiche delle società a partecipazione pubblica ante riforma, e per quelle aperte (o non risolte) dal Testo unico, v. G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, con il coordinamento di F. CINTIOLI-F. FRENI-A. POLICE, Milano, 2018, 3 ss., che critica anche l’eccessiva diversificazione di *species* di società a partecipazione pubblica che si rinvergono nello stesso Testo unico che, dunque, non può intendersi come configurante una disciplina unitaria e integralmente applicabile a tutte le società pubbliche atteso che, la fattispecie della “società pubblica”, si articola in una pluralità di sub fattispecie con conseguenti ricadute sulla disciplina applicabile, così C. IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA-I. DEMURO, Torino, 2018, 2 ss., 9; per G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, cit., 33 ss., per le numerose distinzioni interne ed eccezioni introdotte è da ritenere impropria la stessa qualificazione come Testo unico della normativa del d.lgs. n. 175/2016. Attuando le indicazioni dell’art. 18, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 2015, n. 124 (di seguito legge delega) – di ridefinire disciplina, condizioni e limiti per la costituzione di società, e di limitare l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; il tutto ai fini di una razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità – si conferma lo sfavore per l’impresa pubblica in forma societaria e ciò come scelta di politica interna, non imposta dal diritto europeo che, com’è noto, ha un atteggiamento di “neutralità” rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese. I casi in cui le partecipazioni societarie sono consentite, vengono limitati drasticamente introducendo non solo un vincolo di “scopo” ma anche di “attività”; sfavore cui si è cercato (in qualche modo) di porre rimedio con il decreto correttivo (d.lgs. n. 100/2017) che introduce non poche eccezioni alle attività esercitabili dalle società partecipate. In generale, sulla riforma introdotta dal Testo unico, oltre agli autori che saranno richiamati volta per volta, v.: V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, 3 ss., a cui si rimanda anche per una ricostruzione delle numerose disposizioni speciali e delle “norme settoriali” che negli ultimi anni hanno riguardato le cosiddette “società pubbliche” nonché i contributi raccolti in: F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Mi-

mista pubblico-privata<sup>2</sup>. Il termine è invero utilizzato dal TUSP nell’art. 17; articolo richiamato (quanto al procedimento da rispettare per la scelta del socio privato)<sup>3</sup> dalla lett. c) dell’art. 4, TUSP che, a sua volta, indivi-

---

lano, 2023; C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019; G. MEO-A. NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016; G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017; C. D’ARIES-S. GLINIANSKI-T. TESSARO, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175*, Rimini, 2016; F. CINTIOLI-F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell’Amministrazione*, Bologna, 2017; R. GAROFOLI-A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società partecipate*, con il coordinamento di F. Massa Felsani, Mol-fetta, 2018; F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ-R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, 2020; ed ancora: A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali. L’autonomia contrattuale e le regole dell’evidenza pubblica*, Torino, 2018; R. MICCÙ, *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all’efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017; L. GENINATTI SATÈ, *Il nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: verso la definizione di uno statuto speciale delle società pubbliche*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 8, 835 ss.; G. BRUZZONE, *Riordino della disciplina delle società partecipate: le sfide da affrontare*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione*, cit., 27 ss.

<sup>2</sup> Il legislatore definisce: le società a partecipazione pubblica (come *genus* a cui ricondurre “le società a controllo pubblico) nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico” (art. 2, lett. n) e le società a controllo pubblico (combinato disposto dell’art. 2 lett. m) e lett. b). Non vengono definite nemmeno le società “miste” e le ragioni della mancanza di una specifica definizione di società mista vengono esplicitate dal Consiglio Stato nel par. 3, II, del parere sullo schema di decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società partecipate (Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 16 marzo 2016, n. 438 – n. pubb. e sped. 968/16 – (21 aprile 2016), in *Foro amm.*, 2016, 4, 900 ss., 916, secondo cui: «Non si ritiene opportuno introdurre nella classificazione l’elemento di distinzione fondato sull’entità della partecipazione e quindi inserire, in particolare, le società miste, trattandosi di un elemento di possibile valenza trasversale». Le società miste, quindi, rientrano sicuramente nel *genus* delle società a partecipazione pubblica e ben possono rientrare nella categoria delle società a controllo pubblico (vedi cap. III).

<sup>3</sup> Ulteriore richiamo è quello effettuato per estendere, alle società dallo stesso disciplinate, parte della normativa prevista in generale per le società a partecipazione pubblica (il riferimento è in particolare all’art. 5, comma 1, TUSP che appunto estende l’*onere* di motivazione analitica (dell’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica e dell’acquisto di partecipazioni) *anche* alle società dei cui all’art. 17 (sul punto v. *infra* §§ 5 e 6).

dua, quali possibili attività (da affidare alla società aggiudicataria), quelle volte “alla realizzazione e gestione di un’opera pubblica ovvero all’“organizzazione” e “gestione” di un servizio d’interesse generale”<sup>4</sup>. La citata norma sembrerebbe riferirsi alle ben note ipotesi delle società miste affidatarie di “appalti” o “concessioni” con procedura della c.d. *gara a doppio oggetto* e, sicuramente, rappresenta una disposizione innovativa perché introduce una disciplina di carattere generale per tali società<sup>5</sup>. L’affi-

---

<sup>4</sup>Tali attività venivano ricondotte al contratto di partenariato di cui all’art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, così come definito dell’art. 3, lett. eee) dello stesso decreto che è stato abrogato dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito Nuovo codice dei contratti pubblici) recante “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”; abrogazione che renderà necessario coordinare le norme del Testo unico con il nuovo codice dei contratti pubblici in particolare laddove lo stesso non riproponga più il contenuto delle disposizioni del precedente decreto atteso che, il comma 5 dell’art. 26 del d.lgs. n. 36/2023, dispone che ogni richiamo in disposizioni legislative regolamentari o amministrative alla previgente disciplina deve intendersi come riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso. L’originaria formulazione della norma (nel definire l’ambito applicativo della disciplina dell’art. 17) richiamava, dunque, le sole attività di cui all’art. 4, comma 2, lett. c); successivamente con il decreto correttivo (d.lgs. n. 100/2017) il legislatore si è riferito “genericamente” alle società a partecipazione mista pubblico-privata sollevando dunque non pochi dubbi interpretativi circa l’estensione dell’oggetto delle attività affidabili a tali società nonché ancor più in generale circa l’estensione di (parte) della disciplina (di cui all’art. 17, TUSP) a tutte le società in cui vi fosse una “coabitazione” tra socio pubblico e socio privato (sul punto v. *infra* §§ 3 e 4).

<sup>5</sup>Come è noto, le società miste hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento con la previsione dell’art. 22, della legge n. 142/1990, articolo poi confluito nell’art. 113, TUEL (approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) ed abrogato (in uno con gli artt. 112 e 117) dall’art. 37 del decreto lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 sul “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” (di seguito d.lgs. n. 201/2022). In sintesi, tale disposizione prevedeva espressamente solo la costituzione delle società per azioni a partecipazione pubblica locale (esclusivamente maggioritaria) quale forma di espletamento del servizio cui l’ente locale poteva ricorrere qualora si fosse resa opportuna la partecipazione di altri soggetti, pubblici e privati, in relazione al servizio da erogare. Successivamente, con la legge 23 dicembre 1992, n. 498, venne ammessa anche la società con partecipazione minoritaria dell’ente locale, come pure la forma della società a responsabilità limitata; prevedendo che tali società potessero (oltre che gestire servizi pubblici) realizzare infrastrutture e altre opere d’interesse pubblico. Tale legge affidava poi l’attuazione a un regolamento approvato (in ritardo) solo con d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533. Un profondo cambiamento dell’iniziale *favor* riconosciuto alle società miste (per le quali non si riteneva necessario far riferimento a particolari procedure per la scelta del gestore, considerando sostanzialmente le società miste come “mezzo” di gestione del servizio da parte dell’ente) si è avuto con la riformulazione dell’art. 113 del

damento a società a partecipazione mista pubblico-privata (il cui socio sia appunto individuato secondo la procedura dell’art. 17 del TUSP) viene poi individuato quale una delle “modalità” di gestione del servizio pubblico locale che gli Enti locali (e gli altri enti competenti) possono scegliere per organizzare servizi pubblici locali che si ritengano da affidare (a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori)<sup>6</sup> nel rispetto del diritto dell’Unione europea<sup>7</sup>.

Come è noto, tradizionalmente, tali società sono state ascritte quale unica ipotesi del c.d. partenariato istituzionalizzato per differenziarlo dal-

---

TUEL. e con l’introduzione dell’art. 113-*bis* ad opera della legge n. 448/2000 (finanziaria per il 2002). Tale normativa introduceva una netta distinzione tra servizi aventi “rilevanza industriale” (per i quali l’erogazione del servizio era da svolgere in regime di concorrenza, attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica) e servizi privi di tale rilevanza per i quali il modello di gestione poteva essere quello dell’affidamento diretto. Distinzione questa dei servizi (aventi rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza) sostituita con la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi di rilevanza non economica con la successiva riscrittura dell’art. 113 (dall’art. 14 del d.l. n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003). Sull’evoluzione delle società miste fino al TUSP, v.: R. VITOLO, *L’evoluzione normativa dei servizi pubblici locali*, in ID. (a cura di), *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 2016, 21 ss.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, Napoli, 2017, 143 ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2023, 159 ss. (da cui si cita) e già in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011, 121 ss.

<sup>6</sup> L’art. 14, del d.lgs. n. 201/2022, seppur discorra genericamente di affidamento a società “mista” (quale possibile scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale) opera un rinvio all’art. 16 (dello stesso decreto) in cui si specifica che le società “miste”, affidatarie dei servizi di interesse economico generale, siano appunto le società a partecipazione mista pubblico-privata il cui socio privato “è individuato secondo la procedura di cui all’articolo 17 del TUSP”.

<sup>7</sup> Sempre l’art. 14, del citato decreto, nell’individuare le possibili “scelte” per la gestione del servizio pubblico locale, richiede il rispetto del “diritto dell’Unione europea” anche per l’affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica nonché il rispetto dei “limiti fissati dal diritto dell’Unione europea ove la gestione avvenga con l’affidamento a società *in house*. L’espressa previsione del rispetto del diritto e/o dei limiti fissati dal diritto dell’Unione attiene ovviamente a quei vincoli e limiti ulteriori e diversi da quelli già recepiti dal nostro ordinamento con la riforma. Per un’approfondita analisi dei vincoli di derivazione europea recepiti dal nostro ordinamento con la riforma del TUSP, v. F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari*, Napoli, 2020. Per una prima analisi del riordino della disciplina dell’organizzazione dei servizi pubblici locali, v. R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023.

le diverse “fattispecie” riconducibili invece al partenariato c.d. “contrattuale”<sup>8</sup>.

La disciplina del partenariato pubblico privato (per il raggiungimento di un risultato di interesse pubblico) è stata recentemente oggetto di un’importante rivisitazione da parte del nuovo codice dei contratti pubblici<sup>9</sup>; codice che ha, altresì, rivoluzionato in generale lo stesso diritto dei contratti pubblici.

Preliminarmente è da evidenziare che la riforma, nel chiaro intento di dare nuova “linfa” al partenariato ha decisamente invertito (anche da un punto di vista terminologico) l’approccio da cui riguardare le diverse “forme” di collaborazione pubblico-privato. Il nuovo impianto, infatti, coerentemente all’approccio di maggiore discrezionalità ed autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni, che anima tutta la riforma dei contratti pubblici, opera una revisione sistematica rispetto al precedente assetto normativo<sup>10</sup>. Le disposizioni generali in materia di partenariato pre-

<sup>8</sup> Non è questa la sede per ripercorrere la copiosa evoluzione normativa e dottrinale in tema di “Partenariato Pubblico Privato” (di seguito: PPP) formula giuridica elaborata dalla Commissione europea, nel Libro Verde (del 30 aprile 2004 – COM(2004) 327 def.) “*Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” (di seguito Libro Verde), successivamente oggetto di numerose comunicazioni interpretative (di cui, in questa sede, si segnala quella relativa all’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI – 2008/C 91/02) che sembra aver ispirato la riforma; sul tema sia consentito rinviare a: F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari*, cit., 290-318, anche per gli autori ivi citati; R. MININNO, *La partecipazione del socio privato alla società a capitale misto pubblico-privato*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 4, 835; e agli autori *infra* richiamati alle note 15 e 39.

<sup>9</sup> Il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito d.lgs. n. 36/2023 o nuovo codice dei contratti pubblici) si inserisce nell’attuazione degli impegni assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e risponde all’obiettivo, *in primis*, come dichiarato nella Relazione Illustrativa, 9: «[...] di semplificazione ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *goldplating* ovunque possibile [...]». L’obiettivo di attuare gli impegni assunti con il PNRR sembrerebbe però già disatteso dalla complessa disciplina del periodo transitorio (art. 225, comma 8) che dispone l’estensione della vigenza di alcune disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 e dei c.d. decreti di semplificazione (d.l. n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108/2021; e d.l. n. 13/2023, convertito con modificazioni, dalla legge n. 41/2023) varati proprio per facilitare l’attuazione dei contratti utili al PNRR. Norma transitoria che, celando non poche difficoltà esegetiche e di coordinamento tra i diversi riferimenti normativi, già farebbe auspicare un intervento legislativo o un chiarimento esplicativo da parte del Governo.

<sup>10</sup> F. CARINGELLA, *Prefazione*, in M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo codice dei contratti pub-*

cedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche. In tale prospettiva, il partenariato pubblico-privato non viene più definito come figura “contrattuale a sé stante”<sup>11</sup> ma come “operazione economica”<sup>12</sup> nel chiaro in-

---

*blici prima e dopo la riforma*, Napoli, 2023, che sottolinea un importante cambio di paradigma politico, ideologico, assiologico e persino fisiologico, consistente nell’aver sottratto il diritto dei contratti pubblici che, per anni, è stato percepito come branca del diritto della concorrenza (con la conseguenza di ricorrere ad una c.d. concorrenza imposta) per ricondurlo ad un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Il principio del risultato, quale guida e parametro di legittimità dell’azione amministrativa, segna il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata. In sintesi, il nuovo codice dei contratti pubblici recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa sancito anche nell’art. 2, della direttiva 2014/24/UE, in base al quale, le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l’esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi attraverso i tre modelli dell’autoproduzione, dell’esternalizzazione e della cooperazione con altre pubbliche amministrazioni; discrezionalità, dunque, nella decisione sul ricorso al mercato (art. 7, del nuovo codice dei contratti pubblici) oltre che nella scelta e nella gestione del modello di affidamento. La riforma, in altri termini, concepisce un’amministrazione dotata di una generale autonomia negoziale fondata anche sul principio della fiducia nell’azione pubblica. In tale prospettiva, vengono valorizzati i poteri discrezionali dei funzionari pubblici e si inserisce una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti (art. 8, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici).

<sup>11</sup> Nell’impianto normativo del d.lgs. n. 50/2016, il contratto di partenariato pubblico-privato è stato definito (dall’art. 3, comma 1, lett. eee) come: «*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all’utilizzo dell’opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell’operatore*». L’art. 174 (insieme all’art. 175) del nuovo codice dei contratti pubblici sostituisce integralmente gli artt. 179, 180, 181 e 182 del d.lgs. n. 50/2016, che contenevano la disciplina generale del partenariato pubblico-privato.

<sup>12</sup> Sulla nozione di “operazione economica” e sui rapporti tra la stessa ed il contratto, non può che rinviarsi a E. GABRIELLI, “*Operazione economica*” e teoria del contratto, Milano, 2011; ID., *Contratto ed operazione economica*, in *Digesto*, 4, disc. priv., 2011, 243; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 719; ID., *Il contratto e l’operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.; ID., *L’operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 905; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 181; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato Roppo*, Milano, 2006, 119; G.B. FERRI, *Operazioni negoziali «com-*

tento di ricomprendervi anche fattispecie “atipiche”, purché ricorrano i requisiti “necessari” e “caratterizzanti” lo schema del partenariato pubblico-privato; così come puntualmente delineati dal legislatore. Chiaramente recependo le indicazioni provenienti dalla Commissione europea<sup>13</sup>, quale elemento distintivo unitario di tutta la categoria del partenariato, si individua il rapporto (necessariamente di lungo periodo) che deve intercorrere tra il *partner* privato (che secondo quanto riportato dalla *Relazione* fornirà un *servizio* al pubblico)<sup>14</sup> e il *partner* pubblico che dovrà *definire* gli obiettivi e *verificare* l’attuazione degli stessi.

Altro elemento identificativo è costituito dal tipo di retribuzione del contraente privato correlato alla gestione dell’opera o del servizio e all’allocazione dei rischi tra le parti contraenti. Sul punto si richiede che la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto provenga in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo che la stessa si assume (art. 174, comma 1, lett. b) e che il rischio operativo, connesso alla realizzazione dei lavori e alla gestione dei servizi, sia da allocare in capo al soggetto privato (art. 174, comma 1, lett. d). Ed è proprio su tale ultimo elemento, caratterizzante la figura del partenariato, che deve maggiormente prospettarsi il dubbio che la definizione introdotta dal nuovo codice degli appalti possa (come si legge nella *Relazione* al nuovo Codice degli appalti *sub* art. 174) valere quale nuova nozione generale di partenariato pubblico-privato, comprensiva sia del partenariato pubblico-privato contrattuale sia del partenariato pubblico-privato istituzionale o che, comunque, alcune delle citate “componenti” (espressione utilizzata dalla stessa *Relazione*) debbano necessariamente essere adattate alle peculiarità della fattispecie “societaria” di collaborazione pubblico-privato.

Punto cruciale è che nel partenariato c.d. *istituzionalizzato* mancherebbe la possibilità di allocare “direttamente” il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori e alla gestione dei servizi in capo al sog-

---

*plesse*» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico, in *Dir. giur.*, 2008, 318; A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel “frazionamento” del rapporto giuridico*, Torino, 2009, 194 ss.

<sup>13</sup> V. § 1.1 Libro verde “relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”.

<sup>14</sup> L’art. 174, comma 1, lett. c) testualmente dispone che: «alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto».



getto privato; ciò perché il rischio di impresa è propriamente della società e, come tale, salva diversa disposizione statutaria, ripartito tra i soci in proporzione al peso delle relative partecipazioni e comunque nel rispetto del divieto del patto leonino<sup>15</sup>.

Occorrerà, allora, individuare gli strumenti societari idonei ad attuare alcune delle disposizioni generali in tema di partenariato pubblico-privato che possono ritenersi compatibili anche con il partenariato istituzionalizzato e adattare quel rischio operativo (che si vuole allocato in capo al soggetto privato) alla forma societaria<sup>16</sup>. Occorrerà, altresì, organizzare i rapporti tra socio pubblico e socio privato in maniera tale da realizzare le finalità che con tale forma di collaborazione il legislatore ha inteso perseguire, il tutto anche avendo quale punto di partenza il generale *favor* del nuovo codice dei contratti pubblici per le forme di collaborazione pubblico-privato. Del resto, il citato codice recepisce, sul piano sistematico, la distinzione tra il partenariato di tipo “contrattuale”<sup>17</sup> e quello di tipo “isti-

---

<sup>15</sup> M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *www.studiolegalechiti.it.*, che, proprio per la mancanza di tale elemento essenziale del partenariato, sottolinea la difficoltà di ricondurre le società a partecipazione mista pubblico-privata al partenariato così come ricostruito dal citato Libro verde. L’A. solleva in realtà la stessa difficoltà di considerare il PPP quale distinto ed unitario istituto giuridico essendo il termine utilizzabile solo in via descrittiva potendosi ricondurre a tale fenomeno “un fascio di istituti giuridici” caratterizzati solo da alcuni comuni elementi, v. ID., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. CHITI, Napoli, 2009, 1, ss.; ID., *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di M.P. CHITI, Bologna, 2005, 7 ss.; sul tema, G. MONTEDORO-M. GIORDANO, *Le società nel “partenariato pubblico privato”*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, IV, Milano, 2022, 805 ss.

<sup>16</sup> V. cap. II § 4.

<sup>17</sup> Tra le figure di tipo contrattuale si prevedono la concessione, la locazione finanziaria il contratto di disponibilità. Sicuramente figura centrale è quella della concessione la cui disciplina (ormai armonizzata dal diritto europeo) costituirà la disciplina di *default* – destinata ad attivarsi in mancanza di norme speciali – di tutte le figure partenariali tipiche e atipiche. Sul piano sistematico sono stati meglio precisati i rapporti tra concessione e finanza di progetto stabilendo che non si tratti di due tipi contrattuali diversi, come nella struttura dell’impianto codicistico del 2016, ma che è lo stesso contratto di concessione a poter essere finanziato sia in *corporate financing* sia in *project financing*. In ragione delle peculiarità di tale ultima operazione economica (in cui la società di progetto isola il progetto e consente di schermarlo dai rischi operativi), sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del

tuzionale” e la stessa *Relazione* ha cura di precisare come tutte le problematiche sottese alla figura del partenariato pubblico-privato risultano solo in parte comuni e, per questo motivo, sono stati previsti due corpi normativi separati: il nuovo codice dei contratti si occupa del modello partenariale basato sui legami contrattuali delle parti contraenti, di tipo sinallagmatico; il Testo unico sulle società partecipate e le altre norme speciali di settore si occupano invece del partenariato *istituzionalizzato*<sup>18</sup>.

Per quanto di interesse in questa sede, il succitato art. 174 ascrive al partenariato istituzionale non solo le società a partecipazione mista pubblico-privata (che come precisato dalla stessa *Relazione* ne costituirebbero l'esempio più noto) ma in generale la creazione di un “ente” partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica richiamando, avuto riguardo alla disciplina applicabile, sia quella del Testo unico in materia di società partecipate che quella delle altre «norme speciali di settore». Il richiamo a tali norme, oltre a riferirsi alla disciplina “specifica” dei singoli servizi (trasporto, servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani, disposizioni in materia di farmacie) potrebbe far pensare a peculiari ipotesi di società a partecipazione mista pubblico-privata previste da altre normative e in relazione alle quali occorre interrogarsi circa la diversa terminologia di disposizioni di diritto singolare di cui all'art 1, comma 4, lett. a) TUSP, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali e fatte espressamente salve dallo stesso art. 4, comma 1, TUSP<sup>19</sup>. La lo-

---

contratto (la finanza di progetto è così diventata un capitolo interno alla disciplina della concessione).

<sup>18</sup> Sarebbe allora da criticare la stessa scelta (sempre di derivazione europea) di accontentare anche solo “terminologicamente” le due ipotesi di partenariato (contrattuale ed istituzionale), v. G. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico privato nel nuovo codice degli appalti. Prime impressioni.*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>19</sup> Un esempio di norme settoriali poteva rinvenirsi in quelle che hanno dato origine alle decisioni del Consiglio di Stato in materia e cioè l'art. 14, comma 10-*bis* del d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99, che prevedeva la costituzione da parte dell'AGEA-Agenzia per le erogazioni in agricoltura di una «società a capitale misto pubblico-privato» per la gestione del SIAN-Sistema informativo agricolo nazionale e l'art. 9-*bis*, comma 1 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, relativo alla «costituzione di società miste a capitale pubblico e privato» tra «strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati», aventi quale oggetto le sperimentazioni gestionali nel campo dell'assistenza sanitaria, cfr., Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 456, III, 611 ss. e Con. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, 4, 161 ss. (per i rispettivi commenti