

- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'intervento predetto;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2% dell'investimento previsto dall'intervento.

In alternativa ai requisiti previsti dalle lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dalle lettere a) e b), in misura da fissare nel bando di gara, comunque compresa fra il doppio e il triplo.

Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione deve essere in possesso esclusivamente dei requisiti di cui alle lettere a), b), c) e d).

Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti dalle lettere a) e b) devono essere posseduti dalla capogruppo, dalle mandanti o dalle consorziate nella misura prevista dall'art. 95 del Regolamento.<sup>137</sup>

#### **Contenuto della proposta:**

- studio di inquadramento territoriale e ambientale;
- studio di fattibilità;
- progetto preliminare;
- bozza di convenzione;
- piano economico-finanziario, asseverato da un istituto di credito;
- specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- indicazione degli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lettera b);
- indicazione delle garanzie offerte dal promotore;

---

<sup>137</sup> Per le associazioni temporanee di imprese, per i consorzi fra concorrenti e per i GEIE di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalla mandataria o dalle altre imprese consorziate nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria. Per i raggruppamenti temporanei o i consorzi di tipo verticale gli stessi requisiti sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dall'impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

- indicazione di tutte le spese sostenute.

In particolare:

il **progetto preliminare**, in base agli artt. 16, comma 3 della Legge e 18 del Regolamento, serve a definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire. E' costituito da:

- una relazione illustrativa delle ragioni della scelta proposta comparata alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili;
- una relazione tecnica;
- uno studio di prefattibilità ambientale;
- le indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari;
- una planimetria generale e schemi grafici;
- le indicazioni per la stesura di piani di sicurezza;
- un calcolo sommario della spesa;
- un capitolato generale e prestazionale.

Il **piano economico-finanziario** è costituito dalle principali voci del **costo di investimento** (importo dei lavori, forniture e servizi; acquisizione aree e/o immobili; accantonamenti per tassi di inflazione superiori a quelli programmati; spese di progettazione, direzione dei lavori, assistenza, consulenza, verifiche, ecc.; spese per analisi, collaudi, per commissioni giudicatrici, ecc.; spese per la presentazione della proposta, per fidejussioni obbligatorie, ecc.; IVA, Registro ed altre imposte durante la costruzione) e dei **costi di esercizio** (costi fissi: personale, oneri finanziari, manutenzione, premi assicurativi, spese generali, ecc.; costi variabili: materie prime, varie tasse quali Irpeg e IRAP).

Secondo l'atto di regolazione n. 34/2000 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici l'**asseverazione** da parte delle banche costituisce esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica e deve essere intesa come *"esame critico ed analitico del progetto in cui vengono valutati gli aspetti legati alla fattibilità dell'intervento, alla sua remuneratività ed alla capacità di generare flussi di cassa positivi"*.

Il successivo atto di regolazione n. 14/2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici chiarisce che la rilevanza pubblicistica *"riguarda il fatto che l'asseverazione e le relative attestazioni rese da un soggetto privato nei confronti di un altro soggetto privato costituiscono elemento necessario perché da parte della pubblica amministrazione possa ritenersi ammissibile una procedura di finanza di progetto"*, mentre *"è da escludere che tale attività determini un rapporto diretto tra amministrazione pubblica e sistema bancario"*.

L'importo delle **spese sostenute**, soggetto all'accettazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5% del valore

dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario, ed è comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c..

Gli elementi richiesti dall'art. 21 comma 2, lettera b) della Legge in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni sono:

- il prezzo di cui all'art. 19, comma 2 della Legge;
- il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
- il tempo di esecuzione dei lavori;
- il rendimento;
- la durata della concessione;
- le modalità di gestione, i livelli ed i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;
- ulteriori elementi da individuare in base al tipo di lavoro da realizzare.

### 1.3 Fase di valutazione della proposta

*art. 37ter della Legge*

Entro il 31 ottobre di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici valutano le proposte presentate dai promotori, secondo un *iter* articolato nelle seguenti fasi:

- valutazione della fattibilità della proposta;
- verifica dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione della proposta;
- esame comparativo della proposta rispetto a proposte relative alla medesima opera pubblica ed a proposte relative ad opere pubbliche diverse;
- contraddittorio tra promotori ed amministrazione aggiudicatrice;
- individuazione della proposta di pubblico interesse.

La valutazione di fattibilità della proposta deve tenere conto dei seguenti criteri:

- criterio costruttivo
- " urbanistico
- " ambientale
- " di qualità progettuale

- “ di funzionabilità
- “ di fruibilità dell’opera
- “ di accessibilità al pubblico
- “ di rendimento
- “ di costo di gestione e manutenzione
- “ di durata della concessione
- “ di tempi di ultimazione dei lavori della concessione
- “ di tariffe da applicare
- “ di metodologia di aggiornamento delle tariffe
- “ di valore economico e finanziario del piano
- “ di contenuto della bozza di convenzione

Sulla base dei suddetti criteri l’amministrazione potrà pervenire ad un giudizio di fattibilità della proposta, di fattibilità con modifiche della stessa o di non fattibilità.

La **verifica dell’assenza di elementi ostativi alla realizzazione della proposta** si risolve nella valutazione della c.d. cantierabilità del progetto, ossia l’idoneità alla sua realizzazione sotto i profili tecnico-operativo e giuridico-amministrativo.

L’**esame comparativo** delle proposte ha ad oggetto, nel caso di presentazione di più proposte relative alla medesima opera pubblica, l’individuazione di quella che risulti preferibile o, nel caso di più proposte relative ad opere diverse, la redazione di una lista di priorità.

La comparazione avviene in **contraddittorio** tra l’amministrazione e i promotori, ai quali la prima può richiedere tutti i chiarimenti, spiegazioni ed integrazioni utili per la scelta della proposta di pubblico interesse.

L’amministrazione aggiudicatrice può convocare il promotore in ogni momento della fase in esame. Il contraddittorio tra amministrazione aggiudicatrice e promotore può essere attivato, nel corso di tale fase, anche su richiesta dell’interessato.

L’**individuazione delle proposte di pubblico interesse** è una fase discrezionale in cui l’amministrazione individua quei lavori strumentali alla soddisfazione dei bisogni pubblici che sono stati indicati in sede di programmazione triennale, con il concorso determinante del promotore e sulla base degli stessi criteri che presiedono alla valutazione di fattibilità, questa volta parametrati, prioritariamente, al pubblico interesse, al cui soddisfacimento l’opera ed il servizio sono destinati.

L'amministrazione è tenuta a **motivare** adeguatamente la scelta effettuata. In particolare, l'amministrazione dovrà indicare con precisione e concretezza i motivi per cui una o più proposte non sono state ritenute portatrici di interesse pubblico pari a quelle prescelte o, comunque, di interesse pubblico adeguato.

Per la valutazione delle proposte presentate dai promotori *ex art. 37bis* della Legge è opportuna la nomina di una commissione di esperti che garantisca l'apporto di diverse professionalità, per addivenire ad una corretta valutazione tecnica. Le valutazioni effettuate dalla commissione tecnica – che può essere costituita e può operare in maniera simile alla commissione giudicatrice prevista all'art. 21, commi 4 e 5 della Legge – saranno poi sottoposte agli organi decisionali dell'amministrazione aggiudicatrice, che valuteranno se la particolare soluzione tecnica prescelta soddisfi appieno l'interesse pubblico. Questo *iter* consente di isolare le scelte tecniche da quelle politiche. Una valutazione di carattere politico è comunque riservata, in via successiva, all'organo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice competente ad approvare i programmi preliminari e, in particolare alla giunta (v. art. 15 della Legge e art. 42, comma 2, lett. b) del d.lgs n. 267/2000).

#### 1.4 Fase di gara

##### *art. 37quater della Legge*

**Entro il 31 dicembre** di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora abbiano individuato proposte di pubblico interesse, fra quelle presentate dai promotori *ex art. 37bis* della Legge, procedono ad indire una gara volta all'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione, per ogni proposta individuata.

Preliminarmente, ove necessario, le amministrazioni applicano le **disposizioni dell'art. 14, comma 8 della Legge**, che consentono di ricorrere, per motivate ragioni di pubblico interesse, alla dichiarazione di urgenza di cui all'art.1 della legge 1/78 e ss. mm., osservando altresì le indicazioni dell'art. 27, comma 5 della legge. 142/90 sugli accordi di programma che comportano variazioni degli strumenti urbanistici.

Il procedimento di gara si articola in due fasi:

- licitazione privata
- procedura negoziata

**4a. La licitazione privata** consiste in una procedura finalizzata ad individuare i due soggetti presentatori delle offerte economicamente più vantaggiose, attraverso opportuna valutazione degli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lettera b) della Legge:

- il prezzo di cui all'art. 19, comma 2;
- il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
- il tempo di esecuzione dei lavori;

- il rendimento;
- la durata della concessione;
- le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;
- ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

A base di gara è posto il **progetto preliminare presentato dal promotore** eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni.

Il **bando di gara** deve necessariamente contenere:

- la previsione della facoltà (o dell'obbligo), per l'aggiudicatario, di costituire una società di progetto, di cui all'art. 37*quinquies* della Legge, in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile;
- l'indicazione dell'ammontare minimo del capitale sociale della società di progetto<sup>138</sup>;
- la fissazione di un congruo termine entro il quale il soggetto promotore della proposta non aggiudicatario, ha diritto al pagamento dell'importo della cauzione pari all'importo di cui all'art. 37**bis** della Legge.

La **proposta del promotore**, posta a base di gara, è **vincolante** per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara (in tal caso il **promotore** risulta **aggiudicatario** della concessione).

4b. La **procedura negoziata** è fase eventuale<sup>139</sup> connotata da una maggiore discrezionalità da parte della amministrazione che procede ad aggiudicare la concessione mediante trattativa, tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due offerte risultate migliori all'esito della precedente gara di licitazione privata.

Nel caso in cui alla gara di licitazione abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra questo e il promotore.

Il **criterio di aggiudicazione** è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Parametri di valutazione utilizzati sono: gli elementi posti a base dell'offerta, nella precedente gara, opportunamente integrati, dall'amministrazione, nella lettera di invito, ovvero in altro atto idoneo a rendere pubblici e predeterminati i criteri di selezione.

<sup>138</sup> L'art. 37 *quinquies* della Legge prescrive che qualora il concorrente sia costituito da più soggetti, nell'offerta, deve essere indicata precisamente la quota di partecipazione al capitale sociale da parte di ciascun soggetto.

<sup>139</sup> La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara (v. art. 37*quater*, comma 2). In tal caso, dunque, non si avrà la fase della procedura negoziata.

**Garanzie:**

- la proposta del promotore è garantita dalla cauzione di cui all'art. 30, comma 1, della Legge e da un'ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'art. 37bis, comma 1, ultimo periodo, da versare prima dell'indizione della gara su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice;
- i partecipanti alla gara, oltre alla cauzione, di cui all'art. 30, comma 1, versano, mediante fideiussione bancaria o assicurativa, un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'art. 37bis, comma 1, ultimo periodo.

Se il **promotore non risulta aggiudicatario** nella procedura negoziata ha diritto al pagamento dell'importo di cui all'art. 37bis, comma 1, ultimo periodo, entro un congruo termine fissato nel bando di gara.

Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice che preleva l'importo dalla cauzione fissata dal soggetto aggiudicatario.

Se il **promotore risulta aggiudicatario** è tenuto a versare all'altro soggetto, o agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura negoziata, una somma pari all'importo di cui all'art. 37bis, comma 1, ultimo periodo.

Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando l'importo dalla cauzione versata dall'aggiudicatario.

Nel caso di due soggetti partecipanti alla procedura negoziata, la somma è ripartita nella misura del 60% al migliore offerente nella gara e del 40% al secondo offerente.

**1.5 Fase di esecuzione**

*in regime di CONCESSIONE ex art. 19, comma 2, della Legge*

La **concessione di lavori pubblici ex art. 19, comma 2, della Legge** è un contratto, concluso in forma scritta, fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice avente ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

La **controprestazione** a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati.

Qualora nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un **prezzo**, stabilito in sede di gara che comunque non può superare il

50% dell'importo totale dei lavori. Il prezzo può essere corrisposto a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili.

La durata della concessione non può essere superiore a trenta anni.

E' rilevante osservare che la Legge prevede quali esclusive modalità di realizzazione dei lavori pubblici la concessione di lavori pubblici e l'appalto<sup>140</sup>. La Commissione europea, nella "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario", afferma che l'elemento distintivo determinante della concessione di lavori, che la differenzia dalla figura dell'appalto pubblico di lavori, consiste nel diritto di gestire l'opera come controprestazione della sua costruzione e nel trasferimento, in capo al concessionario, dell'*alea relativa alla gestione*. Nell'appalto pubblico di lavori, invece, il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice ed il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera.

I soggetti aggiudicatari della concessione sono obbligati ad appaltare a terzi una percentuale minima del 30% dei lavori oggetto della concessione (in deroga alla percentuale minima obbligatoria del 40% prevista dall'art. 2, comma 4 della Legge).

**5a. Società di progetto (art. 37<sup>quinquies</sup>):** l'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, ha la facoltà - o l'obbligo -, secondo quanto previsto nel bando di gara, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità.

La società di progetto subentra al contratto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione del contratto (art. 37<sup>quinquies</sup>, comma 1, terz'ultimo e penultimo periodo)

I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio anche se siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

Alle società di progetto è consentita l'emissione di obbligazioni (art. 37<sup>sexies</sup>), nominative o al portatore, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti di cui all'art. 2410 c.c., purché garantite pro-quota, anche mediante ipoteca.

Il rapporto di concessione può essere oggetto di risoluzione per inadempimento del concedente o di revoca per motivi di pubblico interesse (art. 37<sup>septies</sup> della Legge).

In tali casi il concessionario ha diritto al rimborso:

---

<sup>140</sup> L'art. 24, comma 6 della Legge ammette, tuttavia, l'esecuzione di lavori in economia "fino all'importo di 200.000 ECU, fatti salvi i lavori del Ministero della difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento per l'attività del Genio militare di cui all'art. 3, comma 7bis".



- a) del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti;
- b) delle penali e degli altri costi sostenuti, o da sostenere, in conseguenza della risoluzione;
- c) di un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire, ovvero della parte del servizio ancora da gestire, valutata sulla base del piano economico finanziario.

Tali somme sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

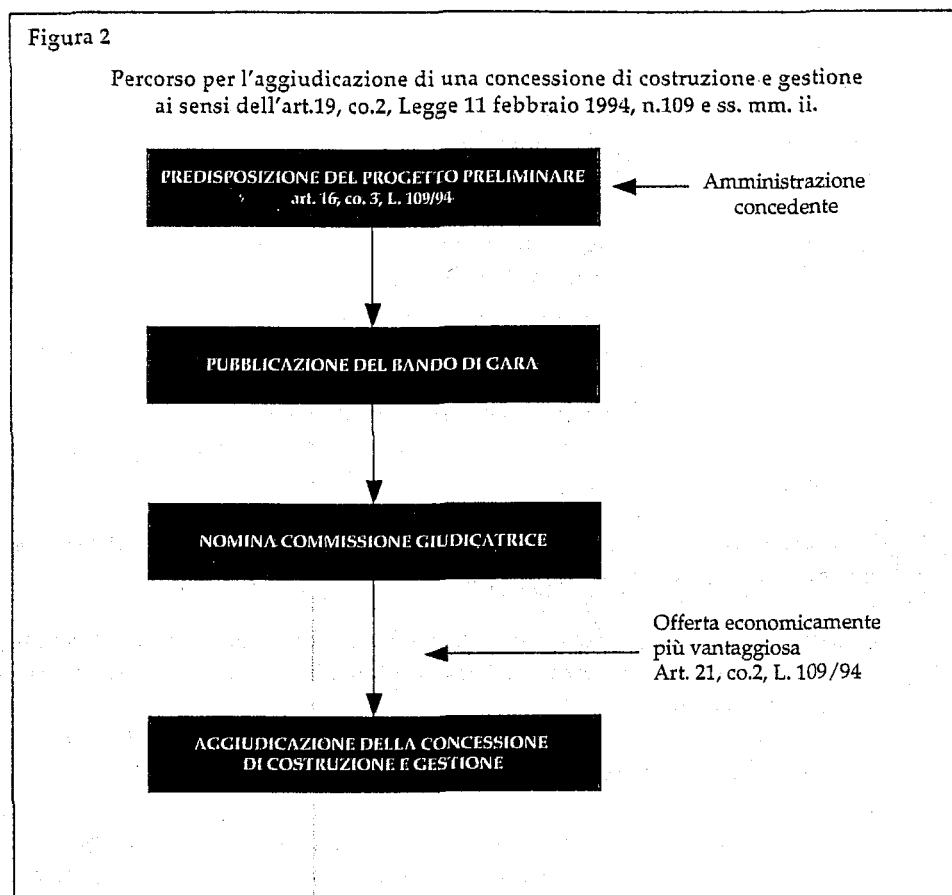
L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento delle somme *sub a), b) e c)*.

La risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario può essere impedita dagli enti finanziatori del progetto designando, entro 90 giorni dal ricevimento della comunicazione scritta contenente dichiarazione da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione in luogo del concessionario (**subentro ex art. 37octies**).

Il nuovo soggetto è accettato dal concedente a condizione che:

- la società designata presenti caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione;
- la società designata quale subentrante abbia cura di far cessare l'inadempimento del concessionario, causa della risoluzione della concessione, entro i 90 giorni successivi alla scadenza del termine per la sua indicazione, ovvero di un termine più ampio eventualmente concordato tra il concedente ed i finanziatori.

## 2. CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE EX ART.19, COMMA 2, LEGGE 11 FEBBRAIO 1994, N.109 E SS. MM. II.



La **concessione di costruzione e gestione** è istituito comune a due degli strumenti giuridici delineati in questo capitolo, attraverso i quali possono essere realizzate infrastrutture pubbliche con il ricorso al capitale privato: il procedimento *ex artt. 37bis e ss.* della Legge (analizzato nel paragrafo precedente) e la concessione di lavori pubblici *ex art. 19 comma 2* della Legge, oggetto del presente paragrafo.

A norma dell'art.19, comma 2, della Legge, la concessione di costruzione e gestione è definita come il contratto concluso in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice, avente ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

La **controprestazione** a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o

predeterminati, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione anche mediante corresponsione di un **prezzo**, stabilito in sede di gara e comunque **non superiore al 50%** dell'importo totale dei lavori. Tale prezzo può essere corrisposto a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili.

La **durata** della concessione non può essere superiore a **trenta anni**.

Nel contratto di concessione devono essere indicati i presupposti e le condizioni base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione. L'insorgere di mutamenti nelle politiche pubbliche o interventi legislativi che vadano ad incidere sull'equilibrio economico-finanziario del concessionario, obbligano l'amministrazione concedente ad una revisione del piano economico-finanziario, atta a ristabilire le condizioni d'equilibrio preesistenti. Il concessionario, in mancanza di revisione a proprio favore, può esercitare il diritto potestativo di recedere dalla concessione. In tal caso sono rimborsati al concessionario i costi effettivi sostenuti (se l'opera non è stata ancora collaudata) o il valore delle opere realizzate più gli "*oneri accessori*", al netto degli ammortamenti. Sono inoltre rimborsati penali e costi sostenuti o comunque da sostenere.

Il mutamento di circostanze di fatto, in grado di alterare l'equilibrio economico-finanziario, non viene preso in considerazione dal legislatore.

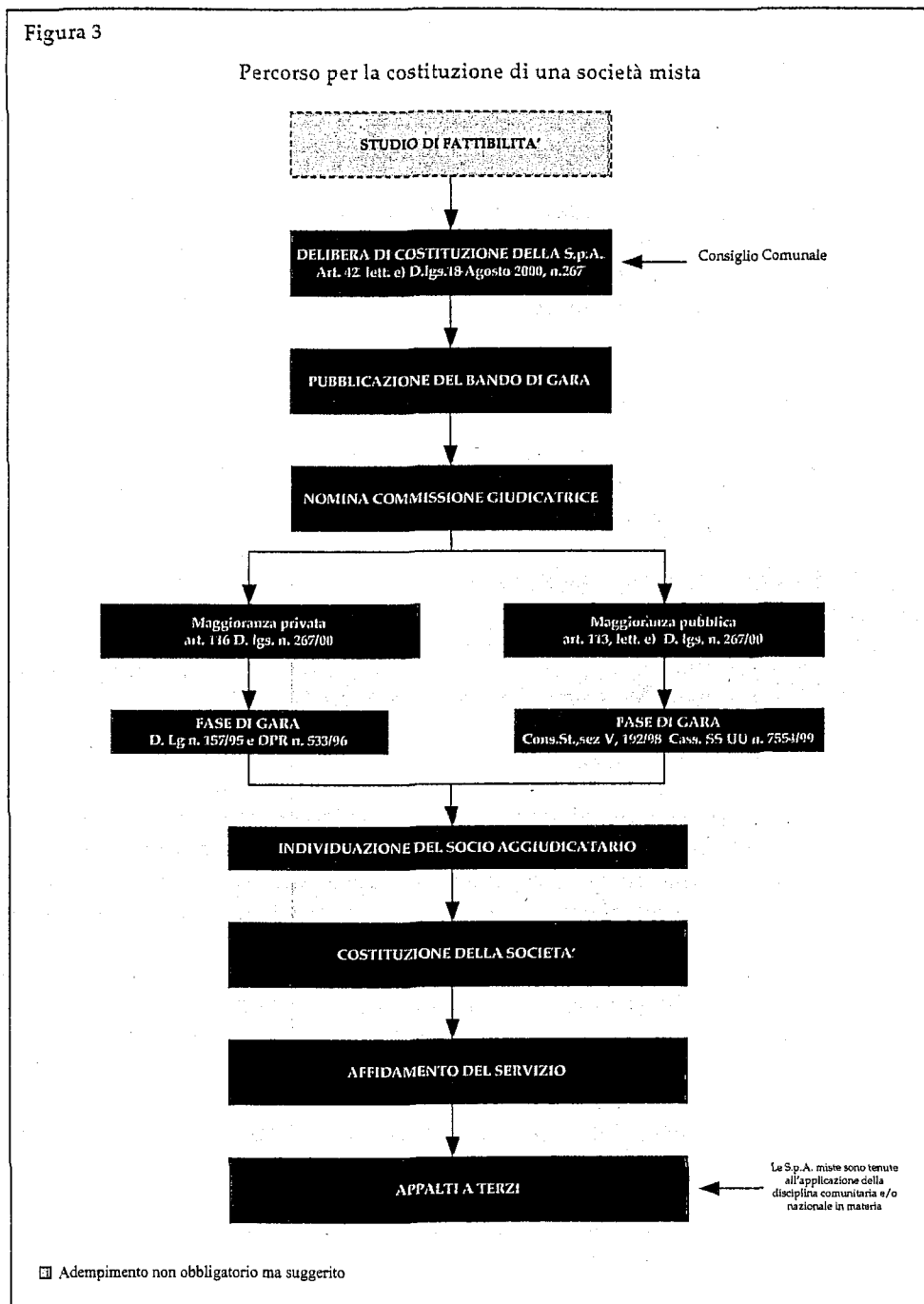
Il progetto da porre a base di gara per l'individuazione del concessionario è il progetto preliminare come definito dall'art.16 della Legge ed è predisposto dall'Amministrazione.

Tale progetto deve essere corredato anche degli "*elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche*".

Il concessionario viene scelto sulla base di una procedura di gara a licitazione privata, sulla base del progetto preliminare (art. 20, comma 2). Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21, comma 2, lett. b) (art. 20, comma 2).

I soggetti aggiudicatari della concessione di costruzione e gestione sono obbligati ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori oggetto della concessione stessa.

3. LE SOCIETA' MISTE



3.1 Premessa

L'art. 113 lett e) del d.lgs. 18 agosto 2000, n.267 ("TUEL") prevede il ricorso alla gestione di servizi pubblici in forma societaria quando si renda opportuna, in

relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici e privati.

La finalità della norma è, quindi, quella di consentire il ricorso alla gestione mediante società di capitali tutte le volte in cui sia opportuno consentire una più ampia partecipazione nell'erogazione di un determinato servizio, da parte di soggetti diversi dall'ente locale titolare del servizio stesso.

La gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni è possibile sia con partecipazione pubblica prevalente che minoritaria.<sup>141</sup>

Soggetti competenti alla promozione di una società per azioni per la gestione di un servizio pubblico locale, sia essa a prevalente partecipazione pubblica che privata, sono i comuni, in quanto titolari della funzione di scelta delle modalità di gestione del servizio stesso.

Di seguito viene fornita una descrizione della fasi principali del procedimento di costituzione di una società mista.

### 3.2 Elaborazione di uno studio di fattibilità

*Art.14 legge 11 febbraio 1994, n.109 e ss.mm.ii*

*Art.4 legge 17 maggio 1999, n.144*

*Delibere CIPE nn. 106/99 e 135/99*

*Art.1, commi 54-58, legge 28 dicembre 1995, n.549*

*Art. 7 l. 8 febbraio 2001, n. 21*

La predisposizione di uno studio di fattibilità, pur **non** rivestendo carattere **obbligatorio**, è **suggerita** in quanto contribuisce in modo sostanziale alla individuazione di quei parametri da utilizzare, in una fase successiva, come base del processo di selezione del socio privato della costituenda società mista.

Ai sensi dell'art. 4 della legge 17 maggio 1999, n.144, lo studio di fattibilità rappresenta lo strumento ordinario preliminare ai fini dell'assunzione delle decisioni di investimento da parte delle amministrazioni pubbliche. Le delibere CIPE nn.106/99 e 135/99, che prevedono i requisiti minimi degli studi di fattibilità, relativamente alla sostenibilità amministrativa, istituzionale e gestionale degli interventi, attribuiscono a tale strumento la funzione di individuare, tra l'altro:

- i meccanismi, le procedure e l'organizzazione del sistema di attuazione dell'investimento;

<sup>141</sup> La possibilità è stata introdotta dall'art.12 della legge 23 dicembre 1992, n.498, ora art.116 del d.lgs. 18 agosto 2000, n.267.

- la ricerca (ovvero l'indicazione delle procedure che si intendono seguire per la ricerca) dei soci istituzionali e finanziari coinvolti nell'attuazione e gestione dell'investimento;
- le procedure e gli strumenti operativi che si intendono adottare per assicurare percorsi efficienti dal punto di vista tecnico, amministrativo e finanziario. Per il finanziamento della realizzazione di studi di fattibilità, oltre alle risorse messe a disposizione delle aree depresse e allocate con apposite delibere CIPE, è attivo il Fondo rotativo per la progettualità locale, istituito dall'art.1, commi 54-58, della legge 28 dicembre 1995, n.549 e ss.mm. ii. Tale fondo finanzia le spese di progettazione per programmi di opere pubbliche e di pubblica utilità realizzate da regioni, province, comuni e loro consorzi, comunità montane, consorzi di bonifica, aziende speciali, società miste a prevalente capitale pubblico o a prevalente capitale privato. L'agevolazione prevede l'anticipazione delle spese necessarie alla predisposizione degli studi di fattibilità per l'elaborazione dei progetti preliminari, definitivi ed esecutivi e delle attività a questi connesse. Per il meccanismo di finanziamento per la realizzazione di studi di fattibilità, previsto dall'art. 7 della legge 8 febbraio 2001, n.21 si rinvia al paragrafo dedicato alle Società di Trasformazione Urbana.

La disciplina applicabile alle procedure di affidamento per la realizzazione di uno studio di fattibilità è la seguente:

Figura 4

- per importo pari o superiore a 200.000 DSP(\*) ⇨ D.lgs 17 marzo 1995, n. 157
- per importi compresi tra 40.000 e 200.000 DSP(\*) ⇨ Facoltà di applicare D.lgs 17 marzo 1995, n. 157
- per importi inferiori a 40.000 DSP (\*) ⇨ Affidamento *intuitu personae* sulla base di confronto curriculare – nel rispetto dei principi comunitari in materia di trasparenza, concorrenzialità e non discriminazione

(\*) Un DSP (Diritto Speciale di Prelievo) è pari a 0,85140 \$, quotazione effettuata dal Fondo Monetario Internazionale in data 17 luglio 2001

### 3.3 Delibera di costituzione della società per azioni

Art. 42 lett.e) d.lgs. 18 agosto 2000, n.267

Ai sensi dell'art. 42 del TUEL, la deliberazione di costituzione di una società mista rientra nella competenza del Consiglio comunale e costituisce sia l'atto iniziale del procedimento di evidenza pubblica, indirizzato alla stipulazione di un contratto associativo, sia il provvedimento con cui l'ente locale sceglie il modello di gestione di un servizio pubblico locale.

La delibera di costituzione deve fornire adeguata motivazione degli elementi che giustificano la scelta del modello societario in rapporto alle caratteristiche dei servizi, del contenuto essenziale del contratto e del relativo contratto di servizio, strumento di regolazione del rapporto fra ente locale e società mista.

I contenuti essenziali della delibera di costituzione possono essere così riassunti:

- descrizione, qualitativa e quantitativa, del servizio o dei servizi che l'ente locale intende gestire a mezzo di società mista (*i.e.* caratteristiche

fisiche del servizio, profilo dei costi e dei ricavi, rilievo sociale del servizio, obiettivi di miglioramento del servizio, qualitativo e quantitativo, connessi alla scelta del modello societario);

- opzione per uno dei modelli societari previsti nell'ordinamento (*i.e.* società per azioni o società a responsabilità limitata, prevalenza del capitale pubblico o del capitale privato);
- definizione dell'oggetto sociale dell'atto costitutivo e della durata della società;
- determinazione degli *standard* fondamentali del servizio, delle tariffe, della durata dell'affidamento, del profilo del socio o dei soci privati da coinvolgere (*i.e.* con caratteristiche industriali, finanziarie etc.), del capitale della società e della quota di esso che si intende riservare all'ente locale;
- obiettivi ulteriori che l'ente locale intende raggiungere attraverso la costituzione di una s.p.a. mista (*i.e.* esigenze di forte capitalizzazione, esigenza di governo pubblico del soggetto gestore, necessità di acquisire *know-how*, ecc).

### 3.4 Procedura di gara per l'individuazione del socio privato

Art. 113 lett.e) d.lgs. 18 agosto 2000, n.267

Art. 116 d.lgs. 18 agosto 2000, n.267

Art.87 T.U. 3 marzo 1934, n.383

R.d. 23 maggio 1927, n.827

D.lgs. 17 marzo 1995, n.157

D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533

Nell'ipotesi di **società per azioni a prevalente capitale pubblico locale**, di cui all'**art. 113 lett. e) del TUEL**, non esiste un'esplicita previsione normativa sulla disciplina da adottare per l'individuazione del socio privato di minoranza. Tuttavia, la giurisprudenza afferma che la mancata espressa previsione della procedura di gara per la scelta del socio privato di minoranza non può condurre a ritenere giustificata la selezione del socio al di fuori di procedure di evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. I, 1 febbraio 1985, n.130, Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n.192 – Cass. SS.UU. 29 ottobre 1999, n.754).

L'affidamento diretto del servizio alla società senza seguire una procedura di gara rende necessario che il confronto concorrenziale sia recuperato a "monte", ovvero nella fase di selezione e individuazione del socio privato di minoranza. La scelta del socio privato di minoranza deve, pertanto, seguire procedure di evidenza pubblica idonee ad assicurare la tutela della concorrenza nella fase di selezione e in grado di assicurare la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale. La

procedura individuata dal D.P.R. 16 settembre 1996, n.533, obbligatoria esclusivamente nel caso di selezione del socio privato di società per azioni con capitale pubblico di minoranza, e i principi contenuti all'art.87 del T.U. 3 marzo 1934, n.383 e al titolo II del regolamento di contabilità di Stato (R.d. 23 maggio 1924, n.827) possono, peraltro, costituire un valido modello di riferimento.

Relativamente alla natura quantitativa e qualitativa della partecipazione del socio privato, occorre segnalare che il peso del privato, inteso come apporto in termini quantitativi (*i.e.* livello della partecipazione azionaria), è elemento caratterizzante le società miste e, pertanto, l'intervento del privato non può limitarsi a partecipazioni azionarie simboliche o di limitata entità.

Quanto al ruolo del privato, inteso come apporto fattivo e costruttivo della professionalità di un socio imprenditore, questo deve essere coerente ed omogeneo con l'attività che la società è tenuta ad esercitare. In altri termini, il profilo del socio privato deve essere tale da rendere effettivo l'apporto professionale per ottenere il raggiungimento dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione del servizio di cui la società stessa è affidataria. La *ratio* della società mista è, infatti, quella del necessario coinvolgimento del privato giacché portatore di capacità tecniche, gestionali ed economiche e di disponibilità finanziarie idonee ad effettuare il servizio secondo modalità industriali. Ne consegue che l'eventuale utilizzo di società per azioni a totale partecipazione pubblica (in quanto derivanti dal processo di trasformazione delineato dalla legge 127/97) quale veicolo per l'affidamento del servizio pubblico locale, pur essendo strumentale alla promozione di processi di concentrazione fra i soggetti pubblici già esistenti, non può prescindere da una successiva apertura della compagine azionaria ai privati, in tempi e modi che devono essere opportunamente prestabiliti dagli enti locali mediante gli strumenti ordinari.

Nell'ipotesi di **società per azioni con capitale pubblico di minoranza**, di cui all'**art.116 del TUEL**, che possono avere come oggetto sociale anche la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, la selezione del socio privato di maggioranza deve avvenire secondo le modalità indicate dal **D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533**. La quota di partecipazione pubblica non può essere inferiore al 20% del capitale sociale ed una quota non precisata del capitale sociale deve essere destinata all'azionariato diffuso. La procedura è modellata secondo il meccanismo dell'appalto concorso di cui al **d.lgs. 17 marzo 1995, n.157 e ss. mm. ii.** L'avvio della procedura di selezione è subordinato alla pubblicazione di un bando di gara che deve indicare:

- 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 in ogni caso l'importo del capitale sociale e la quota di esso riservata agli enti pubblici, con l'indicazione dei beni eventualmente conferiti a questo titolo;
- i contenuti essenziali dell'eventuale disciplina integrativa concernente i rapporti tra l'ente promotore ed il socio privato di maggioranza;



- la natura del servizio o dei servizi pubblici e delle eventuali opere 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 dieci anni;
- i modi e 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 articoli da 12 a 17 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e ss.mm.ii.;
- i criteri che saranno seguiti in sede di valutazione e comparazione delle offerte;
- ogni altro elemento di cui all'allegato 4, lettera C), del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e ss.mm.ii. , in quanto applicabile.

Successivamente alla pubblicazione del bando di gara, l'amministrazione è tenuta a nominare una commissione giudicatrice tecnico-amministrativa composta da esperti nelle materie pertinenti l'oggetto sociale della costituenda società.

La lettera di invito deve essere coerente con gli obiettivi prefissati dall'amministrazione e in armonia con quanto indicato nel bando di gara.

L'individuazione del soggetto aggiudicatario viene effettuata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

### **3.5 Affidamento del servizio**

Per l'affidamento del servizio alla società mista, sia essa a maggioranza pubblica che privata, non occorre un atto di concessione. Lo strumento della società per azioni a prevalente partecipazione pubblica o privata è alternativo allo strumento della concessione. L'opzione per il modello di gestione societaria comporta l'affidamento diretto del servizio tramite apposita convenzione.

Il rapporto tra l'ente locale e la società mista viene regolato, all'atto della costituzione, tramite apposito strumento convenzionale ("contratto di servizio") in modo da assicurare il corretto svolgimento del servizio ed una verifica permanente della conformità dell'assetto societario all'interesse pubblico alla gestione del servizio, prevedendo anche cause di risoluzione o scioglimento del vincolo sociale. Il contratto di servizio deve indicare gli strumenti e le modalità per la verifica della economicità della gestione e della qualità dei servizi, anche in relazione alle esigenze dell'utenza.

### **3.6 Qualificazione giuridica delle società miste ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.**

Le società per azioni a prevalente capitale pubblico o privato sono da considerare amministrazioni aggiudicatrici, in quanto riconducibili alla nozione di derivazione comunitaria di "organismo di diritto pubblico", e come tali sono

tenute ad applicare la disciplina comunitaria in materia di appalti di lavori, servizi e forniture.

Relativamente alle società per azioni con capitale pubblico di minoranza, l'art.116, comma, 3 del TUEL prevede l'obbligo di seguire le procedure previste dalla disciplina comunitaria e nazionale per la realizzazione di opere di qualunque importo.

### **3.7 Lo strumento delle Società di Trasformazione Urbana**

*Art.120 d.lgs. 18 agosto 2000, n.267*

*Circolare Ministero dei lavori pubblici 11 dicembre 2000*

*Art. 7 legge 8 febbraio 2001, n. 21*

*Decreto del Ministro dei Lavori pubblici 6 giugno 2001*

La disciplina delle Società di Trasformazione Urbana (STU) è contenuta nell'art.120 del d.lgs. 18 agosto 2000, n.267 (prima art. 17, comma 59, della legge 17 maggio 1997, n.127). La STU opera "in attuazione" degli strumenti urbanistici vigenti. La disciplina istitutiva prevede che il compito delle STU debba essere quello di progettare e realizzare gli interventi di trasformazione urbana. Queste costituiscono uno strumento flessibile con notevoli potenzialità messo a disposizione degli enti locali per interventi di riqualificazione e di trasformazione integrata di aree urbane. Le STU possono essere utilizzate in particolare nelle aree ad insediamenti di tipo misto (residenziali, produttivi e di servizio). Attraverso le STU è possibile coinvolgere un adeguato livello di risorse private e attivare un modello operativo in grado di esaltare le sinergie tra pubblico e privato.

Le STU non si distinguono in maniera sostanziale dalle altre società per azioni costituite dagli enti locali quanto alle modalità e alle procedure di costituzione, se non per la particolarità dell'oggetto sociale e delle conseguenti modalità operative. La STU può essere costituita per iniziativa di comuni e città metropolitane in quanto soggetti competenti alla elaborazione e adozione degli strumenti urbanistici generali e particolareggiati. E' consentita la partecipazione anche della Provincia e della Regione. Quanto al socio privato, in via generale, esso può essere rappresentato da imprese del comparto immobiliare, imprese industriali, soggetti finanziatori.

Le STU provvedono alla preventiva acquisizione delle aree oggetto di intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione delle stesse. Le acquisizioni possono avvenire in maniera consensuale o tramite procedura di espropriazione da parte dell'ente locale. Le aree interessate sono individuate con delibera del consiglio comunale. L'individuazione delle aree equivale a dichiarazione di pubblica utilità. Le aree di proprietà degli enti locali possono essere attribuite alla STU a titolo di concessione.

Il percorso operativo per la costituzione di una STU è descritto dalla circolare 11 dicembre 2000 del Ministero dei lavori pubblici. Le fasi principali sono:

- individuazione dell'ambito di intervento corredata da indicazioni relative ai contenuti dell'operazione di trasformazione-riqualificazione;
- redazione di un cronoprogramma integrato e complessivo dell'intervento di trasformazione, comprensivo dei principali adempimenti amministrativi, abilitativi e realizzativi, per fasi e per competenza. In particolare, si articolerà nelle fasi della formulazione, della prefattibilità, della definizione progettuale, dell'impegno finanziario, della realizzazione e della gestione operativa del prodotto finito;
- individuazione degli eventuali soci pubblici della società di trasformazione, con la previsione dell'associazione della provincia e della regione in cui ricade l'intervento, qualora vi siano motivazioni legate alla rilevanza dell'intervento stesso ed il coinvolgimento diretto di soggetti istituzionali con capacità di finanziamento;
- redazione di uno studio di prefattibilità che contenga l'approfondimento della realizzazione tecnica degli interventi descritti *sub a)*, della percorribilità economico-finanziaria del programma, al fine di verificarne i presupposti di gestione e di finanziamento nel suo complesso, di un'ipotesi di bilancio che si associ ai verificati presupposti di finanziamento e di gestione, tenuto conto dei tempi procedurali descritti *sub b)*.

E' previsto che la scelta dei soci privati avvenga tramite procedure di evidenza pubblica. Per la scelta del socio privato, viene operato un rinvio al D.P.R. 16 settembre 1996, n.533 che individua una procedura sul modello dell'appalto-concorso che si conclude, ai fini dell'aggiudicazione, con una valutazione tecnico-economico-finanziaria dell'offerta presentata. Tuttavia, qualora sia necessaria l'acquisizione delle aree da parte della STU, la circolare introduce la possibilità di assicurare la partecipazione alla società, in qualità di soci privati, dei proprietari delle aree. In questo caso, operando un'interpretazione estensiva della nozione di procedure ad evidenza pubblica, la circolare consente che la scelta possa avvenire tramite trattativa privata.

L'art. 7 della legge 8 febbraio 2001, n.21 recante "Misure per ridurre il disagio abitativo ed interventi per aumentare l'offerta di alloggi in locazione", al fine di promuovere la costituzione da parte dei comuni delle STU, provvede al finanziamento degli studi di fattibilità e delle attività di analisi in merito alla realizzabilità economica, amministrativa finanziaria e tecnica delle ipotesi di trasformazione deliberate dal consiglio comunale. Elemento prioritario per l'ammissione ai finanziamenti è la previsione di interventi destinati all'edilizia residenziale pubblica, in misura non inferiore al dieci per cento delle risorse finanziarie pubbliche e private necessarie all'attuazione del programma di trasformazione. Le modalità di presentazione delle domande di accesso ai finanziamenti sono indicate dal decreto del Ministro dei lavori pubblici in data 6 giugno 2001.

Il rapporto tra l'ente locale e la STU è regolato da apposita convenzione.