

QUADERNI DELLA SPISA

L'AMMINISTRAZIONE CHE CAMBIA FONTI, REGOLE E PERCORSI DI UNA NUOVA STAGIONE DI RIFORME

a cura di

Franco Mastragostino, Giuseppe Piperata, Claudia Tubertini

A. Bartolini
R. Bin
M. Cammelli
E. Carloni
A. Carullo
R. Cavallo Perin
G. D'Alessio
F. Fracchia
M. Gola
G. Grüner
M.A. Madia
F. Mastragostino
B. G. Mattarella
G. Napolitano
G. Piperata
A. Police
M. Ramajoli
F. Saitta
M. A. Sandulli
A. Travi
C. Tubertini
A. Viscomi

Bononia University Press

SOMMARIO

Elenco degli autori	9
Prefazione <i>Maria Anna Madia</i>	11
Introduzione <i>Franco Mastragostino</i>	19
<i>Fixing government</i> : le riforme amministrative in Gran Bretagna, Francia e Spagna <i>Giulio Napolitano</i>	25
La riorganizzazione degli apparati statali: la riforma dell'ammi- nistrazione centrale e periferica e il riordino delle amministrazio- ni indipendenti <i>Bernardo Giorgio Mattarella</i>	51
Riforme (passate, presenti e future) delle autorità indipendenti <i>Margherita Ramajoli</i>	65
La riorganizzazione del sistema regionale e locale nel contesto della riforma della Pubblica amministrazione <i>Claudia Tubertini</i>	85
La riorganizzazione del sistema regionale e locale: dall'attuazione della legge 56/2014 alla riforma costituzionale <i>Roberto Bin</i>	97
La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti stru- mentali, società ed altri organismi nella prospettiva della riforma della P.A. <i>Roberto Cavallo Perin</i>	115

LA RAZIONALIZZAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE INDIRETTA: ENTI STRUMENTALI, SOCIETÀ ED ALTRI ORGANISMI NELLA PROSPETTIVA DELLA RIFORMA DELLA P.A.

Roberto Cavallo Perin

1. Trattare della disciplina sulla razionalizzazione dell'amministrazione indiretta comporta anzitutto richiamare in questa sede quella che è la disciplina vigente sulle società ed enti cosiddetti partecipati dallo Stato, inteso in senso di amministrazione statale, ed altri enti pubblici come le Regioni e gli enti territoriali.

Viene in rilievo la disciplina vigente sulle partecipate da enti pubblici (l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, co. 611-616)¹. A questa si aggiungeranno i decreti legislativi che il Governo della Repubblica italiana dovrà emanare sulla base della recente legge di delegazione in materia di riorganizzazione delle Pubbliche amministrazioni (l. 7 agosto 2015, n. 124)².

1.1. La disciplina vigente (l. n. 190 del 2014, cit.) individua tre elementi essenziali: gli obiettivi, i soggetti di cui alla legge si riferisce, il procedimento che viene ad essere disciplinato per ottenere una razionalizzazione di quella che viene chiamata l'amministrazione indiretta. Tra gli obiettivi si annoverano il coordinamento della finanza pubblica, la tutela della concorrenza, il buon andamento della Pubblica amministrazione ed il contenimento della spesa pubblica; questi si ritrovano costantemente nei disegni e nelle leggi di riforma della Pubblica amministrazione, quantomeno a far data dalla fine degli anni Novanta.

In verità un'accentuazione si può ritrovare nell'idea che la riforma della Pubblica amministrazione italiana debba avvenire per una tutela della con-

¹ L. 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*.

² L. 7 agosto 2015, n. 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche*.

correnza o più direttamente per una tutela del mercato, superando nettamente la precedente concezione volta alla riduzione del PIL destinato alla Pubblica amministrazione con favore per una domanda di consumi di beni e servizi offerti dall'imprenditoria privata (c.d. spostamento di quote di PIL da quella che viene chiamata spesa improduttiva della Pubblica amministrazione a favore di quella che è ritenuta a spesa produttiva delle imprese).

Si afferma invece la tutela della concorrenza come uno dei quattro obiettivi di riforma della Pubblica amministrazione – intesa nel senso più ampio – perché ha assunto un particolare significato la richiesta che negli ultimi anni proviene dagli investitori stranieri di una maggiore efficienza dell'Amministrazione pubblica nel suo complesso, ivi compreso il funzionamento di quella particolare amministrazione che è al servizio della giustizia civile. L'accento si sposta dallo spendere meno (valori assoluti) in spendere meglio (valori relativi), ove non è abbandonata la ricerca di una riduzione della spesa pubblica per destinarne quota parte al debito pubblico, ma ciò avviene soprattutto per conseguire l'obiettivo che appare prevalente: quello di avere un'amministrazione "adeguata" (cfr. art. 118, Cost.)³ alle sfide del nuovo millennio.

I soggetti destinatari della disciplina in esame (l. n. 190 del 2014, cit.) sono le Regioni, gli enti locali in genere le camere di commercio industria, artigianato, agricoltura, le università, gli istituti d'istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, con singolare menzione unitamente alle precedenti di quest'ultime, per la particolare natura giuridica che le contraddistingue.

Quanto al procedimento si stabilisce che tra inizio e fine anno 2015 gli enti sopra indicati procedano alla razionalizzazione delle società o loro partecipazioni dirette o indirette in modo da conseguire la riduzione delle società stesse, o quantomeno delle partecipazioni o quote di partecipazione in esse possedute.

Le amministrazioni devono procedere alla razionalizzazione degli enti strumentali anche procedendo a fusioni o accorpamenti, sciogliendo società, o cedendo partecipazioni ritenute non indispensabili per il perseguimento dei propri fini istituzionali. Le indicate vicende giuridiche sono configurate dalla legge come obbligatorie per le Amministrazioni pubbliche ove gli amministratori degli enti strumentali siano in numero superio-

³ A. PIOGGLIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001, p. 179.

re ai dipendenti, oppure ove gli stessi siano "doppioni" di attività analoghe o similari, anche mediante fusioni o internalizzazione delle funzioni. Particolare menzione riceve sia l'aggregazione di società di servizio pubblico locale di rilevanza economica, sia il contenimento dei costi di funzionamento degli enti strumentali, con riorganizzazione degli organi di amministrazione e di controllo, o delle strutture aziendali e – in ultimo – la riduzione delle remunerazioni degli amministratori⁴.

La definizione del procedimento da parte del legislatore (l. n. 190 del 2014) prosegue nel senso di imporre agli organi di vertice delle amministrazioni ed enti sopra indicati, presidenti di Regioni o di Provincia, Sindaci, Presidenti di altri enti, di predisporre un piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate indicando modalità e risparmi previsti, con una allegata relazione tecnica illustrativa⁵.

Piano operativo di razionalizzazione più relazione tecnica debbono essere inviati alla sezione regionale della Corte dei conti e pubblicati sul sito Internet istituzionale della Pubblica amministrazione (l. n. 190 del 2014, cit., art. 1, co. 612).

Entro un anno dalla presentazione del piano operativo di razionalizzazione (31 marzo 2016) gli stessi organi monocratici di vertice debbono procedere a redigere una relazione sui risultati conseguiti, inviandola sempre alla Corte dei conti e pubblicando sul sito Internet istituzionale della Pubblica amministrazione. Si tratta di obblighi di pubblicità sanzionati ai sensi del d.lgs. n. 33 del 2013, con conseguente influenza sia sulle responsabilità (disciplinare *ex artt.* 43, 45 u.c. o dirigenziale *ex art.* 46) anche con riferimento agli eventuali danni all'immagine e alla conseguente giurisdizione della Corte dei conti, sia sulla definizione della retribuzione di risultato, sia infine con rilevanza delle sanzioni amministrative (*ex art.* 47).

La legge (l. n. 190 del 2014, cit.) riconduce espressamente alle disposizioni del Codice civile lo scioglimento delle società, abrogando ogni disposizione di legge che disponga diversamente, negando così ogni necessità della forma legislativa al *contrarius actus* d'istituzione di società in mano pubblica effettuata per legge.

⁴ L. n. 190 del 2014, cit.

⁵ Cfr. tra tutti Comune di Sesto San Giovanni, Settore Servizi Economico Finanziari, Piano di razionalizzazione delle società partecipate (l. n. 190 del 2014, art. 1, c. 611).

1.2. Recentemente, come anticipato, il Governo è stato delegato ad adottare decreti legislativi di semplificazione nei settori delle partecipazioni delle Amministrazioni pubbliche in enti e società, anche nel settore dei servizi pubblici locali o per attività di interesse economico generale⁶.

Il riordino deve mirare ad ottenere una semplificazione ed una chiarezza della disciplina normativa con tutela e "promozione" della concorrenza, con superamento dei regimi transitori.

La disciplina governativa sulle partecipazioni societarie delle Amministrazioni pubbliche deve procedere a distinguere i tipi di società e la relativa disciplina in ragione delle attività svolte, degli interessi pubblici perseguiti, della partecipazione nell'ente (misura, titolo e natura diretta o indiretta), del tipo d'affidamento (diretto o mediante procedure pubbliche), della quotazione in borsa o dell'emissione di strumenti finanziari in mercati regolamentati.

La disciplina in deroga al diritto privato – anche ove la stessa riguardi l'organizzazione o l'esito delle crisi d'impresa – deve essere conforme al principio di proporzionalità⁷, con eliminazione di "sovrapposizioni" tra la disciplina di diritto pubblico e privato.

La razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche deve ovviamente conformarsi al principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, co. 2, Cost.) nella declinazione offertane dalla Corte costituzionale con il rinvio ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁸.

⁶ L. n. 124 del 2015, cit., art. 16.

⁷ Cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1994, p. 142 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato del giudice amministrativo*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 219 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; ID., *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 329 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, vol. II, Milano, 2006, p. 227 ss. Nonché P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, la cui definizione di "ragionevolezza" riprende l'articolazione della proporzionalità. Da ultimo per tutti si veda A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano, 2013.

⁸ Su cui M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in www.ius-publicum.com, aprile 2011; C. PINELLI, *Il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di)

Condizioni e limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di Amministrazioni pubbliche debbono essere definiti dalla legislazione delegata con riferimento ai compiti istituzionali e agli ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, come la gestione di servizi di interesse economico generale.

La definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti pare invocare una rilettura della disciplina posta dal Codice civile per i gruppi societari⁹ (art. 2497, c.c.), valutando il legislatore delegato se sia il caso prevedere per le società partecipate dagli enti pubblici una disciplina peculiare. Analogamente per i dipendenti e gli organi di gestione e di controllo delle società partecipate, il legislatore delegato potrebbe procedere ad una revisione del discrimine tra disciplina del Codice civile e quella avanti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità, anche in ragione di una corretta definizione della gestione delle risorse e della salvaguardia dell'immagine del socio pubblico¹⁰.

Requisiti di professionalità e di garanzia onorabilità dei candidati (ammissibilità) o componenti (decadenza) degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche a garanzia dell'autonomia degli stessi rispetto agli enti proprietari¹¹.

Sugli enti locali al legislatore delegato – oltre agli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità, alla riduzione delle partecipazioni e all'incentivazione dei processi di aggregazione – è chiesto di intervenire sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e realizzando una maggiore trasparenza, con pubblicazione nel sito Internet (degli enti locali e delle società) dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza.

La violazione della disciplina sulla razionalizzazione va sanzionata dal legislatore delegato con una riduzione dei trasferimenti dello Stato.

Del pari il legislatore delegato deve procedere alla revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei con-

Commentario alla Costituzione, Bologna, 1994, p. 203 ss.; ma si consenta altresì il rinvio R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2011.

⁹ Cfr. per tutti P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.

¹⁰ V. REALI, *Il danno all'immagine della p.a. tra giurisprudenza e legislazione*, in www.federalismi.it, n. 14/2014.

¹¹ L. n. 124 del 2015, cit., art. 18.

fronti degli enti locali soci, con specifici flussi informativi sui dati economici e industriali del servizio, sugli obblighi di servizio pubblico imposti e sugli standard di qualità, suddivisi per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata¹².

Per società aventi ad oggetto servizi strumentali e funzioni amministrative in particolare il legislatore delegato dovrà definire il modo di scelta del modello societario e lo strumento per l'eventuale ritorno dei servizi e funzioni alla gestione diretta dell'ente locale.

Per società aventi ad oggetto servizi pubblici di interesse economico generale in particolare il legislatore delegato dovrà individuare il numero di esercizi con perdite che portino all'obbligo di liquidazione nonché criteri e strumenti volti a garantire al tempo stesso il perseguimento dell'interesse pubblico ma anche effetti distorsivi sulla concorrenza (contratti di servizio; carte dei diritti degli utenti; forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi).

Nei servizi pubblici locali l'individuazione dell'attività d'interesse economico generale¹³ va riconosciuta come funzione fondamentale dei Comuni e Città metropolitane, e quest'ultimi debbono assicurare condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità del servizio e di non discriminazione, nonché migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale.

Se non strettamente necessari per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio vanno soppressi i regimi di esclusiva perché non conformi ai principi generali in materia di concorrenza.

Per i servizi di interesse economico generale di ambito locale il legislatore delegato è chiamato ad individuare la disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee definirà i criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, individuando anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, le modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo.

Gli enti locali che favoriscono l'aggregazione delle attività e delle gestioni, ovvero l'eliminazione del controllo pubblico potranno godere di incen-

tivi e meccanismi di premialità o di riequilibrio economico-finanziario nei rapporti con i gestori. Il legislatore delegato dovrà inoltre definire le modalità di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali e garantire l'eliminazione degli sprechi, e il contenimento dei costi aumentando gli standard qualitativi dei servizi mediante l'individuazione e l'allocatione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti.

2. Al di là della disciplina di dettaglio e tenendo conto delle recenti disposizioni di principio emanate sotto forma di legge delega dal Parlamento (l. n. 24 del 2015, cit.) si può osservare che ormai da più di 25 anni l'approccio alle amministrazioni indirette è stato oscillante.

2.1. Si è pensato che la forma privata delle società o delle fondazioni potesse costituire una soluzione di per sé capace di produrre efficienza, efficacia, economicità nell'azione pubblica oppure all'opposto si è più di recente considerate quest'ultime fonti di spreco, dunque d'inefficienza, d'inefficacia e diseconomicità, contando nel nostro ordinamento molti "enti inutili", cioè utili a fornire posti in consiglio d'amministrazione, senza che permanga una vera e propria "missione" per l'ente stesso, dimenticando che sul piano più strettamente giuridico il venire meno della ragione istitutiva (causa dell'ente) vale nullità dell'organizzazione ed applicazione conseguente della disciplina sul *falsus procurator* per coloro che abbiano compiuto atti in nome di un ente che non può più dirsi giuridicamente esistente.

2.2. Più in generale l'approccio verso quella che chiamiamo amministrazione indiretta può offrire una disciplina di dettaglio oppure lasciare diretta e piena applicazione ai principi un tempo nazionali e ora per il tramite della "cultura" europea di diritto amministrativo, divenuti oggi una fonte dell'Unione europea.

Più precisamente è una libera scelta dell'amministrazione decidere se affidare a terzi la gestione di una determinata prestazione o servizio pubblico oppure mantenere in capo all'amministrazione stessa, o alla sua propaggine *in house*, la gestione di una prestazione o servizio pubblico. La scelta della gestione diretta è stata nel tempo essenzialmente prevalente, sicuramente dalla legge istitutiva del 1903 delle aziende municipalizzate, ma già prima nelle varie versioni post unitarie della legge comunale e provinciale.

¹² *Ivi*.

¹³ L. n. 124 del 2015, cit., art. 19.

Solo con la fine degli anni Novanta e i primi anni del XXI secolo si sono avute scelte nazionali atte a delimitare, favorire, o incentivare la scelta del terzo gestore in esclusiva (dunque mediante gara pubblica) che taluno ha qualificato enfaticamente come una scelta a favore del "mercato".

3. Ciò chiarito occorre procedere a definire con maggiore precisione i contorni di ciò che denominiamo "amministrazione indiretta" e conseguentemente la relazione che la stessa instaura con l'amministrazione dello Stato o degli enti territoriali.

3.1. Anzitutto si tratta di organizzazioni derivate, o se si preferisce dipendenti, da enti territoriali o amministrazioni statali, derivate nel senso che sono istituite per fini dell'ente territoriale o dell'amministrazione statale, perciò sono detti enti strumentali, e conseguentemente essi esistono poi cessano di esistere in dipendenza dello scopo istituzionale, cioè cessano di avere una giuridica esistenza ove quest'ultimo sia stato conseguito o sia divenuto impossibile conseguirlo. Ciò determina una nullità dell'ente per mancanza della causa, con la conseguenza che è nulla anche la sua personalità giuridica con necessità di una sua immediata messa in liquidazione e – si è detto – sono inefficaci gli atti compiuti da coloro che hanno agito in nome e per conto di un ente non più esistente (*falsus procurator*) e costoro possono essere chiamati a rispondere del risarcimento dei danni arrecati ai terzi a cagione di tale inefficacia (art. 1398 e ss. c.c.).

3.2. Sin dall'Ottocento – con chiare conferme nel diritto comunitario poi dell'Unione europea – si è affermata l'irrilevanza delle forme pubbliche o private nell'organizzazione degli enti e nella gestione delle attività affidate ad enti strumentali. Possono solamente essere colte linee di tendenza che spostano dalla forma pubblica a quella privata o viceversa la forma di gestione degli enti strumentali, in ragione di considerazioni di inefficienza della forma privata ovvero di quella pubblica precedentemente utilizzata.

3.3. Gli enti pubblici che hanno costituito l'amministrazione indiretta, non importa ora se in qualità di finanziatori o di soci partecipi in senso proprio, non possono non dirsi parte di un insieme che il diritto commerciale ha da tempo chiamato gruppi societari, dando rilevanza all'organizza-

zione degli enti costituenti e dell'ente costituito, in particolare nei rapporti con i terzi creditori *ex art. 2497 c.c.*

È tempo che anche nel diritto pubblico si prenda atto che la definizione della personalità giuridica attribuita largamente in sede istitutiva delle organizzazioni stesse degli enti pubblici, non può essere disgiunta da una sostanza di autonomia, il venir meno della quale determina anche l'affievolimento ove non la perdita della personalità stessa.

I dubbi sorgono soprattutto con riferimento alle aziende, società di Comuni e Province, ma anche alle aziende sanitarie ospedaliere o di trasporto pubblico, in ragione del rapporto giuridico, economico o finanziario con gli enti che le dirigono, non diversamente dalle ingerenze talora essenziali che provengono sempre più di frequente da altri enti di livello nazionale, europeo o sovranazionale con atti d'indirizzo, direttive, consigli, condizioni che paiono travalicare i limiti della rispettive denominazioni pervenendo a veri e propri atti di gestione indiretta.

La personalità giuridica non è un dato formale, che il legislatore può disgiungere dalla gestione e dal comando dell'organizzazione stessa, poiché ad essa è correlata la relativa responsabilità verso i terzi estranei all'organizzazione (art. 28, Cost.).

3.4. L'ordinamento dell'Unione europea ha da sempre indicato come irrilevante per la disciplina delle gare pubbliche l'ipotesi dell'*in house providing*, cioè ove l'affidamento di un'amministrazione aggiudicatrice avvenga verso un'organizzazione di cui l'affidante abbia il controllo analogo (a quello che si ha sui propri servizi, *rectius* uffici) e sempreché quest'ultima svolga la propria attività in via prevalente (o principale) a favore degli enti controllanti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sottoposto al suo vaglio interpretativo numerosi casi, indicando ove si abbia o no un controllo analogo ed entro quali limiti l'attività possa dirsi rivolta alle organizzazioni controllanti. Tra i primi, la Corte ha scrutinato anche la questione della partecipazione di privati al capitale sociale dell'organizzazione *in house*, escludendo tale configurazione ogni qualvolta ciò valesse mettere in dubbio la posizione di controllo dell'ente affidante, secondo un orientamento¹⁴ che è stato recepito ed ulteriormente circoscritto dalla recente direttiva con

¹⁴ C.G.C.E., 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana*.

l'indicazione di una percentuale massima di partecipazione (Dir. 2014/23/UE, art. 17; Dir. 2014/24/UE, art. 12).

È infatti noto da tempo che alcune partecipazioni c.d. "finanziarie" – come quelle dei fondi pensione o di altri investitori pubblici o privati – non hanno alcun interesse corporativo, ma unicamente di lucrare su acquisti e vendite dei pacchetti azionari. Al contrario la partecipazione all'azionariato diffuso (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, cfr. art. 116, co. 1) può essere configurato offrendo a ciascun residente dei Comuni controllanti un numero limitato di azioni *pro capite*, nell'interesse di ciascuno ad un controllo sull'*in house providing* che può essere compatibile con quello dei Comuni controllanti-affidanti, perché contribuisce alla partecipazione popolare (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 6, co. 1) sulle forme di gestione che quanto meno nei servizi pubblici locali può contribuire ad una corretta verifica della relativa efficienza, efficacia ed economicità (art. 97, Cost.).

3.5. L'interpretazione sopra proposta nega che nei principi dell'ordinamento dell'Unione europea la partecipazione dei privati (società miste) debba necessariamente essere configurata "a doppio oggetto" o come più correttamente dovrebbe dirsi nella forma di un contratto misto, ove esattamente al contratto di lavori, forniture o servizi si giustappone una partecipazione al capitale sociale come aggiuntiva alla definizione del corrispettivo (appalto) o in parziale sostituzione di questo (concessione), imponendo all'impresa un incentivo (utile) o un rischio (perdita) dell'investimento nella compagine sociale.

Della mista ci si è occupati soprattutto per ricordare che l'acquisto della qualità di socio non può che avvenire a mezzo di gara, sia o no collegata ad un contratto a prestazioni corrispettive di lavori, servizi e forniture, poiché trattasi in ogni caso di una partecipazione ad una risorsa pubblica quasi sempre qualificata come impresa da assegnare in esclusiva a taluno.

Meno interesse ha destato la questione di come una volta divenuti soci le azioni possano circolare, secondo le regole che le sono proprie (partecipazione al capitale) con o senza possibilità di esercitare i diritti che sono propri dei soci, oppure secondo la disciplina della successione dei contratti pubblici (contratto misto). Del pari scarso interesse ha suscitato la questione di un termine alla partecipazione societaria del privato con previsione di un patto di riscatto e dei limiti di una inscindibilità del contratto misto per venire meno della causa che l'ha istituito.