

La forma giuridica delle CER

Il Giugno delle CER

La scelta del soggetto giuridico: aspetti amministrativi e fiscali

8 giugno 2023

Viola Cappelli

viola.cappelli@santannapisa.it

Di cosa parleremo

- CER nel panorama normativo europeo ed italiano
- Caratteristiche rilevanti delle CER per la selezione della forma giuridica
- Forme giuridiche adottabili
- Forme giuridiche non adottabili



Le CER nel quadro giuridico europeo (I)

Artt. 2(16) e 22 Direttiva 2018/2001

1. Orientamento finalistico

- Benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai soci o membri o alle aree locali in cui opera
- No realizzazione di profitti finanziari

2. Accesso

- Partecipazione aperta e volontaria (a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili – art. 22, comma 4, lett. f)
- In ingresso e in uscita

3. Governance

- Esercizio dei poteri di controllo solo a membri o soci
- Impossibilità di controllo esterno



Le CER nel quadro giuridico europeo (II)

Attività – art. 22(2) Direttiva 2018/2001

- produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile
- scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta dalla comunità
- accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica



Le CER nel quadro giuridico italiano

Art. 31 D.lgs. 199/2021

- Soggetto giuridico autonomo
- Poteri di controllo a membri persone fisiche, PMI, enti territoriali, autorità locali (anche amministrazioni comunali, enti di ricerca e formazione, enti religiosi, enti del terzo settore, enti di protezione ambientale)
- Per imprese partecipanti: partecipazione a comunità energetiche NON può costituire attività commerciale e industriale principale
- Partecipazione aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili
- Ampio spazio lasciato all'autonomia privata → scelta della forma giuridica



La partecipazione delle imprese elettriche

GSE, *Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa* (ARERA, Deliberazione 727/2022/R/EEL; Deliberazione 318/2020/R/EEL)

- codice ATECO prevalente delle imprese partecipanti deve essere diverso dai codici
 - 35.11.00 (produzione di energia elettrica)
 - 35.14.00 (commercio di energia elettrica)
 - Quindi, imprese operanti professionalmente nel settore elettrico non possono partecipare come membri a comunità energetica



Il contenuto minimo dello statuto delle CER

Art. 32 D.lgs. 199/2021

1. Prevedere il mantenimento dei diritti di clienti finali in capo ai membri delle comunità
2. Prevedere il diritto di recesso (in qualsiasi momento) dei membri dalla comunità
3. Individuare un soggetto responsabile del riparto dell'energia condivisa





Le forme giuridiche adottabili (I)

- Associazione
 - Assenza di scopo di lucro
 - Ingresso e uscita dei membri
- Fondazione di partecipazione
 - Assenza di scopo di lucro
 - Ingresso e uscita dei membri
- Ente del terzo settore
 - Impresa sociale
 - Associazione di Promozione Sociale



Le forme giuridiche adottabili (II)

- Società cooperativa
- Società cooperativa consortile
- Società cooperativa di comunità
 - Scopo mutualistico - Possibilità di non perseguire lo scopo lucrativo (mutualità pura) o perseguimento in via secondaria (mutualità spuria)
 - Soci possono essere persone fisiche, enti di diritto pubblico o privato, consumatori e imprenditori



Le forme giuridiche non adottabili

- Consorzio
 - Soci devono essere imprenditori o professionisti
- Società consortile mista
 - Soci devono essere imprenditori o professionisti
- Società lucrativa
 - Scopo principale è divisione degli utili
- Società lucrativa *benefit*
 - Scopo principale è divisione degli utili

Associazioni

- Compatibili con i limiti normativi
 - Assenza di scopo di lucro
 - Accesso e recesso dei membri (art. 24 c.c.)
 - Possibilità di svolgere anche attività economica MA in via ancillare e no ripartizione degli utili
 - Possibilità di dotarsi di personalità giuridica → autonomia patrimoniale
- Vantaggi
 - Normativa e vincolo «leggeri»
 - per es. PMI e condomini/clienti finali persone fisiche che non vogliono costituire una società



Fondazioni di partecipazione

- Modello atipico di fondazione
 - Elemento patrimoniale tipico delle fondazioni
 - Elemento personale tipico delle associazioni
- Pluralità di fondatori
- Partecipazione attiva alla gestione dell'ente
- Formazione progressiva del patrimonio (dotazione iniziale minima 30.000 €)

Cooperative

- Art. 2511 c.c.
- Cooperative di comunità, cooperative consortili
- Gestione in comune di un'impresa
- Scopo mutualistico
- Soci possono essere sia persone fisiche sia persone giuridiche
- Anche attività commerciale da cui distribuzione utili, ma limitata e secondaria
- Accesso e recesso dei membri
→ Art. 2532 c.c. è problematico?



Enti del terzo settore (I)

D.lgs. 117/2017

- Perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale
 - Mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi
 - Ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore
- +
- Principi di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e sussidiarietà (art. 118 Cost.)



Enti del terzo settore (II)

- Anche attività diverse da quelle di interesse generale MA → devono essere attività secondarie e strumentali rispetto a quelle di interesse generale
- Vietata la distribuzione degli utili
- Principio della «porta aperta» più forte rispetto ad associazioni non ETS → accesso secondo *«criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta»* (art. 21, d.lgs. 117/2017)
- Impresa sociale
- Associazione di Promozione Sociale

Enti del terzo settore (III)

Impresa sociale

- Organizzazione privata che esercita in via stabile e principale
 - Un'attività d'impresa di interesse generale
 - Senza scopo di lucro e
 - Per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale
- Possibilità di attività diverse, secondarie, da cui utili, MA
 - Devono essere reinvestiti nell'organizzazione
 - Devono costituire meno del 30% dei ricavi complessivi

Associazione di promozione sociale

- Associazione
- Attività di interesse generale a favore dei propri iscritti
- Si avvalgono prevalentemente del volontariato dei propri associati



Consorzi e Società Consortili

Consorzi (art. 2602 c.c.)

- Scopo consortile-mutualistico + scopo di lucro che può essere secondario MA
- Solo imprenditori e professionisti (contrasto con il requisito della partecipazione aperta)

Società consortili miste

- Anche soci non imprenditori MA
- Consorziati non imprenditori sono di norma enti di diritto pubblico (contrasto con apertura a clienti civili e vulnerabili)
- Partecipazione consorziati non imprenditori non sembra essere sullo stesso piano di quella dei consorziati imprenditori (contrasto con democraticità)



Società lucrative

- Produzione di lucro
- Distribuzione utili tra i membri
 - Scopo primario
 - Contrasto con obiettivi ambientali, economici e sociali CER
- Società lucrative benefit (?)
 - Scopo lucrativo coesiste con realizzazione di una o più finalità a beneficio comune MA
 - Scopo solidaristico non è prevalente (come dovrebbe essere nelle CER)

Conclusioni

- Caratteristiche strutturali: orientamento finalistico, accesso, governance
- Forme giuridiche adottabili: associazioni, fondazioni, ETS
- Forme giuridiche non adottabili: società lucrative, consorzi, società consortili
- Contenuto minimo dello statuto e soggetti partecipanti



Comunità energetiche rinnovabili: istruzioni per l'uso

La scelta del soggetto giuridico: aspetti amministrativi e fiscali

Tamara Favaro

Ricercatrice in Diritto dell'Economia presso l'Università di Pisa

Pisa, 8 giugno 2023



OGGETTO E STRUTTURA DELLA PRESENTAZIONE

Quale è il possibile rapporto tra la natura giuridica della CER e il ruolo di promozione della CER esercitato dalla PA?

- **Introduzione dei concetti giuridici rilevanti**
- **Definizione delle possibili forme di partecipazione pubblica alla CER**
- **Possibili forme di partenariato tra pubblico, privato e società civile**





CONCETTO DI «TRANSIZIONE ENERGETICA»

GENERALMENTE

Si intende «**il passaggio dal dominio delle fonti fossili** nei bilanci energetici mondiali alla **prevalenza delle nuove risorse rinnovabili** (altre dall'idroelettrica tradizionale e dalle biomasse) **agendo sul duplice versante** dei sistemi di **produzione** e di **consumo** dell'energia» (A. Clò).

IN REALTÀ

Anche a livello normativo si riconosce come elemento essenziale il ruolo dei **CITTADINI COME «MOTORE DELLA TRANSIZIONE».**



CONNOTATO PECUALIARE DELLA «CER»

Le CER, oltre all'ovvio scopo di produrre e condividere energia, **mirano a contrastare i fenomeni di povertà energetica**, potendo promuovere anche interventi integrati di domotica e di efficienza energetica, **nonché offrire servizi innovativi** di ricarica dei veicoli elettrici o servizi ancillari e di flessibilità ai propri membri.



I fini perseguiti sono in parte coincidenti con quelli che tradizionalmente connotano l'attività posta in essere dall'amministrazione locale



Il ruolo esercitato da PA e cittadini va tenuto maggiormente in considerazione sia nella scelta della forma giuridica da attribuire alla CER, sia nella predisposizione degli strumenti giuridici di natura fiscale

TRANSIZIONE ECOLOGICA E CREAZIONE COLLETTIVA DI VALORE PUBBLICO

La transizione ecologica impone una «*creazione collettiva di valore pubblico*», ove «*per “pubblico” non si intende che il governo sia l’unico attore a creare valore, ma piuttosto che il valore venga creato collettivamente da diversi attori e per la Comunità nel suo insieme, nell’interesse pubblico*».

M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2021, pp. 102 ss.





Legge regionale Toscana 28 novembre 2022, n. 42

«Promozione e sostegno delle comunità energetiche rinnovabili»

- Iniziative per la **formazione** e il rafforzamento delle competenze degli **enti locali** e delle diverse professionalità coinvolte nelle procedure di avvio, costituzione, gestione ed animazione delle CER;
- **accordi** con l'Associazione nazionale dei comuni italiani (**ANCI**) della Toscana, il Gestore servizi energetici (**GSE**), **Terna**, il **Ministero** dell'Ambiente e della sicurezza energetica e ulteriori soggetti, quali associazioni di cittadini, associazioni dei consumatori, associazioni di categoria, impegnati nella diffusione delle CER;
- attività di animazione e **diffusione** delle CER, finalizzate a garantire l'animazione territoriale, anche sotto forma di consulenza energetica a sportello e di informazione diffusa.
- Tra i **criteri prioritari** per usufruire dei benefici, la l.r. 42/2022 ha indicato la presenza nelle comunità energetiche rinnovabili di **soggetti economicamente svantaggiati** e di enti che gestiscono o sono proprietari di alloggi di **edilizia residenziale pubblica** o sociale.
- La legge istituisce inoltre una **piattaforma delle comunità energetiche rinnovabili della Regione Toscana**, strumento di raccolta di tutte le informazioni sulle CER, compresi i dati sulla capacità complessiva della regione in termini di produzione e consumo. I dati necessaria a popolare la piattaforma saranno forniti dal GSE, oppure potranno essere richiesti alle CER beneficiarie di finanziamenti regionali.





Inoltre

Con delibera di Giunta 336 del 21 marzo 2022 “*Promozione delle Comunità Energetiche*” la Regione Toscana ha individuato un percorso volto a promuovere e sostenere le comunità energetiche definendone le attività.

In particolare, si è assegnata alla società **Agenzia Regionale Recupero Risorse (ARRR) Spa** una specifica **attività di animazione/diffusione delle comunità energetiche finalizzata a garantire l’animazione territoriale, anche sotto forma di consulenza energetica a sportello e di informazione diffusa e garantire assistenza e supporto tecnico alla Regione Toscana nella promozione delle comunità energetiche.**



PNRR

Missione 2 (“Rivoluzione verde e transizione ecologica”), e riquadro informativo M2C2, dedicato ai temi dell’energia rinnovabile, idrogeno, reti e transizione energetica e mobilità sostenibile



Il PNRR prevede l’erogazione di 2,2 miliardi di euro da destinare allo sviluppo di Comunità Energetiche, largamente intese. L’intervento individua i Comuni con una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti come target privilegiati della missione di sviluppo di nuove Comunità Energetiche e schemi di autoconsumo collettivo

Grazie ai fondi del PNRR e ai fondi europei, si prevede che la regione Toscana sarà in grado di finanziare circa 300 nuove comunità energetiche, installare 80 Mw di nuova potenza da energia rinnovabile, così abbattendo più di 50.000 tonnellate di Co2 ogni anno.

DOMANDE

- **Come si concretizza concretamente questa nuova forma di partnerariato tra pubblico, privato e società civile?**
- **La scelta inerente alla forma giuridica della comunità energetica quali implicazioni produce sotto il profilo della partecipazione pubblica?**



LEGGI REGIONALI IN MATERIA DI COOPERATIVE DI COMUNITÀ

L.R. Puglia 20 maggio 2014, n. 23, “Disciplina delle Cooperative di comunità”

Imprese che svolgono la propria attività «valorizzando le competenze della popolazione residente, delle tradizioni culturali e delle risorse territoriali, perseguendo lo scopo di soddisfare i bisogni della comunità locale, migliorandone la qualità, sociale ed economica, della vita attraverso lo sviluppo di attività economiche eco-sostenibili finalizzate alla produzione di beni e servizi, al recupero di beni ambientali e monumentali, alla creazione di offerta di lavoro e alla generazione, in loco, di capitale “sociale”».

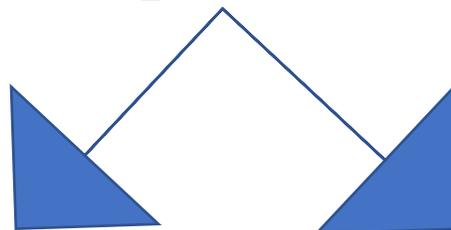
QUALI RAPPORTI CON GLI ENTI LOCALI?

- Alcune delle normative regionali prevedono espressamente la possibile **partecipazione degli enti locali alle cooperative di comunità** in qualità di soci, mentre altre si limitano a creare **occasioni di raccordo** tra l'azione delle due entità e altre ancora **impediscono esplicitamente all'ente locale di prendere parte alla compagine sociale**.
- Alcune di queste leggi regionali riconoscono *expressis verbis* ad **associazioni e fondazioni senza scopo di lucro, nonché ad organizzazioni del Terzo Settore** radicate nel territorio, la **possibilità di essere socie** nelle imprese cooperative di comunità.

«TICOOP»

Testo integrato delle disposizioni per l'erogazione dei servizi di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica

Cooperative



STORICHE

Già esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 79/1999

POSSONO AVERE UNA PROPRIA RETE DISTRIBUTIVA

NUOVE

Non esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 79/1999

NON POSSONO AVERE UNA PROPRIA RETE DISTRIBUTIVA: LA RETE È INFATTI SOGGETTA A UN REGIME DI RISERVA



Differenza tra «nuove Comunità» e cooperative storiche

LE COOPERATIVE STORICHE

- In Italia esistono alcuni esempi di cooperative energetiche storiche la cui origine risale all'inizio del secolo scorso e che non sono state assoggettate alla nazionalizzazione della rete avvenuta nel 1962

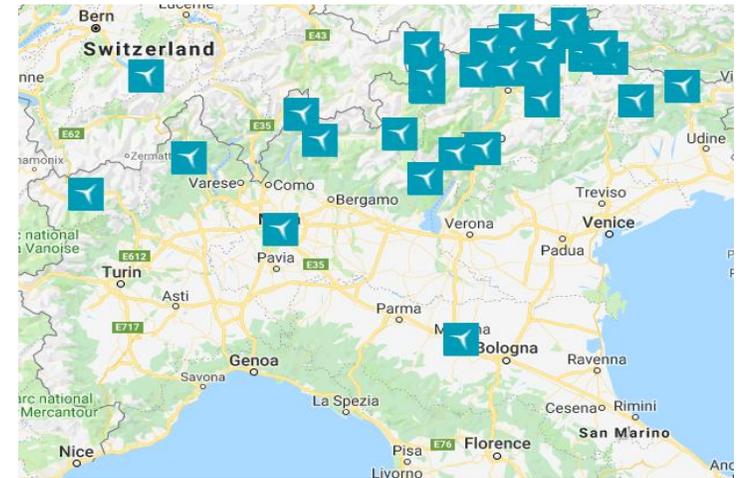
DOVE?

- Sono localizzate principalmente nelle aree alpine e più in particolare in Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia e Valle d'Aosta

DIFFERENZA CON LE «NUOVE» COMUNITÀ

- **Interesse meramente collettivo, non per forza generale!**

Tale interesse è infatti esponentiale dei bisogni dei soci del consorzio/cooperativa, non rappresentando necessariamente i bisogni della collettività dei cittadini che insistono su un determinato territorio





Differenza tra «nuove Comunità» e «nuove cooperative»

ART. 7, COMMA 14, DEL D.LGS. 199/2021

Possibile «**gestione della rete di distribuzione da parte della comunità**, previa autorizzazione del Ministero della transizione ecologica» mediante la stipula di una «convenzione di sub-concessione tra l'impresa di distribuzione concessionaria della rete impiegata dalla comunità e la comunità stessa». Si prevede inoltre che «le reti di distribuzione gestite dalle comunità energetiche dei cittadini **sono considerate reti pubbliche di distribuzione con obbligo di connessione dei terzi, indipendentemente dalla proprietà della rete**».





Natura giuridica delle nuove Comunità: non per forza cooperative!

- **Art. 31, comma 1, lett. b) d.lgs. 199/2021:** La comunità di energia rinnovabile «è un soggetto di diritto autonomo e l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali (...)».

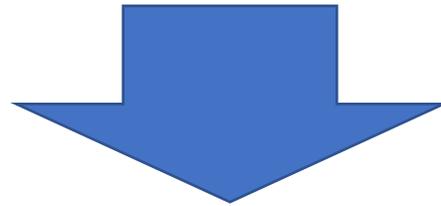


Secondo una recente delibera dell'ARERA, la forma giuridica preferibile è quella dell'**Ente del Terzo Settore**, come definiti dal d.lgs. 117/2017; in particolare, si privilegia la forma dell'impresa sociale.

Art. 4, c. 3, del d.lgs. 117/2017

Tuttavia

«Le amministrazioni pubbliche (...) non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'art. 2359 c.c.».



Se la forma prescelta è l'ETS, l'ente locale non può assumervi il controllo

Corte Cost., sent. 20 maggio 2020, n. 131

L'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 instaura tra i soggetti pubblici e gli ETS un canale di **AMMINISTRAZIONE CONDIVISA**, alternativo a quello del profitto e del mercato: come riconosciuto dalla Corte, la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» si configurano come fasi di un procedimento complesso che risulta espressione di un **rapporto di tipo collaborativo tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su di un rapporto sinallagmatico.**

Il modello così configurato, anziché basarsi sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dal soggetto pubblico a quella privato, si impernia sulla **convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione – in comune – di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva: questi sono volti alla coesione e protezione sociale secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico, posto che gli ETS costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà.**

NATURA GIURIDICA DEL BENE “ENERGIA”

- **Sentenza c.d. «Costa contro Enel»** del 1994: energia come BENE, MERCE (e non servizio)

La parificazione dell'energia ad un bene mobile comporta l'applicazione ad essa delle regole in materia di libera circolazione delle merci. Diversamente, l'energia, intesa come servizio, sarebbe stata soggetta ad un regime di concorrenza molto meno rigoroso.

- **Codice penale italiano del 1930:** energia come «bene mobile»;

- **Art. 814 Codice civile:** «Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico».

- La natura giuridica di «bene» anziché «servizio» è riconosciuta pacificamente anche nella **giurisprudenza amministrativa**.





ENERGIA: DA MERCE A SERVIZIO PUBBLICO?

Il principio di **sussidiarietà orizzontale** è stato tradizionalmente interpretato nel senso di legittimare la privatizzazione dei servizi pubblici locali.

TUTTAVIA

Se l'autonoma iniziativa del cittadino va incentivata per lo svolgimento di attività di interesse generale, il luogo maggiormente idoneo alla sua manifestazione è proprio la Comunità di cui è espressione anche la CER, intesa quale soggetto giuridico cui il cittadino partecipa insieme all'amministrazione locale.

L'energia, nella sua forma rinnovabile, da mera merce pare suscettibile di trasformarsi progressivamente in un servizio pubblico, a causa della sua acquisita idoneità a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.





DECRETO LEGISLATIVO 23 dicembre 2022, n. 201

Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Art. 3.

Principi generali del servizio pubblico locale

1. I servizi di interesse economico generale di livello locale rispondono alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. L'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni.

3. Nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi di interesse economico generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva.

Art. 10.

Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà

1. Gli enti locali e gli altri enti competenti assicurano la prestazione dei servizi di interesse economico generale di livello locale ad essi attribuiti dalla legge.

2. Ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni.

3. Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, possono istituire servizi di interesse economico generale di livello locale diversi da quelli già previsti dalla legge, che ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali.

4. I servizi di cui al comma 3 sono istituiti in esito ad apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali.

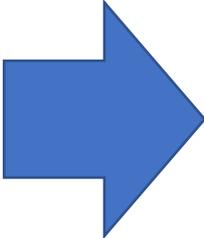
5. La deliberazione di istituzione del servizio dà conto degli esiti dell'istruttoria di cui al comma 4 e può essere sottoposta a consultazione pubblica prima della sua adozione.

Capo II

FORME DI GESTIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

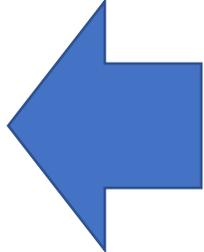
Art. 18.

Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore



1. In attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, gli enti locali possono attivare con enti del Terzo settore rapporti di partenariato, regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica.

2. La scelta di cui al comma 1 deve essere motivata, nell'ambito della relazione di cui all'articolo 14, comma 3, con specifico riferimento alla sussistenza delle circostanze che, nel caso concreto, determinano la natura effettivamente collaborativa del rapporto e agli effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento.



L'**articolo 18**, in attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, prevede che gli **enti locali** possano attivare con **enti del Terzo settore rapporti di partenariato** per la realizzazione di **specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale (non a rete) di rilevanza economica**.

La norma in commento estende pertanto anche al servizio pubblico locale di rilevanza economica l'utilizzo della co-progettazione, della co-programmazione e dunque del partenariato come modalità consueta di attivazione di rapporti collaborativi fra P.A. ed ETS.

Considerazioni

Ci sembra tuttavia che, anche nella sua interpretazione più evoluta, l’accezione “sinergica” del principio di sussidiarietà non sia poi così innovativa: se è pur vero che, attraverso lo strumento offerto dall’art. 55 del c.d. Codice del Terzo Settore, **amministrazioni ed enti del terzo settore** trovano un «canale di amministrazione condivisa alternativo a quello del profitto e del mercato», esse **rimangono due monadi distinte e autonome, che si cercano di collaborare, ma senza fondersi tra loro.**

La collaborazione che viene a crearsi tra amministrazione locale ed ente del terzo settore all’interno della Comunità energetica non ci sembra ascrivibile ai semplici rapporti di partenariato di cui all’art. 18 del d.lgs. 201/2022; né trova inquadramento nelle altre forme di gestione previste dal Capo II, seppur rievocando per certi versi il modello del partenariato pubblico-privato.



La disciplina nazionale in materia di PPP nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)

L'obiettivo della riforma è quello di rendere il PPP *«più attrattivo per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali»* ed evitare politiche di bilancio che hanno incentivato l'uso distorto dello strumento in esame.

Nel Nuovo Codice dei Contratti, il PPP viene disciplinato dagli **articoli 174 e 175**, che sostituiscono integralmente gli articoli 179, 180, 181 e 182 del d.lgs. 50/2016 operando anche un'inversione sistematica; ora le disposizioni generali in materia di PPP precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche, quali la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.

PPP



CONTRATTUALE

Codice dei Contratti

Principio di atipicità e non esclusività delle
forme contrattuali partenariali

ISTITUZIONALE

Testo Unico Società Partecipate

Articolo 174

1. Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un **rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico**; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.
2. Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.



Nuovi istituti e forme di cooperazione

Nell’ottica di guidare la transizione ecologica e di valorizzare meccanismi di inclusione sociale, sono state delineate nuove figure contrattuali, quali il **contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica (c.d. “*Energy Performance Contract*” – EPC)**, che ha ad oggetto il conseguimento di una misura di miglioramento dell’efficienza energetica, e il **c.d. partenariato sociale**, che accorpa gli istituti dell’intervento di sussidiarietà orizzontale e del baratto amministrativo propri del codice vigente.

Infine, si disciplinano i c.d. “**Servizi globali**“, ossia contratti a prestazione complessa in cui far rientrare ogni forma di cooperazione tra pubblico e privato non tipizzata dal Codice.



D.lgs. 175/2016

(c.d. TUSP)

Art. 1

Oggetto

1. Le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.



D.lgs. 175/2016 (c.d. TUSP)

OGGETTO



Regolare le partecipazioni
societarie delle amministrazioni
pubbliche



I precetti si rivolgono agli **enti partecipanti**
e non alle società partecipate

Si disciplina l'**ATTO DI INVESTIMENTO
IN PARTECIPAZIONI** e la **GESTIONE
DELLE PARTECIPAZIONI**

Regolare le società a
partecipazione pubblica



Si disciplinano direttamente le
società partecipate



DIRITTO SOCIETARIO SPECIALE



Presupposti di legittimità dell'acquisto e del mantenimento delle partecipazioni societarie pubbliche

TRIPLICE PRESUPPOSTO:

- 1) partecipazioni assunte in **CERTI TIPI DI SOCIETÀ** (**art. 3**);
- 2) necessarie (**art. 4, comma 1**): **VINCOLO DI SCOPO**
- 3) Riguardano società che svolgono determinate attività (**art. 4, comma 2**) oppure operano con determinate modalità [**art. 4, comma 2, lett. c), d), e)**): **VINCOLO DI ATTIVITÀ**



Limitazioni relative alla forma giuridica

L'art. 3, comma 1, del TUSP dispone che le PA possano essere titolari di **partecipazioni solo in società per azioni o in società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.**

Tale previsione non vieta tassativamente una partecipazione pubblica in altre associazioni di diritto privato come quelle non riconosciute, ma tale partecipazione potrebbe di fatto creare maggiori problematiche, per esempio, in termini di **responsabilità** personale dei soci o amministratori di società e, dunque, di riflesse responsabilità in capo agli amministratori pubblici.



Art. 4, comma 2



2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'[articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016](#);

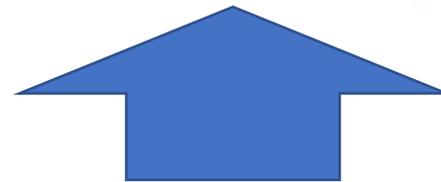
c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'[articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016](#), con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'[articolo 3, comma 1, lettera a\), del decreto legislativo n. 50 del 2016](#).

Art. 4, comma 7

7. Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili.



Si ammette in astratto la partecipazione pubblica in società aventi per oggetto principale la produzione di energia da fonti rinnovabili, quali possono essere le comunità di energia rinnovabile aventi forma giuridica di società cooperativa



Art. 4

Finalita' perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche

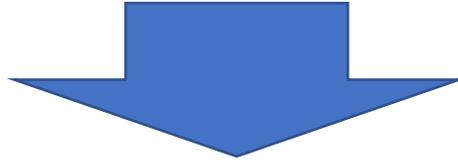
1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire societa' aventi per oggetto attivita' di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalita' istituzionali, ne' acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali societa'.

Art. 5

Oneri di motivazione analitica

1. A eccezione dei casi in cui la costituzione di una societa' o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformita' a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una societa' a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in societa' gia' costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessita' della societa' per il perseguimento delle finalita' istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalita' che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilita' finanziaria ((...)), nonche' di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilita' della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicita' dell'azione amministrativa.





La partecipazione è tenuta a soddisfare il **vincolo di inerenza all'interesse pubblico** prescritto dall'art. 4, c. 1: **l'attività di produzione di beni o servizi posta in essere dalla società deve risultare strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.**

Il rispetto di tale vincolo deve risultare dall'analitica motivazione che l'amministrazione è chiamata a fornire nell'atto deliberativo ai sensi dell'art. 5, atto che peraltro è sottoposto, previamente alla sua adozione, a forme pubbliche di consultazione e successivamente inviato alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). **Ulteriori oneri sono poi imposti in riferimento alla gestione della partecipazione societaria, una volta che la partecipazione stessa sia stata legittimamente deliberata.**



Conclusioni

Il principio di sussidiarietà orizzontale viene tradizionalmente tradotto in termini “astensionisti” (privatizzazione) e nella sua accezione “sinergica”, con la previsione di forme di coinvolgimento gestionale, spesso obbligatorio, dei privati, **mediante l’affidamento del servizio pubblico a operatori terzi rispetto all’ente affidante**. In questo caso, la titolarità pubblica della funzione di organizzazione del servizio non viene meno, ma può risultare eliminata, o quanto meno condizionata, la facoltà di autoproduzione del servizio stesso.

Forse, andrebbe maggiormente valorizzata la Comunità energetica come ente che accorpa in maniera innovativa **soggetto pubblico, privato e società civile posti tutti SU DI UN PIANO PARITARIO, superando la classica visione dell’affidamento da parte della pubblica amministrazione.**



Conclusioni

Le attuali modalità di partnerariato pubblico-privato non sembrano del tutto adeguate a tener conto delle specificità connesse ai fini e ai modelli organizzativi delle Comunità energetiche.

Nell'individuare la forma giuridica maggiormente adeguata da attribuire alle CER, nonché gli incentivi fiscali volte a promuoverle, forse si dovrebbe maggiormente considerare che, se i nuovi servizi offerti dalla Comunità energetica – tutti rivolti alla promozione dell'energia sostenibile e alla creazione di nuovo valore – **possono effettivamente qualificarsi come servizi pubblici, allora appare auspicabile che la stessa Comunità energetica configuri una nuova forma di gestione del servizio pubblico locale, che coniuga in maniera innovativa pubblico, privato e società civile.**



Grazie per l'attenzione!

tamara.favaro@unipi.it