

Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto al partenariato pubblico privato

Relazione tenuta al Convegno “*Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente*”,

tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011

Roberto Giovagnoli

Sommario: 1. Il crescente interesse per gli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche diversi dall'appalto classico - 2. I problemi aperti delle nuove forme negoziali - 2.1. Il rischio dell'abuso - 2.2. Le necessità di procedure di affidamento connotate da una maggiore flessibilità - 2.3. La modifica delle condizioni contrattuali - 3. Il principio di tipicità degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche e il suo progressivo superamento - 4. I principali strumenti di realizzazione e di finanziamento delle opere pubbliche alternative all'appalto. 4.1. Il *leasing*: ripartizione dei rischi ed incidenza sui conti pubblici – 4.2. I contratti di partenariato pubblico privato come strumento per una più efficiente allocazione dei rischi tra Amministrazione e privato. - 4.3. Il *project financing*: il rischio di “ingessatura” dell'istituto e il rimedio introdotto dal d.l. n. 70/2011 - 4.4. Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: la società mista come strumento di realizzazione delle opere pubbliche – 5. E' possibile realizzare lavori pubblici mediante il modello dell'*in house*?

1. Il crescente interesse per gli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche diversi dall'appalto classico

L'individuazione di sistemi di realizzazione delle opere pubbliche diversi rispetto al tradizionale contratto di appalto ha rappresentato, specie nel corso dell'ultimo decennio, un tema oggetto di grande attenzione, sia a livello nazionale, sia, in misura forse anche maggiore, a livello comunitario.

E' sempre più avvertita e condivisa, infatti, la necessità di individuare modelli contrattuali alternativi rispetto al classico appalto pubblico, in grado di assicurare un maggiore coinvolgimento del partner privato nella fasi di finanziamento, progettazione e gestione dell'opera pubblica, anche mediante il trasferimento al medesimo di alcuni "rischi" contrattuali normalmente assunti dalla pubblica amministrazione.

A livello comunitario, il crescente interesse verso queste nuove figure negoziali è testimoniato dalle numerose comunicazioni interpretative dedicate al fenomeno del cosiddetto partenariato pubblico-privato (categoria ampia, in grado, come vedremo, di racchiudere gran parte degli strumenti di realizzazione e di finanziamento delle opere pubbliche alternativi all'appalto).

Il legislatore nazionale, a sua volta, non è rimasto indifferente rispetto a queste esigenze emergenti, come dimostrano i frequenti interventi normativi succedutisi nel corso di questi ultimi anni, che hanno via via introdotto figure negoziali alternative al contratto di appalto. L'espressa previsione nel codice dei contratti pubblici, per effetto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 152/2008, dei "contratti di partenariato pubblico privato", segna il punto di arrivo di questa evoluzione e finisce, di fatto, per superare il tradizionale principio di tipicità ed esclusività delle forme contrattuali, ancora oggi formalmente sancito, per la realizzazione dei lavori pubblici, dall'art. 53, comma 1, del codice.

Le ragioni di questo crescente interesse per le forme negoziali alternative all'appalto, e, in particolare, per quelle inquadrabili nello schema del c.d. partenariato pubblico-privato sono riconducibili a più fattori.

In primo luogo, la crisi economica e finanziaria e le conseguenti restrizioni di finanza pubblica rendono oggi particolarmente appetibili per gli Stati quegli strumenti contrattuali in grado di spostare, in tutto o in parte, il peso del finanziamento dell'opera pubblica sul settore privato. Sotto tale profilo, peraltro, è noto come a livello comunitario siano stati riconosciuti particolari benefici contabili per le operazioni di partenariato: in base alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 (espressamente richiamata dall'art. 3, comma 15 *ter*, del codice dei contratti pubblici) gli Stati membri, ricorrendo determinate condizioni, possono, infatti, non classificare come debito pubblico i relativi costi¹.

La partecipazione del privato, con le sue specifiche competenze tecniche, alla fasi di progettazione, finanziamento, esecuzione e gestione dell'opera, viene, inoltre, considerata come un elemento in grado di accrescere l'efficienza e la qualità del servizio pubblico e della relativa infrastruttura² e di diminuire anche il costo complessivo dell'intervento. Esso,

¹ La decisione Eurostat riguarda i contratti a lungo termine tra amministrazione e privato aventi ad oggetto le realizzazioni di infrastrutture e si applica solo nel caso in cui lo Stato membro sia il principale acquirente di beni e servizi forniti dall'infrastruttura (ad es. sanità, istruzione, infrastrutture stradali). Affinché l'infrastruttura venga classificata fuori bilancio devono essere soddisfatte alcune condizioni: innanzitutto, il partner privato si deve assumere, oltre al rischio della costruzione, almeno uno tra i rischi di domanda e disponibilità. Eurostat precisa che il rischio di costruzione copre eventi relativi al ritardo nei tempi di consegna, al mancato rispetto di standard del progetto, all'aumento dei costi, agli inconvenienti di tipo tecnico e al mancato completamento dell'opera. Il rischio disponibilità consiste nella capacità da parte del soggetto privato di erogare le prestazioni contrattuali stabilite. Il rischio della domanda riguarda, invece, la variabilità della domanda che non dipende dalla qualità del servizio prestato dal concessionario della infrastruttura. Diversamente, le opere realizzate con il PPP ricadono sui bilanci pubblici con ovvio conseguenze in termini di impatto sul deficit. Tale decisione conferma che un contratto di partenariato pubblico privato si distingue in modo sostanziale dall'appalto, in relazione all'allocazione dei rischi in capo al partner privato.

² Come rileva la Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 (*Mobilizzazione degli investimenti privati e pubblici in vista di un rilancio dell'economia e di una trasformazione strutturale a lungo termine: sviluppo dei partenariati pubblici-privati*) l'esperienza conferma che il PPP dà risultati migliori rispetto all'appalto tradizionale per ciò che concerne il rispetto dei termini, del *budget* di spesa e della qualità dei servizi.

infatti, consente al settore pubblico di beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato³.

Anche a livello macroeconomico, il PPP viene ormai visto da anni (come dimostra l'attenzione ad esso dedicata dagli ultimi documenti di programmazione economico-finanziaria) come una valida soluzione per porre in essere una adeguata politica di innovazione e sviluppo delle infrastrutture e dei servizi⁴.

La diffusione di forme negoziali in grado di assicurare un maggiore coinvolgimento del settore privato è, infine, coerente con il nuovo ruolo dello Stato, che, alla luce anche del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma Cost.), ha dismesso i panni interventisti, per assumere quelli del regolatore, dell'organizzatore e del controllore dei mercati, attirando così le energie dei privati, ormai liberi di investire anche in progetti di rilevanza pubblica.

2. I problemi aperti delle nuove forme negoziali

Lo sviluppo di queste nuove forme negoziali apre scenari complessi e solleva problemi nuovi, con i quali oggi sia il legislatore che i giudici sono chiamati a confrontarsi.

2.1. Il rischio dell'abuso

Innanzitutto, c'è il rischio dell'abuso: il rischio cioè che le nuove forme negoziali vengano utilizzate per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica o per eludere le

³ Commissione europea, Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, punto 3.

⁴ Emblematiche, in tal senso, le parole con cui il Presidente della Commissione europea ha presentato la Comunicazione del 2009: *“Nel momento in cui l'Europa emerge dalla crisi economica, i partenariati pubblico-privato possono aiutare le autorità pubbliche a creare posti di lavoro continuando a investire nel futuro, mentre da parte nostra mettiamo in opera strategie di uscita per riportare le finanze pubbliche in equilibrio. Se adeguatamente pianificati ed applicati tenendo conto dell'interesse pubblico a lungo termine, i PPP possono stimolare investimenti per la creazione di sistemi di alta qualità nei settori delle cure mediche, dell'istruzione e del trasporto sostenibile. Possono inoltre servire ad affrontare il cambiamento climatico e a promuovere l'efficienza energetica. Il nostro auspicio è che le autorità pubbliche ricorrano ai PPP più spesso e in modo migliore”*.

regole dell'evidenza pubblica. Come ricordato anche nella Comunicazione della Commissione del 15 novembre 2005, “i PPP non costituiscono una soluzione miracolosa: per ciascun progetto è necessario valutare se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione rispetto ad altre opzioni, come la conclusione di un contratto tradizionale”.

Non è possibile quindi affermare aprioristicamente la convenienza di una forma di finanziamento rispetto ad un'altra, essendo necessario effettuare, per ogni singolo intervento infrastrutturale, un'accurata analisi delle condizioni di contesto. In un sistema dove le pubbliche amministrazioni sono chiamate a svolgere la loro attività istituzionale ispirandosi ai criteri di efficacia ed economicità, una corretta gestione delle risorse pubbliche impone, infatti, anche di saper valutare, volta per volta, i individuare i canali di finanziamento e le forme di realizzazione più economiche e di minor incidenza negativa sul bilancio e sulla collettività.

2.2. Le necessità di procedure di affidamento connotate da una maggiore flessibilità.

Un ulteriore profilo problematico attiene alla procedura di selezione del contraente privato.

Nel nostro ordinamento la procedura di evidenza pubblica riguarda indifferentemente i contratti di appalto e la concessione di lavori pubblici. L'art. 144 del codice, con riferimento alle concessioni, prevede, in particolare, che “le stazioni appaltanti affidano le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta”.

Sotto tale profilo, la scelta del legislatore nazionale diverge dall'impostazione dell'ordinamento comunitario. Nella Comunicazione sui PPPI del 2008, la Commissione ha, infatti, segnalato il pericolo che le procedure aperte o ristrette non offrano una sufficiente

flessibilità per l'aggiudicazione di un appalto particolarmente complesso sotto il profilo finanziario o giuridico, ed ha soggiunto che per le amministrazioni aggiudicatrici è sempre possibile ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara per l'aggiudicazione di concessioni o contratti pubblici diversi da quelli disciplinati. Merita ancora ricordare che le direttive comunitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE, in linea con il diritto comunitario precedente, hanno continuato a sottrarre l'affidamento delle concessioni alle regole per l'aggiudicazione del contratto di appalto.

Le ragioni della diversa scelta compiuta dal legislatore italiano sono note e vanno ricercate nel retaggio della tradizione e nella persistenza di alcuni pregiudizi ricostruttivi dell'istituto⁵.

Occorre, tuttavia, rilevare che quando si tratta di procedure concorsuali che non mirano unicamente alla convenienza dei prezzi o alla minimizzazione dei costi, ma anche alla individuazione della soluzione più innovativa e vantaggiosa, dovrebbero trovare applicazione regole più flessibili rispetto a quelle tipiche dell'aggiudicazione degli appalti, in grado di lasciare all'amministrazioni maggiori margini di scelta, valorizzando, all'occorrenza, anche elementi di discrezionalità amministrativa, che consentano di scegliere la soluzione in grado di massimizzare il benessere sociale.

La rigida applicazione delle regole tradizionali dell'evidenza pubblica, oltre a poter rappresentare una remora all'iniziativa e al coinvolgimento del privato, rischia di obliterare variabili di giudizio, di natura economica ed extraeconomica, spesso necessarie per la riuscita dell'operazione di PPP.

Come è stato da più parti rilevato, una soluzione potrebbe essere offerta, stante lo sfavore mostrato dal legislatore per la procedura negoziata, dalla procedura del dialogo

⁵ CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. App.*, 2001, 888 ss.

competitivo, prevista dall'art. 3, comma 39, e disciplinata dall'art. 58 del codice per contratti "particolarmente complessi"⁶.

Si tratta di una procedura che consente al soggetto aggiudicatore di avviare un dialogo con i candidati al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte, ed avente ad oggetto tutti gli aspetti dell'appalto.

Pur essendo previsto per gli appalti, la *ratio* e le finalità che sottendono tale istituto valgono a maggior ragione per l'affidamento dei contratti di concessione e per altre forme di PPP. In questa direzione si muove del resto la previsione, inserita dal d.lgs. n. 152/2008 nell'art. 153, comma 16, lett. a) del codice dei contratti pubblici, del dialogo competitivo nell'ipotesi in cui il ricorso alla finanza di progetto scaturisca dall'iniziativa del privato.

2.3. La modifica delle condizioni contrattuali.

Un altro nodo problematico attiene alla possibilità di modifica delle condizioni contrattuali di affidamento. In proposito, la stessa Commissione europea ha ricordato che i principi del Trattato si oppongono a qualsiasi intervento del partner pubblico successivo alla selezione del partner privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici. Ciò in base alla considerazione che le modifiche intervenute in fase di esecuzione di un partenariato pubblico privato, quando non sono contemplate dai documenti contrattuali, sortiscono l'effetto di rimettere in discussione il principio di parità.

Allo stesso tempo, occorre, tuttavia, ricordare che la stessa Commissione ha riconosciuto che, venendo in rilievo un modello contrattuale finalizzato alla prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, è necessario che il rapporto

⁶ CARTEI, *op loc. cit.*. Sul tema cfr. anche Contessa, De Salvo, *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. App.*, 2006, 501 ss.

partenariato sia “in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico”. A tale fine, pertanto, qualora l’autorità aggiudicatrice “desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell’appalto, dopo la scelta dell’aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o capitolato d’oneri e delimitare l’ambito all’interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all’appalto ne siano a conoscenza fin dall’inizio e si trovino pertanto su un piede di parità al momento della formulazione dell’offerta”.

3. Il principio di tipicità degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche e il suo progressivo superamento.

Per comprendere quale sia il reale spazio applicativo dei nuovi strumenti di realizzazione delle opere pubbliche occorre prendere le mosse dalla previsione contenuta nell’art. 53, comma 1, del codice.

Tale disposizione, nel prevedere che i lavori pubblici possono essere realizzati “esclusivamente” mediante contratti di appalto o di concessione, fa espressamente salvi soltanto i contratti di sponsorizzazione (che, essendo contratti gratuiti, non rientrano nella nozione di appalto pubblico di cui all’art. 3, comma 6, del codice) ed i lavori eseguiti in economia (per i quali l’art. 125 del codice prevede non solo una speciale procedura negoziata, definita cottimo fiduciario, ma anche il ricorso all’amministrazione diretta).

Occorre ricordare come tale disposizione, nella parte in cui individua in modo tassativo ed esclusivo le tipologie di contratti mediante i quali possono essere realizzati i lavori pubblici, tra l’altro in senso restrittivo rispetto alle modalità consentite

dall'ordinamento comunitario, specie con riferimento ai contratti sotto soglia, è stata recentemente oggetto di una questione di legittimità costituzionale, promossa in via principale da alcune Regioni.

La Corte costituzionale con la sentenza 23 novembre 2007, n. 401 ha, tuttavia, dichiarato non fondata la questione di costituzionalità.

La Corte ha osservato in motivazione che il prevalente ambito materiale in cui si colloca la norma in esame è rappresentato dall'ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l, Cost.) ed ha, quindi, precisato che spetta al legislatore statale – ferma restando l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici – individuare, per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture. Nella specie, inoltre, tale uniformità, nella previsione della tipologia e dell'oggetto dei contratti, è stata ritenuta funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

Questo principio si estende anche ai contratti al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, per i quali, in relazione al profilo che viene in esame, non sussistono ragioni che possano giustificare una diversità di regolamentazione.

Tale disposizione potrebbe, quindi, essere interpretata, anche alla luce della citata giurisprudenza costituzionale, nel senso di escludere radicalmente la possibilità che i lavori pubblici vengano realizzati ricorrendo a tipi negoziali diversi dai contratti di appalto e di concessione.

Una simile interpretazione, tuttavia, deve ormai ritenersi superata alla luce, da un lato, dell'art. 160 *bis* (inserito nel codice dall'art. 2 d.lgs. n. 113/2007), che disciplina la locazione finanziaria di opere pubbliche, e, dall'altro, della definizione dei “contratti di

partenariato pubblico privato” posta dall’art. 3, comma 15 *ter* (inserito nel codice dall’art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 152/2008).

Tali innovazioni, pure in considerazione del favore che l’ordinamento comunitario riserva alla realizzazione delle opere pubbliche mediante forme di partenariato pubblico privato, sembrano, infatti, segnare il passaggio da un sistema connotato dal principio di tipicità ed esclusività degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche, ad uno ispirato, invece, ad un tendenziale principio di atipicità, nel quale l’appalto perde il suo tradizionale ruolo di centralità e le amministrazioni sono chiamate a confrontarsi con un ventaglio molto più ampio di strumenti di realizzazione e di finanziamento.

4. I principali strumenti di realizzazione e di finanziamento delle opere pubbliche alternative all’appalto.

Non è questa la sede per esaminare in maniera dettagliata l’articolata disciplina che il codice riserva ai sistemi di realizzazione di opere pubbliche diversi dall’appalto. Ci si limiterà, pertanto, a richiamare l’attenzione sulle figure negoziali maggiormente diffuse e su alcune questioni interpretative che, nel corso di questi anni, hanno spesso impegnato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

4.1. Il *leasing*: ripartizione dei rischi ed incidenza sui conti pubblici.

Con riferimento al *leasing*, l’art. 160-bis del codice prevede che esso possa essere utilizzato sia per la realizzazione *ex novo* che per l’acquisizione e il completamento di opere pubbliche.

Il *leasing in costruendo* può assumere connotazioni e funzioni diverse a seconda di come venga concretamente strutturata l'operazione negoziale e vengano suddivisi i rischi tra le parti coinvolte.

Se il *leasing* viene utilizzato soltanto per evitare un esborso di denaro immediato all'Amministrazione, ma tutti i rischi del progetto ricadono sull'Amministrazione stessa, si configura un modello negoziale che non si allontana molto dal "tradizionale" appalto di lavori.

In questo caso ci si trova, infatti, di fronte ad un contratto misto. Considerato che la costruzione di un immobile non costituisce un elemento naturale della locazione finanziaria, ove ciò avvenga, si realizza una commistione tra contratto di *leasing* e appalto di lavori: in questo caso, alla realizzazione dei lavori dovrebbe essere riconosciuto un ruolo prevalente, atteso che il *leasing* rappresenta solo un mezzo per conseguire il finanziamento⁷.

Questa configurazione dell'istituto, per quanto, probabilmente, sia la sola percorribile nel breve periodo, a causa dell'assetto finanziario in cui versano molti enti pubblici, non è, tuttavia, certamente quella ottimale. Essa non è nemmeno coerente con la scelta normativa di inserire il contratto di *leasing* nell'elenco esemplificativo che compare nella definizione dei "contratti di partenariato pubblico privato" di cui all'art. 3, comma 15 *ter* del codice. Il *leasing* con esclusiva funzione di finanziamento non dà infatti luogo ad una allocazione dei rischi conforme agli indirizzi comunitari vigenti in materia di PPP, in quanto il rischio di gestione dell'opera rimane in capo al soggetto pubblico.

Al contrario, al fine di assicurare la convenienza dell'operazione, garantendo un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche, attraverso l'operazione di *leasing*

⁷ In tal senso si segnala il parere motivato n. C(2006)2518 del 28 giugno 2006 della Direzione Generale Mercato Interno della Commissione Europea: fermo restando che è sempre necessario verificare, caso per caso, quale sia la corretta qualificazione giuridica di uno specifico contratto, la Commissione qualifica il *leasing* immobiliare in costruendo come appalto di lavori, che comprende anche la prestazione di servizi finanziari.

l'Amministrazione dovrebbe ottenere il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato⁸. Del resto, è proprio il trasferimento dei rischi che dovrebbe giustificare, come accade per le altre operazioni di PPP, il ricorso a tale strumento.

Secondo il criterio utilizzato dal manuale SEC 95 (Sistema Europeo dei Conti Economici), il profilo relativo alla ripartizione dei rischi ha ripercussioni anche sui conti pubblici nazionali⁹. Se durante il periodo dell'utilizzazione del bene, la maggior parte dei rischi e dei vantaggi della proprietà grava sull'Amministrazione pubblica, l'infrastruttura è registrata nel conto patrimoniale della stessa, nella categoria degli investimenti fissi lordi, controbilanciati da un prestito figurativo di pari importo. Si ha così un'incidenza sul *deficit* della pubblica amministrazione per il valore dell'investimento, mentre il debito dell'Amministrazione stessa aumenta per un importo pari all'ammontare del prestito figurativo. Nel caso opposto, invece, l'infrastruttura è registrata nel conto patrimoniale della società e solo i pagamenti periodici (canoni) incidono sul *deficit* pubblico. Se alla fine del periodo l'infrastruttura viene trasferita alla pubblica amministrazione, essa verrà iscritta nei conti patrimoniali di quest'ultima come investimento fisso lordo, controbilanciato da un trasferimento in conto capitale: le due partite si compensano senza generare alcuna incidenza sul *deficit* della pubblica amministrazione stessa. Nel manuale SEC 95 si parla nel primo caso di *leasing* finanziario e nel secondo di *leasing* operativo.

Al fine di determinare se un contratto di *leasing* possa essere classificato nei conti nazionali come operativo o finanziario, l'allegato II del SEC 95 suggerisce di valutare gli aspetti legati all'assunzione di varie tipologie di rischi. Si configura in particolare un *leasing* operativo nel caso in cui: 1) la società di *leasing* dispone di un significativo e continuo

⁸ FRACCASTORO, *Commento all'art. 160 bis*, in BACCARINI, CHINÉ, PROIETTI, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, 1742.

⁹ V. sul tema FRACCASTORO, *op. loc. cit.*

potere discrezionale circa le modalità di adempimento del contratto, adotta le decisioni fondamentali in merito alla progettazione e costruzione dell'infrastruttura e decide le modalità con cui viene realizzata la prestazione del servizio: 2) la società di *leasing* assume il rischio di variazione della domanda (i pagamenti della pubblica amministrazione sono correlati all'ammontare del servizio utilizzato); 3) la società di *leasing* assume il rischio di *performance* (i pagamenti della pubblica amministrazione possono subire una diminuzione quando il servizio non è all'altezza degli *standard* prestabiliti); 4) la pubblica amministrazione non è obbligata ad acquistare l'infrastruttura alla scadenza del contratto se non ne ha necessità o l'infrastruttura non è in buone condizioni.

4.2. I contratti di partenariato pubblico privato come strumento per una più efficiente allocazione dei rischi tra Amministrazione e privato.

La definizione di partenariato pubblico-privato recepita dal legislatore italiano con l'art. 3, comma 15 *ter*, del codice si rivela, come molti interpreti hanno sottolineato, piuttosto generica.

Essa si limita a recepire, in misura oltretutto parziale, le indicazioni provenienti dal diritto europeo, senza alcun cenno al regime che sovrintende le relazioni tra i soggetti, e senza che venga indicato in maniera chiara il contrassegno distintivo unitario della categoria del PPP.

Secondo la stessa definizione normativa, elemento caratterizzante del partenariato pubblico privato è l'allocazione dei rischi "ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti".

Gli indirizzi comunitari (che in tal modo vengono ad integrare il contenuto precettivo della disposizione) individuano tre principali forme di rischio nei rapporti di PPP: 1) il

rischio di costruzione (è il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati); 2) il rischio di disponibilità (è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il partner privato deve rendere o alla capacità dell'opera di soddisfare le esigenze dell'amministrazione o dell'utenza¹⁰); 3) il rischio di domanda (è il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il partner privato deve soddisfare).

In particolare, tenendo conto di quanto emerge dalla già citata decisione Eurostat del 2004, ciò che distingue il contratto di partenariato dall'appalto è proprio l'allocazione di questi rischi, nel senso che il partenariato implica il trasferimento al soggetto privato, oltre al rischio di costruzione, di almeno uno degli altri due rischi (rischio disponibilità e rischio domanda).

Si tratta del resto di un criterio che richiama quello già da tempo utilizzato (ed ora espressamente recepito dal codice dei contratti) per distinguere l'appalto da quella che è stata la prima forma di PPP, ovvero la concessione di lavori.

Caratteristica peculiare dell'istituto concessorio è l'assunzione da parte del concessionario del rischio connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'intervento realizzato, in relazione alla tendenziale capacità dell'opera di autofinanziarsi, ovvero di generare un flusso di cassa derivante dalla gestione che consentirà di remunerare l'investimento effettuato. Viceversa, in assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale

¹⁰ Sul rischio disponibilità cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009, con cui si definiscono i criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 28 febbraio 2008, n. 31. Secondo la circolare, il trasferimento del rischio di disponibilità postula che i contributi pubblici non avvengano automaticamente, ma siano correlati al grado effettivo di disponibilità fornito dal privato, al loro volume ed a determinati standard di qualità; di conseguenza non potrebbe parlarsi di assunzione del rischio da parte del privato nell'ipotesi in cui i pagamenti avvenissero sotto forma di canoni/contributi regolare ed indipendenti da volumi e parametri prestabiliti.

derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera.

Nella concessione (e, in generale, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione proprio anche dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata (rischio di domanda), oppure il rischio di disponibilità.

In relazione a ciò, si usa classificare le opere suscettibili di realizzazione mediante strumenti alternativi all'appalto in tre categorie: opere calde, opere tiepide, opere fredde.

Le prime sono quelle dotate di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione.

Le seconde sono quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono tuttavia ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico.

Ad esse fanno riferimento gli articoli 3, comma 11, e 143, comma 4, quando prevedono che il corrispettivo del concessionario possa anche essere rappresentato, oltre che dal diritto di sfruttare l'opera, in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Il comma 4 dell'art. 143 precisa, tuttavia, che la possibilità di alterare la struttura del rapporto concessorio, introducendo anche un prezzo a carico della parte pubblica, è ricollegata ad una necessità precisa, che è quella di imporre al concessionario – in relazione alle caratteristiche e all'importanza sociale del servizio pubblico affidatogli – l'applicazione all'utenza di prezzi non propriamente di mercato o, comunque, di gestire il servizio secondo modalità non remunerative, per cui, al fine di evitare il fallimento dell'iniziativa, il concedente può predeterminare (già in sede di gara) una sorta di proprio contributo all'investimento, che dovrà versare al gestore.

Le opere c.d. fredde sono, infine, quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria numerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (ad es. ospedali, carceri, scuole). A tali opere fa riferimento l'articolo 143, comma 9, del codice ("opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione"), prevedendo che esse possano essere oggetto di concessione a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

Affinché tale condizione si realizzi, è necessario che al privato venga trasferito il c.d. rischio di disponibilità: l'esborso effettuato dall'amministrazione deve essere subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario, il che richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto e sulla gestione del servizio.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, si può pertanto avere concessione di lavori (o, più in generale, si può ricorrere al PPP) non solo quando il privato possa ritrarre un utile diretto, tramite il pagamento del prezzo dei fruitori, dalla gestione dell'opera da lui realizzata, ma anche nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prodotto divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto però a condizione che, attraverso appositi meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle prestazioni, il privato, pur eventualmente ottenendo l'intero prezzo pattuito, se ne vedrà ridurre l'importo in caso di inadempienza nella gestione dell'opera e nell'erogazione del servizio.

In quest'ottica, si spiega anche il riferimento che il legislatore ha voluto fare, come esempio di PPP, all'istituto del contraente generale, a condizione, peraltro, che "il

corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla *disponibilità* dell'opera per il committente o per utenti terzi”.

Come è noto, il contraente generale, ai sensi dell'art. 162, comma 1, lett. g) del codice, “si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita”.

Tuttavia, l'art. 3, comma 15 *ter*, allorché condiziona l'inserimento dell'affidamento a contraente generale nella categoria del PPP alla corresponsione del corrispettivo per la realizzazione dell'opera al momento della disponibilità dell'opera per il committente, sembra alludere proprio, come è stato rilevato¹¹, “alla funzionalità/idoneità effettive ed attuali dell'opera ad erogare i servizi secondo le modalità e gli standard di qualità pattuiti dalle parti nella convenzione. In tal modo la disponibilità dell'opera diventa un concetto profondamente correlato alla capacità della stessa di garantire una gestione efficace.

4.3. Il *project financing*: il rischio di “ingessatura” dell'istituto e il rimedio introdotto dal d.l. n. 70/2011.

Con riferimento al modello di *project financing* risultante a seguito delle modifiche apportate dal c.d. terzo correttivo, gli interpreti non hanno mancato di rilevare il rischio di “ingessatura” dell'istituto causata dal contenuto eccessivamente dettagliato dello studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione e posto a base della gara per la selezione del promotore.

Lo studio di fattibilità ha, infatti, un contenuto talmente pregnante da ridurre fortemente gli spazi di manovra e di creatività dell'aspirante promotore e da rendere l'istituto sempre più simile alla concessione di lavori pubblici di cui all'art. 143, rispetto al

¹¹ CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., 892.

quale la distinzione incentrata sulla predisposizione, nel secondo caso, del progetto preliminare da parte dell'Amministrazione appare solo formale, considerato che il contenuto dello studio di fattibilità abbraccia anche gli elementi essenziali del progetto preliminare.

L'intima contraddizione del sistema introdotto dal c.d. terzo correttivo, che finisce per svuotare l'essenza stessa dell'istituto, ha indotto il legislatore a porvi rimedio con il d.l. n. 70/2011.

E' stato così riformulato il comma 19 dell'art. 153 che consente ora la presentazione di proposte relative a concessioni di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'Amministrazione sulla base della normativa vigente. Si stabilisce, inoltre, che la P.A. valuti il pubblico interesse della proposta, reintroducendo così una fase di discrezionalità amministrativa piena, analogamente a quanto prevedeva l'art. 37 ter della legge n. 109/1994.

Si tratta di una valutazione discrezionale molto ampia, anche in ragione del fatto che la valutazione dell'Amministrazione (considerando il mancato inserimento dell'opera nel programma triennale) incontra unicamente gli ordinari limiti della congruità, dell'adeguata motivazione e della corretta ponderazione degli interessi configgenti.

Come è stato rilevato, il modello così introdotto presenta a sua volta dei momenti di criticità: esso appare difficilmente conciliabile con l'intervenuta codificazione da parte del d.lgs. n. 163/2006 dei principi desumibili dagli artt. 43, 49 e 55 del Trattato, di non discriminazione, trasparenza, parità di trattamento e tutela della concorrenza¹².

La selezione del promotore è, infatti, sempre preordinata all'affidamento di un contratto pubblico, per cui, in applicazione di tali principi, estesi dall'art. 27 del codice ai

¹² BALDI, *Il nuovo modello di project financing introdotto dal d.l. n. 70/2011*, in *Urb. App.*, 2011, 1045

contratti pubblici non soggetti a specifiche procedure, la scelta del contraente di regola è conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato, in modo da consentire alle imprese di esplicitare le proprie *chances* partecipative, anche attraverso idonee forme di pubblicità.

Nella procedura dettata dal D.L. n. 70 del 2011, al contrario, il diritto di prelazione non è preceduto da un avviso né la discrezionalità nella valutazione può trovare un limite nel programma triennale.

Per superare i consistenti dubbi di compatibilità comunitari, l'Amministrazione dovrebbe scindere la fase di individuazione del promotore in due momenti distinti.

Dapprima la valutazione di pubblico interesse sull'intervento in quanto tale, limitata alla localizzazione dell'opera ed all'opportunità della realizzazione. Superata positivamente tale fase, dovrebbe seguire da parte dell'amministrazione la pubblicazione di un avviso, contenente un termine entro il quale presentare nuove proposte ovvero rielaborare quelle già presentate alla luce dei criteri indicati nell'avviso medesimo.

4.4. Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: la società mista come strumento di realizzazione delle opere pubbliche.

Tra gli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche devono ormai ricomprendersi anche le società miste, espressamente menzionate nell'elencazione esemplificativa contenuta nella definizione dei contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15 ter, del codice.

Tale conclusione è avvalorata dalle indicazioni provenienti dal diritto comunitario. In particolare, nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, la

Commissione europea – dopo aver precisato che per “partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI) deve intendersi “la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un’entità a capitale misto per l’esecuzione degli appalti pubblici o di concessioni” e che “l’apporto del privato alle attività di PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all’esecuzione dei compiti assegnati all’entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità”, mentre “al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un’impresa pubblica non costituisce un PPPI” – ha chiarito le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblici privati istituzionalizzati.

In particolare, la Commissione ha precisato che per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario, evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura (una per la scelta del socio, una per l’affidamento dei lavori alla società mista), si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell’ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha ad oggetto sia l’appalto o la concessione da aggiudicare all’entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all’esecuzione di tali prestazione e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell’entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall’aggiudicazione dell’appalto pubblico o della concessione all’entità a capitale misto”

Risulta, quindi, evidente che nell’ottica della Commissione europea, il diritto comunitario non impedisce la costituzione di una società mista avente ad oggetto la realizzazione di determinati lavori pubblici ed il contestuale affidamento diretto di tali lavori

alla società stessa, a condizione che il ricorso alla società mista non costituisca lo strumento per eludere le disposizioni comunitarie in materia di appalti e di concessioni.

Si tratta, evidentemente, di una soluzione analoga a quella già sperimentata nel settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, ed ora riproposta, in seguito all'esito del referendum di giugno, dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

5. E' possibile realizzare lavori pubblici mediante il modello dell'*in house*?

In conclusione, merita quanto meno un cenno anche la questione concernente la possibilità di utilizzare come strumento di realizzazione delle opere pubbliche alternativo all'appalto l'istituto dell'*in house providing*.

Il problema si pone in considerazione del fatto che nella versione finale del codice dei contratti pubblici non è stata inserita una norma espressa volta a disciplinare l'affidamento *in house* di lavori, servizi e forniture. La possibilità di utilizzare il modello dell'*in house* era stata espressamente prevista nell'originario schema del codice: la norma doveva essere contenuta nell'articolo 15, rubricato "*Affidamenti in house*", con il seguente testo: "*Il presente decreto non si applica all'affidamento di servizi, lavori, forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da un'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che quest'ultima eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice.*"

La tesi secondo cui, pur in mancanza di una norma espressa, l'*in house* potrebbe comunque essere utilizzato, si fonda sulla considerazione che tale istituto, in realtà, più che configurare una eccezione al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, è, a sua volta, l'espressione di un principio generale, ben conosciuto sia nel diritto comunitario sia nell'ordinamento nazionale. Si tratta del principio di auto-organizzazione o di autonomia istituzionale, in virtù del quale gli enti pubblici (soprattutto gli enti locali dotati di un'autonomia costituzionalmente garantita) possono organizzarsi nel modo ritenuto più opportuno per offrire i loro servizi o per reperire le prestazioni necessarie alle loro finalità istituzionali.

Sembrano tuttavia prevalere gli argomenti a favore della tesi secondo cui il "silenzio" che il codice ha deciso di mantenere sulla questione debba essere inteso nel senso che l'*in house* non possa essere utilizzato per affidare senza gara prestazioni (lavori, servizi e forniture), che potrebbero essere oggetto di un contratto di appalto.

In particolare, a favore della tesi negativa possiamo individuare tre argomenti principali.

In primo luogo, il carattere eccezionale dell'istituto dell'*in house*, più volte sottolineato dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui "l'*in house* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento". Con la conseguenza che, nel settore dei lavori pubblici, visto che nessuna previsione normativa interna consente il ricorso all'affidamento *in house*, deve escludersi l'operatività di questa forma di affidamento. Il carattere eccezionale dell'istituto è peraltro stato confermato dalla legislazione in materia di servizi pubblici locali, che mostra un chiaro sfavore per questa forma di affidamento.

In secondo luogo, l'art. 125 del codice dei contratti pubblici: tale norma consente alle P.A. di acquisire beni, servizi e lavori in economia mediante amministrazione diretta (cioè con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati e con personale proprio o assunto per l'occasione) solo entro precisi limiti di spesa. Si potrebbe allora ritenere che lo stesso limite di spesa debba, a maggior ragione, valere per l'*in house*, sulla base della considerazione che quello che una P.A. non può fare tramite amministrazione diretta (cioè con suoi mezzi e suo personale) non lo può fare nemmeno con l'*in house* (cioè ricorrendo ad un organismo societario appositamente creato ed avente una autonoma personalità giuridica). L'*in house* quindi sarebbe ammissibile ma solo entro i limiti di spesa previsti dall'art. 125, e ciò varrebbe a renderlo certamente poco appetibile, considerati anche i costi di costituzione e di gestione della società.

In terzo luogo, l'art. 53, comma 1, del codice dei contratti pubblici: tale norma, come si è già visto, espressamente prevede che *“fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti nell'art. 3”*. Prevedendo comunque il contratto come forma esclusiva di realizzazione dei lavori pubblici, la norma citata sembrerebbe escludere la possibilità di ricorrere a modelli non contrattuali (come appunto l'*in house*) per raggiungere lo stesso risultato. Almeno nel settore dei lavori pubblici, quindi, l'*in house* sembrerebbe essere escluso.