

Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio¹

Prof. Marco Tiberii

SOMMARIO: 1. Il contesto socio economico e l'evoluzione delle forme giuridiche. 2. Dall'amministrazione autoritativa alle forme della collaborazione: partenariato pubblico-privato e principio di sussidiarietà. 3. La finanza di progetto quale forma di PPP e l'evoluzione della disciplina. 3.1. Segue. La finanza di progetto nella normativa vigente. 4. L'inquadramento della finanza di progetto nell'ambito della disciplina del codice degli appalti. 4.1. Le differenze con concessioni e appalti. 5. La natura giuridica delle concessioni. 5.1. Il rischio nelle concessioni amministrative 5.2. In particolare il rischio nella finanza di progetto. 6. Il confronto tra il regime del rischio nella disciplina delle concessioni e del partenariato pubblico privato.

1. Il Contesto socio economico e l'evoluzione delle forme giuridiche.

Il contesto sociale ed economico di questi ultimi anni è stato caratterizzato, come noto, da una delle più imponenti crisi finanziarie di tutti i tempi, che ha non soltanto ulteriormente aggravato i bilanci pubblici², ma ha anche inciso negativamente sullo sviluppo delle iniziative economiche private.

Le politiche di rigore, con l'aumento del carico fiscale, si sono

¹ Questo studio è un contributo per il volume di raccolta degli atti del Convegno del Gruppo di San Giustino sul tema "Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale", Napoli 9 e 10 giugno 2017 promosso dal prof. L. Iannotta e per il volume della Sezione giuridica del Dipartimento di Economia-Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli" relativo alla ricerca sul tema della "Sharing economy" coordinata dalla prof. D. Di Sabato.

² Sulla Costituzione finanziaria all'interno dell'ordinamento italiano, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, Riv. it. dir. pubbl. com., fasc.3-4, 2017, p. 623.

Sulle ricadute della crisi economica sugli investimenti in Italia, B. BISES, *Le questioni di finanza pubblica nelle considerazioni finali del 2017 del Governatore della Banca d'Italia*, Riv. Dir. Fin. e Scenz. Fin., fasc.2, 2017, p. 152.

sostituite alle misure di sostegno all'economia e la riduzione della spesa sociale insieme alla stagnazione della produttività del paese hanno contribuito ad implementare la disoccupazione, risucchiando nella sacca della povertà una fetta sempre più grande della popolazione³.

In situazioni di crisi come quella attuale⁴, tuttavia, il ruolo degli attori giuridici (le istituzioni pubbliche⁵), economici (le imprese) e sociali (i sindacati, le associazioni ecc.) non può essere quello di assistere, come degli spettatori, con rassegnazione all'inesorabile declino dei tempi⁶.

³ In dottrina, si è evidenziato che: «non si può separare a lungo la regolazione economica e monetaria affidata alla UE e i provvedimenti sullo stato sociale e le tasse di competenza dei governi senza incidere sui fondamenti stessi della democrazia che esige forme di incidenza concreta sulle questioni sociali. Sicché, secondo questa tesi, i tempi sono maturi per sviluppare l'altro pilastro istituzionale, quello popolare, carente in Europa da sempre», così G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi, Europa e dir. priv.*, fasc. 3, 2011, pag. 625, che sul punto cita A. MORAVSCIK, YVES MÉNY E ANDREW MORAVSCIK *Discutono di democrazia europea, Riv. bim. cult. e pol.*, 2009, 3, 457.

⁴ Come attentamente rilevato la crisi economica attuale è stata «una gravissima crisi di redistribuzione», così E. BERSELLI, *L'economia giusta*, Torino 2010, 37.

⁵ In tal senso, non si può non condividere l'affermazione di L. IANNOTTA secondo il quale: «contrastare la povertà, per debellarla, costituisce quindi dovere della Repubblica nella sua unità e nelle sue articolazioni, istituzionali e sociali. Dovere che si sostanzia nel riconoscimento (in forme e modi variabili nel tempo) a tutti i poveri dei diritti fondamentali essenziali al pieno sviluppo della loro personalità e quindi, in *primis*, del diritto (dovere) al lavoro anche come libertà d'iniziativa economica: con conseguente configurazione dei diritti fondamentali come fattori di sviluppo personale, sociale, economico», così in *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale (debellare le povertà con il lavoro e l'imprenditorialità)*, *Dir. e proc.*, n. 4/2017.

⁶ Sulla necessità di intraprendere politiche espansive muovendo dal fallimento delle politiche di austerità, P. KRUGMAN - R. LAYARD, *A manifesto for Economic Sense*, 2012.

Sugli effetti delle politiche di austerità sui diritti sociali, M. D'ALBERTI, afferma che: «le misure dell'Unione volte a contrastare la crisi delle finanze pubbliche, in particolare dei debiti sovrani, comportano minacce serie per la tutela dei diritti sociali.

Le norme europee che compongono i ben noti *Six-pack* e *Two-pack*, (...) provocano un'austerità per l'oggi e per il domani. L'austerità e la conseguente riduzione della spesa pubblica incidono sulla effettiva garanzia dei diritti sociali, che tradizionalmente trovano il loro maggiore supporto nelle risorse pubbliche», *Riv. tri. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2016, p. 761

Le nuove economie (*sharing economy*⁷ e *benefit corporations*⁸) sono,

Sulla risposta delle Istituzioni europee alla crisi economica, R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico, Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2016, p. 669.

⁷ Per *sharing economy* si considera: «An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either free or for a fee, typically by means of the Internet». (*trad.* : «Un sistema economico in cui beni o servizi sono condivisi tra privati, a titolo gratuito o a pagamento, in genere tramite Internet»), *Oxford dictionaries*.

Secondo la Commissione Europea: «l'espressione "economia collaborativa" si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati.

L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti:

i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ("pari"), sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali");

ii) gli utenti di tali servizi;

iii) gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma online — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione").

Le transazioni dell'economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro», *Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, 2016.

In dottrina N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'accesso, Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), fasc. 6, 2015, p. 957. In tema di proprietà intellettuale M. RICOLFI, *Riduzione ed unificazione dei sistemi, AIDA*, fasc. 1, 2014, pag. 265. Sull'evoluzione del lavoro autonomo G. BRONZINI, *Il punto su Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy, Riv. it. dir. lav.*, 2016, pag. 75, fasc. 1. *Sui diritti dei consumatori* A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy, prestatori di servizi e prosumers, Eur. dir. priv.*, fasc. 2, 2017, p. 667.

⁸ Il legislatore italiano introduce nell'ordinamento le *benefit corporations* attraverso l'art. 1, co. 376 e ss. della L. di stabilità 2016, definendole quali società che: «nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse».

In dottrina, secondo G.D. MOSCO: «La società *benefit* resta una società lucrativa, ma partecipa anche alla realtà *non profit* attraverso un paradigma funzionale ibrido nel quale lo scopo di divisione degli utili resta prioritario e caratterizzante, ma non è più esclusivo, dando spazio a finalità *non lucrative* di beneficio comune», *L'impresa non speculativa, Giur. comm.*, fasc. 2, 2017, p. 216.

Sulla portata innovativa dell'intervento normativo, D. LENZI, *Le società*

dunque, espressione di un fenomeno che scaturisce dal basso, dall'esigenza di sperimentare ed innovare nel tentativo di offrire delle risposte concrete ai bisogni impellenti delle persone⁹.

Nascono dalle ceneri degli Stati, che una volta si definivano Sovrani, e dalla crisi della legge che nelle società pluralistiche di oggi ha ormai perso il suo primato¹⁰, trovano terreno fertile nel mondo dell'associazionismo¹¹, che tante volte ha dimostrato di essere la risorsa più sana dalla quale ripartire.

2. Dall'amministrazione autoritativa alle forme della collaborazione: partenariato pubblico-privato e principio di sussidiarietà.

Anche l'amministrazione si è, dunque, adeguata all'evoluzione dei tempi ed alla nuova congiuntura economica¹², infatti, il modello tradizionale autoritativo ha lasciato spazio a forme di cooperazione a

benefit, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2016, p. 894. Si veda altresì D. CORAPI, *Gli attori privati del commercio internazionale*, *Dir. comm. int.*, fasc. 2, 2017, p. 271.

⁹ Come osservato a livello comunitario si avverte l'esigenza di: «rafforzare l'economia sociale di mercato riposizionando le imprese e i cittadini europei al centro del mercato unico per ritrovare la fiducia; elaborare politiche di mercato al servizio di una crescita sostenibile ed equa; predisporre gli strumenti per un'adeguata *governance*, il dialogo, il partenariato», così G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, *Eur. e dir. priv.*, fasc. 3, 2011, p. 625.

¹⁰ Per un inquadramento sul principio di legalità si rinvia a S. FOIS, *Legalità (principio di)*, *Enc. dir.*, Milano, 1973, sulla crisi di tale principio da ultimo F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, *Dig. disc. pubbl.*, che individua tra le cause: a) la prevalenza delle fonti comunitarie; b) il proliferare delle fonti secondarie; c) l'intervento dell'elaborazione giurisprudenziale ecc.

¹¹ Sul tema si cfr. M.R. SPASIANO, *Contributo alla riflessione sulla opportunità di una legge generale per gli enti privati di interesse pubblico*, *Riv. Non Profit*, 1995, 467; L. IANNOTTA evidenzia che: «come per le società benefit, anche per l'impresa sociale, e in particolare per tutti gli enti del terzo settore (art. 4, co. 1, lett. o) è centrale, nel disegno legislativo (art. 6. co. 3), la valutazione di impatto sociale, quale valutazione qualitativa e quantitativa, nel breve, medio e lungo periodo, degli effetti dell'attività svolte sulle comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato», così in *op. ult. cit.*

¹² Come sottolineato da A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2015, p. 1127: «lo stesso approccio dei giuristi è timidamente ma progressivamente cambiato, con l'abbandono di una prospettiva che tende a descrivere diritto ed economia come due mondi che non comunicano e non intendono comunicare».

lungo termine tra pubblico e privato, volte al perseguimento d'interessi pubblici¹³.

Tale cambiamento è sinteticamente rappresentato dall'espressione Partenariato pubblico-privato, termine che implica un rapporto tra soggetti che si collocano sullo stesso piano. Il privato, dunque, non è più mero destinatario di decisioni unilaterali, ma diviene “*partner*” della p.a., espletando un ruolo da protagonista in tutte le fasi di realizzazione dell'opera e/o dei servizi pubblici «*dalla proposizione e progettazione dell'intervento, al finanziamento e alla gestione economica*»¹⁴.

In questo modo, si ottiene una riduzione degli oneri economici gravanti sulla p.a.¹⁵ e la possibilità, prevista a livello comunitario, di non considerare i relativi costi come rientranti nel debito pubblico¹⁶.

¹³ Sul partenariato pubblico-privato, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; ID., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, *www.giustamm.it*, n. 10/2008; M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; ID., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune, Il partenariato pubblico-privato (concessioni finanzia di progetto società miste fondazioni)*, Napoli, 2009, p. 5; ID., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016.

¹⁴ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, Amministrazione in cammino*, 2016.

¹⁵ È stata, infatti, sottolineata la mancanza di risorse pubbliche per la realizzazione delle opere destinate ai bisogni della collettività, nonché l'esigenza del contenimento della spesa ed i vincoli del bilancio che derivano anche dal rispetto dovuto al patto di stabilità, così L. DRAGHETTI, *Finanza di progetto come partnership tra pubblico e privato: aspetti di criticità e prospettive*, *Giustamm.it Riv. dir. pubbl.*, n. 9 2005, dove si richiama la Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita (Amsterdam, 17 giugno 1997) Gazzetta ufficiale C 236 del 02.08.1997 - Trattato di Maastricht.

¹⁶ L'applicabilità di tale decisione è espressamente prevista dall'art. 3, co 15ter, del codice dei contratti pubblici, nonché dalla Circolare della P.C.M. 27 marzo 2009 che richiama Decisione Eurostat 11 febbraio 2004, rilevando al riguardo che: «prevede che i beni (assets) oggetto di tali operazioni non vengano registrati nei conti delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata.

Ciò avviene nel caso in cui si verificano contemporaneamente le seguenti due condizioni: il soggetto privato assume il rischio di costruzione; il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda».

Inoltre, gli enti pubblici possono arricchire il proprio *know how* grazie alle conoscenze tecniche e scientifiche offerte dai privati¹⁷.

Il Partenariato, volto a favorire la partecipazione del privato, comprende numerose forme di cooperazione tra p.a. e imprese private, l'elenco previsto nel codice dei contratti pubblici è soltanto indicativo¹⁸. Non sembra escluso, dunque, il ricorso a contratti atipici anche alla luce dei principi di autonomia negoziale¹⁹ e di cooperazione, quest'ultimo di origine comunitaria²⁰. Si possono

¹⁷ Sulle applicazioni del PPP nel settore dell'innovazione scientifica C. CHIARIELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, *Giustamm. Riv. dir. amm.*, n. 2 -2016.

¹⁸ In particolare, il Codice degli appalti e delle concessioni (D. lgs., 18 aprile 2016, n. 50) disciplina il contratto di PPP agli artt. 180 e ss. e ne fornisce una definizione nell'art. 3, co. 1, lett. eee), ai sensi del quale si intende per "contratto di partenariato pubblico privato" «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». La dottrina rileva che il nuovo codice individua «una tipologia contrattuale aperta, ove rientrano figure contrattuali e societarie stipulabili tra soggetti pubblici e soggetti privati, modalità di affidamento e di finanziamento da parte di privati, nonché progettazione di fattibilità tecnico ed economica e progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi» (così L. POLIZZI, *Cosa si intende per Partenariato Pubblico Privato? La situazione dopo il Codice degli appalti*, *Giurdanella.it*).

¹⁹ Sul concetto di autonomia privata, senza pretesa di esaustività, si rinvia ai fondamentali contributi di: G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, *Riv. int. fil. dir.*, 1929, 6, p. 815 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 44 ss.; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, *Riv. trim.*, 1957, p. 129 ss.; F. GALGANO, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.; P. RESCIGNO, *Contratto*, *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 7 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990, *passim*; M. GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1046 ss.

²⁰ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., non trascura di rilevare che: «i contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato».

ipotizzare modelli di cooperazione flessibili e idonei a garantire, in base alle esigenze della fattispecie concreta, i reciproci interessi, salvo il rispetto dei principi ai quali deve ispirarsi la p.a.

Le forme della cooperazione tra pubblico e privato rappresentano, come è stato evidenziato, non soltanto strumenti alternativi al raggiungimento dell'interesse pubblico, ma anche espressione del principio di sussidiarietà²¹.

Quest'ultimo, noto alla dottrina sociale della Chiesa²², è contenuto nell'art. 5 del Trattato di Maastricht del 1992, successivamente confluito nell'art. 5 del Trattato U.E.²³ e più di recente recepito nella Costituzione.

La riforma dell'art. 118 cost. (l. n. 3 del 2001) ha statuito, infatti, che: «le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. [...] Stato, Regioni, Città

²¹ Si cfr. sul tema del collegamento tra il principio di sussidiarietà ed il partenariato pubblico privato A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 26 dove si osserva che il principio di sussidiarietà «esprime l'esigenza che le attività d'interesse generale e quindi pubbliche (anche se in senso solamente oggettivo) debbano essere preferenzialmente svolte dalle figure della società civile (persone fisiche e giuridiche sia come singoli che come gruppi) e non dai pubblici poteri».

²² Il contenuto del principio di sussidiarietà, già presente nel pensiero sociale di Tommaso d'Aquino (cfr. G. FELICIANI, «Sussidiarietà», *Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della Chiesa* (a cura di), *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa, Vita e Pensiero*, Milano 2004, p. 88.) è espressamente formulato nella *Rerum Novarum* di Leone XIII, «il concetto si sviluppa soprattutto nell'ambito del pensiero cattolico (Rosmini) quale nuova teoria del fondamento del bene comune della collettività e di conseguenza quale nuovo punto di equilibrio A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012 p. 28; sul tema del bene comune anche M.R. SPASIANO, *Bene comune e solidarietà tra interessi generali e particolari*, (*Atti del Convegno Università, ricerca e bene comune*, IPE, Napoli, 1995).

²³ In particolare, l'art. 5 del Trattato U.E. dispone che: «1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. [...]3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Nel caso in esame ciò che rileva non è la sussidiarietà cd. verticale, che comporta – nell'ambito dei rapporti tra i diversi livelli di governo – l'assegnazione delle competenze agli enti più vicini alla comunità locale, consentendo l'intervento dei livelli di governo superiori soltanto nel caso d'inadeguatezza di quelli inferiori, ma la sussidiarietà "orizzontale".

Quest'ultima, infatti, riguarda i rapporti tra Stato e società civile ed impone a tutti gli enti pubblici il rispetto dell'autonomia privata, al fine di favorire l'iniziativa dei cittadini, in forma singola o associata, per il perseguimento di obiettivi di interesse generale.

La sussidiarietà orizzontale, pertanto, induce un cambiamento del ruolo della p.a. che, nell'espletamento della sua attività, limita il suo intervento per consentire una più incisiva partecipazione del privato.

Tale diversa prospettiva comporta una novità radicale, nella misura in cui l'amministrazione non deve più necessariamente perseguire direttamente ed autonomamente i propri fini, ma può "servirsi" del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione²⁴.

3. La finanza di progetto quale forma di PPP e l'evoluzione della disciplina.

Nell'ambito del partenariato pubblico/privato si colloca la finanza di progetto²⁵, istituto di derivazione anglosassone²⁶,

²⁴ In questa direzione M.R. SPASIANO, *Interesse pubblico e interesse privato: verso il declino della grande dicotomia*, *Riv. dir. amm.*, 1995, p. 45.

²⁵ Secondo la definizione di P.K. NEVITT, il *project financing* è: «un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, fin dallo stato iniziale, il flusso di cassa dell'unità economica in oggetto, come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito», *Project financing*, Bari, 1987;

²⁶ Sul punto, cfr. P. BIRKINSHAW, *Contratti governativi e governo per contratto: una prospettiva inglese*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica*

attualmente disciplinato dagli artt. 183 ss. del d.lgs n. 50 del 2016²⁷.

La regolamentazione di questo strumento ha subito nel corso degli anni numerose modifiche. In passato, la disciplina (della Merloni art. 37**bis**) prevedeva la presentazione da parte dei privati di proposte rivolte a dare attuazione alle opere individuate negli strumenti di programmazione²⁸.

Nel caso di una pluralità di proposte, l'amministrazione doveva individuare, sulla base di una valutazione comparativa discrezionale²⁹, la proposta ritenuta di pubblico interesse³⁰ e, successivamente, infine

amministrazione in Europa, Torino, 2003, p. 185 e ss. Per un'analisi di diritto comparato sul tema si cfr. G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.* n. 3/2011.

²⁷ Nell'ordinamento italiano l'istituto in esame è stato per la prima volta disciplinato dalla cd. Legge Merloni *ter* (l. 415 del 1998). In dottrina si cfr. E. PICOZZA, *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, 2005. Successivamente, nell'ottica di potenziare la diffusione delle operazioni di *project financing*, l'*iter* procedurale è stato modificato e semplificato. Si segnalano, altresì, le più recenti modifiche introdotte dal decreto correttivo del codice dei contratti pubblici del 19 aprile 2017, n. 56, entrato in vigore il 20 maggio del 2017. In particolare, l'art. 110 del citato decreto, rubricato Modifiche all'articolo 183 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, così dispone: «1. All'articolo 183 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al co. 4, le parole: “di cui all'articolo 95” sono sostituite dalle seguenti: “individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”; b) al co. 15, quinto periodo, le parole: “articolo 103” sono sostituite dalle seguenti: “articolo 93”; c) al co. 16, le parole: “la locazione finanziaria di cui all'articolo 187” sono sostituite dalle seguenti: “tutti i contratti di partenariato pubblico privato”».

²⁸ Tale circostanza rappresentava una condizione necessaria come evidenziato anche dalla giurisprudenza, così Tar Campania – Napoli, sez. II, 4 novembre 2004, n. 17641.

²⁹ In tal senso, si è rilevato che la scelta non risultava formalmente vincolata alle regole dell'evidenza pubblica, ma in ogni caso occorreva garantire il rispetto dei principi di trasparenza e “*par condicio*”, così C.G.A.R.S. 29 gennaio 2007, n. 7.

³⁰ L'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione del 4 ottobre 2001, n. 20 con riferimento alla valutazione della proposta, ai sensi dell'art. 37-ter della l. n. 109/1994, ha precisato che essa sia articolata in una prima fase volta “all'accertamento della idoneità tecnica della proposta”, con riferimento al rispetto dei profili urbanistici-ambientali, della funzionalità e fruibilità dell'opera, del rendimento e del costo di gestione «al fine di stabilire che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzabilità. Successivamente all'accertamento della idoneità tecnica della proposta, l'amministrazione è chiamata ad effettuare la valutazione della rispondenza al pubblico interesse

vi era la procedura di scelta del concessionario³¹.

Quest'ultima era caratterizzata da due fasi di cui la prima era finalizzata alla scelta delle due migliori offerte sulla base della proposta realizzata dal promotore e la seconda, invece, era una negoziazione tra il promotore e gli altri soggetti selezionati al fine di migliorare il progetto.

Inizialmente, il promotore aveva il vantaggio di essere ammesso direttamente alla fase finale, poi con la l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. l. Merloni *quater*) s'introdusse in suo favore il diritto di prelazione, consentendogli di aggiudicarsi l'opera adeguando la sua offerta a quella ritenuta migliore dall'amministrazione nell'ambito della procedura negoziata.

La Commissione Europea con la procedura d'infrazione n. 2182 del 2001 contestò alla disciplina sopra descritta la mancanza di adeguate forme di pubblicità dei bandi, anche con riferimento alla prelazione concessa in favore del promotore ed al contrasto con i principi di parità di trattamento e *par condicio*.

della proposta stessa: attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al momento attuale. Sotto questo profilo la proposta, pur se tecnicamente valida, può essere giudicata non rispondente alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, in quanto, per esempio, non compatibile con altri interventi o perché condizionata ad un parziale concorso finanziario dell'amministrazione precedente che la stessa ritiene di utilizzare per altri interventi».

In giurisprudenza il Tar Campania – Napoli, sez. II, 12 dicembre 2003, n. 3130 ha evidenziato che: «l'Amministrazione god(e) di un amplissimo potere discrezionale nel valutare il livello e la qualità del servizio da offrire alla cittadinanza, che deve necessariamente adeguarsi allo standard medio richiesto alla popolazione, con la conseguenza che il promotore non può imporre servizi aggiuntivi ritenuti superflui in un determinato ambiente sociale»).

³¹ La fase della valutazione delle proposte secondo la giurisprudenza non era sottoposta alle regole dell'evidenza pubblica ma soltanto alla disciplina della l. n. 241 del 1990, trattandosi di una scelta discrezionale (cfr. Cons. st. n. 6286/2005). La fase successiva sfociava, invece, in una gara sulla base del progetto presentato dal promotore che non vi partecipava. All'esito dell'evidenza pubblica venivano selezionate due migliori offerte che erano ammesse a partecipare ad una seconda gara “a procedura negoziata” con il promotore per la scelta del soggetto al quale affidare la concessione. Quest'ultimo soggetto in origine vantava anche un diritto di prelazione, che gli consentiva di aggiudicarsi il contratto adeguandosi alle condizioni proposte dal miglior offerente, così A. CACCIARI, *Finanza di progetto ad evidenza pubblica nel codice dei contratti pubblici (ancora una volta) riformato*, For. amm. TAR, 1, 2009, p. 307.

Il legislatore italiano con la l. 18.4.2005 impose una maggiore trasparenza delle procedure, prescrivendo che gli avvisi dovessero contenere i criteri di valutazione comparativa delle diverse offerte, nonché menzionare il diritto di prelazione. Quest'ultimo poi fu abrogato dalla d. lgs. 31 luglio 2007 n. 113 (secondo correttivo del d.lgs. n. 163 del 2006)³².

Tuttavia, la Commissione Europea con la nota n. 108 del 2008 continuò a contestare la nostra normativa con riferimento alla figura del promotore, nella misura in cui aveva conservato il vantaggio competitivo di confrontarsi soltanto con i due soggetti che erano stati scelti sulla base della sua proposta³³.

3.1. Segue. La finanza di progetto nella normativa vigente.

La disciplina attuale, frutto anche delle modifiche che hanno tenuto conto delle indicazioni pervenute dalle autorità comunitarie, prevede le seguenti procedure³⁴.

La prima, che si può definire ad iniziativa pubblica (o a gara unica), ha ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità «*inseriti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice*», mediante una selezione indetta sulla

³² Il diritto di prelazione è stato abrogato dal d.lgs. 31 luglio 2017 n. 113 «per recepire osservazioni formulate dalla Commissione Europea, secondo la quale esso poteva incidere sulla parità di trattamento dei concorrenti. Eliminato questo problema la Commissione era rimasta però fortemente critica nei confronti dell'istituto, censurando in particolare nell'atto di diffida 30.1.2008 la mancata pubblicizzazione a livello comunitario dell'avviso e l'accesso diretto del promotore alla procedura negoziata senza passare per la gara pubblica», così A. CACCIARI, *Finanza di progetto ad evidenza pubblica nel codice dei contratti pubblici (ancora una volta) riformato*, *For. Amm. TAR*, 1, 2009, p. 307.

³³ In tal senso, la Commissione contestava che il promotore continuava ad avere una posizione privilegiata, considerato che: «non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente indetta sulla base della sua proposta».

³⁴ Per l'analisi dell'applicazione del progetto di finanza in Italia si rimanda a P. MARASCO – P. PIACENZA, M. TRANQUILLI, *Il project financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia. Stato dell'arte, criticità e prospettive*, (a cura del) *Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica*, 2015, *Osservatorioappalti.it*.

base del “progetto di fattibilità”³⁵.

Le imprese partecipanti devono presentare un “progetto definitivo”, un “piano economico finanziario assicurato da un istituto di credito”, una “bozza di convenzione”, nonché la descrizione delle caratteristiche del servizio e della gestione ecc.

L'amministrazione seleziona la miglior offerta sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel rapporto qualità/prezzo, redigendo una graduatoria e nominando promotore il soggetto collocato al primo posto.

Nel caso in cui l'approvazione definitiva del progetto non comporti modifiche l'amministrazione procede direttamente alla stipula della concessione.

Diversamente l'ente aggiudicatore prescrive le modifiche necessarie e ove il soggetto prescelto si rifiuti provvede allo scorrimento della graduatoria.

La seconda procedura ad iniziativa privata (o a doppia gara co. 15), consente ai privati di presentare all'amministrazione delle proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici non presenti negli strumenti di programmazione approvati.

In questo caso la richiesta contiene un progetto di fattibilità, un piano economico finanziario ed una bozza di convenzione.

L'amministrazione entro tre mesi valuta la fattibilità della proposta, richiedendo eventualmente le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Si tratta, di una novità rilevante, considerato che in precedenza l'amministrazione non aveva alcun obbligo di valutare eventuali domande di questo tipo, rispetto alle quali i privati vantavano interessi di mero fatto³⁶.

³⁵ Sull'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto, l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato, con sentenza 28 gennaio 2012, n.1, ha definito il *project financing* come un procedimento costituito da più fasi, la prima delle quali si conclude con l'atto di scelta del promotore, il quale «determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti». Secondo Il Consiglio di Stato, l'atto di scelta risulta essere già di per sé lesivo. Da ciò ne discende la possibilità di immediata impugnazione dei concorrenti: «senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione». Sul punto *cf.* M. PIGNATTI, *La legittimazione e l'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto*, *Foro amm. Cds*, fasc. 4, 2012, p. 830.

³⁶ Così M. MATTALIA, *Il project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, *For. amm. Cds*, 6, 2010, 1246, nel quale si aggiunge che la legge

La proposta valutata positivamente ed inserita nella programmazione deve essere poi approvata con le modalità previste per i progetti.

Il progetto approvato può essere posto a base di gara e nel bando l'amministrazione può richiedere ai concorrenti di apportare ulteriori varianti.

Il promotore può esercitare il diritto di prelazione, purché s'impegni ad eseguire le prestazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario³⁷.

In questo caso l'aggiudicatario originario ha diritto a farsi pagare dal promotore le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta³⁸.

La filosofia di fondo che ispira il modello della finanza di progetto è coinvolgere gli imprenditori privati nella realizzazione di opere e servizi di interesse pubblico.

4. *L'inquadramento della finanza di progetto nell'ambito della disciplina del codice degli appalti.*

Lo studio dello strumento della finanza di progetto non può naturalmente prescindere da un lato dalla sua corretta collocazione nel quadro più ampio della disciplina del codice dei contratti³⁹ e

non spiega quali siano gli strumenti per verificare se il progetto proposto risulti o no d'interesse pubblico, come rilevato da C. BENTIVOGLI, E. PANICARA, A. TIDU, *La finanza di progetto*, in M. BIANCO, P. SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali, Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna 2010, 262.

³⁷ In tal senso, così dispone il d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 57 del 2017 «Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario».

³⁸ Sul punto «Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel co. 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al co. 9», così il d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 57 del 2017.

³⁹ A. FIORITTO, *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico nel nuovo codice dei contratti pubblici*. D.lgs. 50/2016, *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 3, p. 811-828; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra*

dall'altro dall'individuazione dei punti di contatto o delle differenze che si pongono con gli altri strumenti ivi previsti.

Con riferimento al primo aspetto, il codice pone la “*finanza di progetto*” all'interno del co. 1 dell'art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, dedicato alla categoria degli strumenti del “*Partenariato pubblico privato*”.

Non vi può essere, pertanto, alcun dubbio in ordine all'inquadramento dello strumento nell'ambito del partenariato, considerato l'inserimento da parte del legislatore nelle ipotesi tipiche di tale categoria⁴⁰.

La cornice normativa in cui collocare l'istituto in esame è dunque dettata dal precedente articolo 180, che in materia rinvia al precedente «*art. 3, co. 1, lettera eee*», che definisce il “*contratto di partenariato pubblico privato*” come atto a titolo oneroso con cui la stazione appaltante affida all'operatore economico «*per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*»⁴¹.

I commi successivi dell'art. 180 prevedono che il ricavato della gestione dell'operatore economico possa derivare sia dal canone

esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Riv. it. dir. pubbl. com., fasc. 5/2015, p. 1127; M. C. COLOMBO, *I nuovi scenari comunitari in materia di appalti, in particolare la direttiva concessioni, Appalti e concessioni: le nuove direttive europee, Dir. prat. amm.* n. 5/2014; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE, Rivista it. dir. pubbl. com.*, 2015, p.101.

⁴⁰ In dottrina, si è evidenziato che: «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, co. 1, del codice», così R. GIOVAGNOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato, Giustamm.it Riv. dir. amm.*, n. 10/2011.

⁴¹ «Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, co. 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

eventualmente concesso dall'ente, sia da qualsiasi altra forma di introito anche diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.

Ma soprattutto, impongono il “*trasferimento del rischio*” in capo all'operatore economico, precisando al riguardo che esso ricomprende non soltanto il “*rischio di costruzione*”, ma anche «*il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi...*, come definiti rispettivamente dall'art. 3, co. 1, lettere aaa), bbb) e ccc)».

Questa volta il rinvio è alla materia delle concessioni, con particolare riferimento alle seguenti tipologie di rischi, definiti come:

«aaa) “*rischio di costruzione*”, il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;

bbb) “*rischio di disponibilità*”, il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

ccc) “*rischio di domanda*”, il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa».

Non è stato, invece, richiamato il cd. “*rischio operativo*” che come noto rappresenta un elemento fondamentale per giustificare il ricorso allo schema tipico delle concessioni amministrative⁴², considerato: «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile» (cfr. art. 3, co. 1, lett. zz).

Tale carenza potrebbe indurre a mettere in dubbio sia la natura giuridica concessoria dell'istituto, sia la disciplina in concreto

⁴² G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. CARTEI, N. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, p. 23 ss.

applicabile alla fattispecie della finanza di progetto.

Quest'ultima disposizione, infatti, in materia di concessioni, sembra considerare irrilevante le diverse modalità di distribuzione dei rischi, risultando equivalente che si collochino sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, purché nel complesso all'operatore economico non sia garantito, in condizioni operative normali, il recupero degli investimenti o dei costi sostenuti.

4.1. *Le differenze con concessioni e appalti.*

Una volta inquadrata la finanza di progetto nell'ambito degli strumenti del Partenariato pubblico privato occorre, dunque, prima di procedere al suo approfondimento delinearne i rapporti con gli altri istituti previsti dal codice dei contratti pubblici.

In primo luogo, si devono esaminare le relazioni e le differenze che intercorrono con le concessioni amministrative⁴³ e gli appalti⁴⁴.

Sul punto, appare centrale la disposizione sulla “*Finanza di progetto*”, contenuta nell'art. 183, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, come

⁴³ Sulla concessione nel diritto comunitario e sui riflessi nell'ordinamento nazionale italiano si veda altresì: F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017. M. MESCHINO - A. LALLI, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni. Guida alla normativa alla luce del decreto correttivo n. 56/2017*, Roma 2017.

In tema di concessione amministrativa si rimanda a: G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino 2005; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. BALOCCO, *La concessione tra provvedimento e contratto. Riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, 2014; M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, Napoli, 2010; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, *Dir. Amm.*, fasc. 4-2012.

⁴⁴ Sul tema si cfr. F. GOISIS, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, *Ius Publicum*, 2011, paragrafo n. 1 “La nozione di concessione e la sua distinzione da quella di appalto”, dove si afferma che le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità o ad essi collegati «nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, secondo cui per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare gli strumenti del partenariato «*in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III*».

La prima parte, dunque, della disposizione citata sembra delineare un quadro nel quale la finanza di progetto costituisce un modello diverso ed alternativo all'affidamento mediante l'istituto delle concessioni amministrative.

Tale conclusione apparentemente piana, tuttavia, risulterebbe parziale ove non si prendesse in esame la parte finale della disposizione citata, con la quale si precisa il procedimento termina con l'«*affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti*».

L'accento va, dunque, posto sul fatto che anche nel caso del partenariato pubblico-privato il procedimento è finalizzato all'affidamento di un'opera con l'adozione di una «*concessione amministrativa*».

Dalla lettura completa del testo di legge si evince, pertanto, che il *project financing* rappresenta una forma di affidamento di una concessione, alternativa a quella «*generale*» disciplinata dagli artt. 164 ss. del codice degli appalti.

Non si tratta, dunque, d'intendere l'alternatività come se il partenariato pubblico privato fosse espressione di un modello radicalmente diverso dallo strumento delle concessioni, ma di interpretare il rapporto come quello tra genere e specie.

In altri termini, appare evidente che anche le nuove forme della finanza di progetto sono riconducibili al *genus* delle concessioni amministrative⁴⁵, ma ne costituiscono una specie diversa, la quale non

⁴⁵ Tale ipotesi ricostruttiva s'inserisce del resto nel filone della dottrina che in passato aveva osservato che «si potrebbe sospettare che l'introduzione nel nostro ordinamento, della finanza di progetto, finisca per costituire una sorta di operazione di restyling con cui si è rinominato, ma solo molto parzialmente ammodernato, l'istituto della concessione di costruzione e gestione al fine di renderlo più appetibile agli investitori privati», così G. MANFREDI, *La Finanza di Progetto dopo il D.lgs. n. 152/2008*, *Dir. Amm.*, 2009, 2, pp. 429-448; nonché S. AMOROSINO – R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, *Riv. giur. ed.*, 1999, 2, 62.

è disciplinata dalla parte III del codice, applicandosi in questo caso innanzi tutto la disciplina di cui agli artt. 180-183 e ss.

Conferma la conclusione suesposta anche l'ipotesi in cui l'art. 180, assegnando ai privati la facoltà di promuovere con la finanza di progetto la realizzazione di opere non rientranti nella programmazione pubblica, prevede che gli operatori possano presentare alle amministrazioni «*proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici*».

Diversamente, pertanto, dalla concessione di opere e di servizi in cui il privato è chiamato a realizzare le richieste degli enti pubblici, in questo caso l'imprenditore ha la possibilità di diventare parte attiva, proponendo all'amministrazione la realizzazione di progetti che non rientrano nell'ambito della programmazione pubblica⁴⁶.

Inoltre, questa diversa prospettiva consente di comprendere meglio anche le ragioni che inducono l'ordinamento a riconoscere nei confronti del promotore delle tutele maggiori, le quali sono diretta conseguenza del *favor* per i soggetti che, sostituendosi all'iniziativa pubblica spesso inadeguata, danno impulso alla progettazione delle opere ed i servizi d'interesse pubblico.

Infine, la tesi che considera il *project financing* come una specie del genere delle concessioni amministrative, applicandosi in questo caso la disciplina di cui agli artt. 180-183 e non la parte III del codice, è coerente anche con la circostanza che il codice pone la “*finanza di progetto*” all'interno del co. 1 dell'art. 180, dedicato alla categoria degli strumenti del “*Partenariato pubblico privato*”, insieme alla concessione di costruzione e gestione, alla concessione di servizi, alla locazione finanziaria, al contratto di disponibilità⁴⁷ ed a «*qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti*»⁴⁸.

⁴⁶ Sul punto si precisa che «rispetto ai caratteri consueti della concessione la novità sostanziale della finanza di progetto risiede nel fatto che gli operatori economici privati collaborano con l'amministrazione nell'individuare le caratteristiche degli interventi da realizzare: anche se, come vedremo fra poco, ciò avviene in modo e in misura diversi a seconda dei casi a seconda degli assetti normativi dell'istituto», così G. MANFREDI, *La Finanza di Progetto dopo il D.lgs. n. 152/2008*, *Dir. Amm.*, 2009, 2, pp. 429-448.

⁴⁷ Su questo strumento si cfr. R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico privato. Prime riflessioni a seguito del decreto «liberalizzazioni»*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.*, n. 2 del 2012.

⁴⁸ Secondo L. IANNOTTA «tra i nuovi meccanismi di cooperazione e

5. *La natura giuridica delle concessioni.*

Le osservazioni precedenti hanno consentito di ricondurre la finanza di progetto nell'ambito delle concessioni contratto.

In via preliminare, occorre pertanto soffermarsi su alcuni aspetti della categoria generale, che appartengono anche agli strumenti oggetto del presente studio.

In tal senso, si deve evidenziare, ad esempio, che il rapporto che sorge dalle concessioni/contratto non è direttamente inquadrabile nell'ambito della disciplina privatistica del codice civile.

In dottrina⁴⁹ si è, infatti, rilevato che in questo caso si tratta di “*contratti accessivi al provvedimento*” nei quali il rapporto convenzionale (volto a regolamentare le posizioni giuridiche della p.a. concedente e del privato concessionario) accede in modo strumentale⁵⁰ all'atto di concessione di natura autoritativa⁵¹.

Nella stessa fattispecie è presente, pertanto, il regime pubblicistico, impresso dal provvedimento, e quello privatistico contenuto nella parte conclusiva del rapporto⁵², caratterizzata dalla

compenetrazione tra Stato, Mercato Terzo Settore, Persone e formazioni sociali occupano un posto di rilievo i cc. dd. Social impact bond che costituiscono una nuova forma di partenariato», *Dir. e proc. amm.*, n. 4/2017.

⁴⁹ In tal senso, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, n. 429 e ss.

⁵⁰ I rapporti tra concessione e contratto sono stati ricostruiti talvolta dando la precedenza al provvedimento amministrativo sul contratto e in altri casi considerando la concessione una mera condizione di efficacia del contratto come evidenziato da Cirillo, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni*, www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Sul tema si rinvia anche a G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 40.

⁵² In dottrina si discute sulla natura dell'accordo amministrativo, in particolare in F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *Dir. Amm.*, fasc.1, 1995, p. 1.

In dottrina si è sottolineato che attraverso tali accordi, si è registrato il passaggio da un'amministrazione: «che impone obblighi, ad una pubblica amministrazione che stringe obbligazioni». Così MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, in G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 77; per la tesi privatistica B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*; altresì M. D'ALBERTI, secondo il quale le concessioni debbono essere inquadrate tra: «rapporti giuridici a genesi prevalentemente contrattuale, raramente provvedimentale».

natura privatistica⁵³.

La giurisprudenza più recente ha confermato che il rapporto concessorio: *«in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile»*⁵⁴.

Si è, dunque, ricondotta la fattispecie nelle ipotesi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 e ss. modifiche, nell'ambito del quale: *«sotto la comune dizione di “accordi” coesistono sia “contratti” propriamente detti sia accordi procedurali»*⁵⁵, concludendo al riguardo che: *«nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”»*⁵⁶.

In tale prospettiva si è sottolineato il carattere elastico del rinvio ai principi atteso che, vista l'asimmetria della fattispecie, si è rilevato che lo spazio per l'applicazione della disciplina civilistica è maggiore nell'ambito delle questioni che investono gli aspetti della convenzione a carattere patrimoniale, mentre si restringe notevolmente negli altri casi in cui prevale il carattere pubblicistico della vicenda⁵⁷.

⁵³ Così L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi, secondo il diritto privato, La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, A cura di G. Clemente di San Luca, Torino, 2005, 142 e ss.

⁵⁴ Così Cons. st., Sez. IV, 312.2015 n. 5510.

⁵⁵ Così Cons. st., Sez. IV, 19.8.2016, n. 3653.

⁵⁶ Così Cons. st., Sez. IV, 19.8.2016, n. 3653, che al riguardo aggiunge *«fermi i casi di contratti “integralmente” di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”»*.

⁵⁷ Così l'Ad. Generale del Cons. st. (parere 17.2.1987 n. 7/1987), secondo la quale: *«sotto la comune dizione di “accordi”, sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedurali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico - secondo una definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà.*

La presenza contemporanea delle due figure rende distinta e, per così

L'inquadramento della finanza di progetto nell'ambito della categoria degli accordi, ex art. 11 della l. n. 241 del 1990, consente anche di giustificare l'ipotesi in cui l'art. 180 assegna ai privati la facoltà di promuovere la realizzazione di opere non rientranti nella programmazione pubblica, prevedendo che gli operatori possono in tal caso presentare alle amministrazioni «*proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici*»⁵⁸.

La norma citata, infatti, dispone che l'amministrazione «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10» possa concludere, senza pregiudizio dei terzi e nel perseguimento del pubblico interesse «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo».

5.1. Il rischio nelle concessioni amministrative.

Sul piano generale, l'analisi del tema non può prescindere dalla normativa comunitaria⁵⁹, la quale anche al fine di distinguere la

dire, "asimmetrica", l'applicazione delle stesse norme desumibili dall'art. 11, quali, in particolare, il co. 2, relativo all'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il co. 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall'accordo.

Per un verso, dunque, la generale disciplina dell'art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di "convenzioni" con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà, per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni "substrato patrimoniale", il richiamo - ad esempio - alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione certamente più ristretto».

⁵⁸ L'autorità di regolazione dei contratti pubblici n. 34 del 18 luglio 2000 sul punto ha chiarito che nella finanza di progetto il forte collegamento negoziale: «*tra molteplici rapporti giuridici in cui gli interessi, gli obblighi e le responsabilità rendono difficile qualificare come terzo uno dei soggetti partecipanti all'iniziativa rispetto alle prestazioni rese dagli altri soggetti coinvolti*».

⁵⁹ Per un'analisi comparata sul recepimento della Direttiva 23/2014 negli Stati europei si rinvia al Rapporto IGI, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, 2016, nonché al Rapporto della Camera dei Deputati, *L'attuazione della "legge obiettivo" Nota di sintesi e focus tematici 9° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici*, 2015. Per un'analisi sul quadro precedente si cfr. B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.*, n. 6/2010.

fattispecie dagli appalti, pone al centro della nozione di concessione⁶⁰ di lavori o di servizi: «il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi» (cfr. art. 5, co. 1, della direttiva n. 2014/23/UE)⁶¹.

Tale tipologia di rischio, definito operativo, si considera realmente sussistente: «nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti» (così art. 5.1 direttiva n. 2014/23/UE)⁶².

Sul punto, il considerando n. 20 della direttiva chiarisce che si tratta di un rischio che: «dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati ad una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione».

Si è, dunque, evidenziato⁶³ che mentre tale presupposto ricorrerebbe sempre con riferimento al rischio della domanda, che dipende dalle fluttuazioni del mercato ovvero dalle scelte di soggetti

⁶⁰ A. TONETTI - A. BRACALETTI, *La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di recepimento*, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, 2015; L. BERIONNI, *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 3-2013, p. 731.

⁶¹ In dottrina, già prima dell'ultima direttiva n. 24 dl 2014 si è rilevato che: «La Commissione distingue fra le due figure – appalti e concessioni - sulla base del concetto di rischio. Il concetto di rischio è il centro della ricostruzione del tratto distintivo fra appalti e concessioni, cioè la Commissione afferma: *attenzione, il contratto di appalto non si definisce per il risultato che si vuole raggiungere, cioè per lo scopo che le parti si prefiggono, nell'appalto di lavori o anche nell'appalto di servizi nell'appalto di servizi, scopo che è, rispettivamente, la realizzazione dell'opera o l'espletamento di un servizio quanto per il fatto che tutto avviene, finanziariamente, a carico dell'Amministrazione*. Si tratta quindi del rilievo di un concetto di rischio finanziario», così G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, *Giustamm.it Riv. dir. amm. n. 3/2005*. Sul tema si cfr. anche C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul partenariato pubblico, tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *Giustamm. Riv. dir. amm. n. 6/2014*.

⁶² In dottrina si veda altresì G. D'ANGELO, *Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE*, *Riv. reg.*, 2014, 228.

⁶³ Sul punto si cfr. G. GRECO, *La Direttiva in materia di concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1095.

terzi⁶⁴, questo mal si concilia con il rischio dal lato dell'offerta, che coincide con il «*il rischio che la fornitura dei servizi non corrisponda alla domanda*», sotto il profilo qualitativo e/o quantitativo.

Del resto, la giustizia europea⁶⁵ ha sempre richiesto l'«*esposizione all'alea del mercato*», considerando rilevante la presenza dei rischi: *a)* di concorrenza da parte di altri imprenditori; *b)* di uno squilibrio tra domanda e offerta; *c)* d'insolvenza dei soggetti che devono pagare i servizi; *d)* di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate; *e)* di responsabilità di un danno per una carenza del servizio.

Si è dunque rilevato che al centro si pone sempre il rischio di mercato, sottolineando che in questa giurisprudenza si prendono in esame soltanto i rischi che si collocano dal lato della domanda e non sono, invece, mai contemplati i rischi dal lato dell'offerta⁶⁶.

Su queste basi, si è ipotizzato un totale appiattimento del rischio di disponibilità nella categoria del rischio della domanda, sollevando

⁶⁴ «Per rischio sul lato della domanda s'intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta s'intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura dei servizi non corrisponda alla domanda» così il considerando n. 20 della direttiva n. 24/2014/UE.

⁶⁵ Corte eur. giust., 10 novembre 2011, in causa C-348/10; nonché Corte eur. giust., sez. VII, 10 maggio 2015, in causa C-269/14, *Kansaneläkelaitos*, punto 33 richiamate da F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, *Dir. Amm.*, n. 4, 2015, 743; Si cfr. A. NICODEMO e G.F. NICODEMO, *Nuovi canoni interpretativi per il partenariato pubblico-pubblico. Il Giudice Europeo si mostra rigoroso sulle ipotesi di collaborazione tra le P.P.A.A. in favore del principio della concorrenza*, *Giustamm. Riv. dir. amm.*, n. 2 del 2013, che citano la pronuncia della Cort. Giust. Eur. Grande Sezione 19/12/2012 n. C 159/11, con la quale si esclude che possano concludersi accordi ex art. 15 l. n. 241 del 1990 che abbiano ad oggetto attività e servizi che devono essere affidati secondo la direttiva appalti.

⁶⁶ L'autore risponde in questo modo: «Qui pare cioè indiscutibile che il rischio di offerta non sia altro che un diverso modo per indicare il rischio di domanda (che evidentemente non può che costituire una componente del tutto essenziale del rischio di mercato e cioè non può essere stato trascurato dai giudici europei laddove descrivevano il rischio di fluttuazioni del mercato).

Siamo così giunti alla (un pò sorprendente) conclusione per cui la direttiva definisce il rischio di offerta (quale apparentemente distinto dal rischio di domanda) mutuando (letteralmente) una definizione che è in realtà diffusamente utilizzata, dai giudici del Lussemburgo, per significare ancora rischio di domanda», F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, *Dir. Amm.*, n. 4, 2015, 743.

l'interrogativo: «cos'altro è, difatti, il rischio che l'offerta non si incontri con la domanda, se non il rischio di non trovare riscontro tra gli utenti del servizio, ossia ancora il rischio di domanda (visto dal punto di vista dell'offerta)?»⁶⁷.

La normativa comunitaria avrebbe, pertanto, circoscritto l'uso dello strumento in esame soltanto nei confronti delle opere cd. calde⁶⁸, le quali possiedono l'attitudine a generare un reddito, perché suscettibili di sfruttamento economico attraverso i ricavi provenienti dagli utenti, come accade, ad es., nel caso delle autostrade.

Tutt'al più, si potrebbe ammettere per le opere cd. tiepide (ad es. per i trasporti pubblici locali), nelle quali i ricavi che si possono conseguire dagli utenti non consentono di ricoprire completamente l'investimento, giustificandosi in queste ipotesi il ricorso anche ad un contributo pubblico.

L'impiego delle concessioni sarebbe⁶⁹, invece, precluso nei confronti delle opere cd. fredde (ospedali, carceri) le quali, non risultando suscettibili di uno sfruttamento economico da parte dei terzi, sono realizzate e gestite soltanto per la p.a. che provvede interamente a finanziarle.

Tale conclusione, tuttavia non è sembrata corretta⁷⁰, atteso che nella direttiva non si esclude il trasferimento del rischio operativo anche quando intercorrono «*accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione*», a condizione che (occorre specificare): «*il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura*» (così considerando n. 18).

Ed invero, la centralità del rischio di esposizione all'alea del mercato, piuttosto che appiattare il rischio dell'offerta nel rischio della domanda, sembra rappresentare una sintesi efficace dei due lati di una stessa medaglia, atteso che la domanda e l'offerta costituiscono due prospettive diverse dello stesso fenomeno.

In altri termini, lo spostamento dell'analisi dal lato dell'offerta, serve soltanto a consentire, anche quando non si può assegnare al

⁶⁷ F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, *Dir. Amm.*, n. 4, 2015, 743.

⁶⁸ Così G. GRECO, *La Direttiva in materia di concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 2015, p. 1095.

⁶⁹ Così G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 1095.

⁷⁰ Così G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 1095.

concessionario lo sfruttamento economico diretto del bene, attraverso la vendita dei servizi sul mercato, di non eliminare la sussistenza dei rischi attraverso il conferimento di un canone che sia corrisposto automaticamente o indipendentemente dal tipo di prestazioni erogate.

In questo modo, infatti, si persegue l'obiettivo di non azzerare i rischi, collegando comunque il corrispettivo versato dagli enti pubblici in modo proporzionato all'effettivo grado di soddisfacimento degli utenti sotto il profilo quantitativo e qualitativo⁷¹.

Del resto, al riguardo, si è osservato che la disciplina comunitaria: «*non specifica che tale gestione debba essere effettuata a favore dei terzi: sicché sarebbe arbitrario limitarne indebitamente il contenuto in base al beneficiario*»⁷². Pertanto, si è concluso che nel diritto comunitario il carattere trilatero della struttura del rapporto non rappresenta un elemento fondamentale per distinguere le concessioni dagli appalti.

Vi sarebbe, dunque, in questo senso una notevole differenza con la disciplina interna, nella quale si è invece utilizzato l'argomento della struttura trilaterale o bilaterale del rapporto⁷³ per distinguere la concessione dei servizi pubblici (nell'ambito dei quali s'instaura una relazione tra ente pubblico, gestore ed utenti), dagli appalti di servizi in cui la prestazione è offerta direttamente in favore della p.a.⁷⁴.

⁷¹ In tal senso depone la disciplina comunitaria, la quale chiarisce che l'impiego della concessione: «non sarebbe giustificato se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o dalla loro fornitura», così considerando n. 18 della direttiva n. 24/2014/UE.

⁷² Così G. GRECO, *La Direttiva in materia di concessioni*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1095.

⁷³ In relazione al rapporto trilatero si rimanda a F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*. Torino, 2011; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, *Dir. Amm.*, 4, 2011, p. 703 ss.

⁷⁴ In dottrina, R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano,

Tuttavia, è stato evidenziato che dipendendo il rischio dal comportamento di terzi, si deve riconoscere “*una trilateralità almeno sostanziale*”, i beneficiari finali delle prestazioni, infatti, «*possono anche non avere un legame contrattuale diretto con il concessionario, nel senso di non essere chiamati a pagare alcun corrispettivo. Tuttavia, le loro scelte di utilizzo (o meno) dei servizi (rischio di domanda) e di apprezzamento o meno dello stesso (rischio di fornitura) debbono essere rilevanti, così da rendere non esattamente prevedibile, per il concessionario, l’effettivo recupero dell’investimento*»⁷⁵.

5.2. In particolare il profilo del rischio nella finanza di progetto.

La tesi prospettata, secondo la quale la finanza di progetto può essere ricondotta nell’ambito di una forma speciale ed alternativa di concessione amministrativa, trova conferma in alcune pronunzie del giudice amministrativo.

La giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto che nella disciplina del *project financing* si rinviene un evidente riferimento alla nozione comunitaria di “*concessione*”, la quale «*si caratterizza per la remunerazione degli investimenti compiuti dall’operatore economico privato selezionato attraverso il diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio con rischio a proprio carico, legato alla aleatorietà della domanda di prestazioni*»⁷⁶.

Tale presupposto è stato escluso quando la disciplina contempla espressamente un corrispettivo, posto a carico dell’amministrazione, che elide qualsiasi rischio per il concessionario.

In tale prospettiva, si è dunque precisato che: «*la presenza di un*

2008, 17 e R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 45.

⁷⁵ In tal senso, F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, *Dir. Amm.*, n. 4, 2015, 743, che sul punto aggiunge che tale: «*trilateralità (quantomeno sostanzialmente intesa) continua a costituire condizione pressoché necessaria (seppur non sufficiente, perché non rilevante in sé, ma in quanto strumentale a determinare l’alea di mercato) del rischio economico, ossia dell’elemento distintivo principe tra appalto e concessione*».

⁷⁶ Tale aspetto è stato ad es. riconosciuto in Tar Puglia - Bari, sez. I, 19.11.2012, n. 5492, in una fattispecie relativa al servizio di illuminazione, osservando al riguardo che: «*il bando di gara in esame snatura la struttura stessa del project financing in quanto è del tutto assente lo sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi il suo utile esclusivamente nel mero introito del canone annuo - ai sensi del bando - posto a carico dell’Amministrazione*».

significativo rischio imprenditoriale costituisce, pur sempre, una caratteristica del genus "concessioni" e, con esso, della species "concessione di lavori pubblici" e dell'ulteriore species "project financing", come indirettamente conferma l'ormai risalente "espunzione normativa" della figura tradizionalmente denominata "concessione di mera costruzione di opera pubblica", proprio per il fatto che la stessa risultava - quanto a contenuto e struttura del rapporto - troppo sovrapponibile all'appalto».

Si è reso, dunque, necessario il ricorso all'annullamento degli atti in autotutela nel caso in cui non si è rinvenuto il necessario rischio imprenditoriale⁷⁷.

Quando, infatti, il corrispettivo non risiede in misura rilevante nei corrispettivi ricevuti dagli utenti, non sussiste alcun rischio dal lato della domanda, che certamente riguarda *«fattori non pienamente prevedibili a priori»*.

In queste ipotesi non possono essere considerati sufficienti i meri rischi di costruzione e/o quelli organizzativi (l'andamento dei costi della manodopera o dei materiali), atteso che questi ricorrono anche in materia di appalti riguardando la realizzazione delle opere.

⁷⁷ La sentenza citata nella nota precedente rileva che la concessione si caratterizza per «la remunerazione degli investimenti compiuti dall'operatore economico privato selezionato attraverso il diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio con rischio a proprio carico, legato alla aleatorietà della domanda di prestazioni. Nel caso di specie, tale rischio non sussiste in quanto l'art. 6 del bando di gara (allegato alla determinazione n. 1760/2008 che richiama i concetti di "project financing" e di affidamento in "concessione") contempla espressamente un corrispettivo in favore del concessionario posto a carico dell'Amministrazione comunale.

Ne deriva che la società ricorrente non si accollerebbe alcun rischio dall'assumere la gestione delle opere per cui è causa; né si verificherebbe alcun trasferimento del rischio gestionale ed economico dalla Pubblica Amministrazione al concessionario, trasferimento costituente il carattere fondamentale della "concessione".

Dunque, il bando di gara in esame snatura la struttura stessa del *project financing* in quanto è del tutto assente lo sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, risolvendosi il suo utile esclusivamente nel mero introito del canone annuo - ai sensi del bando - posto a carico dell'Amministrazione.

Sono, quindi, evidenti i profili di illegittimità (violazione dell'art. 153 d. lgs. n. 163/2006) presenti nel provvedimento n. 85/2008 che hanno indotto l'Amministrazione comunale ad agire in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990», con nota di G. TAGLIANETTI, *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, *Riv. giur. dell'ed.*, 1, 2013, 168.

Neppure, risulterebbe presente il rischio di disponibilità quando il contratto contiene una previsione secondo cui: *«in caso di inadempimento del concessionario nell'erogazione dei servizi l'azienda non potrà sospendere alcuna parte del pagamento del canone di disponibilità: si è così realizzato un significativo sganciamento tra adempimento della prestazione dedotta in contratto e diritto all'immediato conseguimento del corrispettivo previsto, "scaricando sulla parte pubblica" quei rischi di possibili interruzioni del rapporto che costituiscono una componente tipica del c.d. rischio di gestione»*.

Sul punto l'ANAC ha segnalato i rischi di un uso distorto della finanza di progetto, che può essere strumentalizzata al fine di eludere il patto di stabilità e traslare in avanti l'onere finanziario delle operazioni.

L'Autorità ha, dunque, chiarito che nelle opere fredde, come ad es. nel servizio pubblico d'illuminazione, per impiegare legittimamente la finanza di progetto gli atti contrattuali devono garantire che: *«il canone di "disponibilità" sia retributivo dell'effettiva funzionalità del servizio e non dovuto in caso di totale disservizio (cfr. co. 4 dell'art. 180 del D.lgs. 50/2016) ovvero sottoposto a penali automatiche, che implicino un rischio operativo "rilevante e/o significativo"»*.

Similmente si sono esclusi i presupposti per l'utilizzo della finanza di progetto nel caso della realizzazione di un ospedale⁷⁸, in cui era previsto un canone indipendentemente dalla richiesta delle

⁷⁸ Sulla possibilità di sperimentare le forme gestionali del partenariato pubblico privato nel settore sanitario si rinvia a F. FERRARA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra irccs e aziende sanitarie per la gestione dei servizi ospedalieri*, *For.amm. Cds*, fasc.5, 2007, p. 1637, dove si afferma che: «Alla luce di quanto detto una soluzione percorribile appare quella di ricondurre la fattispecie delle convenzioni in questione al più ampio genere al quale sembrano potersi ascrivere: quello delle forme di partenariato pubblico-privato.

La circostanza che oggetto del servizio siano prestazioni sanitarie non sembra costituisca un ostacolo. Diversi sono gli elementi che consentono di confermare questa affermazione: *a)* nelle esperienze straniere, le forme di collaborazione tra pubblico e privato nella sanità vengono considerate come una forma di partenariato pubblico-privato (34); *b)* l'opinione di quella dottrina italiana secondo la quale «le forme di partenariato non si esauriscono nelle infrastrutture e servizi» ma ben possono ricomprendere «le forme di sussidiarietà orizzontale [...] in cui la sostituzione dei privati alla pubblica amministrazione non determina la separatezza dell'amministrazione pubblica, ma originali forme di partenariato segnate da convenzioni, accordi e responsabilità» (35); *c)* il Piano sanitario nazionale attualmente in vigore nel quale le sperimentazioni gestionali vengono ricondotte nell'alveo del partenariato (36)».

prestazioni⁷⁹, atteso che il rischio di costruzione non poteva da solo giustificare l'impiego di tale strumento, risultando quest'ultimo presente anche nei contratti di appalto.

Non manca, tuttavia, una tesi più elastica, la quale considera il rischio trasferito anche quando l'impresa si è accollata tutte le opere (di ristrutturazione ed urbanizzazione) a fronte dell'impegno dell'amministrazione a corrisponderle un canone di locazione trentennale.

In questo caso, infatti, si osserva che il rischio non è azzerato, perché mentre: «*l'impegno finanziario dell'impresa era immediato (realizzazione delle opere)*», quello posto in capo alla p.a. è spostato in avanti e frazionato in ben trenta anni, ciò dunque consentirebbe di considerare legittima la procedura⁸⁰.

6. Il confronto tra il regime del rischio nella disciplina delle concessioni e del partenariato pubblico privato.

Completano il quadro della disciplina sul rischio alcune disposizioni, dettate dal codice dei contratti pubblici, le quali si occupano specificamente dell'aspetto suindicato.

In particolare, si deve richiamare la regolamentazione prevista in proposito dall'art. 165 per l'ipotesi delle concessioni amministrative individuate dal precedente art. 3.

Con tale disposizione si ribadisce che si deve trasferire il “*rischio operativo*”, definito come la possibilità che in circostanze normali le variazioni riguardanti i costi ed i ricavi debbano poter «*incidere significativamente*» sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione⁸¹.

Inoltre, si prescrive che in questi contratti «*la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario*» debba provenire «*dalla vendita dei servizi*»

⁷⁹ Così Tar Trentino Alto Adige – Trento, sez. I, 30.11.2016, n. 404.

⁸⁰ Così Cons. st., sez. V, 10.1.2012, n. 39, *Diritto e Giustizia online* 6.2.2012.

⁸¹ L'equilibrio economico-finanziario è definito come: «la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento» (cfr. art. 3 lett. fff).

sul mercato».

Di converso, nell'ambito degli strumenti del partenariato pubblico-privato l'impostazione sembra diversa, la normativa, infatti, in questo caso prevede i "ricavi di gestione": «*provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica*» (si cfr. l'art. 180, co. 3).

Nella disciplina del partenariato sembra, dunque, irrilevante la circostanza che il corrispettivo del contratto provenga dalla gestione diretta del servizio, come ordinariamente previsto nelle concessioni amministrative, o dal canone riconosciuto dall'ente.

Pertanto, non potrebbe dubitarsi della possibilità di ricorrere alla finanza di progetto anche per la realizzazione di quelle opere (fredde) le quali non espongono il privato al rischio dal lato della domanda, perché non sono suscettibili di produrre dei ricavi attraverso la vendita diretta dei servizi nel mercato.

Sul punto, tuttavia, la disposizione citata chiarisce che questo tipo di strumento comporta il trasferimento in capo al concessionario oltre che del rischio di costruzione, anche del «*rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi per il periodo di gestione dell'opera*».

Astrattamente, dunque, sembra confermata la possibilità di considerare il rischio trasferito non soltanto nel caso in cui sul concessionario siano spostati i rischi di costruzione, di disponibilità e di domanda, ma anche quando si ravvisi la presenza dei primi due e l'assenza del terzo⁸².

Invero, la legge non esclude, aprioristicamente, di utilizzare la

⁸² Per le c. d. *opere fredde*, si è richiamata anche l'applicazione dell'art. 3, comma 15 *ter* del Codice in cui è previsto che "alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat", così G.F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.*, n.12 del 2010, che sul punto afferma che: «La decisione 11 febbraio 2004 di Eurostat (*Treatment of public-private partnership*) ha fornito precise indicazioni sul trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato nel bilancio pubblico dei PPP in cui il soggetto pubblico risulta essere l'acquirente principale dei servizi. La pronuncia prevede, in particolare, che, al fine della determinazione dell'indebitamento pubblico, l'iscrizione dei beni oggetto di tali operazioni siano registrabili fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) a condizione che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato. Ciò che avviene soltanto qualora al concessionario sia trasferito il *rischio di costruzione* ed almeno uno dei seguenti rischi: *rischio di disponibilità* o il *rischio di domanda*».

finanza di progetto anche per le opere che non sono suscettibili di sfruttamento economico (es. scuole, uffici pubblici, ospedali), ma nel caso in cui l'opera risulti produrre un reddito esterno richiede di trasferire anche il rischio dal lato della domanda sul concessionario⁸³.

La filosofia di fondo che ispira questa tipologia di strumenti induce, infatti, a considerare preferibile il trasferimento del rischio della domanda nei confronti del privato ogniqualvolta l'opera sia idonea a generare un reddito esterno.

Il *favor* per il trasferimento del rischio, tuttavia, non sembra tradursi nell'affidamento necessario dello sfruttamento economico dell'opera o del servizio.

In tal senso depone sia la nozione di partenariato pubblico-privato, definito come un contratto con cui si prevede «*un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa*», sia la circostanza, sopra evidenziata, per la quale in questo caso: «*i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta...anche sotto forma di introito diretto della gestione*» (cfr. co. 2 art. 180).

In altri termini, si può pattuire indifferentemente come corrispettivo un canone versato dell'ente pubblico concedente o il diritto allo sfruttamento economico delle opere, attraverso il percepimento del ricavato proveniente dalle utenze.

Ciò che acquista, infatti, una rilevanza fondamentale nel complesso dell'operazione è invece la circostanza che il corrispettivo risulti inscindibilmente collegato alla «*effettiva fornitura del servizio o*

⁸³ Sul punto si cfr. anche G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.*, n.12 del 2010 che, esaminando la normativa precedente dell'art. 143 del codice, rileva che: «la controprestazione del concessionario “consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”... Tuttavia, la disposizione di cui al quarto comma della norma in esame prevede la possibilità che il concedente stabilisca in sede di gara “anche un prezzo” qualora: 1) “al 14 concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa”; 2) oppure qualora “sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”».

utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza alla domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante» (cfr. co. 3 art. 180).

In tale direzione, si prevede che nel caso di mancata o ridotta disponibilità dell'opera o dei servizi l'amministrazione possa versare un canone modulato in maniera proporzionale.

Ove tale mancanza o riduzione sia poi imputabile al concessionario la variazione del canone dovrà *«essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi»* (cfr. co. 4 dell'art. 180).

Tale impostazione, condivisibile sul piano generale, non convince nella parte in cui sembra affidare alla discrezionalità della p.a. la scelta di ridurre il canone nella prima ipotesi e richiedere che la variazione del canone incida in modo significativo soltanto nel caso di colpa del concessionario.

Si tratta, infatti, di una disciplina che non dispone, come sarebbe stato preferibile, in ogni caso di prestazione mancata o parziale una riduzione del canone e che limita la possibilità di una riduzione significativa alla circostanza che l'inadempimento sia imputabile alla colpa del privato.

In particolare, quest'ultima opzione non risulta coerente con il principio sancito dalla disciplina comunitaria, che impone il trasferimento nei confronti del privato dei rischi che non dipendono dal comportamento delle parti ma da soggetti terzi.

In tal senso, pertanto, si condivide la proposta presentata dall'ANCI, che ha richiesto di modificare la norma in esame prevedendo che la variazione del canone debba incidere in modo significativo *«quando si è in presenza di una ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio il cui rischio è stato trasferito ex ante, ai sensi del precedente comma 3, all'operatore economico»*, espungendo dal testo il riferimento al criterio dell'imputazione⁸⁴.

⁸⁴ Tale proposta dell'ANCI è riportata da R. FUSCO, *Le novità in tema di partenariato pubblico privato, Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017 p. 438.