

# PRINCIPI, DISPOSIZIONI E GIURISPRUDENZA COMUNITARIA IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO: UN QUADRO GENERALE.

di *Biancamaria Raganelli\**

SOMMARIO: 1. Il finanziamento delle opere pubbliche attraverso il ricorso a capitali privati; 2. Il Partenariato pubblico privato in Europa. Il libro verde del 2004 e l'evoluzione del fenomeno tra esigenze di flessibilità e controllo; 3. Il quadro giuridico comunitario; 4. Il diritto comunitario derivato. Le direttive nn. 17 e 18 del 2004; 5. Le principali comunicazioni interpretative della Commissione Europea in materia; 6. Principi comunitari rilevanti. Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. 7. Cenni sulla regolamentazione in alcuni Paesi europei. Il Codice dei contratti pubblici.

## **1. Il finanziamento delle opere pubbliche attraverso il ricorso a capitali privati**

Le infrastrutture costituiscono un *input* produttivo delle imprese, ed è dimostrato che hanno anche un importante impatto sui costi. Inoltre, accanto all'effetto diretto dello *stock* di infrastrutture sul tasso di crescita dell'economia, evidente soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, nei Paesi più industrializzati si registra anche un importante effetto indiretto in termini di stimolo agli investimenti privati.

Il dibattito su questi temi, unito alla generalizzata contrazione degli investimenti pubblici negli ultimi anni, in parte dovuta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica imposte dal Trattato di Maastricht del 1992, ha alimentato un interesse crescente in Europa verso modelli alternativi di finanziamento delle opere pubbliche e, in particolare, verso forme di Partena-

---

\* Ricercatore in Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Diritto Pubblico.

riato Pubblico Privato (PPP).

Una vasta letteratura sostiene l'esistenza di un nesso di causalità tra dotazione infrastrutturale e sviluppo economico di un paese. Si discute, invece, se il finanziamento delle infrastrutture debba avvenire con investimenti pubblici: meccanismi creativi di contabilità possono mascherare sotto forma di investimenti pubblici spese da catalogarsi come spesa corrente, inoltre investimenti pubblici potrebbero spiazzare altri investimenti potenzialmente più produttivi. In tal senso l'adozione di partnership pubblico private potrebbe aiutare ad individuare il mix migliore.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del «*know-how*» e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzazione, di regolatore e di controllare<sup>1</sup>.

Il Libro Verde del 1996 sugli appalti pubblici dell'Unione europea (Commissione europea, Libro Verde, Gli appalti pubblici nell'unione europea: spunti di riflessione per il futuro, 27 novembre 1996), parla di una spesa annua per l'acquisto di beni e servizi da parte dei pubblici poteri pari all'11 per cento del prodotto interno lordo dell'Unione Europea e indagini più recenti evidenziano una crescita tra la metà degli anni '90 del secolo scorso e il 2003 che supera il 16 per cento del Pil a livello comunitario e il 12,3 per cento del Pil in Italia.

Con l'espressione Partenariato Pubblico Privato si intende far riferimento a tutte quelle forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. L'espressione citata include una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. Nel "Libro verde relativo ai

---

<sup>1</sup> Commissione europea, Libro Verde sul PPP, 2004

partenariati pubblico-privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni” della Commissione Europea del 30 aprile 2004 sono dettate le linee guida del fenomeno, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti. Il documento intende illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP.

Tra i fattori di sviluppo del fenomeno nei principali Paesi europei nell’ultimo decennio gioca un ruolo importante la convinzione che l’introduzione di modelli privatistici consenta un miglioramento dell’efficacia della fase di programmazione degli interventi e della qualità complessiva delle infrastrutture realizzate e dei servizi erogati, nonché determini l’introduzione di meccanismi che stimolino un’effettiva concorrenza sui costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture. Nell’Europa continentale, hanno inciso, inoltre, considerazioni di finanza pubblica che hanno imposto vincoli di bilancio più stringenti. Ciò giustifica la particolare attenzione riposta dalla Commissione europea sullo sviluppo del PPP, anche in considerazione del rilevante impatto sul sistema economico.

Come chiarito dalla stessa Commissione europea, “L’interesse per queste forme di associazione, generalmente chiamate partenariati pubblico-privati (*Public-Private Partnerships* o PPP), è dovuto, in parte, ai vantaggi che le autorità pubbliche potrebbero trarre dal know-how del settore privato, soprattutto ai fini di un aumento dell’efficienza, e, in parte, ai vincoli dei bilanci pubblici. Tuttavia, 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 più tradizionale”<sup>2</sup>.

Il tema assume notevole interesse in Italia in considerazione del più volte denunciato gap infrastrutturale rispetto ai principali paesi europei e delle particolari esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Tra le principali criticità del fenomeno si evidenziano: a) la presenza di asimmetrie informative nel rapporto tra partner pubblico e privato che determina difficoltà nell’allocazione ottimale del rischio; b) le c.d. *contingent lia-*

---

<sup>2</sup> Commissione Europea, Comunicazione sui PPP, COM(2005) 569

*bilities*, legate al fatto che spesso il privato chiede garanzie ulteriori al settore pubblico con l'effetto di un impatto negativo sulla spesa pubblica; c) le frequenti rinegoziazioni dei contratti che comportano alti costi di transazione a carico delle pubbliche amministrazioni; d) la mancanza, con particolare riferimento al settore dei trasporti, di modelli economici che consentano il calcolo dei flussi di traffico a lungo termine; e) il c.d. rischio istituzionale o regolatorio, particolarmente forte nel nostro paese che contribuisce a tenere lontano i capitali stranieri.

L'auspicata collaborazione tra pubblico e privato costituisce espressione dell'evoluzione del ruolo del soggetto pubblico nella vita economica del paese, da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti. Il PPP in tal senso rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale.

Il PPP rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale, quale riconoscimento da parte dei pubblici poteri del ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione di attività di interesse generale e, quindi, anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali<sup>3</sup>. Inteso in senso "positivo" tale principio non impone alcun arretramento dello Stato, ma suggerisce una diversa modalità di intervento pubblico che promuova e sostenga l'autonoma capacità di azione dei singoli e delle formazioni sociali<sup>4</sup>.

Il fenomeno del PPP risulta connesso anche con quello della c.d. "privatizzazione del diritto amministrativo", cioè della diffusione all'interno della amministrazione della *res pubblica*, di una dimensione *latu sensu* privatistica, tanto sotto il profilo degli strumenti che dei principi, sia da un punto di vista economico che più strettamente giuridico. Essa ha riguardato la maggior parte degli elementi della pubblica amministrazione, sia quelli statici, come l'organizzazione, il personale e la finanza, sia quello dinamico, cioè il procedimento. È del tutto evidente, in realtà, come si sia dinnanzi ad una fenomenologia dell'evoluzione del concetto di Stato<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> E. Picozza, Introduzione al diritto amministrativo, Cedam, 2006.

<sup>4</sup> V. Baldini (a cura di), Sussidiarietà e diritti, Napoli, 2007

<sup>5</sup> C. Franchini, I contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato, in C. Franchini (a cura di), I contratti con la pubblica amministrazione, "Trattato dei contratti" diretto da P.

## **2. Il Partenariato pubblico privato in Europa. Il Libro verde del 2004 e l'evoluzione del fenomeno tra esigenze di flessibilità e controllo.**

Il dibattito avviato in Europa sul tema delle partnership pubblico private relative al finanziamento di infrastrutture e/o alla gestione dei servizi connessi non ha finora condotto all'elaborazione di una disciplina uniforme a livello comunitario e permangono incertezze nella classificazione di alcune operazioni.

Come chiarito dalla stessa Commissione europea, oggetto del dibattito non è la scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici, opzione che il diritto comunitario lascia alle singole autorità nazionali. In tale contesto le pubbliche amministrazioni nazionali sono libere di scegliere se produrre un certo servizio (*make*) o acquistarlo sul mercato (*buy*), ma sono tenute al rispetto dei principi comunitari a tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori. La Commissione non privilegia alcuna modalità di organizzazione della proprietà, sia essa pubblica o privata; l'articolo 295 (ex 222) del trattato garantisce infatti la neutralità nei confronti dello statuto, pubblico o privato, delle imprese<sup>6</sup>.

Come è stato chiarito, il diritto comunitario è neutrale per quanto riguarda la scelta delle autorità pubbliche di svolgere esse stesse un'attività economica o di affidarla a terzi. Tuttavia, se le autorità pubbliche decidono di coinvolgere terzi nell'esercizio di un'attività, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni potrebbe entrare in gioco. Lo scopo principale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni è di creare un mercato interno nel quale siano salvaguardati la libera circolazione dei beni e dei servizi, il diritto di stabilimento ed i principi fondamentali di parità di trattamento, di trasparenza e di mutuo riconoscimento e di far sì che, in tale mercato, i soldi spesi dalle autorità pubbliche per acquistare prodotti o per conferire a terzi il compito di prestare servizi o effettuare lavori siano ben spesi<sup>7</sup>.

---

Rescigno ed E. Gabrielli, UTET, Torino, 2007.

<sup>6</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles 12.4.2000

<sup>7</sup> Commissione Europea, Comunicazione al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, COM(2005) 569

La stessa Commissione europea si interroga sull'adeguatezza del diritto comunitario alle caratteristiche specifiche del PPP. Diversi sono i modelli applicati nei singoli Stati membri e comunque disciplinati in modo diverso. La Commissione si preoccupa, in particolare, di garantire che tali forme di collaborazione non risultino in qualche modo elusive delle regole della concorrenza. La generalizzata tendenza alla ricerca di procedure di affidamento più snelle e flessibili trova dunque il limite nel rispetto dei principi comunitari.

L'analisi delle peculiarità normative dei singoli Stati membri può d'altro canto costituire un importante contributo al dibattito nazionale sulle criticità di natura regolamentare che non favoriscono la partecipazione dei privati alla realizzazione di opere pubbliche a carattere infrastrutturale.

La stessa riflessione pubblicistica a livello nazionale sul tema del rapporto tra salvaguardia della concorrenza e procedure concessorie risulta fortemente influenzata dall'incalzante influsso dei principi europei<sup>8</sup>.

Come evidenziato "in un contesto caratterizzato da scarse risorse finanziarie pubbliche, attivare capitali privati per investimenti attraverso forme di partnership pubblico-privato può consentire il raggiungimento di una maggiore efficienza degli investimenti, sempre che si adottino adeguati criteri economico-finanziari e nel pieno rispetto dei principi di trasparenza, *par condicio* e concorrenza stabiliti innanzitutto dall'ordinamento comunitario (...). È quindi necessario adottare criteri capaci di governare decisioni tanto rilevanti in termini di spesa pubblica"<sup>9</sup>.

In molti Stati membri si avverte l'esigenza di un maggiore sviluppo infrastrutturale, che stimoli la crescita economica e la competitività in ambito internazionale, da cui la necessità, condivisa da più parti, di un maggiore coinvolgimento del settore privato, anche attraverso l'adozione di *partnership* in grado di migliorare l'efficienza della spesa rispetto all'alternativa di far gravare interamente sulla pubblica amministrazione l'onere di programmazione, progettazione e controllo dell'investimento. D'altro canto, il coinvolgimento del settore privato nella realizzazione di progetti infrastrutturali secondo schemi di Partenariato Pubblico Privato rappresenta un fattore positivo nello sviluppo dell'economia del paese a condizione che vengano ri-

---

<sup>8</sup> M. Cafagno, *Lo stato banditore*, 2001.

<sup>9</sup> Confindustria, *Appalti pubblici e concorrenza*, Progetto Concorrenza di Confindustria coordinato da I. Cipolletta, S. Micossi e G. Nardozi, 2007.

spettate alcune regole e che vengano correttamente percepiti i rischi connessi ad operazioni di questo tipo.

La questione concerne sostanzialmente l'opportunità di adottare procedure di affidamento più snelle e flessibili, come ad esempio il dialogo competitivo, introdotto dall'art. 29 della direttiva 2004/18/CE e recepito nell'art. 58 del Codice dei contratti. Su questi profili si è alimentato un vivace dibattito.

In questa prospettiva il terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti<sup>10</sup> ha previsto, tra le altre cose, l'adozione di una gara unica nelle procedure di affidamento della concessione di lavori pubblici ad iniziativa privata, che sembra recepire le istanze di snellimento della procedura più volte avanzate in seno alla dottrina ed alle parti sociali (ABI, 2007, 2008; ANCE, 2007).

Come si legge nella relazione illustrativa al Codice dei Contratti, d.lgs n. 163/2006, che recepisce le direttive nn. 17 e 18 del 2004, una ulteriore esigenza particolarmente avvertita è quella di snellimento delle procedure, rimuovendo ogni pericolo di incrostazione burocratica o comunque non funzionale al conseguimento delle esigenze sopra indicate di trasparenza e apertura del mercato. Un eccesso di regolazione inutile e non funzionale al conseguimento di tali obiettivi, infatti, si traduce nella negazione di quelle stesse priorità, contraddicendone i contenuti e le finalità. Al contrario, in molti casi occorre un'attenta disciplina in grado di evitare che la discrezionalità richiesta per assicurare la dovuta flessibilità resti fedelmente ancorata a canoni di legittimità e trasparenza, per la tutela delle esigenze di pubblico interesse sottese, nonché di corretta competizione concorrenziale tra gli operatori.

Esiste d'altro canto un evidente conflitto tra regole e discrezionalità. La previsione di procedure più flessibili offre uno strumento duttile per dare risposta alle esigenze dell'amministrazione: favorire il dialogo tra amministrazioni e operatori economici determina una maggiore apertura del mercato alla concorrenza. Ciò comporta una maggiore discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, che impone cautela ed evidenza l'esigenza di ricercare forme di garanzia proprio in nome della tutela della concorrenza tra gli operatori. L'esercizio della discrezionalità regolatoria consente, infatti, alla pubblica amministrazione, entro gli spazi lasciati dalla norma, di adattare l'affidamento del contratto alla situazione concreta; le "direttrici che presiedono la scelta" devono comunque essere sempre ispirate ai principi di rango

---

<sup>10</sup> D.lgs 11 settembre 2008, n. 1525, emanato in adeguamento del testo del Codice ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella procedura di infrazione del 30 gennaio 2008.

comunitario, che ruotano intorno alla tutela della concorrenza<sup>11</sup>.

In estrema sintesi vale la pena ricordare alcune previsioni contenute nel libro verde della Commissione europea del 2004. Tra i principali elementi caratterizzanti il fenomeno ricordiamo: a) la lunga durata del rapporto, che implica una cooperazione tra i due partner sui vari aspetti del progetto da realizzare; b) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato; c) il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a tutte le fasi del progetto; d) la distribuzione dei rischi tra il partner pubblico e quello privato. Il riparto dei rischi tra partner pubblico e privato si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Giuridicamente, il PPP si articola in due forme principali: il PPP di tipo contrattuale e il PPP di tipo istituzionalizzato. Nel primo caso il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali; nel secondo la cooperazione tra i due soggetti avviene in seno ad un'entità distinta dotata di personalità giuridica propria e che permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura, compatibilmente ad "un'applicazione normale del diritto societario"<sup>12</sup>

La seconda tipologia può realizzarsi sia attraverso la creazione di un'entità distinta *ad hoc* detenuta congiuntamente tra settore pubblico e quello privato, sia attraverso il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica preesistente.

In entrambi i casi il profilo rilevante è quello della scelta del soggetto privato<sup>13</sup> che deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali della traspa-

---

<sup>11</sup> M. Ricchi, La finanza di progetto nel Codice dei contratti a seguito del terzo correttivo, in corso di pubblicazione in *Urbanistica e appalti*, n. 12/2008.

<sup>12</sup> Commissione Europea, libro verde 2004, punto 63

<sup>13</sup> Il rapporto di collaborazione tra amministrazione e impresa risulta caratterizzato da asimmetrie informative e interessi potenzialmente in contrasto. Ciò deriverebbe dalla strutturale incompletezza del contratto, dovuta alla costruzione di un rapporto contrattuale complesso e di lunga durata, e dalla necessità, per la parte pubblica, di dover rinegoziare con il privato il suo comportamento, con alti costi di transazione e rischio di perdita di controllo per il soggetto pubblico. La presenza di asimmetrie informative nel rapporto, inoltre, produce fenomeni distorsivi di azzardo morale, che impongono alti costi di monitoraggio a carico della pubblica amministrazione, quale parte meno informata. Sul tema tra gli altri J. de Bettignes - T.W. Ross, *The Economics of Public-Private Partnerships*, in *Canadian Public Policy*, 2004. Sul tema vedi tra gli altri anche E. Iossa, D. Martimort, *The simple Micro-*

renza e della parità di trattamento.

Nella realtà gli elementi che il Libro verde individua come caratterizzanti, corrispondono a variabili operative. Una collaborazione tra un'amministrazione pubblica e un operatore privato può essere ricondotta a diversi tipologie che vanno dall'intervento pubblico tradizionale, in cui l'ente controlla direttamente ogni singola fase dell'erogazione del servizio, fino alla completa privatizzazione della proprietà e gestione dell'infrastruttura e del servizio pubblico correlato. In linea generale, comunque, in tutti i possibili modelli di Partenariato l'ente pubblico mantiene: a) la responsabilità della definizione degli standard di servizio quali-quantitativi minimi; b) la prerogativa del controllo del raggiungimento di determinati livelli di efficienza gestionale e di efficacia nel soddisfacimento dei bisogni degli utenti; c) il controllo sui meccanismi di determinazione delle tariffe a livelli socialmente accettabili.

Diversi sono i potenziali settori di intervento dei PPP, che vanno dai progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri finanziari connessi, e in cui il ruolo dell'Amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure, a quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica.

In linea generale le opere pubbliche possono essere fatte rientrare tra quei progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica, in quanto solitamente prevedono l'applicazione di un prezzo amministrato che consenta la fruizione dell'opera al pubblico in senso lato. Si tratta di iniziative che non sono in grado di assicurare adeguati ritorni economici, ma dalla cui realizzazione derivano rilevanti esternalità positive in termini di benefici socio-economici indotti dalla infrastruttura stessa, come può essere il caso della riqualificazione di aree urbane legate ad interventi di edilizia abitativa, ovvero alla riduzione della congestione del traffico legata alla realizzazione di tramvie o metropolitane. Proprio tali esternalità giustificano l'erogazione della contribuzione pubblica.

---

Economics of Public-Private Partnerships, 2008, <http://www.ssrn.com>; E. Iossa, G. Spagnolo, M. Vellez, Contractual Issues in Public-Private-Partnerships, Report prepared for the World Bank, 2007; P. Bajari, S. Houghton e S. Tadelis, Bidding for Incomplete Contracts: an Empirical Analysis, NBER Working Paper, No. W12051, 2006.

### 3. Il quadro giuridico comunitario.

Il quadro giuridico comunitario in materia di PPP è costituito da un complesso di norme e principi generali contenuti in fonti diverse. Tra queste ricordiamo, in primo luogo, i principi generali contenuti nei Trattati e risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, cui è riconosciuto il rango di diritto comunitario primario. A questi si aggiunge la disciplina di diritto comunitario derivato (regolamenti, direttive, decisioni), tra cui da ultimo le direttive nn. 17 e 18 del 2004. A queste si aggiungono una serie di Comunicazioni interpretative della Commissione europea ed altri documenti tra cui ricordiamo le Guidelines for successful Public-Private Partnership, marzo 2003, il Resource Book of PPP Case Studies, giugno 2004, il Green Paper on PPP's and Community Law on Public Contracts and Concession, marzo 2004 e da ultimo la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), Bruxelles, 5 febbraio 2008.

Il dibattito avviato in Europa sul tema delle partnership pubblico private relative al finanziamento di infrastrutture e/o alla gestione dei servizi connessi non ha finora condotto all'elaborazione di una disciplina uniforme a livello comunitario e permangono incertezze nella classificazione di alcune operazioni. La stessa Commissione europea pone in dubbio la stessa adeguatezza del diritto comunitario alle caratteristiche specifiche del PPP<sup>14</sup>.

Diversi sono i modelli applicati nei singoli Stati membri e comunque disciplinati in modo diverso. La Commissione si preoccupa in particolare di garantire che tali forme di collaborazione non risultino in qualche modo elusive delle regole della concorrenza; la ricerca di una maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento trova il limite nel rispetto dei principi comunitari sanciti dal Trattato e dal diritto comunitario derivato.

Come sopra ricordato, il Libro verde del 2004 detta le linee guida del feno-

---

<sup>14</sup> A questo proposito, il Fondo Monetario Internazionale, in un recente rapporto sul tema, si sofferma sull'importanza di una corretta valutazione delle operazioni di Partenariato Pubblico Privato nei conti pubblici nazionali, concludendo come sia assolutamente necessario valutare in termini reali e sostanziali, piuttosto che formali, l'impatto di questo tipo di operazioni sui bilanci pubblici (Fondo Monetario Internazionale (FMI), Italy: Selected Issues, marzo 2006, disponibile su <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2006/cr0659.pdf>).

meno, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti. Con particolare riferimento ai PPP contrattuali la Commissione Europea ha svolto alcune interessanti considerazioni in tema di concessioni e di finanza di progetto, istituti giuridici che corrispondono al modello tipo di PPP per durata del rapporto, impegno finanziario dei privati, ripartizione dei rischi.

Relativamente alle concessioni – caratterizzate dal legame diretto tra il privato e l'utente finale, sotto il controllo del partner pubblico – il Libro verde indica che non è imminente una completa disciplina comunitaria, analoga a quella degli appalti pubblici, principalmente per la diversità delle discipline nazionali e per la perdurante volontà degli Stati di mantenere un rilevante ruolo in materia.

Il diritto comunitario degli appalti pubblici non conosce una specifica definizione di *project financing* cui si accompagni un'autonoma e specifica disciplina, mentre disciplina l'appalto di lavori pubblici e la concessione di lavori pubblici. La finanza di progetto è chiaramente distinta nel Libro verde dal modello concessorio classico, di cui rappresenta ormai una variabile ricca di autonome caratteristiche. Tra le diverse tipologie di PPP contrattuale la finanza di progetto può essere fatta rientrare nel modello contrattuale *Design Build, Operate, Transfer* (DBOT), in cui l'operatore privato progetta, costruisce, finanzia totalmente o parzialmente e gestisce un'opera pubblica che, alla fine del periodo previsto contrattualmente, viene ceduta all'ente. Il Libro verde fa riferimento alla *Private Finance Initiative*, che rappresenta un'applicazione principalmente britannica. In Italia la finanza di progetto continua ad essere strettamente connessa al modello concessorio: il contratto di concessione di costruzione e gestione costituisce l'esito della procedura amministrativa di affidamento oggi disciplinata dal Codice dei contratti.

Di fatto neppure il Libro verde fornisce una definizione propriamente giuridica del Partenariato. Quanto contenuto nel Libro verde rappresenta, semmai, una descrizione analitica del fenomeno, nata da una concreta osservazione della prassi che cerca di mettere in evidenza i punti di contatto

con il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni. In definitiva, l'ordinamento comunitario non si preoccupa di definire le categorie giuridiche, quanto piuttosto di specificare le norme concorrenziali ad esse applicabili. Ciononostante esso rappresenta un'opera ricognitiva delle diverse esperienze di collaborazione pubblica-privata presenti in Europa. Per questa sua natura documentale, il testo al suo interno raccoglie esperienze tra loro abbastanza eterogenee, anche se riportate all'interno di una stessa categoria.

Ad esempio sotto la stessa dicitura di Partenariato contrattuale si fa riferimento tanto alla concessione, quanto alla c.d. Private Finance Initiative (PFI) di derivazione anglosassone, mentre quest'ultima rappresenta piuttosto un programma di cooperazione pubblico-privata basato su diverse soluzioni contrattuali.

#### **4. Il diritto comunitario derivato. Le direttive nn. 17 e 18 del 2004.**

Il libro verde del 2004 precede di poco l'approvazione delle direttive sugli appalti del marzo dello stesso anno. In un certo senso, pur nella diversità di forza giuridica, può essere ritenuto parte dello stesso progetto giuridico.

L'intervento complessivo dell'ordinamento comunitario rappresenta, di fatto, il frutto di progressivi aggiustamenti volti ad accrescere l'efficienza del sistema di regole e *governance* di un settore, quello del *public procurement*, particolarmente rilevante a livello economico e da sempre intimamente connesso al paradigma statale.

La *ratio* sottostante l'intervento regolamentare fornisce la chiave di lettura del tentativo di ampliare l'ambito di applicazione del mercato interno. Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE rappresentano un termine di confronto indispensabile. Con esse la Comunità europea ha introdotto una nuova disciplina delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori esclusi, ovvero acqua, energia, poste e trasporti. L'obiettivo principale perseguito dal legislatore europeo è senza dubbio l'apertura di tali mercati alla concorrenza, quale bene giuridico strumentale al perseguimento dell'interesse generale.

La finalità perseguita dalle direttive citate è di armonizzare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei diversi ordinamenti nazionali, nel rispetto dei principi del Trattato sulla libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza<sup>15</sup>. A questo si aggiunge la necessità di un'apertura dei mercati in questione alla concorrenza<sup>16</sup>. Infatti, una delle ragioni principali per le quali si è

---

<sup>15</sup> Considerando numero 2, direttiva 2004/18/CE.

<sup>16</sup> Sul concetto di concorrenza nel settore degli appalti si veda anche la sentenza n. 401 del 2007 della Corte Costituzionale. Per un commento tra gli altri vedi R. Mollica, Riflessioni

reso necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione, è data dal carattere chiuso di tali mercati, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio nei settori richiamati. Anche in questo ambito, dunque, viene in rilievo un altro, ma connesso, aspetto relativo alla tutela della concorrenza: l'esigenza di prevedere misure di liberalizzazione dei settori sopra indicati finalizzate a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza<sup>17</sup>.

Si evidenzia, pertanto, l'importanza di una regolamentazione orientata alla tutela e alla promozione della concorrenza, quale bene strumentale alla soddisfazione della domanda in termini di prezzo e qualità del servizio, mediante un'efficiente livello di mobilità delle prestazioni. In buona sostanza il filo logico sotteso ai diversi interventi susseguitisi nel tempo è quello di garantire a tutti gli operatori comunitari il diritto di partecipare in assoluta parità di condizioni e in piena trasparenza a gare pubbliche. Seppur indirettamente, si finisce per perseguire anche un fine ulteriore: l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario delle amministrazioni aggiudicatrici nel timore che queste, sotto l'influenza dei pubblici poteri, nell'aggiudicare un appalto o una concessione, possano lasciarsi guidare da considerazioni non strettamente economiche<sup>18</sup>.

La logica giuridica sottostante a tali interventi normativi è ispirata alla c.d. legalità di mercato: si tratta cioè di principi generali improntati a favorire l'economia di mercato ed il gioco serio ed effettivo della concorrenza<sup>19</sup>. Così accanto alle ragioni tradizionali che hanno giustificato nel tempo la presenza di disposizioni pubblicistiche nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, quali l'esigenza di tutela dell'interesse patrimoniale di quest'ultima e quella della trasparenza, in considerazione dei rilevanti interessi economici coinvolti, ha acquisito particolarmente rilievo anche una terza, quella della parità di condizioni degli operatori economici.

Diversamente da quello che potrebbe apparire a prima vista, è la stessa necessità di affermare la concorrenza tra gli operatori economici ad imporre la

---

sul codice dei contratti pubblici alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 23 novembre 2007, n. 401, in *Giurisprudenza amministrativa*, n. 10/2007, pp. 359 ss.

<sup>17</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 401 del 2007.

<sup>18</sup> C. Giustizia, 23 maggio 2003, causa C-18/2001; id., 3 ottobre 2000, causa C-380/1998

<sup>19</sup> E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione*, in C. Franchini (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*; op. cit., 2007.

permanenza di tratti di disciplina pubblicistica dei contratti della pubblica amministrazione<sup>20</sup>. La penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, quindi, ha conferito a tali norme la finalità di creare un mercato unico al quale tutti i soggetti interessati possano accedere con condizioni di partecipazione analoghe e non discriminatorie sulla base della nazionalità. Lo Stato e il Mercato, il pubblico ed il privato non sono più mondi separati e contrapposti, ma si presentano come entità che interconnesse. D'altra parte, proprio il settore del *procurement* rappresenta la sede ideale per sperimentare, come detto, nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato.

Si tratta di trovare il giusto punto di equilibrio tra l'urgenza di garantire maggiore flessibilità alla stazione appaltante nel rivolgersi al mercato per il pieno soddisfacimento delle proprie esigenze, avvalendosi delle opportunità di dialogo e scambio globale offerte dal ricorso ai più avanzati supporti tecnologici, e il doveroso compito di conformare l'esercizio di tale libertà all'*acquis communautaire*, ossia tanto ai principi della libera circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi enunciati nel Trattato UE<sup>21</sup>, quanto a quelli di parità di trattamento, trasparenza, reciprocità, proporzionalità e soprattutto di concorrenza enucleati nel loro profilo applicativo soprattutto nelle aule dei giudici europei. E' espressamente disposto che la direttiva in esame si basa sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulla giurisprudenza relativa ai criteri di aggiudicazione<sup>22</sup>.

Le direttive citate sono state recepite in modi e tempi diversi nei 27 Stati dell'Unione. Il termine ultimo per il recepimento delle citate direttive all'interno degli ordinamenti nazionali è stato stabilito nella data del 31 gennaio 2006<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> C. Franchini, I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato, op. cit.

<sup>21</sup> Si veda ad es., il caso 76/1981, SA Transporoute et travaux v. Minister of public works, in New law journal, 1983, p. 533, nonché il caso 3/1988,

Data processing case, Commissione v. Italia, 1989.

<sup>22</sup> Direttiva 2004/18/CE, 1° Considerando. Sul punto v. anche il 2° e il 3° Considerando, Part. 2, dir. n. 18/04, nonché Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/2000, in Foro it., 2000, IV, p. 67 e circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie 29 aprile 2004, in G.U., 12 luglio 2004.

<sup>23</sup> C. Rangone, Il recepimento delle direttive 17 e 18 in alcuni Stati Membri dell'Unione – Belgio, Francia, Portogallo, Germania, Spagna, Regno Unito. Relazione al Convegno IGI Procedure d'infrazione CE contro il codice dei contratti.

Gli unici paesi che hanno dimostrato un tempismo significativo sono Danimarca, Olanda e Regno Unito. In realtà, con il Code des marchés publics del 2004, la Francia aveva addirittura anticipato il recepimento rispetto all'approvazione finale delle Direttive stesse. Tuttavia la manovra non si è rivelata particolarmente felice, rendendosi necessaria, a seguito delle osservazioni sollevate dalla Commissione, l'emanazione del nuovo Code 2006, attualmente in vigore. Alcuni Stati, tra cui la Spagna, che ha recepito la direttiva alla fine del 2007, hanno registrato, invece, un certo ritardo. In particolare, in cinque finiranno davanti alla Corte per ritardata notifica delle misure di recepimento: Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Slovenia. Altri due, poi, hanno già subito la condanna: la Svezia, con sentenza del dicembre 2007, ed il Portogallo, con una sentenza dell'aprile 2008.

Quanto ai profili formali, si registrano sostanzialmente due modalità di recepimento. Da un lato, Italia, Francia e Portogallo hanno adottato un unico testo per entrambe le direttive; dall'altro, la tendenza generale è stata quella di provvedere al recepimento mediante due provvedimenti legislativi separati ed autonomi, uno per ciascuna direttiva. Un caso a parte, invece, è rappresentato dalla Germania che ha varato separatamente le due normative, per poi innestarle entrambe nella legge generale sugli appalti (GWB).

Da un punto di vista sostanziale, poi, è possibile distinguere i paesi di *common law* (Gran Bretagna, Irlanda), quelli che seguono il modello civilistico (ad esempio, Germania, Austria, Olanda) e quelli che seguono il modello amministrativo, simile a quello italiano (Belgio, Francia, Spagna, Portogallo).

Per i primi il recepimento è molto fedele al testo delle direttive, c.d. *recepimento fotocopia*. Nei paesi con sistema di tipo civilistico, invece, si è registrato un certo livello di fedeltà che però ha imposto dei necessari adattamenti e l'aggiunta di norme tecniche. Nel sistema amministrativo, infine, il recepimento si è rivelato decisamente di tipo "rielaborativo", come testimoniano soprattutto il Codice italiano e i due successivi Code (2004 e 2006) francesi, nonché le numerose proposte di legge in Spagna e Portogallo e il grave ritardo del Belgio. La conseguenza di tale ultimo approccio si sintetizza nei rilievi mossi dalla Commissione, che risultano essere più ampi ed incisivi. Significative in proposito, le esperienze di Francia e Italia. Gli altri Stati rientranti nelle altre due tipologie individuate, hanno ricevuto richieste di adeguamento al diritto comunitario spesso importanti, ma puntuali.

I principali provvedimenti di recepimento sono nel Regno Unito le Public Contracts Regulations e le Utilities Contracts Regulations, in vigore dal 31 gennaio 2006 che recepiscono, rispettivamente, la direttiva 18/2004/CE e la

direttiva 17/2004/CE; in Francia il Code de Marchés Publics; in Germania il Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (la legge antitrust), il Vergabeordnung - VgV (l'ordinanza sull'aggiudicazione dei contratti pubblici) e i regolamenti VOB, VOL e VOF; in Spagna, la Ley 30/2007 del 30 ottobre 2007, in vigore dal 31 aprile 2008, Ley de contratos del sector público per il recepimento della direttiva 18 e la Ley 31/2007 per il recepimento della direttiva n. 17.

### **5. Le principali Comunicazioni interpretative della Commissione europea in materia.**

Le diverse tipologie di PPP contrattuale possono essere ricondotte nell'ambito della *summa divisio*, operata dallo stesso Libro verde del 2004, in appalti e concessioni, entrambi sottoposti all'applicazione del Trattato CE e alla disciplina sugli appalti pubblici e concessioni.

L'appalto di lavori pubblici è definito come “un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione avente per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori o di un'opera, oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione<sup>24</sup>.”

La concessione di lavori pubblici è definita nella direttiva come un “contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo<sup>25</sup>.”

Come chiarito dalla stessa Commissione europea, la differenza principale rispetto agli appalti pubblici è che il concessionario, il quale di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente a tale sfruttamento. Questa presenza di capitale privato è considerata uno dei fattori principali che spingono le autorità pubbliche a costituire PPP<sup>26</sup>.

Già con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 2000, la Commissione indicava il diritto di gestione come elemento caratterizzante la figura concessoria rispetto all'appalto pubblico. Come ricordato l'elemento distintivo determinante della nozione di conces-

---

<sup>24</sup> Art. 1 punto 2 lett. b, direttiva 2004/18/CE

<sup>25</sup> Art. 1 punto 3, Direttiva 2004/18/CE

<sup>26</sup> Commissione Europea, Comunicazione sui PPP, COM(2005) 569

sione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione; il diritto di gestione può anche essere accompagnato da un prezzo<sup>27</sup>.

Una caratteristica fondamentale delle concessioni è, infatti, che il concessionario ha il diritto di sfruttare la struttura o il servizio fornito in concessione, quale remunerazione per avere realizzato la struttura o prestato il servizio. Ne consegue che, a differenza degli appalti pubblici, il concessionario, che di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente alla gestione dell'opera realizzata.

Tuttavia, poiché all'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano regole diverse, nel diritto comunitario non esiste una procedura di aggiudicazione uniforme specificamente pensata per i PPP. La direttiva 2004/18/CE stabilisce che "le amministrazioni pubbliche aggiudicano gli appalti di lavori, forniture e servizi mediante procedura aperta, tipica gara ad evidenza pubblica, o in alternativa ristretta, alla quale possono partecipare solo i candidati individuati ed invitati dall'amministrazione aggiudicatrice (licitazione privata e appalto concorso). Malgrado la loro importanza pratica, soltanto poche disposizioni del diritto comunitario derivato coordinano le procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici (in particolare artt. da 56 a 65 della dir. 2004/18/CE e l'art. 18 della dir. 2004/17/CE).

A loro volta, la disciplina applicabile all'aggiudicazione delle concessioni di servizi è soltanto quella risultante dagli artt. 3 e 17 della direttiva 2004/18/CE (recepita nell'art. 30 del Codice dei Contratti) e dai principi derivanti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE: trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.

Di fatto, le concessioni costituiscono una diversa categoria di contratti non disciplinati o parzialmente disciplinati dalle direttive (Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici» (2006/C 179/02), in Gazzetta dell'Unione europea del 1.8.2006). Come chiarito, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trat-

---

<sup>27</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles 12.4.2000

tato CE<sup>28</sup>.

Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi del Trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (art. 28 del TCE), il diritto di stabilimento (art. 43), la libera prestazione di servizi (art. 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco. Viene così definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del Trattato CE.

Ciò trova conferma nel considerando n. 2 della direttiva 2004/18/CE. L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato<sup>29</sup>.

Il concetto è ribadito dalla stessa Corte Costituzionale, Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. D'altro canto, sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determina-

---

<sup>28</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», 2006/C 179/02

<sup>29</sup> Direttiva 2004/18/CE, considerando n. 2

to il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale<sup>30</sup>.

Pertanto, la normativa interna in materia eventualmente in contrasto con i suddetti principi comunitari, sia pure dopo un tentativo di *interpretazione conforme*, deve ritenersi in contrasto con il diritto comunitario e il giudice nazionale è tenuto a disapplicarla. Sul tema della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE è piuttosto vasta, basti ricordare la sentenza Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte del 1963, la sentenza Costa c. Enel del 1964, la sentenza Le Verts c. Parlamento europeo del 1986 e la sentenza Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA del 1978.

Anche i partenariati istituzionalizzati, c.d. IPPP, soggiacciono al rispetto dei principi comunitari a tutela della concorrenza. Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni.

Le **società miste** costituiscono un esempio di PPPI. L'istituto in Italia originariamente previsto dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, poi confluito nel Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali TUEL, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113, co. 5 lett. b), ha posto principalmente la questione delle modalità di affidamento del servizio, incentrato sulla necessità o meno di un provvedimento concessorio, nonché nella scelta dei partner privato<sup>31</sup>.

Circa la selezione del socio privato l'art. 1, co. 2 del Codice dei contratti oggi prevede che "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica".

La questione è se una volta selezionato il socio privato, anche l'affidamento del servizio debba soggiacere ad una procedura competitiva. L'opinione

<sup>30</sup> Corte Costituzionale, sent. 23 novembre 2007, n. 401

<sup>31</sup> F. Caringella, I soggetti aggiudicatori: le società pubbliche, in I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a cura di De Nictolis, Milano, 2007, pp. 310 ss.

dominante propende per la soluzione affermativa, anche se è stato sostenuto che il modello di società mista diffuso in Italia riconosce la possibilità che il socio privato, selezionato con procedura ad evidenza pubblica, sia chiamato a svolgere in via diretta, senza ulteriore gara, il servizio per cui la nuova società è stata costituita<sup>32</sup>

In particolare il settore dei servizi pubblici locali è caratterizzato dalla non replicabilità delle reti e/o da effetti di congestione che rendono impossibile la concorrenza “nel” mercato e consentono al più una concorrenza “per” il mercato, attraverso la previsione di procedure ad evidenza pubblica competitive per la selezione del gestore del servizio. In questo contesto le procedure di gara aperte sono spesso considerate come il miglior mezzo per assicurare una concorrenza “per” il mercato<sup>33</sup>. La questione può essere inquadrata all’interno della scelta se esternalizzare o meno la gestione del servizio pubblico.

Vale peraltro la considerazione generale, più volte espressa dalla Corte di Giustizia e recentemente ribadita dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2008 che anche nell’ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l’apertura alla concorrenza<sup>34</sup>.

Ogni operatore potenzialmente interessato ha diritto ad avere accesso ad informazioni adeguate sull’affidamento (...). La notizia dell’indizione della procedura di affidamento soggiace agli obblighi di trasparenza e pubblicità e la gara stessa deve essere condotta con imparzialità ed in modo non discriminatorio

Sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPP Istituzionalizzati è stata recentemente emanata una Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008, C (2007)6661, che chiarisce alcuni aspetti dibattuti.

L’incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai PPPI può nuocere al successo della formula. Il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario può anche dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti

---

<sup>32</sup> Circ. Ministero dell’Ambiente 6 dicembre 2004; TAR Liguria, 28 aprile 2005, n. 527; TAR Sicilia, 18 aprile 2005, 671; Consiglio di Stato, 3 febbraio 2005, n. 272

<sup>33</sup> M. Clarich, Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti *in house* e concorrenza per il mercato, in *Corriere giuridico*,

<sup>34</sup> C. Giust. CE 10 novembre 2005, C-20/04

privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati. La Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati illustra quelle che, secondo la Commissione, devono essere le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati. Obiettivo della comunicazione è accrescere la certezza del diritto e, soprattutto, dare una risposta alle preoccupazioni espresse da più parti circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei PPPI, vista da alcuni come un elemento che rischia di rendere tale formula poco attraente se non addirittura impraticabile. L'adozione della presente comunicazione rientra nell'impegno a fornire elementi di orientamento nel campo dei servizi di interesse generale, assunto dalla Commissione nella comunicazione sui servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale, del 20 novembre 2007<sup>35</sup>.

Particolare attenzione viene dedicata al processo di costituzione dei PPPI, quale momento cruciale per il rispetto dei principi concorrenziali di derivazione comunitaria.

Viene sottolineato che concretamente l'instaurazione di un Partenariato Pubblico-Privato istituzionalizzato si traduce in genere: a) nella costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione, oppure, b) nella partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna"<sup>36</sup>.

Indipendentemente dalle modalità di costituzione del PPPI, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente per la selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando

---

<sup>35</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), C(2007)6661

<sup>36</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa IPPP, C(2007)6661

procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista"<sup>37</sup>.

Se l'incarico affidato a un'entità a capitale misto è l'esecuzione di un appalto pubblico interamente soggetto all'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la procedura di selezione del partner privato è stabilita da tali direttive.

Se si tratta di una concessione di lavori o di un appalto pubblico parzialmente disciplinato dalle direttive in materia, si applicano le regole e i principi fondamentali derivanti dal Trattato CE insieme alle pertinenti disposizioni delle direttive. Nel caso dei servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, si applicano i principi fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato CE qualora si ritenga che gli appalti presentano un interesse certo per imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice.

Infine, nel caso di una concessione di servizi o di un appalto pubblico non rientrante nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la selezione del partner privato deve essere effettuata nel rispetto dei principi del Trattato CE.

## **7. Principi comunitari rilevanti. Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.**

Come è stato sostenuto, il settore del *public procurement* si conferma essere un ottimo laboratorio di analisi e sperimentazione delle modificazioni apportate dal diritto comunitario al diritto amministrativo nazionale<sup>38</sup>.

Le citate comunicazioni interpretative della Commissione europea unitamente alla Giurisprudenza della Corte di Giustizia, già prima dell'emanazione delle direttive nn. 17 e 18 del 2004, hanno contribuito a chiarire l'imprescindibile applicazione alle diverse tipologie di Partenariato pubblico privato di alcuni principi fondamentali, cui si riconosce il rango di

---

<sup>37</sup> Corte giust. CE, Causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. 2005, pag. I-9705, punto 42

<sup>38</sup> E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2004.

diritto primario.

Tali principi sono stati richiamati nelle direttive del 2004. Gli artt. 2 direttiva 2004/18/CE e 10 direttiva 2004/17/CE, nonché le pronunce della Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C - 324/1998 e 3 dicembre 2001, C. 59/2000, sono stati recepiti nell'art. 2 del Codice dei Contratti, il quale prevede che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

La norma contiene una previsione unica per gli appalti di lavori, servizi e forniture e distingue i principi applicabili indifferentemente nell'affidamento ed esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, e alcuni principi che si applicano solo nella fase di affidamento, ove viene maggiormente in rilievo l'esercizio di attività amministrativa<sup>39</sup>.

Al di là dei principi richiamati nel Codice dei Contratti, i contratti pubblici stipulati in ambito comunitario soggiacciono ad un complesso di principi formati nel corso del tempo nell'ordinamento comunitario. La derivazione di tali principi può essere in parte ricondotta direttamente al Trattato istitutivo, come nel caso del principio di non discriminazione e di leale cooperazione, o al diritto comunitario derivato, in parte si sostanziano in principi elaborati dalla Corte di Giustizia delle CE, individuati in base a norme comunitarie primarie e/o derivate e alle tradizioni comuni agli ordinamenti nazionali (c.d. principi generali dell'ordinamento comunitario). Rientrano in quest'ultima categoria ad esempio il principio di legalità, di certezza del diritto, di non discriminazione, di buona amministrazione, di imparzialità, buona fede, legittimo affidamento, proporzionalità, coerenza, rispetto dei diritti quesiti, diritti relativi alla tutela giurisdizionale e al procedimento amministrativo<sup>40</sup>.

I principi comunitari fondamentali rilevanti in materia sono riassunti anche nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, ripresi nella circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 1 marzo 2002, n. 344. Questi sono: il principio di parità di trattamento, di non

<sup>39</sup> R. E., Ianigro, sub art. 2, in Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi, diretto da R. Garofoli e G. Ferrari, Nel diritto editore, 2009.

<sup>40</sup> S. Cassese, Corso di diritto amministrativo, vol. 6, 2005; id. Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2003, pp. 35 ss.

discriminazione, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

Secondo il Libro Verde della Commissione europea sui PPP del 2004 qualsiasi atto sia contrattuale sia unilaterale attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi (artt. 43 e 49). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.

Vale la pena evidenziare che i suddetti principi costituiscono un *framework regolamentare* cui è ispirata l'intera disciplina sui contratti pubblici e, cui sono soggetti anche i contratti esclusi dalla disciplina dettata dalle direttive di settore, oltre che gli stessi partenariati pubblico privati di tipo istituzionalizzato, come chiarito dalla Comunicazione interpretativa del 2008.

L'art. 27 del Codice dei contratti chiarisce che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del (...) Codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Il principio di *parità di trattamento* è strettamente connesso con quello di *non discriminazione* ed entrambi costituiscono valori su cui si fonda la disciplina comunitaria. Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza costituisce un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza e uno dei principi fondamentali del diritto comunitario: esso "impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata"<sup>41</sup>.

Il principio di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi per ragioni di cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze<sup>42</sup>.

Tale principio, dunque, ha portata più vasta, in quanto consente la valuta-

---

<sup>41</sup> C. Giust., 8 ottobre 1980, causa 810/79 - *Uberschar*

<sup>42</sup> C. Giust., 13 luglio 1993, causa 330/91 (*Commezbank*). Nello stesso senso si era espressa anche precedentemente in Corte Giust., 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/81 (*Seco e Desquenne*).

zione della discriminazione in base a criteri diversi. La sua definizione, comunque, non è soltanto in negativo, in quanto divieto di discriminazione, ma anche in positivo, come obbligo di definizione di “regole del gioco” chiare ed eque, definite e rese pubbliche con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una gara nella stessa condizione di partenza e applicabili in modo uniforme, al fine di rendere effettivo il mercato della concorrenza.

Ciò implica non solo la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all’attività economica, ma anche l’adozione da parte delle autorità pubbliche di ogni misura adatta a garantire l’esercizio di tale attività<sup>43</sup>

Le amministrazioni, pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, sono tenute a garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga nel rispetto delle regole e dei requisiti stabiliti inizialmente<sup>44</sup>.

Tutti i concorrenti devono essere messi in condizione di formulare le loro offerte in condizioni di parità e il raffronto delle offerte deve avvenire in base a criteri obiettivi. Può essere ritenuta un’applicazione di questo assunto il principio, consolidato nella Giurisprudenza del Consiglio di Stato, della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione, secondo cui il procedimento deve essere assoggettato alla disciplina vigente all’epoca di pubblicazione del bando, momento iniziale del procedimento stesso, e le modifiche normative intervenute successivamente a tale data, per quel procedimento, devono considerarsi irrilevanti<sup>45</sup>.

Secondo la Corte di Giustizia i criteri che conducono all’individuazione dell’aggiudicatario non possono essere modificati nel corso della procedura e devono essere applicati in maniera oggettiva e uniforme a tutti i partecipanti<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> C. Giust., 26 febbraio 1992, causa 357/89 (Raulin), e 7 luglio 1992, causa 295/90, Parlamento c. Consiglio.

<sup>44</sup> C. Giust., 25 aprile 1996, causa 87/94 (Bus Wallons)

<sup>45</sup> Cons. St., V, 11 maggio 1998, n. 226; Cons. St., V, 14 aprile 2000, n. 2237; Cons. St., V, 22 settembre 2001, n. 4989

<sup>46</sup> C. Giust., 18 ottobre 2001, in causa 19/00 - SIAC Construction Ltd

Può affermarsi che il procedimento concorrenziale svolge la funzione di garantire l'imparzialità delle scelte dell'amministrazione e la selezione dell'offerta ritenuta "migliore" nell'interesse pubblico che la stessa è tenuta a perseguire. Infatti si assume che con la messa in concorrenza di tutte le offerte potenziali su un dato progetto e il rispetto del principio di parità di trattamento, il sistema selezioni quella migliore. Ulteriori effetti della concorrenza, poi, sono la riduzione del margine di profitto dell'aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall'amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche con riferimento alla durata della stessa. In tal senso l'esperibilità di procedure ad evidenza pubblica risulta finalizzato anche a selezionare "l'offerta economicamente più vantaggiosa" per la pubblica amministrazione.

Il raffronto delle offerte deve rispettare, in tutte le fasi della procedura, anche il principio di *trasparenza*, affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle offerte<sup>47</sup>. Questo mira ad assicurare l'effetto utile del principio di parità di trattamento garantendo effettive condizioni di concorrenza ed esige, altresì, che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione<sup>48</sup>.

Nella sentenza *Teleaustria*, la CGCE ha dichiarato che l'obbligo di trasparenza consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. In pratica, la garanzia di una procedura equa e imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente<sup>49</sup>. Deriva da quanto precede che un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto<sup>50</sup>.

In una pronuncia del 2007 è stato chiarito che i principi generali di parità di trattamento ed obbligo di trasparenza si applicano anche nel caso di appalti sotto soglia comunitaria. Un'autorità aggiudicatrice che abbia adito l'organo nazionale competente affinché venga avviata la procedura di salva-

---

<sup>47</sup> C. Giustizia, 25 aprile 1996, causa 87/94 - Bus Wallons

<sup>48</sup> Commissione Europea, Comunicazione interpretativa del 2000.

<sup>49</sup> Corte di Giustizia CE, *Teleaustria*, sent. 7 dicembre 2000, causa C-324/98; sent. 21 luglio 2005, causa 231/03 - Corame; sent. 13 ottobre 2005, causa 458/03 - Parking Brixen

<sup>50</sup> Corte di Giustizia CE, sent. 2005, Causa C-234/03

guardia, con riferimento a dispositivi medici muniti di marcatura CE, è tenuta a sospendere la gara l'appalto fino alla conclusione di tale procedura di salvaguardia, essendo il risultato di quest'ultima vincolante nei confronti della detta autorità; se l'attuazione della procedura di salvaguardia determina un ritardo tale da compromettere il funzionamento di un ospedale pubblico e, in tal modo, la salute, l'autorità aggiudicatrice può legittimamente adottare tutti i provvedimenti provvisori che le consentano, nel rispetto del principio di proporzionalità, di procurarsi i materiali indispensabili al buon funzionamento del detto ospedale<sup>51</sup>.

Quanto all'applicabilità dei principi citati alle concessioni di servizi, come ribadito dagli artt. 3 e 17 della direttiva 2004/18/CE, recepita nell'art. 30 del Codice dei contratti, la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità<sup>52</sup>.

Nel caso di affidamenti in house è stato peraltro recentemente ribadito che gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità nonché l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano a che un'autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, dal momento che dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche<sup>53</sup>.

Il principio di *proporzionalità* esige che ogni provvedimento adottato sia adeguato agli scopi perseguiti<sup>54</sup>. La centralità del suddetto principio nel diritto comunitario è ribadita in diverse pronunce dalla Corte di Giustizia: 11 luglio 1989, causa 265/87, punto 21 (Schrader) e 23 ottobre 1993, causa 127/92, punto 27.

In base al principio del *mutuo riconoscimento* ciascuno Stato membro accetta i prodotti e servizi forniti da altri operatori economici di altri Stati membri, nella misura in cui gli stessi rispondano in modo equivalente alle esigenze

<sup>51</sup> Corte di Giustizia CE, sent. 14 giugno 2007, C 6/05

<sup>52</sup> Codice dei contratti, art. 30, co. 3

<sup>53</sup> Corte di Giustizia, sent. 13 novembre 2008, in causa C-324/07

<sup>54</sup> Trib. primo grado, sent. 8 luglio 1999, causa 266/97 - Vlaamse Televisie Maatschappij

legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario<sup>55</sup>.

Ciò implica che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita riconosca le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione.

Ulteriore principio comunitario che viene in considerazione è quello della tutela dei diritti fondamentali, rientrante nelle tradizioni comuni agli Stati membri: esso esige che eventuali provvedimenti di diniego adottati dalle amministrazioni in sede di stipula del contratto o di gestione delle procedure all'uopo finalizzate debbano essere motivati e possano essere oggetto di ricorsi giurisdizionali da parte dei loro destinatari. E' quindi evidente che tali principi non sono concepibili come singole monadi, ma sono tra loro intimamente interconnesse, rivelando così una pregnante tendenza sistemica, tale che difficilmente è possibile violarne uno senza infrangerne altri.

Merita un cenno la *decisione di Eurostat* del 11 febbraio 2004, relativa al trattamento contabile nei conti nazionali dei contratti sottoscritti dalla pubblica amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, che abbiano come oggetto la realizzazione di specifiche infrastrutture (*assets*) destinate all'uso pubblico e la successiva fornitura di servizi, generati dall'utilizzo delle stesse. La decisione si applica solo nei casi in cui lo Stato sia il principale acquirente dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda provenga dalla stessa parte pubblica sia che provenga da parti terze. Ai fini della contabilizzazione *off-balance* dei PPP e, quindi, della sua classificazione come investimento *privato*, il trasferimento dei rischi costituisce l'elemento cardine. La decisione, in proposito, stabilisce che gli *assets* legati a tali forme di PPP non debbano essere classificati come attivo patrimoniale pubblico qualora vengano rispettate due condizioni: *i)* il partner privato si assume il rischio di costruzione; *ii)* il partner privato si assuma almeno uno tra i due rischi di disponibilità e di domanda<sup>56</sup>.

Questa classificazione ha importanti conseguenze sul deficit e sul debito pubblico. Infatti, in termini generali, se l'*asset* è classificato nel bilancio dello

---

<sup>55</sup> C. Giust., sent. 7 maggio 1991, causa 340/89 - Vlassopoulou; sent., sent. 25 luglio 1991, causa 76/90 - Dennemeyer

<sup>56</sup> Sul tema vedi U'FP, Partenariato Pubblico – Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico Decisione EUROSTAT 11 Febbraio 2004 "Treatment of public-private partnerships".

Stato (*on balance*), la spesa iniziale in conto capitale per la realizzazione dell'*asset* stesso dovrà essere registrata come formazione di capitale fisso, con impatto negativo sul *deficit/surplus* statale. In corrispondenza di questa spesa, il debito statale aumenterà, con effetti negativi sul debito pubblico. Nel caso in cui, viceversa, l'*asset* venga considerato fuori bilancio dello Stato, le relative spese in conto capitale, sostenute dal partner privato, non incidono né sul disavanzo né sul debito pubblico. In altre parole la definizione Eurostat è, ovviamente, rilevante sul piano della classificazione statistica e della contabilità pubblica per distinguere le opere che costituiscono PPP da quelle che, pur assumendo una forma giuridicamente simile, sono classificate come investimenti pubblici. Al fine di prevenire eventuali comportamenti devianti, il Fondo monetario internazionale<sup>57</sup> ha chiarito che questa definizione può comportare alcune distorsioni nell'uso dei PPP, nel senso che la struttura pubblica-privata dell'investimento potrebbe essere scelta, non sulla base dell'effettiva convenienza sociale, quanto, piuttosto, in relazione ad esigenze di contabilizzazione delle opere. Un possibile effetto è rappresentato dall'aggravio di costi per la collettività e, a livello sistemico, dal rischio di un indebitamento occulto.

Come emerge dalle procedure di consultazione aperte dallo stesso Libro Verde, tra i profili oggetto di indagine e dibattito si evidenziano le procedure di aggiudicazione delle concessioni, nonché la creazione di imprese detenute congiuntamente da un partner pubblico e da un partner privato al fine

## **7. Cenni sulla regolamentazione in alcuni paesi europei. Il Codice dei contratti pubblici.**

Alcuni Paesi comunitari, si sono interessati di regolamentare il fenomeno del Partenariato Pubblico Privato prima del nostro. Non tutti gli ordinamenti però si sono dotati di una definizione propriamente giuridica di contratto di Partenariato Pubblico Privato.

Come peraltro evidenziato nello stesso Libro verde del 2004, sotto questa

---

<sup>57</sup> International Monetary Fund , “Public-private partnerships”, Fiscal Department Affairs, 2004, pp. 22; International Monetary Fund, “Public investment and fiskal policy”, Fiscal Department Affairs, 2004; International Monetary Fund, “IMF Country report n. 06/59-Italy: selectedissues”, Fiscal Department Affairs, 2006.

dicitura confluiscono esperienze diverse, caratterizzate da una certa complessità. Ciò vale sotto il profilo *soggettivo*, perché trattasi di operazioni che coinvolgono, quali parti di un rapporto, due soggetti, il pubblico ed il privato, spesso visti in contrapposizione piuttosto che in collaborazione; *oggettivo*, perché risulta effettivamente difficile circoscrivere preventivamente, l'esatto oggetto di tali operazioni in tutti i suoi elementi; e *funzionale*, perché l'obiettivo perseguito è quello di ricondurre il finanziamento, la realizzazione, la gestione e la manutenzione di infrastrutture e servizi ad esse connesse ad una realtà di mercato regolamentato che stimoli la concorrenza, aumentando i benefici, tanto in termini economici quanto qualitativi, sia per la pubblica amministrazione che, in definitiva, per il cittadino-utente-contribuente. In questo scenario, è inevitabile che sfumino quelle rigide distinzioni, tipicamente continentali, tra categorie giuridiche sostanziali.

Si impone dunque una prospettiva funzionale, come suggeriscono quegli ordinamenti che hanno deciso di inquadrare il fenomeno, definendo figure contrattuali aperte che forniscono agli operatori di settore ed alle pubbliche amministrazioni strumenti flessibili. Quale che sia la loro definizione, comunque, nei rapporti di Partenariato Pubblico Privato l'obiettivo fondamentale per l'amministrazione resta la selezione del miglior contraente e della migliore offerta e, dopo la conclusione del contratto, la buona esecuzione dello stesso, come corretto adempimento.

Già a partire dai primi anni Novanta il Regno Unito<sup>58</sup> ha iniziato a coinvolgere i privati nella realizzazione delle opere pubbliche di maggiore complessità allo scopo di ridurre i costi a carico del settore pubblico ed incrementare l'efficienza nella realizzazione delle infrastrutture. Una delle forme più diffuse di *Public-Private Partnership* è la *Private Finance Initiative* (PFI), la quale risulta invero sprovvista di una disciplina organica a livello normativo primario. Nella PFI il committente pubblico seleziona un contraente privato incaricato di realizzare l'opera e di occuparsi della sua manutenzione, che viene remunerato attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, dall'amministrazione stessa, da altri soggetti che si servono della infrastruttura, oppure da una combinazione di entrambe le soluzioni. Il PFI non è dunque un contratto, né una procedura di aggiudicazione, bensì una modalità di realizzazione delle opere pubbliche, invero quella di gran lunga più utilizzata e costituisce il riferimento essenziale per l'analisi delle proce-

---

<sup>58</sup> S. Arrowsmith, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, in C.M.L.R., 2004, pp. 41 ss.

di aggiudicazione per gli appalti complessi nel Regno Unito. Per incentivare il ricorso alla PFI e diffondere una cultura di collaborazione tra pubblico e privato, il Governo britannico ha preferito puntare su atti giuridici non vincolanti, quali guide, note pratiche, raccomandazioni, lasciando alle amministrazioni la scelta di conformarsi o meno ad esse. Tra le guide più importanti in materia di PFI si segnalano quelle elaborate dal Ministero del Tesoro (HM Treasury), aventi ad oggetto, tra l'altro, la standardizzazione dei contratti di PFI e l'individuazione e valutazione delle varie opzioni a disposizione dell'amministrazione per la realizzazione dell'opera.

In Francia, l'ordonnance n. 2004-559 del 17 giugno 2004, ratificata dalla legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, definisce, all'art. 1, il *Contrat de partenariat* come un contratto amministrativo attraverso cui lo Stato o un altro ente pubblico statale conferisce ad un terzo, per un periodo determinato in funzione del tempo di ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento definite, una missione globale relativa al finanziamento di investimenti immateriali, di opere o attrezzature necessarie al servizio pubblico, alla costruzione o trasformazione delle opere o delle attrezzature, così come alla loro manutenzione, al loro mantenimento, al loro sfruttamento o alla loro gestione e, ove occorra, alle altre prestazioni di servizio concorrenti a l'esercizio, da parte del soggetto pubblico, della missione di servizio pubblico di cui ha l'incarico<sup>59</sup>.

In realtà, l'ordinamento francese già in passato aveva conosciuto una prassi contrattuale simile. Si tratta della c.d. *marché d'entreprise de travaux publics* (METP), un contratto a metà strada tra la concessione di opera o di servizio pubblico e il contratto di appalto. L'analogia è evidente.

L'amministrazione attribuiva il compito di costruire un'opera e di gestirla per un tempo determinato. In tal caso, però, la remunerazione per l'impresa non derivava dagli utenti finali bensì da canoni periodici posti in capo all'amministrazione affidante. Tuttavia il percorso che ha portato all'odierno contratto di partenariato è alquanto travagliato.

Una decisione del Conseil constitutionnel ha riabilitato questo genere di contratti ritenendo che non vi fosse alcun principio costituzionale che vietasse l'affidamento congiunto della costruzione e della gestione di un'opera<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Ordonnance n. 2004-559 del 17 giugno 2004

<sup>60</sup> Conseil constitutionnel, n. 2002-460, 22 agosto 2002

La soluzione è stata così ripresa dalla legge n. 2003-591 del 2 luglio 2003 che ha invitato il Governo a disciplinare una nuova forma di contratto per la realizzazione e la gestione delle missioni di interesse generale. In base a tale legge, il Governo francese ha adottato prima alcune ordonnances settoriali e poi l'ordonnance n. 2004-559 citata. Si è pronunciato nel senso della legittimità dell'ordonnance, Conseil d'État, 29 ottobre 2004, Sueur, nn. 269814-271119-271357-271362.

Pur ricordando per molti aspetti il modello precedente (METP), il contratto di partenariato, da un lato, denota una maggiore flessibilità quanto all'ambito applicativo e, dall'altro, si caratterizza per dei vincoli procedurali più stringenti. L'art. 2 dell'ordonnance ne definisce l'ambito di applicazione, specificando che le amministrazioni possono ricorrere a tale tipologia di contratto in due casi: per progetti complessi, rispetto ai quali non siano in grado di definire gli aspetti tecnici, economici e giuridici e in situazioni di urgenza. Nel primo, l'amministrazione segue la procedura del dialogo competitivo, mentre nel secondo può indire una procedura ristretta. In entrambe le fattispecie viene seguito il modello definito dalla direttiva 2004/18/CE e si impone il rispetto dei principi di libertà di accesso, parità di trattamento, trasparenza e oggettività (art. 3)<sup>61</sup>.

L'amministrazione governativa ha poi fornito delle indicazioni circa la sua operatività concreta, ritenendolo particolarmente adatto per la realizzazione delle infrastrutture e degli edifici scolastici e sanitari, degli impianti culturali e sportivi, nonché per l'informatizzazione dei servizi pubblici locali (Circulaire relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales, 29 novembre 2005, par. 1.4.1). Da ultimo sono state approvate le leggi n.735/08 e n. 179/09 in materia di PPP.

In Germania, manca una disciplina organica del partenariato pubblico-privato<sup>62</sup>. Anche la legge di semplificazione in materia di Partenariato Pubblico-Privato, c.d. *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, entrata in vigore il 7 settembre 2005, non ha dettato una disciplina specifica del *project financing* e del partenariato pubblico-privato, ma si è limitata a modificare il quadro normativo

---

<sup>61</sup> A. Langlais, L'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat, in *Revue du droit public*, 2006, n. 6, p. 1601.

<sup>62</sup> G. Hermes e J. Michel, Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, pp. 1819 ss.

previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione e maggiore flessibilità, tra cui l'introduzione dell'istituto del dialogo competitivo, volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere secondo lo schema del partenariato pubblico-privato.

In Spagna, una delle principali novità introdotte dalla Ley 30/2007 è la previsione all'art. 11 del *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, ispirato al PFI inglese e al *Contrat de partenariat* francese. Tale strumento consente all'amministrazione di affidare ad un soggetto privato, per un periodo determinato in relazione all'ammortamento dell'investimento o del tipo di finanziamento ottenuto, la realizzazione di una missione globale e integrata (*realización global e integrada*) che oltre al finanziamento degli investimenti comprenda un'attività aggiuntiva costituita alternativamente: *a)* dalla costruzione di un'opera, *b)* dalla gestione dell'opera, *c)* dalla produzione di beni o prestazione di servizi che incorporino la tecnologia sviluppata con il proposito di apportare soluzioni più avanzate o più vantaggiose, *d)* da altri servizi legati allo sviluppo per l'amministrazione del servizio pubblico o all'attivazione dell'interesse generale. Il contraente privato può, inoltre, realizzare totalmente o parzialmente il progetto per l'esecuzione (art. 11 co. 3).

La controprestazione in favore del privato è rappresentata da un prezzo che verrà corrisposto durante la durata del contratto e potrà essere vincolato al compimento di determinati obiettivi di rendimento (art. 11 co. 4).

La legge, inoltre, prevede gli elementi essenziali del contratto, tra i quali si segnalano: *a)* le prestazioni richieste al contraente privato; *b)* le condizioni di riparto del rischio, *c)* le condizioni del contratto e in particolare gli obiettivi di rendimento assegnati al contraente in relazione alle qualità delle prestazioni da rendere; *d)* i criteri per la commisurazione della remunerazione del privato *g)* i controlli della pubblica amministrazione, ecc. (art. 120).

In generale l'aggiudicazione di questi contratti, a norma dell'art. 164 co. 3, è abbinata alla procedura del dialogo competitivo, salvo l'ammissibilità, se ne ricorrono i presupposti stabiliti dall'art. 154 lett. *a)*, della procedura negoziata.

Il modello contrattuale in questione rappresenta sostanzialmente una modalità *aperta* finalizzata alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione. La disciplina applicabile, di conseguenza non è prestabilita aprioristicamente, ma si specifica per così dire in

corso d'opera.

Infatti, fermo restando le norme generali sui contratti pubblici previsti dalla legge stessa e comunque applicabili, soltanto quando, attraverso l'apporto del privato, il contratto si riempie di contenuti sarà possibile determinare quale sia la prestazione principale dello stesso e, conseguentemente, il tipo contrattuale cui è riconducibile, nonchè la disciplina da applicare nel caso concreto (art. 289). Sottostando a questo regime particolare, ne è prevista un'applicazione residuale. Soltanto qualora le altre forme di contratti pubblici tipizzate dalla legge non soddisfino la finalità pubblica, infatti, è consentito ricorrere alla nuova tipologia (art. 11 co. 2).

Il regime di utilizzo risulta così essere sottoposto a condizioni decisamente stringenti che implicano per l'amministrazione tutta una serie di oneri documentali accessori e prodromici all'esperimento della gara. Sarà pertanto necessario che l'amministrazione elabori un apposito documento di valutazione, c.d. *documento de evaluacion*, da cui risulti la complessità del contratto, l'impossibilità di definire, prima della procedura di valutazione, i mezzi tecnici necessari per realizzare gli obiettivi e di individuare gli strumenti giuridici o finanziari idonei. Lo stesso documento dovrà contenere un'analisi comparativa che dimostri l'inidoneità di un ricorso agli altri modelli contrattuali (art. 118).

In Italia, il terzo decreto correttivo, d.lgs. 152/2008, ha introdotto all'art. 3 comma 15-ter del Codice la definizione di "contratti di partenariato pubblico privato". Tale previsione recepisce una condizione del parere reso dall'VIII Commissione Senato il 29 luglio 2008. La nuova disposizione dispone si tratti di "contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove 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. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla

legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat".

La definizione fornita richiama le "prescrizioni e gli indirizzi comunitari vigenti", ma di fatto propende per un'impostazione contrattuale in cui ci in focus è più sull'oggetto degli stessi, piuttosto che sull'elemento della cooperazione tra pubblico e privato, autorità pubbliche e mondo delle imprese che dir si voglia. Di fatto il terzo correttivo introduce nel Codice dei contratti una definizione di contratti di PPP che sembra lasciar fuori i c.d. PPP di tipo istituzionalizzato, anche se poi nell'elenco che segue vi si fanno rientrare le società miste, che per alcuni profili potrebbero rientrare più opportunamente nella seconda tipologia di PPP delineata nel libro verde.

Dall'elenco che segue risulta evidente che il legislatore abbia voluto delineare i rapporti in esame come una tipologia contrattuale aperta che poggia essenzialmente su alcuni presupposti: si tratta infatti di un elenco non tassativo, formulato "a titolo esemplificativo". Aderendo all'impostazione seguita in altri ordinamenti, quali la Spagna e la Francia, si è preferito regolare la fattispecie più in termini sostanziali che formali. Il contratto diviene, in questo modo, uno strumento di tipo flessibile, a struttura variabile. Il suo contenuto, infatti, potrà essere direttamente determinato dalle parti secondo le esigenze concrete che le stesse vorranno soddisfare.

Infatti, il Partenariato, pur rappresentando una categoria contrattuale aperta, si contraddistingue per il suo oggetto tipico, e cioè per il suo essere strumentale alla "progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure alla fornitura di un servizio" (comma 15-ter dell'art. 3), attraverso una partecipazione totale o parziale dei privati dal punto di vista finanziario. Se tipico è l'oggetto, non potendosi leggere in senso esemplificativo le prestazioni elencate dal comma 15-ter, al più tra di loro alternative, diverse possono essere invece le possibili configurazioni contrattuali di tali attività, purchè l'allocazione dei rischi sia rispettosa delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti, che fungono da vincolo di risultato. E' espressamente prescritto, inoltre, che si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

A ben vedere la pubblica amministrazione ed il privato potranno godere di un certo margine di autonomia nel predisporre gli strumenti giuridico-economici necessari alla realizzazione del progetto di investimento. Si spiega così, l'assenza di qualsiasi tentativo di tipizzazione, da parte del legislatore, di tali profili; atteggiamento questo decisamente nuovo per il nostro ordinamento. Ciò comporta una maggiore autonomia negoziale ed una maggio-

re discrezionalità strategica in capo all'amministrazione; in definitiva in un maggior peso specifico del contratto stesso e del suo contenuto. Il richiamo stesso ai contenuti della decisione Eurostat deve leggersi come una sorta di responsabilizzazione delle amministrazioni nell'esercizio di uno strumento così strutturato.