

Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici

Veronica Bonfanti

20 luglio 2016

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo del Partenariato Pubblico Privato (PPP) in Italia come determinato da un concorso di motivi: le esigenze di bilancio delle pubbliche amministrazioni, l'evoluzione dell'amministrazione ed il ruolo dei privati, sospinto dal principio di sussidiarietà c.d. orizzontale (art. 118 Cost.). Vantaggi delle operazioni del PPP. – 2. La visione europea del PPP espressa nel Libro Verde sulle *partnerships* di tipo pubblico privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2004/327). – 3. Il PPP contrattuale e il PPP c.d. istituzionalizzato. – 4. La disciplina del PPP alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici. – 5. Il trasferimento dei rischi all'operatore economico. – 6. Il rilievo attribuito dal nuovo Codice all'attività di controllo dell'esecuzione degli interventi da parte della p.a. Il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico. – 6.1. *Gli strumenti per il monitoraggio dei rischi.*

1. Lo sviluppo del Partenariato Pubblico Privato (PPP) in Italia come determinato da un concorso di motivi: le esigenze di bilancio delle pubbliche amministrazioni, l'evoluzione dell'amministrazione ed il ruolo dei privati, sospinto dal principio di sussidiarietà c.d. orizzontale (art. 118 Cost.). Vantaggi delle operazioni del PPP.

L'espressione "partenariato pubblico-privato"¹ (PPP), di matrice europea, indica un fenomeno giuridico di cooperazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività diretta al perseguimento di interessi pubblici, così da consentire alla pubblica amministrazione di accrescere le risorse a

¹ In argomento v. M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in www.giustamm.it, n. 10/2008; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato (concessioni finanzia di progetto società miste fondazioni)*, Napoli, 2009, 5; V. M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, Dike Giuridica Ed., 2016; M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009; G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. di dir. pubbl. com.*, 2016; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010.

disposizione e acquisire competenze e soluzioni innovative con riguardo a progetti complessi.

Il partenariato è per definizione un rapporto tra soggetti della stessa dignità formale e con le medesime capacità, un rapporto, pertanto, tra pari. Il privato viene così "elevato" da destinatario dell'azione amministrativa a *partner*.

Tale cooperazione non si limita, come negli appalti, alla mera attività di progettazione e costruzione dell'opera pubblica o esecuzione del servizio, ma coinvolge il privato, altresì, in tutte le fasi dell'operazione, dalla proposizione e progettazione dell'intervento, al finanziamento e alla gestione economica². L'acquisizione delle conoscenze tecniche e scientifiche dei privati arricchisce il *know-how* delle amministrazioni pubbliche, oltre ad alleggerire gli oneri economici gravanti sulle stesse per la realizzazione dell'opera pubblica o l'erogazione del servizio e ottenere consistenti risparmi economici.

La necessità di trovare modelli contrattuali alternativi, in grado di assicurare un maggiore coinvolgimento del privato nell'esecuzione di opere o realizzazione di servizi è da tempo avvertita nel nostro ordinamento. Il fenomeno del PPP costituisce una elaborazione innovativa di istituti già presenti. Si tratta di una categoria contrattuale aperta³, comprensiva delle ipotesi di cooperazione negoziata tra le amministrazioni pubbliche e le imprese private. Il nuovo Codice dei contratti pubblici⁴, così come il codice precedente, prevede, infatti, un elenco meramente indicativo di contratti appartenenti al PPP, aperto ad ulteriori ipotesi. Il ricorso a contratti atipici è da ritenere coerente con l'ordinamento europeo che legittima in via di principio la cooperazione che si realizza attraverso il PPP nel rispetto dei principi indicati a livello europeo⁵. Inoltre, attraverso il contratto atipico, la pubblica amministrazione ed i soggetti privati, non essendo vincolati da una specifica disciplina normativa, trovano modelli di cooperazione adeguati alle fattispecie da regolare, così da disciplinare in maniera flessibile l'assetto dei rispettivi interessi, rispettando il fine istituzionale dell'ente e dosando i reciproci rischi e responsabilità caso per caso. Il ricorso allo strumento contrattuale atipico non può comunque esimere l'amministrazione dal rispetto delle regole poste a fondamento dell'agire pubblico⁶.

² Il contratto di appalto, infatti, cristallizza gli interessi opposti delle parti, i quali rimangono distinti anche nel corso dell'esecuzione fino all'estinzione del rapporto, non esistendo alcuna volontà collaborativa di realizzare una comune iniziativa. Il rischio per il privato è solo operativo, di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera, mentre le stazioni appaltanti sono competenti con riguardo alla programmazione, all'attivazione delle procedure e alla loro gestione. Con l'entrata in gioco dei contratti di PPP si nota il cambio di prospettiva per gli interessi da tutelare trattandosi di una disciplina a tutela non più solo delle amministrazioni pubbliche, ma anche dell'economia, delle imprese e della concorrenza.

³ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., sottolinea che <<il partenariato pubblico privato consiste non una mera operazione economica ma una vera e propria nuova categoria negoziale alternativa all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche>>.

⁴ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁵ Cfr. L. PERFETTI e C. MONTAGNA, *Sponsorizzazioni culturali, tutto ancora da fare*, Intervista in *Il Sole 24 Ore*, 9 luglio 2016, i quali ritengono che il nuovo Codice dovrà essere messo in relazione anche con il Testo Unico delle società a partecipazione pubblica che è in fase di approvazione ed affermano che <<ciò che realmente darebbe spazio ai partenariati è prendere atto del fatto che si tratta di una forma di cooperazione prevista dall'ordinamento comunitario già in via di principio, sicché non è sempre necessaria una norma ad hoc che specifichi la singola fattispecie, essendo invece possibile crearne di nuove in relazione di volta in volta, perché nel rispetto dei principi>>.

⁶ Si demanda, pertanto, alla piena autonomia dell'amministrazione il ricorso ad ulteriori forme contrattuali anche atipiche per pervenire al pubblico interesse attraverso la cooperazione con il settore privato. La

Il PPP si realizza attraverso un contratto complesso, in cui le parti assumono molteplici obbligazioni connesse tra loro e presenta di norma una struttura molto articolata⁷.

Il PPP contribuisce a migliorare la qualità di realizzazione delle strutture pubbliche e della gestione dei servizi; consente, inoltre, di realizzare economie nella misura in cui è in grado di ricomprendere tutte le fasi di un progetto, dalla sua concezione fino al suo sfruttamento. D'altro canto, si inserisce concretamente nell'evoluzione del ruolo dello Stato e della pubblica amministrazione in campo economico. Un ruolo divenuto negli ultimi anni soprattutto di organizzazione, regolazione e controllo, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dell'Unione Europea, sorpassando il passato ruolo di operatore diretto nel mercato.

Il PPP è considerato ormai uno strumento alternativo a quelli tradizionali di esecuzione degli interventi pubblici al quale ricorrere non solo in caso di esigenze eccezionali legate a carenze di bilancio delle amministrazioni. Deve tuttavia rispondere ad una logica di accurata valutazione dei costi e dei benefici derivanti dalla cooperazione tra soggetti pubblici e privati, così da determinare miglioramenti nell'esecuzione di opere e nell'erogazione di servizi a favore della collettività.

È possibile distinguere due categorie di progetti realizzabili in partenariato pubblico-privato. Da un canto, le pubbliche amministrazioni possono essere coinvolte nell'identificazione delle condizioni necessarie per consentire la realizzazione di progetti provvisti di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza. Dall'altro, vi sono progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica i cui ricavi commerciali da utenza sono di per sé stessi insufficienti a generare adeguati ritorni economici, ma la cui realizzazione genera rilevanti esternalità positive in termini di benefici sociali indotti dalla infrastruttura⁸.

La collaborazione tra pubblico e privato rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dalla nostra Carta fondamentale⁹ ed è espressione di un cambiamento nel ruolo della pubblica

pubblica amministrazione è comunque vincolata dalla funzionalizzazione dell'intervento alla realizzazione dell'interesse pubblico. R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., evidenzia come <<I contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato. Quindi sebbene l'intervento si realizzi attraverso un contratto innovativo come quello di partenariato, si è in presenza di attività amministrativa che in quanto tale è sottoposta a principi generali imprescindibili tali da guidare le attività di scelta del partner tecnico della amministrazione>>.

⁷ R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in *Trattato dei contratti*, C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, nota come <<in sostanza, il contratto di Partenariato non si caratterizza tanto per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio, quanto, piuttosto, per essere un contratto "globale" dove il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento>>.

⁸ G. CEREÀ, *La concessione e il PPP nella prospettiva economica*, Relazione Convegno IGI, 14 giugno 2016.

⁹ L'art. 118 della Costituzione sancisce al comma 4 che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". La sussidiarietà orizzontale si svolge nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà, Stato e formazioni sociali, ed esprime il criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, basandosi sul presupposto secondo cui alla cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale provvedono direttamente i privati cittadini e i pubblici poteri intervengono in funzione sussidiaria, di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione. In argomento v. G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; P. DURET, *La*

amministrazione. Tale principio indica un arretramento dell'intervento pubblico ed una contemporanea espansione degli spazi riservati ai soggetti privati nell'esplicazione di attività di interesse generale. L'attività amministrativa è resa più efficiente ed efficace attraverso l'esternalizzazione di funzioni e compiti pubblici, rimanendo tuttavia titolare di essa la pubblica amministrazione.

I modelli di cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato hanno l'obiettivo di realizzare l'interesse pubblico. Tale cooperazione è funzionale alla realizzazione di effetti positivi per la collettività che permetta alle amministrazioni di servirsi di uno strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche tale da consentire un'azione pubblica efficace ed efficiente per il tramite di risorse private.

Il mercato delle opere pubbliche ha conosciuto una grande trasformazione. Sono cambiate le regole che hanno portato all'entrata in scena di nuove procedure di affidamento e di nuovi meccanismi di selezione delle imprese. A ciò è seguita una più ampia apertura ai privati sia sul piano della partecipazione finanziaria sia per quanto riguarda la gestione delle opere realizzate.

L'utilizzo del PPP rappresenta una scelta per porre in essere una politica efficace di realizzazione delle infrastrutture e dei servizi, apportando conseguenze positive per i bilanci delle pubbliche amministrazioni e migliorando la qualità delle infrastrutture e dei servizi.

Il coinvolgimento del privato determina risparmi economici e rende efficiente ed efficace l'erogazione del servizio pubblico, in particolare in situazioni in cui le amministrazioni pubbliche non dispongono di adeguate risorse economiche. Il privato trae beneficio da un rapporto di *partnership* con la pubblica amministrazione, che gli consente di investire in un rapporto pressoché paritario e di partecipare al procedimento decisionale relativo alla cosa pubblica.

L'esigenza di riequilibrare l'assetto della finanza pubblica depauperata dalle forti crisi che hanno colpito l'economia mondiale e l'esigenza di sopperire alla scarsità delle risorse pubbliche, hanno reso necessaria l'adozione di misure tese a frenare il moltiplicarsi dei rischi economici. Il partenariato pubblico privato costituisce un efficace ed indispensabile strumento/rimedio per la risoluzione delle crisi finanziarie e per il superamento di situazioni di stallo che investono il settore economico-finanziario in quanto consente alla pubblica amministrazione di ottenere i finanziamenti necessari mediante il contributo dei privati per l'erogazione ai destinatari di servizi e la realizzazione di infrastrutture pubbliche¹⁰.

L'opzione per la cooperazione pubblico-privato si giustifica alla luce di comprovati vantaggi microeconomici e della peculiare relazione contrattuale che l'amministrazione pubblica intrattiene con il soggetto privato. I vantaggi del PPP possono essere individuati nella possibilità di superare i vincoli posti ai livelli della spesa, dei saldi di bilancio e del ricorso al debito della pubblica amministrazione; vi è poi una maggiore efficienza gestionale e la fruizione delle capacità e abilità tecnico-professionali degli operatori privati, imprenditori privati che intervengono come

sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto, in *Jus-Rivista di scienze giuridiche*, 2000; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u. c. della Costituzione*, in www.astridonline.it, 2003.

¹⁰ Cons. St. Ad. Plen. n. 1 del 2008: "la ratio dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità".

finanziatori e partner tecnici offrendo il proprio *know how* per la realizzazione e gestione di un'opera o di un servizio; una garanzia di qualità delle opere ed efficienza dei servizi derivate da una valutazione completa e puntuale dei progetti, dei costi, dei ricavi e dei benefici su orizzonti temporali adeguati rispetto alla vita tecnica delle opere; il riparto dei rischi gravanti su entrambi i *partners*, facendone ricadere, tuttavia, il cosiddetto "rischio d'impresa" essenzialmente sui soli operatori privati con l'eliminazione quindi dei rischi che ricadono sul pubblico in sede di realizzazione delle opere e di gestione dei servizi.

La collaborazione tra i poteri pubblici e gli operatori privati si risolve, in conclusione, in un vantaggio per i cittadini, destinatari finali delle opere e dei servizi.

2. La visione europea del PPP espressa nel Libro Verde sulle *partnerships* di tipo pubblico privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2004/327).

L'esigenza del settore pubblico di realizzare un'opera pubblica o di pubblica utilità o di erogare un servizio è stata evidenziata per la prima volta nel "Libro Verde del 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", presentato dalla Commissione Europea il 30 aprile 2004, che costituisce il primo documento fondamentale in materia e stabilisce che il legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale si fonda sul fornire un servizio al pubblico, in luogo e sotto il controllo del partner pubblico.

La Commissione Europea ha posto l'accento su una doppia finalità, quella di garantire opere e servizi pubblici, anche in situazioni di restrizione del bilancio statale, e quella di assicurare l'utilizzo di metodologie proprie del settore privato, al fine di ottenere un miglior rapporto qualità/prezzo senza pregiudizio per l'interesse pubblico.

Il Libro Verde <<*mira ad illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali dubbi interpretativi e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP*>>¹¹.

La Commissione Europea nel Libro Verde non fornisce una definizione giuridica di PPP¹², ma ne delinea i seguenti elementi essenziali. Si stabilisce una collaborazione di medio-lunga durata tra la pubblica amministrazione ed il partner privato; la modalità di finanziamento del progetto si deve fondare in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata; la realizzazione di una ripartizione delle funzioni e dei ruoli da assegnare all'operatore economico ed all'amministrazione pubblica, all'uno la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto (progettazione,

¹¹ La Commissione Europea prosegue affermando che <<*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 particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento. Inoltre, disposizioni dettagliate si applicano nei casi disciplinati dalle direttive relative al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici*>>.

¹² La Commissione Europea definisce i PPP come <<*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*>>.

finanziamento, costruzione, rinnovamento, gestione), all'altra la definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi e le funzioni di verifica, controllo e vigilanza; la puntuale ripartizione dei rischi tra il partner privato ed il partner pubblico, effettuata caso per caso, a seconda delle concrete capacità delle parti, tramite la negoziazione delle clausole contrattuali, con conseguente trasferimento di parte di essi a carico del privato, spettando all'amministrazione pubblica la funzione di vigilanza. Secondo la Commissione, tale ultimo elemento distintivo è la caratteristica fondamentale del PPP.

Come osservato nel Libro Verde, 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, tra cui le restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte e la conseguente necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Il fenomeno trova ragione anche nella volontà di beneficiare dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica e, più in generale, nell'evoluzione del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da operatore diretto a organizzatore, regolatore e controllore.

Inoltre, si osserva nel documento che la cooperazione tra pubblico e privato può offrire vantaggi microeconomici, consentendo di realizzare un progetto con il miglior rapporto qualità/prezzo, mantenendo al contempo gli obiettivi di pubblico interesse. Il ricorso al PPP non può tuttavia essere presentato come una soluzione "miracolo" per un settore pubblico confrontato a restrizioni di bilancio. L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni, quale la stipulazione di un contratto d'appalto di tipo classico.

3. Il PPP contrattuale e il PPP c.d. istituzionalizzato.

Il Libro Verde della Commissione pone un'importante distinzione tra il PPP contrattuale ed il PPP c.d. istituzionalizzato.

Con la prima tipologia, quella contrattuale, l'amministrazione e i privati regolano i loro rapporti esclusivamente su base convenzionale. Attraverso legami contrattuali viene affidato al privato, con procedura di evidenza pubblica, la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, gestione e manutenzione di un'opera pubblica e la gestione del relativo servizio (concessione¹³, *project financing*).

La seconda tipologia è il partenariato c.d. istituzionalizzato, in cui la cooperazione avviene attraverso un soggetto giuridico distinto, un'entità *ad hoc* (in

¹³ Secondo R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., il tradizionale istituto della concessione è considerato l'archetipo di tutte le forme di partenariato, anche le più innovative. L'esigenza sottesa alla creazione dell'istituto concessorio era quella di fornire alle pubbliche amministrazioni uno strumento che, a differenza dell'appalto, consentisse di realizzare programmi costruttivi con procedimenti snelli e derogatori rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica. Al privato concessionario quindi, si iniziavano ad attribuire poteri consistenti nel reperimento dei fondi, nella progettazione, nella attivazione delle procedure necessarie per la realizzazione dell'opera e nella gestione della stessa. Tale istituto si rivelava vantaggioso sia per il privato che per la pubblica amministrazione. Il privato, infatti, conseguiva una remunerazione ulteriore rispetto a quella percepita per la semplice realizzazione dell'opera, consistente nei frutti della gestione. Per il partner pubblico si trattava di sopperire alle carenze di fondi ed alla assenza di personale tecnico particolarmente qualificato per fornire il servizio collegato all'opera che si intendeva realizzare.

genere, una società di capitali a partecipazione mista¹⁴, pubblica e privata). Implica, pertanto, la creazione di un organismo terzo, distinto dalle parti, con compiti di assicurare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio a favore del pubblico, detenuta congiuntamente dal partner privato e dal soggetto pubblico, permettendo a quest'ultimo di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni. La creazione di un PPP istituzionalizzato può avvenire anche attraverso la privatizzazione di una società già esistente. Le amministrazioni pubbliche non possono oggi costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. L'esercizio dell'attività di impresa pubblica è limitato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico¹⁵.

I tratti caratterizzanti di entrambe le forme di partenariato sono il finanziamento di almeno parte dell'iniziativa con capitali dei soggetti privati e il coinvolgimento di questi ultimi nella gestione e nei rischi.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente attraverso il mercato (ossia individuando il soggetto affidatario al termine di una gara ad evidenza pubblica), attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato (ossia per mezzo di una società mista), ovvero mediante l'affidamento diretto, c.d. *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) analogo (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano¹⁶.

Una molteplicità di strumenti contrattuali innovativi rientra nel fenomeno di partenariato pubblico privato. Le pubbliche amministrazioni pongono in essere al

¹⁴ È stato sottolineato da M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., che «per le società miste va osservato che indubbiamente la parte pubblica e quella privata decidono di istituire un nuovo soggetto giuridico con l'intento di collaborare insieme per il raggiungimento di scopi comuni. In tale prospettiva, nulla è più vicino all'idea generica di Partenariato di un soggetto "comune" alle due parti che lo istituiscono e vi partecipano; inoltre, il privato contribuisce con il proprio apporto finanziario, il lavoro e le prestazioni necessarie. Tuttavia, in questo modulo di PPP a carattere organizzativo manca un elemento essenziale del Partenariato, quale il rischio diretto per la parte privata; non perché la partecipazione societaria sia priva di rischi, ovviamente, ma in quanto il rischio di impresa è propriamente della società e ripartito tra i soci in proporzione al peso delle relative partecipazioni. In ogni caso è del tutto diverso in queste situazioni dal rischio operativo e di disponibilità, come definito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dai giudici nazionali, e come adesso disciplinato dalla direttiva concessioni. Si consideri inoltre che le società miste hanno un regime giuridico con caratteri non necessariamente identici a quelli delle società di diritto comune (talora con rilevanti discrepanze, anzi); ciò che determina una posizione dei privati differenziata rispetto al criterio generale del rischio di impresa. La circostanza che il privato sia stato scelto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (oggi rimangono solo limitate eccezioni a questa regola) non riequilibra la situazione ora esposta; e comunque è inconferente con l'idea di Partenariato», inoltre, «il "PPP istituzionalizzato" non pare rappresentare una categoria omogenea per la diversità delle figure soggettive che possono considerarsene parte, ed anche per il regime giuridico altrettanto differenziato di tali figure. Ma soprattutto non vi si rinvengono elementi essenziali della nozione generale di Partenariato, come definiti dallo stesso Libro Verde, ad iniziare, come detto, dalla "traslazione del rischio"».

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

¹⁶ Cons. St., Sez. V, n. 1900/2016.

riguardo modelli contrattuali basati non solo sulla mera esecuzione di una prestazione singola da parte del soggetto privato, ma sulla compartecipazione alla realizzazione dell'opera attraverso il trasferimento di rischi e responsabilità in capo al privato.

L'art. 180, comma 8 del Codice, fornisce un elenco esemplificativo di contratti di PPP, includendo in tale categoria «la finanza di progetto¹⁷, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti¹⁸». Le pubbliche amministrazioni possono quindi individuare schemi negoziali atipici per realizzare una collaborazione con il soggetto privato.

È da segnalare che l'ANAC ha intenzione di elaborare contratti tipo di PPP al fine di addivenire a una standardizzazione delle principali clausole contrattuali finalizzata, *in primis*, a garantire il corretto trasferimento in capo al privato del rischio operativo¹⁹.

4. La disciplina del PPP alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In attuazione della normativa europea è stata introdotta una disciplina organica in materia di concessioni e partenariato pubblico-privato improntata alla concorrenzialità e alla diminuzione dei costi per la pubblica amministrazione. Si profila, rispetto al passato, uno «svantaggio» per le imprese private, le quali costruiscono e gestiscono l'opera e subiscono il c.d. rischio operativo, ovvero rischiano il totale investimento senza garanzie pubbliche.

Il recepimento delle tre direttive europee 23, 24 e 25 del 2014 in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione e di appalti pubblici ha costituito l'occasione per un riordino complessivo del sistema ed ha apportato importanti novità cercando di coniugare flessibilità e rigore, semplificazione ed efficienza, trasparenza e qualità, ai fini del raggiungimento di obiettivi di chiarificazione del quadro regolatorio e di certezza delle regole.

Il Legislatore, nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha indicato l'obiettivo di dettare una disciplina che favorisca il ricorso al partenariato, in considerazione della difficile situazione della finanza pubblica e del crescente coinvolgimento degli operatori privati nella realizzazione dell'interesse pubblico. All'art. 1, comma 1, lett. ss) viene infatti indicata la necessità di «razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti», mentre alla lett. tt) si sottolinea l'esigenza «di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato

¹⁷ La finanza di progetto è un contratto previsto dall'art. 182 del Codice, secondo cui «Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto. Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto».

¹⁸ Ci si riferisce a titolo esemplificativo alle sponsorizzazioni (art. 151 del Codice), agli interventi di sussidiarietà orizzontale (art. 189 del Codice), al baratto amministrativo (art. 190 del Codice).

¹⁹ Documento di consultazione predisposto dall'Anac, «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato».

pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione>>.

Il Governo, con l'approvazione del nuovo "Codice degli appalti e dei contratti di concessione" (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), divenuto più breve e snello rispetto al precedente (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), ha operato il riordino di tutta la disciplina vigente, introducendo una disciplina unitaria dei contratti e delle concessioni, in un'ottica di semplificazione e di snellimento della normativa in vigore e dei procedimenti, anche attraverso l'ottimizzazione degli strumenti a disposizione dei privati, tentando così una razionalizzazione ed estensione delle forme di PPP²⁰.

In particolare, la nuova direttiva europea sulle concessioni²¹ rappresenta una grande innovazione che sottolinea l'importanza che i contratti di partenariato pubblico-privato hanno assunto nel mercato europeo del *public procurement*. Per la prima volta, infatti, si prevede una disciplina unitaria ed organica per le concessioni di lavori, servizi e forniture e viene disciplinato il PPP come istituto autonomo e a sé stante, quale forma di sinergia tra poteri pubblici e privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture o dei servizi pubblici, affinché l'amministrazione possa disporre di maggiori risorse e acquisire soluzioni innovative²².

Si supera pertanto il sistema secondo cui non esisteva una normativa specifica per il PPP, cosicché, di fatto, di volta in volta, venivano selezionati alcuni particolari istituti giuridici ritenuti adatti al tipo di cooperazione che si intendeva eseguire²³.

²⁰ Il Consiglio di Stato, nel parere 1 aprile 2016, n. 855, si è pronunciato su questioni specifiche affermando che nella cornice generale del PPP devono essere chiari la definizione, l'ambito e la portata della progettazione a carico del partner privato. Inoltre, ritiene il consesso amministrativo, che il principio di tendenziale separazione tra progettazione e esecuzione non vada eluso mediante contratti atipici di partenariato pubblico-privato e che nelle concessioni il rischio sia l'effettivo elemento differenziale dall'appalto.

²¹ M. P. CHITI, *Il partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., ritiene che la concessione sia l'istituto per eccellenza di partenariato, un caposaldo. Infatti, afferma: <<In sostanza, dopo tante proposte e discussioni sui molti possibili partenariati, nel diritto dell'Unione solo la concessione è rimasta come sicuro istituto giuridico di Partenariato>>. Occorre evidenziare che il legislatore europeo, nelle direttive 2014, omette ogni riferimento al PPP e questo, secondo parte della dottrina, sta a significare che non sussistono le condizioni per una disciplina unitaria degli istituti giuridici riportabili al PPP, a maggior ragione una volta disciplinato il "cuore" della tematica del PPP, ovvero le concessioni. Nel nuovo Codice dei contratti pubblici, all'art. 3, lett. uu) e vv), le concessioni sono definite come contratti di durata, a titolo oneroso, stipulati per iscritto e caratterizzati dal trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica legato alla gestione di lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Rispetto alla disciplina vigente, il nuovo Codice specifica che i contratti di concessione si caratterizzano per il fatto che la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato e che tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo. Tale rischio è riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario e che possano incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

²² Consiglio dei ministri, comunicato stampa n. 107 del 7 marzo 2016.

²³ Prima dell'introduzione del nuovo Codice dei contratti, il partenariato non costituiva un istituto giuridico, quanto piuttosto una "nozione descrittiva", idonea ad includere, come affermato da F. MASTRAGOSTINO, *Premessa*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, <<modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui, per

Il contratto di PPP stipulato tra l'amministrazione pubblica e l'operatore economico aggiudicatario disciplinato attraverso una normativa di carattere generale ed autonoma, costituisce strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito.

Il Legislatore, all'interno della Parte IV "Partenariato pubblico privato e contraente generale" del nuovo Codice, inserisce il Titolo dedicato al Partenariato pubblico e privato, colmando così la lacuna del nostro ordinamento in tale materia.

L'art. 3 del nuovo Codice dei contratti pubblici, alla lett. eee) definisce il <<contratto di partenariato pubblico privato>> come <<il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat>>²⁴. Risultano nuove, rispetto alla disciplina vigente, le specifiche relative all'onerosità del contratto, alla forma scritta e alla possibilità di coinvolgere più operatori economici.

Il contratto di PPP rappresenta un'eccezione alla regola prevista dall'art. 59 del nuovo Codice, secondo la quale è vietato l'appalto integrato, ovvero è fatto divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori.

Si distingue il ricorso al PPP per la realizzazione delle "opere c.d. fredde" e "opere c.d. calde"²⁵, a seconda che le stesse siano o meno provviste di un'intrinseca capacità a generare flussi di cassa attraverso ricavi da utenza in misura tale da coprire

volontà del legislatore, o per reciproca convenienza dei partner, gli interessi pubblici e privati si intrecciano ai fini dello svolgimento in comune di un'attività di rilevanza pubblica>>.

²⁴ La nozione di PPP in precedenza era contenuta nell'art. 3, comma 15 *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che non prevedeva però una disciplina generale dell'istituto, ma stabiliva che <<contratti di partenariato pubblico privato sono 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, il contratto di disponibilità, 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, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat>>. Tale comma era stato introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008 e successivamente così modificato dall'art. 44, comma 1, lettera b) d.l. n. 1 del 24/01/2012 in vigore dal 24/01/2012, convertito senza modificazioni dalla Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, in vigore dal 25/03/2012.

²⁵ Le "opere c.d. calde" si contrappongono alle "opere c.d. fredde" in cui la funzione sociale è predominante e tale da non consentire un flusso di cassa per remunerare gli investimenti effettuati e quindi tali da non prevedere l'applicazione di tariffe, per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa, come avviene per la realizzazione di ospedali e carceri.

i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito dal partner privato. Il campo di applicazione dell'istituto, infatti, riguarda in particolare la realizzazione delle opere c.d. *self liquidating*, definite calde, ovvero opere in cui si prevede il pagamento di tariffe da parte dell'utente fruitore del servizio, e quindi attraenti per il soggetto privato. Infatti, la capacità di produrre flussi di cassa costituisce ovviamente una delle attrattive per i privati i quali sono incentivati ad effettuare investimenti.

Il Codice, all'art. 180, comma 2, prevede inoltre la possibilità che le "opere c.d. tiepide" possano essere oggetto di contratti di PPP. Si tratta di opere che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono tuttavia ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico per l'esecuzione.

La nuova disciplina prevista dal Codice, all'art. 180, comma 2, specifica che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano derivare non solo dal canone riconosciuto dall'ente concedente, ma anche da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dallo stesso, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Questo è il vantaggio economico riconosciuto in capo al soggetto privato.

Alcuni elementi essenziali del contratto derivano dal contenuto dell'offerta selezionata come migliore. In relazione agli interventi realizzati mediante finanza di progetto, l'art. 183, comma 9, del Codice prevede espressamente che le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

L'art. 183 del Codice prevede le modalità di finanziamento dei contratti di PPP, esplicitando la possibilità del ricorso alla finanza di progetto. Il contratto deve definire i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio e le conseguenze che potrebbero derivare dall'anticipata estinzione del negozio. Nel caso in cui dovessero verificarsi fatti non riconducibili all'operatore economico e che incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario, si dovrà procedere alla revisione dello stesso. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto.

Lo schema di contratto di PPP, pertanto, deve riportare in allegato l'offerta risultata aggiudicataria e, inoltre, ai sensi dell'art. 180, comma 3, è necessario che il contenuto del contratto sia *<<definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati>>*. Sempre ai sensi dell'art. 180, *<<con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico. Ai sensi del successivo art. 182, comma 2, il contratto definisce, altresì, i rischi trasferiti, le modalità del monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico>>*.

Ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intervento, inteso come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero in altre forme di contributi (ad esempio concessione di beni immobili). In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari (art. 180, comma 6).

La scelta del partner privato in un intervento di partenariato pubblico privato avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica, anche mediante dialogo competitivo²⁶ (art. 181 del Codice). Si prevede, inoltre, fatta salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, che le amministrazioni aggiudicatrici provvedano all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo, uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che diano evidenza della corretta allocazione dei rischi tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e la sostenibilità finanziaria.

La pubblica amministrazione, secondo l'art. 181, comma 3 del Codice, deve svolgere un'adeguata fase istruttoria preliminare di programmazione con riguardo *<<all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto²⁷>>*, così da effettuare una scelta ottimale della procedura di aggiudicazione da utilizzare per la realizzazione dell'opera o del servizio.

Con riguardo all'attività di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici si prevede una programmazione biennale per gli acquisti di beni e servizi e l'inserimento nella programmazione triennale dei lavori pubblici anche delle opere incompiute, ai fini del completamento.

La disciplina riguardante la distinzione tra contratti affidati ad iniziativa pubblica rimane invariata, in seguito ad esplicito atto di programmazione della p.a. e con avvio della procedura ad evidenza pubblica basata sul progetto elaborato dalla stessa amministrazione e iniziative che traggono origine da proposte di soggetti privati, con riferimento ad interventi non contemplati negli atti di programmazione dell'amministrazione.

²⁶ Il dialogo competitivo è una procedura particolarmente flessibile e, quindi, adatta alla aggiudicazione di contratti di partenariato, anche atipici, in quanto sono gli stessi candidati che concorrono a definire i profili contrattuali e non la p.a. a predeterminarli.

²⁷ Per esempio, facendo ricorso a tecniche di valutazione mediante lo strumento del *public sector compactor*, il quale, mutuato dall'esperienza anglosassone, è uno strumento per valutare, caso per caso, il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario, la qualità dei servizi resi all'utenza ed i rapporti con le amministrazioni pubbliche concedenti e per effettuare un'analisi quantitativa sulla fattibilità dell'opera, un indicatore che stima quali sarebbero i costi dell'opera nel caso fosse finanziata, realizzata e gestita dal settore pubblico, invece che dal privato.

Sono previsti tre livelli di progettazione delle opere: progetto di fattibilità, progetto definitivo e progetto esecutivo. Mentre per i servizi è facoltativa l'articolazione in livelli di progettazione.

Per assicurare il buon fine dell'operazione di PPP, si prevede che la sottoscrizione del contratto di partenariato pubblico privato avvenga contestualmente al perfezionamento del contratto di finanziamento e che il contratto è risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di partenariato pubblico privato (art. 180, comma 7).

5. Il trasferimento dei rischi all'operatore economico.

Grande importanza è attribuita dal Codice alla disciplina dell'allocazione dei rischi e dell'equilibrio economico finanziario. Il privato accetta l'accollo del rischio economico spinto dalla prospettiva concreta di un vantaggio patrimoniale derivante dalla realizzazione dell'opera o del servizio e dalla gestione del bene. Si impone una traslazione dei rischi tra le parti in base alle rispettive capacità di gestirli al meglio.

Ad integrazione del dettato della normativa europea, l'art. 180, comma 3 del Codice, prevede che in un contratto di PPP il privato debba sostenere sostanzialmente, e non formalmente, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di redditività verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera²⁸. L'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico si sostanzia, in altri termini, nel trasferimento del rischio operativo, quale rischio *<<legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile>>* (art. 3, comma 1, lettera zz).

Per prevenire il contenzioso e per evitare un'allocazione solo formale dei rischi al privato si rende necessario che i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico, fermo restando che l'operatore economico ne dovrà sopportare la maggioranza²⁹.

Tali tipologie di rischi sono descritte dall'art. 3 del Codice. Per rischio di costruzione si intende il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna dell'opera, al non rispetto degli standard di progetto (la pubblica amministrazione infatti richiede che l'opera sia coerente con quanto previsto dai documenti in base ai quali è stato stipulato l'accordo), all'aumento dei costi preventivati, a inconvenienti di tipo tecnico

²⁸ La direttiva 2014/23/UE, art. 5, comma 1, pone l'accento sul tema dell'allocazione in capo al privato del rischio operativo, aspetto dirimente per distinguere il contratto di concessione da quello di appalto.

²⁹ L'Anac sottolinea, nel Documento di consultazione "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", come *<<Nei contratti di PPP la parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare, in altri termini, una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita subita dallo stesso non sia puramente nominale o trascurabile oppure all'incapacità di fornire, con continuità, l'opera alle condizioni previste nei documenti contrattuali, sopportando le perdite legate al mancato riconoscimento del canone>>*.

nell'opera e al mancato completamento dell'opera (art. 3, comma 1, lett. aaa)³⁰; per rischio di disponibilità si intende il rischio legato alla capacità dell'operatore economico concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti (art. 3, comma 1, lett. bbb)³¹; per rischio di domanda si intende il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il contraente deve soddisfare dipendente dalla variabilità della richiesta del servizio erogato, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa (art. 3, comma 1, lett. ccc)³². Con i contratti di PPP sono disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico e si prevede che la pubblica amministrazione ha la facoltà di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera o di prestazione dei relativi servizi.

Il rischio operativo allocato in capo all'operatore economico deve essere mantenuto non solo nella fase di aggiudicazione del contratto di PPP, ma anche nella fase di esecuzione delle prestazioni, così da garantire una corretta gestione ed effettivo soddisfacimento dei bisogni e degli interessi pubblici sottesi al contratto stesso.

L'art. 180, comma 6, prevede che l'operazione di partenariato si fonda sul raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario da parte del privato, definito dall'art. 3, comma 1, lett. fff), come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria³³. Si prevede che l'amministrazione possa pagare un prezzo consistente in un contributo pubblico o nella cessione di beni immobili che non assolvono più alla funzione di interesse pubblico e il contributo può consistere anche in un diritto di godimento su determinati beni purché siano strumentali all'opera da affidare in concessione. Il pagamento del prezzo può contribuire a garantire l'equilibrio economico finanziario ma, per non snaturare il contratto di partenariato il prezzo o la contribuzione pubblica non può mai superare il trenta per cento del costo dell'investimento effettuato dal privato. Tale aspetto è particolarmente delicato, in quanto dall'equilibrio economico discende l'effettiva convenienza dell'operazione di partenariato.

La ripartizione dei rischi va effettuata caso per caso a seconda delle concrete capacità delle parti attraverso la negoziazione delle clausole contrattuali.

È previsto che il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico, che incidono sull'equilibrio del piano economico e finanziario, può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (art. 182, comma 3, del Codice). La revisione del piano economico e finanziario deve procedere solo nei limiti di quanto necessario a neutralizzare gli effetti derivanti dall'evento non imputabile al concessionario e che ha consentito di avviare la

³⁰ Rischio di commissionamento, rischio amministrativo, rischio espropri, rischio ambientale, rischio di progettazione, rischio di esecuzione dell'opera, rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o inadeguatezza degli stessi, rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione, rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori o subappalti.

³¹ Rischio di contrazione della domanda di mercato, rischio di contrazione della domanda specifica.

³² Rischio di manutenzione straordinaria, rischio di performance, rischio di obsolescenza tecnica.

³³ Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco del periodo di efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

procedura di riequilibrio. Ciò vale sia per gli indicatori di redditività, sia per quelli di sostenibilità finanziaria.

A tal fine, è molto importante che siano chiaramente individuati gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del piano economico e finanziario, quali ad esempio eventi di forza maggiore, l'entrata in vigore di norme legislative e regolamentari, le varianti richieste dall'amministrazione o concordate tra le parti che comportino un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario.

6. Il rilievo attribuito dal nuovo Codice all'attività di controllo dell'esecuzione degli interventi da parte della p.a. Il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico.

Il Codice innova con riguardo alla fase di esecuzione del contratto di PPP prevedendo che la p.a., dovendosi dotare di conoscenze tecniche all'altezza delle dinamiche di mercato per valutare la capacità delle opere pubbliche di generare flussi di cassa positivi tali da ripagare i costi operativi ed i finanziamenti nel tempo, eserciti il controllo dell'operatore economico anche attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, verificando in particolare la permanenza, per tutta la durata del rapporto contrattuale, in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti.

Per garantire l'allocazione ottimale dei rischi, il Legislatore all'art. 181, comma 4, ha previsto che, in corso d'opera, l'amministrazione aggiudicatrice *<<esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico (affidatario di un contratto di PPP) attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare e ad alimentare attivamente tali sistemi>>*. La previsione di cui all'ultimo periodo risulta di problematica applicazione in considerazione dei differenti interessi che muovono le azioni e le decisioni del partner privato rispetto a quelle della p.a.

L'amministrazione aggiudicatrice, per tutti i contratti rientranti nella definizione di cui all'art. 180, comma 8 del Codice dei contratti pubblici, è tenuta a gestire le informazioni disciplinate dalle Linee Guida predisposte dall'Anac³⁴ nell'ambito delle procedure amministrative e dei processi gestionali interni e dei sistemi di monitoraggio dei contratti e delle opere.

6.1. Gli strumenti per il monitoraggio dei rischi.

Una valutazione corretta dei rischi è compiuta attraverso la predisposizione di una "matrice dei rischi", la quale è considerata documento fondamentale per la corretta allocazione dei rischi tra amministrazione e partner privato, che permette di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico debba essere in capo all'una o

³⁴ Si veda il Documento di consultazione predisposto dall'Anac, "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato".

all'altro o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa, ed entra per la prima volta in un documento ufficiale attuativo delle norme sugli appalti, ovvero nelle bozze di Linee guida dell'Anac. Infatti, finora, era presente solo in modo volontario nei contratti di concessione e PPP, mentre secondo l'Anac ora deve essere allegata al contratto. Si tratta di una tabella che evidenzia tutti gli specifici rischi legati all'esecuzione del contratto (fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura, di gestione del servizio), indicando la probabilità del verificarsi dell'evento, la possibilità o meno di mitigare tale rischio, i costi o ritardi che il verificarsi di tale rischio comporterebbe, e soprattutto a chi deve essere allocato tale rischio.

La costruzione di una matrice dei rischi è indispensabile anche in considerazione di quanto disposto all'art. 181, comma 2, del Codice, secondo cui *<<salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico>>*.

La "matrice dei rischi" consente all'amministrazione di effettuare un controllo sulle principali clausole contrattuali, verificando se le stesse siano state formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi, attraverso un richiamo puntuale ai singoli articoli del contratto che disciplinano il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi.

La "matrice dei rischi" può essere utilizzata anche come parametro di riferimento per la verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso. In particolare, ogniqualvolta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del piano economico-finanziario, l'amministrazione è tenuta ad accertare che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi, in modo che, in condizioni operative normali, non sia garantito allo stesso il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto del contratto.

L'Anac ritiene che gli strumenti per monitorare l'effettivo trasferimento del rischio al privato siano, oltre la matrice dei rischi, il flusso informativo costante dall'operatore economico alla pubblica amministrazione sull'esecuzione preferibilmente tramite piattaforma informatica comune e un periodico resoconto economico gestionale per il tramite del Responsabile unico del procedimento.

Il controllo da parte dell'amministrazione sul mantenimento in capo al privato del rischio operativo si basa, infatti, sulla disponibilità dei dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi. In particolare, è necessario che l'amministrazione disponga dei dati utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario, in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio. Come indicato dall'Anac, a tal fine è opportuno che nel contratto sia espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione di tale flusso informativo. È auspicabile, al riguardo, la previsione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione e operatore economico nella quale possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena se ne

ha la disponibilità. In mancanza di tale piattaforma, tale adempimento può essere realizzato mediante una periodica attività di *reporting*.

Il trasferimento del rischio operativo al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di *Service Level Agreement* (SLA), sistema di penali, decurtazione del canone. Tuttavia, perché tale assetto contrattuale possa raggiungere lo scopo di mantenere l'allocazione dei rischi in esso stabilita, è indispensabile che a tali clausole sia data tempestiva e puntuale applicazione e, quindi, che siano correttamente svolte le funzioni di direzione e di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto³⁵.

Pertanto, l'Anac ritiene che, al fine di monitorare che l'allocazione dei rischi permanga in virtù di una corretta gestione del contratto, sia necessario che l'amministrazione, per il tramite del Responsabile unico del procedimento, riceva un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto dei *Service Level Agreement*, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

³⁵A tal fine, come sottolineato dall'Anac, appaiono nevralgiche le figure del responsabile unico del procedimento, del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione, chiamate a controllare i livelli di qualità delle prestazioni e la regolare esecuzione delle prestazioni avuto riguardo ai documenti contrattuali.