

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

IL PARTENARIATO PUBBLICO- PRIVATO

Il Partenariato Pubblico Privato

Per partenariato (o *partnership*) pubblico privato si intende un “confronto” tra parti diverse (soggetti pubblici o privati, forze economiche e sociali) per realizzare interventi finalizzati non solo allo sviluppo economico e del territorio, ma anche all’integrazione sociale; del resto per *partnership* – che è il termine anglosassone che identifica il fenomeno – si intende un’associazione. Dal punto di vista giuridico, invece, si fa riferimento ad un concetto molto ampio, ma dai contorni ancora non ben definiti, che ricomprende una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, nell’ambito dell’attuazione di progetti finalizzati alla realizzazione e/o gestione di opere e/o servizi e/o infrastrutture di pubblica utilità.

Il Partenariato Pubblico Privato

Insomma, per PPP non si qualifica un istituto giuridico vero e proprio, quanto, piuttosto, «una sintesi verbale» al cui interno ricomprendere contratti aventi per oggetto tali prestazioni «in ogni caso con il finanziamento totale o parziale a carico dei privati, anche in forme diverse». Dei vari istituti che ne fanno parte, nessuno si può definire una specie di esso, proprio perché ciascuno è caratterizzato da una propria autonoma struttura.

Del resto, questa è anche la definizione che si riesce a trarre dal Libro Verde del 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, a dimostrazione del fatto che neanche a livello comunitario esiste ancora una specifica definizione normativa.

Il Partenariato Pubblico Privato

A partire dalla metà degli anni Novanta del XX secolo, la cooperazione tra poteri pubblici ed operatori economici privati cominciò a diffondersi rapidamente nei Paesi del Nord Europa, specialmente nel Regno Unito ed in Irlanda: si faceva per lo più ricorso allo strumento del *Private Finance Initiative* (PFI), una sorta di contratto complesso in forza del quale il soggetto privato si impegnava a progettare e costruire a proprie spese un'opera pubblica, mentre l'amministrazione gli rimborsava a rate il capitale investito, gli interessi maturati come pure il servizio prestato entro 10 anni.

Tali collaborazioni cominciarono ad espandersi pur in assenza di una disciplina comunitaria di riferimento, finendo inevitabilmente per destare timori e preoccupazioni in merito alla tutela della concorrenza all'interno del mercato unico.

Il Partenariato Pubblico Privato

Sebbene a livello comunitario già fosse noto quale forma di politica di coesione economica e sociale, la Commissione Europea avviò lo studio in tema di partenariato pubblico privato (PPP) nel 1999, durante la fase di stesura della “Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario”. Tappa intermedia di rilievo fu la pubblicazione del Parere del Comitato Economico e Sociale sul “Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)”, all’interno del quale il CESE (Comitato Economico e Sociale Europeo) sottolineò come lo sviluppo dell’apporto privatistico nelle opere pubbliche fosse ancora ostacolato dalla mancanza tanto di una normativa quadro per i contratti di partenariato, quanto di una disciplina specifica sulle concessioni.

Il Partenariato Pubblico Privato

Pur continuando le istituzioni europee a monitorare con attenzione il mercato degli appalti pubblici e delle concessioni, il dibattito vero e proprio in materia di partenariato pubblico privato venne inaugurato solo con l'adozione del Libro Verde relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" del 30 aprile 2004.

Infatti, in concomitanza con l'adozione delle nuove direttive sugli appalti (le nn. 17 e 18), la Commissione Europea presentò, in data 30 aprile 2004, la bozza di un nuovo Libro Verde relativo sia ai partenariati pubblico-privati sia al diritto comunitario in materia di appalti pubblici e di concessioni.

Il Partenariato Pubblico Privato

Da questo momento si comincia ad assistere all'avviamento di un serio e costante approfondimento del fenomeno partenariale, tanto è vero che ci fu la contestuale pubblicazione da parte dell'Eurostat della Decisione 11 febbraio 2004, n. 18 avente ad oggetto proprio il trattamento contabile, nel bilancio di ciascun singolo Stato membro, dei contratti di partenariato stipulati dalla Pubblica Amministrazione con operatori economici privati.

Il Partenariato Pubblico Privato

Da tale documento emerse la possibilità di registrare fuori bilancio i costi sostenuti per le infrastrutture realizzate con il contributo dei privati, con grandi benefici per il debito pubblico, in considerazione della quale la Commissione iniziò a delineare una prima base definitoria nonché i punti cardine della normativa sul PPP, avente lo scopo di garantire che pure lo sviluppo del partenariato avvenisse in un contesto concorrenziale e perciò nel pieno rispetto dei principi generali in tema di appalti pubblici.

Il Partenariato Pubblico Privato

Nel Libro Verde del 2004 il partenariato pubblico privato viene genericamente definito quale “forma di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mira a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”, senza però elencare nello specifico tutte le possibili declinazioni che questa collaborazione poteva assumere.

Ciò nonostante, tramite esso, però, il diritto comunitario non giunse ad elaborare né una definizione né una regolamentazione cogente del partenariato pubblico privato; ecco perché, in assenza di una disciplina distinta rispetto a quella degli appalti e delle concessioni, al suo interno l’elemento di maggior interesse rimane senza dubbio la distinzione dei modelli di PPP sotto il profilo tipologico.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il Libro Verde prevede i caratteri indispensabili al fine di poter considerare un'operazione come PPP, e cioè:

- a) una collaborazione di lunga durata tra potere pubblico e soggetto privato;
 - b) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato;
 - c) la partecipazione strategica dell'operatore privato a tutte le fasi del progetto, dove l'amministrazione si occupa innanzitutto di definire gli obiettivi da raggiungere al fine di soddisfare l'interesse pubblico sottostante;
 - d) un'effettiva distribuzione dei rischi tra autorità pubblica e comparto privato, da effettuarsi caso per caso.
-

Il Partenariato Pubblico Privato

Grazie a tale atto sono per la prima volta ripartite in due categorie le figure partenariali: da un lato il PPP contrattuale, comprensivo delle fattispecie fondate su un contratto stipulato tra un partner pubblico ed un partner privato, entrambi i quali mantengono comunque la loro individualità; dall'altro lato il PPP istituzionalizzato, che invece implica una cooperazione tra sfera pubblica e sfera privata, la quale postula l'esistenza, per non dire la creazione *ad hoc*, di un'entità giuridica distinta, deputata alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse o alla gestione/fornitura di un servizio a favore della collettività.

Il primo risulta quindi regolato da obbligazioni contrattuali, mentre il secondo esige una struttura societaria le cui quote siano detenute congiuntamente dalla parte pubblica e da quella privata.

Il Partenariato Pubblico Privato

Un aspetto sicuramente sancito all'interno del Libro Verde è che la stabilità nel tempo della collaborazione tra soggetto pubblico e soggetto privato costituisce un presupposto irrinunciabile del partenariato e questo aspetto ha consentito già da subito di distinguerlo da altre forme di collaborazione occasionali o di corto raggio. Il documento della Commissione Europea ha tracciato una netta linea di demarcazione: da un lato le ipotesi di PPP in cui «la collaborazione prevede una rigida separazione di ruoli, così che pubblico e privato svolgono, ciascuno con autonome competenze e responsabilità, parti ben distinte dell'attività complessiva, che risulta, quindi, la somma coordinata di due azioni separate»; dall'altro quelle in cui la collaborazione non consiste nella semplice fusione di due azioni separate, bensì in un'unica azione posta in essere dai due partner, che concorrono alla medesima attività, spesso mettendo in comune risorse finanziarie ed organizzative.

Il Partenariato Pubblico Privato

La Commissione Europea si rese, però, conto che non era ancora possibile ricondurre tutte le forme di partenariato pubblico privato nella sfera applicativa del diritto comunitario, e che fosse, dunque, necessario avviare una più approfondita consultazione al fine di constatare, per prima cosa, se vi fosse la reale necessità di intervenire a livello sovranazionale, e poi eventualmente quale fosse lo strumento più adeguato per farlo perché il documento del 2004, più che presentare il PPP come nuovo istituto giuridico, lo aveva inteso come metodo di soddisfacimento di interessi collettivi che si esprime in figure ed istituti, tipici ed atipici.

Ma dal 2004 al 2014 l'Unione Europea non ha dimostrato interesse ad attribuire al PPP una base normativa comune di matrice eurounionale, ritenendo che fosse sufficiente individuarlo «come fenomeno al quale ricondurre una serie di fattispecie disciplinate a livello europeo, sia mediante atti normativi, sia attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia».

Il Partenariato Pubblico Privato

Il dibattito, però, è proseguito, fino all'emanazione della Direttiva n. 23 del 2014, all'interno della quale, però, manca un riferimento al partenariato e, dunque, per conferire ad esso per una disciplina unitaria. Tale direttiva disciplina il cuore della tematica del partenariato pubblico privato, vale a dire le concessioni, che rappresentano l'istituto che tradizionalmente viene ricondotto ad esso.

La Direttiva 2014/23/UE “sull'aggiudicazione dei contratti di concessione”, nel disciplinare per la prima volta le concessioni, stabilisce una precisa linea di demarcazione tra appalti e concessioni e si sofferma sulla disciplina del trasferimento del rischio, elemento di differenziazione rispetto agli appalti e carattere essenziale di qualsivoglia forma di PPP insieme alla traslazione della gestione.

Il Partenariato Pubblico Privato

In Italia il modello che si è sviluppato di PPP è caratterizzato da un rapporto tra pubblico e privato di non semplice gestione.

Spesso, infatti, la Pubblica Amministrazione (che rappresenta il pubblico) svolge sia il ruolo di garante dell'efficienza sia quello di attore che opera in concreto.

Sono soprattutto gli Enti Locali i protagonisti delle procedure di collaborazione nella realizzazione di opere pubbliche, e questo perché rappresentano i territori più vicini alle esigenze dei cittadini e da lì partono i maggiori impulsi per l'attivazione dei processi di sviluppo economico e sociale.

Il Partenariato Pubblico Privato

Nonostante i non facili rapporti tra pubblico e privato, in Italia il fenomeno del PPP, nell'ultimo decennio, si è allargato a macchia d'olio poiché esso consente di superare le difficoltà derivanti dal non potere provvedere alla soddisfazione degli interessi a causa delle restrizioni di bilancio in cui si versa assicurando il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico che, nel contempo, beneficia anche dei «*know-how*» del settore privato con dei risultati indubbiamente più certi e garantiti.

Il Partenariato Pubblico Privato

Le norme della Costituzione alle quali si può fare riferimento per parlare di partenariato nel nostro ordinamento sono principalmente:

- l'art. 4, che fa riferimento al dovere morale di ogni cittadino che deve svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»;
 - l'art 118 che - a seguito della riforma del titolo V – disciplina la cosiddetta sussidiarietà orizzontale, grazie alla quale il privato, là dove possibile, viene stimolato dalle istituzioni ad offrire la sua collaborazione alla soddisfazione del pubblico interesse, in modo che possa essere maggiormente garantito il funzionamento delle infrastrutture primarie e dei meccanismi che contribuiscono al raggiungimento e al mantenimento di una buona qualità della vita.
-

Il Partenariato Pubblico Privato

Il Codice dei contratti del 2016, a differenza del precedente, si soffermava in maniera più puntuale e sistematica sul contratto di Partenariato Pubblico Privato all'art. 180, identificandolo come una forma di sinergia tra poteri pubblici e privati, con la finalità di finanziare, costruire o gestire infrastrutture o fornire servizi pubblici.

Ai sensi dell'art. 180 i contratti di partenariato erano «*contratti a titolo oneroso che possono avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi*» e, dunque, il Partenariato Pubblico Privato è da intendersi come rapporto che è alla base di vari contratti tra cui, *in primis*, il *project financing*, ma anche della concessione di costruzione e gestione, della concessione di servizi, della locazione finanziaria di opere pubbliche, del contratto di disponibilità e di qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi.

Il Partenariato Pubblico Privato

Nel Codice del 2023 il partenariato pubblico-privato è disciplinato nel Libro IV (Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni), in particolare la PARTE I - Disposizioni generali, artt. 174-175.

Il comma 1 dell'art. 174 individua il partenariato pubblico-privato nell'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente 4 caratteristiche in particolare:

- a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico;
 - b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;
-

Il Partenariato Pubblico Privato

- c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione;
- d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.

Si definisce ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Il comma 3 prevede che l'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore.

I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati.

Il Partenariato Pubblico Privato

Dunque, il nuovo Codice ha considerato espressamente il PPP istituzionalizzato che, secondo la definizione offerta dal Libro Verde della Commissione europea, implica una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato mediante la creazione di un “ente di scopo” o “società mista” volti al perseguimento dell’interesse pubblico.

In tal modo, l’amministrazione persegue l’interesse pubblico attraverso modalità alternative alla tradizionale esternalizzazione a soggetti terzi selezionati con procedura ad evidenza pubblica con la creazione di una società partecipata nel cui ambito l’operatore privato apporta un contributo economico ma, soprattutto, un contributo di carattere operativo ed industriale.

Il Partenariato Pubblico Privato

L'art. 175 disciplina la Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio del PPP.

Tale norma, attraverso le sue previsioni, dovrebbe avere l'effetto di rendere le procedure di partenariato pubblico-privato effettivamente più attrattive per gli investitori istituzionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi, così come previsto nella lett. aa) della legge delega.

Per raggiungere l'obiettivo di estendere le forme di partenariato pubblico-privato, infatti, è necessario, seppure non sufficiente, semplificare le procedure (rendendo le disposizioni più leggere, anche attraverso il rinvio ai bandi-tipo ed ai contratti-tipo), ma è fondamentale altresì individuare, in un'ottica multidisciplinare, strumenti che incentivino le imprese a partecipare alle gare.

Il Partenariato Pubblico Privato

Al comma 1, dunque, è prevista l'adozione di un programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, ciò anche al fine di garantire la massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e della collettività.

La pubblicazione di tale programma potrà anche stimolare un dibattito pubblico sui progetti di maggior rilievo sociale.

Il Partenariato Pubblico Privato

Nel programma triennale le pubbliche amministrazioni debbono indicare, per ciascun progetto, le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione. Tale inserimento si è reso necessario al fine di non disincentivare la presentazione di proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza sulla disciplina della fase successiva alla presentazione della proposta medesima. In questo modo, si fissa la regola secondo la quale il criterio è la prelazione, mentre l'eventuale intenzione di discostarsi dalla regola generale deve essere giustificata già in sede di programmazione.

Il Partenariato Pubblico Privato

Al comma 2 è previsto che il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, la quale si deve incentrare sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private e sulla possibilità di ottimizzare il rapporto costi e benefici, nonché sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. Si è precisato che, a tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato nell'arco dell'intera durata del rapporto con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

Il Partenariato Pubblico Privato

La norma è volta a garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del partenariato pubblico-privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine alla sua convenienza e fattibilità, per evitare, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e dall'altro, che, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica (idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, ottimizzazione del rapporto costi e benefici, efficiente allocazione del rischio operativo, capacità di indebitamento dell'ente e disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale) dette iniziative risultino non convenienti per l'amministrazione.

Al fine di incentivare il ricorso alle più moderne ed efficienti soluzioni tecnologiche, tra gli elementi oggetto di valutazione è inserita anche la capacità di generare soluzioni innovative.

Il confronto con l'appalto deve essere di natura quali/quantitativa (riferendosi, ad esempio, a soluzioni di tipo organizzativo, economico, ambientale e sociale) perché alcune dinamiche si possono apprezzare solo sotto il profilo qualitativo.

Il Partenariato Pubblico Privato

Nei casi di progetti di interesse statale ovvero finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già prevista l'espressione del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica e lo Sviluppo Sostenibile (CIPESS), gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo indicativamente superiore a 10 milioni di euro (la scelta della soglia è demandata al decisore politico) debbano richiedere un parere preventivo, non vincolante, per la valutazione preliminare di cui al comma 2, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il Partenariato Pubblico Privato

Per evitare che la previsione di che trattasi possa allungare i tempi del procedimento, è previsto che il parere debba essere emesso entro 45 giorni e che, comunque, decorso tale termine, debba trovare applicazione l'art. 16, comma 2 della legge 241/1990.

Tale disposizione è ripresa dall'articolo 18-bis del d.l. 30 aprile 2022, n. 36 che introduce misure urgenti per favorire l'attuazione del PNRR.

Considerato l'impatto economico delle operazioni di partenariato pubblico-privato è previsto che il parere sia emesso di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il comma 4 prevede l'estensione della possibilità di richiedere tale parere alle regioni e agli enti locali, nel caso in cui la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda.

Sempre al comma 3, come ulteriore strumento a supporto del partenariato pubblico-privato, è prevista la possibilità per il Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo la valutazione preliminare, di sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza. Inoltre, è altresì prevista la facoltà dell'amministrazione di avvalersi di Cassa depositi e prestiti per predisporre lo schema di contratto.

Il Partenariato Pubblico Privato

In un'ottica di efficiente collaborazione istituzionale, al fine di assicurare ai progetti di partenariato pubblico-privato il miglior supporto possibile, l'art. 175 prevede il coinvolgimento e lo sfruttamento di tutte le migliori competenze oggi esistenti nell'ordinamento (Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica – DIPE - della Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, Consiglio superiore dei lavori pubblici, Consiglio di Stato e Cassa depositi e prestiti).

Il Partenariato Pubblico Privato

L'ente concedente, sentito l'operatore economico, nomina altresì un responsabile unico del progetto di partenariato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche. Il responsabile avrà il compito di coordinare e controllare, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni. La disposizione si giustifica per la necessità di avere un controllo specifico quali-quantitativo, su ogni singola fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato, da parte di un soggetto terzo e dotato di idonee competenze tecniche. Questa tipologia di controllo ha la finalità di assicurare un intervento tempestivo, eliminando subito le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il comma 6 prevede che l'ente concedente debba verificare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito.

Invero, come precisato al comma 1 dell'art. 174, una delle caratteristiche imprescindibili delle operazioni di partenariato pubblico-privato è che il rischio operativo ricada sull'operatore economico. Risulta, pertanto, fondamentale che l'ente concedente verifichi costantemente, anche durante tutta la fase di esecuzione del progetto di partenariato, che tale rischio non sia stato in qualche modo, di fatto, trasferito in capo all'ente concedente.

Il monitoraggio dei partenariati pubblici-privati è disciplinato dal comma 7 che lo affida al DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri, presso il quale è istituita un'apposita banca dati.

Il Partenariato Pubblico Privato

Questa disposizione si giustifica per la necessità, visto il rilevante impatto economico di tali operazioni, di avere, oltre il controllo già svolto dal responsabile unico sul singolo progetto, anche un controllo costante e accentrato su tutte le operazioni di partenariato pubblico-privato, da parte di un organismo già dotato di competenza e formazione specifica in materia. Si potranno così intercettare subito possibili situazioni di inefficienza, diseconomicità o cattiva gestione dei progetti di partenariato pubblico-privato.

Sempre nell'ottica di offrire un ulteriore strumento a supporto dell'efficiente utilizzo dello strumento del partenariato pubblico-privato, tenuto conto che una delle principali difficoltà è emerso essere quella di individuare valide forme di finanziamento, al comma 8 è previsto che il Ministero dell'economia e delle finanze, attraverso il portale per il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato della Ragioneria generale dello Stato, pubblici e aggiorni periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di partenariato pubblico-privato più ricorrenti sul mercato.

Il *leasing* (locazione finanziaria o *leasing in costruendo*)

Come detto, nell'ambito del partenariato **contrattuale** rientrano le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità.

La locazione finanziaria è disciplinata dall'art 196, nella Parte III. Tale norma prevede che per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (*leasing*).

La società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.

Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'articolo 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori.

Il leasing (locazione finanziaria o leasing in costruendo)

Per l'aggiudicazione del contratto il comma 4 prevede che l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L'aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera.

Se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto. Il soggetto finanziatore può presentare l'offerta anche singolarmente, ricorrendo in tal caso all'avvalimento del soggetto realizzatore.

Per agevolare e incentivare il contratto di locazione finanziaria, il comma 6 inserisce una più precisa formulazione della disciplina delle sostituzioni per inadempimento o fallimento, stabilendo che il dissenso dell'ente concedente può essere motivato solo con riferimento alla non idoneità o mancanza di qualificazione del soggetto indicato in sostituzione, e quindi solo per ragioni obiettive, concretamente verificabili. Infatti, l'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi.

Il *leasing* (locazione finanziaria o *leasing in costruendo*) nel nuovo Codice

L'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente resta in ogni caso condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite. Il soggetto aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.

Il comma 8 tiene conto del fatto che contrasterebbe con i principi dell'ordinamento consentire che un'opera pubblica a tutti gli effetti (“urbanistici, edilizi ed espropriativi”), rimanga in capo ad un soggetto privato che, alla scadenza del contratto ed in assenza di riscatto, possa poi liberamente disporne, specie se i canoni già pagati coprano quasi integralmente il valore delle opere. Ovviamente in questi casi, il canone di *leasing* andrà modulato in maniera adeguata alla natura e alla funzione del bene, e alla necessità del suo riscatto al termine del periodo di locazione. In alternativa, è possibile che la stazione appaltante individui *ex ante* un'area di sua proprietà ovvero un'area da sottoporre ad esproprio, sulla quale far costruire l'opera, prevedendo la successiva costituzione del diritto di superficie in favore dell'aggiudicatario.

Il *leasing* (locazione finanziaria o *leasing in costruendo*) nel nuovo Codice

L'opera può essere realizzata anche su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario. In tale ipotesi – come chiarito dall'Anac nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013 - la disponibilità delle aree dovrebbe formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara in base alla fissazione di requisiti minimi delle stesse (quali, ad esempio, la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle specifiche finalità pubbliche per cui deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti, ecc.).

Anche in questo caso si applica il primo periodo del comma 8 in ordine al regime “pubblico” dell'opera.

Il *leasing* (locazione finanziaria o *leasing in costruendo*) nel nuovo Codice

Infine, il comma 10 prevede la facoltà di riscatto anticipato per il contratto.

In tal modo, risultano meglio garantiti gli interessi pubblici connessi al contratto di locazione finanziaria.

Si segnala, infine, che è stata soppressa la previsione vigente secondo cui l'offerente può essere anche un contraente generale, poiché tale figura è stata completamente rivista mediante l'elaborazione di una disciplina sui servizi globali.

Il contratto di disponibilità

Il vecchio Codice lo definiva come il «contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti» (art. 3, lett. hhh).

Dalla definizione si evince che l'opera deve essere realizzata a rischio e a spese dell'affidatario.

Il contratto di disponibilità

All'art. 188, poi, è previsto che l'affidatario del contratto è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto:

- a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice;
 - b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice;
 - c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera, al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.
-

Il contratto di disponibilità

Nell'attuale Codice la disciplina è contenuta nella Parte IV il cui l'art. 197 ne delinea i tratti essenziali.

La definizione, invece, è contenuta nell'art. 2 lett. i) dell'all. I.1.

Tale norma lo definisce come «il contratto col quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera, destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico garantisce il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'amministrazione dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore».

Il contratto di disponibilità

L'art. 197 prevede che siano le parti a determinare il contenuto del contratto di disponibilità nei limiti imposti dalle disposizioni di cui al presente articolo, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'Autorità di regolazione del settore.

Il corrispettivo si compone di un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell'ente concedente ai sensi del comma 4.

Il comma 2, insieme al comma 9, chiariscono che il “canone di disponibilità” costituisce il *pretium* per la fruizione e il godimento dell'opera, variabile (e, dunque, suscettibile di diminuzione) in funzione del periodo di effettivo godimento.

Il contratto di disponibilità

Invece, il comma 3 prevede che quando è convenuto il trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente il corrispettivo si compone anche:

- a) di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera;
- b) di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera e tenendo conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera.

Se non è diversamente convenuto tra le parti e salvo quanto disposto dal comma 5, il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni oppure di ogni altro atto amministrativo incidente sul compimento o sulla gestione tecnica dell'opera è a carico dell'ente concedente.

Il contratto di disponibilità

Infatti, a proposito di rischio, il comma 5 prevede sia a carico dell'operatore economico quello conseguente al mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione o di assenso, da parte di autorità diverse dall'ente concedente, attinenti alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d'opera.

Ogni variante in corso d'opera va comunicata dall'operatore economico all'ente concedente al fine di consentire a quest'ultimo di opporsi quando alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale.

Il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo pattuito per il compimento e la gestione dell'opera, derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti dell'autorità.

Il contratto di disponibilità

L'ente concedente può attribuire all'operatore economico la qualità di autorità espropriante, come definita all'articolo 3 del d. P.R. 8 giugno 2001, n. 327, con il potere di espropriare e di curare il relativo procedimento. Sempre l'ente concedente redige, unitamente al bando o all'avviso, avvalendosi anche dei bandi-tipo e dei contratti-tipo dell'ANAC, un capitolato che indica le caratteristiche specifiche dell'opera, i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo, e i modi di prestazione di garanzie e cauzioni, anche funzionali ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Attraverso il bando sono indicati i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte.

Il contratto di disponibilità

È previsto che il contratto di disponibilità sia sottoscritto solo dall'operatore economico in possesso dei requisiti generali di qualificazione e di partecipazione alle procedure di affidamento.

L'ente concedente, nei modi previsti dal contratto, ha il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificare prima della consegna l'opera compiuta, eventualmente proponendo le necessarie modificazioni e varianti, sempre che queste non alterino caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale.

Il contratto determina i casi e i modi di modificazione del contratto, anche attraverso la riduzione del canone di disponibilità, idonei a ricondurlo a equità, anche tenendo conto della esigenza di tutelare i creditori indicati all'articolo 199.

Il contratto di disponibilità

Rispetto alla disciplina precedente, non sono state riprodotte le previsioni implicanti l'esistenza di una procedura di evidenza pubblica *stricto sensu* assimilabile a quella contemplata in tema di appalti (in particolare, l'art. 188, comma 3), tenuto conto del dubbio di fondo circa la applicazione dei principi in tema di procedure di evidenza pubblica al contratto in questione (trattandosi di *species* contrattuale non riconducibile alle concessioni, per le quali solo si impone la applicazione delle puntuali norme del diritto dell'Unione codificate nella direttiva).

D'altra parte la effettiva conformazione del bando è demandata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, tenendo conto degli schemi-tipo di Anac.

La sovrabbondanza di talune disposizioni del precedente codice è stata, inoltre, temperata anche affidando la compiuta disciplina della fattispecie al bando e al contratto, redatti tenendo conto degli schemi tipo di Anac.

Il general contractor

Nel precedente Codice, tale figura era disciplinata dagli artt. da 194 a 199.

Essa è necessaria al compimento del programma di interventi strategici nel nostro Paese in materia di infrastrutture; infatti, con il contratto di affidamento unitario a contraente generale, il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori.

Il general contractor

Nel nuovo Codice è reintrodotta agli artt. 204-208 della Parte VI (Dei servizi globali) del Libro IV.

Tale figura consente all'operatore economico di perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche previste, in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo.

I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, oltre che dal bando di gara e dal contratto, dalle disposizioni del codice sui contratti di appalto e di concessione.

Il general contractor

L'art. 204 del nuovo Codice parla di tale figura evidenziando che l'affidamento dei servizi globali al contraente generale si realizza mediante la conclusione di un contratto che obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio in cambio di un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese. L'affidamento al contraente generale è deciso dall'ente concedente tenendo conto della complessità e della eterogeneità delle prestazioni richieste e della esigenza di perseguire un risultato amministrativo di elevata qualità ed efficacia, e sempre che l'importo dell'affidamento non sia inferiore a 100 milioni di euro.

Il general contractor

3. Il contraente generale è tenuto fra l'altro:

- a) a redigere il progetto esecutivo, in conformità del progetto di fattibilità tecnico-economica redatto dal soggetto aggiudicatore, e a compiere le attività strumentali alla sua approvazione;
- b) ad assicurare il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera;
- c) a comunicare costantemente al soggetto aggiudicatore le informazioni necessarie a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa.

Il contratto può prevedere che l'operatore economico abbia la qualità di autorità espropriante, con il potere di espropriare e di curare il relativo procedimento e che individui i modi di gestione dell'opera e di selezione dei soggetti cui tale gestione può essere affidata.

L'ente concedente redige il progetto di fattibilità tecnico-economica e approva il progetto esecutivo e le sue varianti.

Il general contractor

Il bando di gara e il contratto stabiliscono: a) i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo spettante al contraente generale in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese; b) i modi e i tempi di pagamento del corrispettivo, che in ogni caso avviene dopo il collaudo per la parte relativa ai lavori realizzati con anticipazione; c) le risorse proprie del contraente generale ai sensi del comma 14; d) i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo e derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti di altre autorità; e) le misure idonee a prevenire tentativi di infiltrazione e condizionamento mafiosi e i relativi costi, non sottoposti a ribasso d'asta.

Il *general contractor*

Il rischio derivante dalle varianti del progetto richieste dall'ente concedente, o cagionate da forza maggiore o da provvedimenti di altre autorità, è a carico dell'ente concedente. Quello derivante da varianti cagionate da omissioni, inesattezze o errori del progetto esecutivo è a carico del contraente generale.

Fuori dei casi previsti dai commi 7 e 8, l'operatore economico comunica le varianti del progetto all'ente concedente per consentire a quest'ultimo di opporsi quando queste alterino le caratteristiche specifiche dell'opera, o i modi o i tempi del suo compimento, o in ogni caso modificano il risultato amministrativo dedotto nel contratto.

Alle varianti del progetto non si applicano le disposizioni del codice che consentono l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Il general contractor

Il contraente generale può eseguire le prestazioni dedotte in obbligazione anche costituendo una società di scopo, a cui possono partecipare soggetti dotati di idonei requisiti di professionalità, ivi compresi gli investitori istituzionali.

Se non è diversamente stabilito nel contratto, il contraente generale, o i diversi soggetti che lo compongono, sono solidalmente responsabili con la società di scopo per l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

In alternativa, la società di scopo può fornire all'ente concedente garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme percepite in corso d'opera, liberando in tal modo i soci.

Le garanzie cessano quando è emesso il certificato di collaudo dell'opera. La cessione di crediti del contraente generale e della società di scopo è regolata dalle disposizioni del codice sulla cessione di crediti da corrispettivo di appalto e concessione.

Il general contractor

Ai sensi del comma 13, il contraente generale può eseguire le prestazioni contrattuali anche affidandole a terzi, in possesso dei richiesti requisiti di qualificazione, ai quali non possono essere imposti obblighi e oneri ulteriori rispetto a quelli che gravano sul contraente generale nei rapporti con l'ente concedente. I terzi affidatari possono procedere al sub affidamento, nei modi e nei limiti previsti per gli appalti di lavori pubblici. Si applicano le norme sul subappalto.

Il bando e il contratto determinano la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata con anticipazione di risorse del contraente generale. Il contraente generale o la società di scopo, per finanziare tale quota, possono emettere obbligazioni, previa autorizzazione degli organi di vigilanza. L'ente concedente garantisce il pagamento delle obbligazioni emesse, nei limiti del proprio debito verso il contraente generale, nei modi stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Il general contractor

L'ente aggiudicatore versa il corrispettivo delle prestazioni rese e prefinanziate dal contraente generale con la emissione di un certificato di pagamento esigibile alla scadenza del prefinanziamento secondo le previsioni contrattuali. Il certificato di pagamento costituisce definitivo riconoscimento del credito del finanziatore cessionario per i soli crediti di cui al presente comma ceduti a fronte di finanziamenti senza rivalsa o con rivalsa limitata. Al cessionario non è applicabile alcuna eccezione di pagamento delle quote di prefinanziamento riconosciute, derivante dai rapporti tra debitore e creditore cedente, ivi inclusa la compensazione con crediti derivanti dall'adempimento dello stesso contratto o con qualsiasi diverso credito nei confronti del contraente generale cedente.

Il bando e il contratto indicano il termine finale di pagamento dei crediti riconosciuti definitivi ai sensi del comma 15, nei casi di mancato o tardivo raggiungimento del risultato dedotto in contratto.

Il *general contractor*

Il riconoscimento definitivo del credito non opera quando le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore, come disciplinate dal codice, si sono ridotte o quando la riduzione è espressamente prevista, salvo che sia ripristinata la garanzia o eliminata la previsione di riduzione.

L'ente concedente, nei modi previsti dal bando o dal contratto, controlla le prestazioni del contraente generale e lo svolgimento dei lavori e verifica prima della consegna l'opera compiuta e il risultato ottenuto, eventualmente proponendo le necessarie modificazioni e varianti, sempre che queste non alterino caratteristiche specifiche dell'opera e del risultato indicate nel bando e nel progetto di fattibilità tecnico-economica. L'ente concedente nomina il direttore dei lavori e i collaudatori ed effettua il collaudo.

Il general contractor

L'art. 205, accorpando le disposizioni degli artt. 195 e 198 del codice previgente, contenenti disposizioni afferenti alla procedura di aggiudicazione del contratto e alle modalità di partecipazione dei concorrenti, demanda al bando la individuazione del progetto definitivo e del numero minimo e massimo di operatori invitati, al fine di assicurare un effettivo giuoco concorrenziale, delineando altresì i criteri di selezione degli invitati nel caso di domande di partecipazioni eccedenti il ridotto numero massimo.

Sancisce il criterio di aggiudicazione, offerta economicamente più vantaggiosa, e attribuisce particolare pregnanza - tra gli elementi di valutazione - al “miglior perseguimento del risultato dedotto nel contratto”.

Il general contractor

Inoltre statuisce che nel bando possa essere previsto che l'offerente dimostri non solo l'assenza dei motivi di esclusione indicati agli articoli 94, 95, 96, 97 e 98, ferma restando la necessità di accertare sempre il possesso dei requisiti generali da parte dell'offerente che risulti poi aggiudicatario; ma anche la disponibilità di risorse finanziarie, rivolte al prefinanziamento, proporzionate all'opera da realizzare ed il possesso, da parte delle imprese affidatarie designate in sede di gara o dello stesso offerente, di requisiti professionali e finanziari idonei allo svolgimento delle prestazioni richieste.

È vietata la partecipazione alla gara di imprese collegate ovvero la partecipazione "plurima" di un operatore.

Il general contractor

Il contraente generale in possesso della richiesta classifica di qualificazione, può partecipare alla procedura di gara in associazione o consorzio con altre imprese purché queste ultime siano ammesse, per qualunque classifica, al sistema di qualificazione ovvero siano qualificabili, per qualunque classifica. Le imprese associate o consorziate concorrono alla dimostrazione dei requisiti.