

INTRODUZIONE

La promozione e il corretto utilizzo del *project financing*, quale particolare operazione di finanziamento di progetti diretti alla realizzazione e gestione di opere infrastrutturali ovvero alla fornitura di servizi nell'interesse pubblico della collettività¹, costituisce un tema centrale per la crescita economica e la realizzazione delle infrastrutture in Italia.

La consapevolezza della rilevanza dell'utilizzo degli strumenti del partenariato pubblico-privato come scelta obbligata per lo sviluppo dell'economia italiana² deriva dalla considerazione del ruolo centrale svolto dai lavori pubblici nella crescita economica³, sia per l'effetto positivo indotto dalla presenza di infrastrutture efficienti, sia sotto il profilo dell'incidenza diretta sul PIL e sull'occupazione delle attività connesse con la realizzazione di grandi opere infrastrutturali⁴. È stato osservato⁵ come il crescente interesse

¹ Sulla nozione e la strutturazione delle operazioni di *project financing* v., nella letteratura anglosassone, E.R. YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, Amsterdam, 2002; G. VINTER-G. PIERCE-D. LEE, *Project Finance: A Legal Guide*, London, 2006; S.L. HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge, 2008; J.D. FINNERTY, *Project Financing: Asset-based Financial Engineering*, New Jersey, 2013.

² In tema v., da ultimo, v., da ultimo, G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, 2018, part. p. 9 ss.

³ Cfr. M. FERRARI-A. GIOVANNINI-M. POMPEI, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 32, 3, 2016, p. 446 ss.

⁴ Cfr., *ex multis*, W. EASTERLY-S. REBELO, *Fiscal Policy and Economic Growth: An Empirical Investigation*, in *Journal of Monetary Economics*, 1993, vol. 32, p. 417; B. SANCHEZ-ROBLES, *Infrastructure Investment and Growth: Some Empirical Evidence*, in *Contemporary Economic Policy*, 1998, vol. 16, p. 98; F. DE CAROLIS-C. GIORGIANTONIO-G. PALUMBO-S. DE STEFANIS-V. SENA, *Public Capital and Total Factor Productivity: New Evidence from the Italian Regions, 1970-98*, in *Regional Studies*, vol. 39, n. 5, 2005, p. 603 ss.; V. DI GIACINTO-G. MICUCCI-P. MONTANARO, *Dynamic Macroeconomic Effects of Public Capital: Evidence from Regional Italian Data*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, vol. 69, 1, 2010, p. 29 ss.

⁵ F. BALDI-G. DI GIORGIO-F. NUCCI, *Più Stato o più mercato? Un'analisi empirica della struttura finanziaria delle operazioni di project financing*, in *L'industria*, 4, 2017, p. 460.

per lo sviluppo della dotazione infrastrutturale globale trovi le proprie ragioni nella convergenza di cinque importanti fattori: (i) l'arretratezza di talune infrastrutture operanti nelle economie più sviluppate; (ii) il ruolo centrale che gli investimenti in infrastrutture possono giocare per la crescita dei Paesi emergenti; (iii) il ricorso agli investimenti infrastrutturali quale leva per sostenere la crescita economica dell'Unione Europea (es. Piano Juncker); (iv) l'appetito degli investitori istituzionali per i rendimenti offerti da forme di impiego a lungo termine caratterizzate dalla stabilità dei flussi cedolari; (v) le condizioni di rigore ed austerità imposte alla fiscalità pubblica di gran parte dei Paesi più economicamente sviluppati, che limitano il ruolo dei Governi quali finanziatori di nuovi investimenti infrastrutturali mediante l'aumento della spesa pubblica. Con riferimento a tale ultima motivazione, ciò sarebbe confermato dal fatto che proprio nel mercato europeo⁶, laddove attualmente si applicano i più stringenti vincoli di bilancio al ricorso a risorse pubbliche per il finanziamento di nuove infrastrutture, consta ben il 41 per cento della domanda globale per nuove opere⁷.

Nell'attuale fase di scarsa disponibilità di risorse finanziarie pubbliche, quindi, il *project financing* rappresenta per gli enti pubblici territoriali uno strumento oramai fondamentale per valutare le possibilità di finanziamento volte alla costruzione, ristrutturazione e gestione di un'opera pubblica o alla fornitura di un servizio per la collettività. Tuttavia, l'opportunità di ricorrere al *project financing* da parte delle amministrazioni locali deriva non solo dall'esigenza di reperire finanziamenti agli investimenti, mediante il superamento dei vincoli finanziari posti dal Patto di stabilità interno e dai limiti normativi all'indebitamento⁸, ma anche dalla necessità di assicurare una migliore qualità progettuale delle infrastrutture realizzate, una più efficiente distribuzione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato, un efficiente servizio di *project management* di grandi opere, la compensazione di carenze organizzative interne con riguardo alle competenze tecniche e gestionali richieste per realizzare e gestire infrastrutture di dimensioni rilevanti ovvero di particolare complessità.

Numerose sono, però, le criticità che tuttora si riscontrano nella prassi delle operazioni di *project financing*: la limitatezza di studi preliminari e di fattibilità dell'intervento; la carenza di competenze specifiche da parte delle

⁶ Sul mercato europeo v. E. ROSSI-R. STEPIC, *Infrastructure Project Finance and Project Bonds in Europe*, New York, 2015.

⁷ M. FERRARI-A. GIOVANNINI-M. POMPEI, *The Challenge of Infrastructure Financing*, cit.

⁸ V. EUROSTAT, *Clarification Note on the Statistical Treatment of PPP Contracts*, Luxembourg, 2016.

strutture amministrative e tecniche dell'ente pubblico territoriale per la valutazione dei progetti, poco specializzate nelle valutazioni di natura economico-finanziaria, contrattuale e gestionale; la conseguente limitata autonomia di valutazione dell'operazione che viene presentata e prospettata dal privato; l'allungamento dei tempi procedurali; la distorsione nelle motivazioni di ricorso al *project financing* da parte dell'amministrazione. La scarsa capacità contrattuale dell'ente locale si riscontra soprattutto nella procedura con il promotore, laddove l'assenza o l'inadeguatezza di studi preliminari e di fattibilità contrae la capacità dell'ente locale di verificare la fondatezza delle proposte del promotore e di controllarne le valutazioni economiche, non potendo quindi avere un quadro attualizzato dei possibili rischi legati all'iniziativa imprenditoriale prospettata dal privato⁹. Da un recente studio di mercato è emerso che soltanto una operazione su quattro messa a gara arrivava alla fase di avvio della gestione, permanendo ancora molto alta la "mortalità" di queste iniziative a causa di diversi profili problematici: 1) tempi troppo lunghi e incerti per giungere all'affidamento del contratto di PPP, al *financial closing* e all'inizio della fase di realizzazione; 2) forte criticità tecnica nella formulazione delle proposte e dei bandi gara, nella realizzazione dei progetti e nella gestione dei rapporti tra pubblico e privato; 3) difficoltà a trovare un giusto equilibrio tra rischi privati e garanzie pubbliche; 4) rischio politico-amministrativo troppo elevato che comporta frequenti cambiamenti dei progetti; 5) prevalenza nelle imprese di una cultura imprenditoriale tradizionale, maggiormente finalizzata alla costruzione e meno attenta alla gestione¹⁰.

⁹ Rileva G. PASQUINI, *Il Project financing e la discrezionalità*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 10, p. 1112, come "l'esperienza mostra come le operazioni di coinvolgimento del settore privato in iniziative infrastrutturali necessitano primariamente di una puntuale e approfondita attività di ideazione e programmazione da parte della pubblica amministrazione. La qualità dell'azione amministrativa costituisce, in questa fase, un elemento necessario e imprescindibile per il buon successo di questo tipo di operazioni", osservando come la realizzazione di un intervento infrastrutturale con il concorso di risorse private richieda valutazioni assai complesse e specifiche con riguardo, a titolo di esempio, "al complesso delle valutazioni e degli approfondimenti per verificare la presenza di condizioni di convenienza per il settore pubblico (value for money), alla verifica delle possibili alternative progettuali, alla identificazione e allocazione dei rischi connessi al progetto, alla verifica della sostenibilità economico-finanziaria dell'investimento e della accettabilità di questo da parte degli istituti di credito chiamati a rendere disponibili i finanziamenti. Nella fase di programmazione, infine, la pubblica amministrazione dovrebbe adoperarsi per mitigare o eliminare, per quanto possibile, i fattori di rischio amministrativo".

¹⁰ Per alcuni di tali rilievi v. già F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca imp. soc.*, 2003, 22, 3, p. 479 ss. Sui profili finanziari v. F.

Ancora di recente si può rilevare come “vi è una forte criticità tecnica nella formulazione delle proposte e dei bandi di gara, nella costruzione dei progetti e nella gestione dei rapporti complessi tra soggetti pubblici e soggetti privati”¹¹. Non sembrano, quindi, ancora del tutto superati i principali limiti dello strumento, riconducibili alle incertezze relative all’allocazione del rischio amministrativo-legale, alle inadeguatezze nelle procedure di selezione del contraente privato, alla scarsa attenzione nella predisposizione dei contratti¹² nonché all’assenza di adeguati presidi che assicurino la bancabilità dei progetti¹³.

Vi è da considerare come, tuttavia, non sia semplice contemperare, nella configurazione di una disciplina normativa “ottimale” delle operazioni di *project financing*, la flessibilità richiesta dal mercato con il dovuto rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento tipici dell’agire delle pubbliche amministrazioni interessate¹⁴, anche perché va assicurato

CAPUTO NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico-finanziario: l’asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all’asseverazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004, p. 45 ss.

¹¹ *Il mercato del partenariato pubblico-privato in Italia. Rapporto 2017*, Cresme Europa Servizi, 2018.

¹² Osserva A. TONETTI, *Il decreto “del fare”: il rilancio dell’economia*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 12, p. 1143, come “le ragioni di queste disfunzioni sono diverse e di varia natura. Per quanto qui interessa rilevare, esse spesso riflettono la diffusa incapacità dell’amministrazione a correttamente strutturare operazioni di PPP – ovviamente ben più complesse delle tradizionali modalità di intervento fondate sull’appalto – senza, peraltro, tenere in adeguato conto gli interessi dei privati cui si chiede di intervenire in rapporti di durata; talvolta, possono derivare anche da comportamenti opportunistici degli stessi privati orientati ad entrare nel progetto confidando poi in favorevoli aggiustamenti successivi all’aggiudicazione sotto la pressione della necessità di realizzare comunque l’opera”.

¹³ C. GIORGIANTONIO-V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Banca d’Italia, Questioni di Economia e Finanza*, n. 56, novembre 2009.

¹⁴ V., da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2018, n. 2729, secondo cui “in linea generale il confronto tra più proposte di contratto, offerte contrattuali o progetti è il metodo principale cui la pubblica amministrazione soggiace nell’individuare la controparte privata. Solo così sono assicurati i valori cardine dell’imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), e quelli espressamente sanciti dal codice dei contratti pubblici per questo settore di attività delle amministrazioni pubbliche: ‘economicità, efficacia, tempestività e correttezza’ ed ancora di «libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità» (art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016). Il successivo capoverso della disposizione ora richiamata del codice dei contratti pubblici pone inoltre a carico delle stazioni appaltanti il divieto di ‘limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni,

che l'ente pubblico sia in grado di governare al meglio il rischio di "cattura" da parte del settore privato¹⁵, compiendo autonome valutazioni anche di livello tecnico molto complesso¹⁶. Le procedure di selezione del contraente dovrebbero, al contempo, prevedere meccanismi idonei a incentivare la presentazione di proposte assicurando la remunerazione dell'iniziativa del privato e assicurare il rispetto del principio di *par condicio* dei contraenti, conseguendo un soddisfacente rapporto benefici/costi anche quando viene erogato un cofinanziamento da parte dell'Unione europea¹⁷. La tutela della li-

compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi' (comma 2 dell'art. 30). I principi e le regole ora richiamati sono da ritenersi compatibili con la fase di selezione del promotore privato di una concessione in finanza di progetto. È vero infatti che in essa si esprime la volontà dell'amministrazione, titolare della cura dell'interesse pubblico, se affidare o meno un contratto di concessione sulla base di un'iniziativa proveniente dal privato, e che le valutazioni che nella stessa vengono svolte costituiscono tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa, in cui si verifica la coerenza di tale proposta privata con l'interesse pubblico (come chiarito da questa Sezione già in epoca risalente: cfr. la sentenza 10 settembre 2005, n. 6287), cosicché laddove una proposta si riveli carente anche sulla base di uno specifico profilo con tale interesse, non vi è luogo a procedere ad una valutazione comparativa con altre analoghe iniziative private (cfr. ancora la pronuncia da ultimo richiamata; in termini analoghi questa Sezione si è espressa successivamente, con la sentenza 20 maggio 2008, n. 2355). Ciò che tuttavia non è in discussione è che una verifica quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dell'operatore economico privato, ma anche della stessa amministrazione (come da ultimo ribadito da Cons. Stato, III, 2 agosto 2017, n. 3872)".

¹⁵ Cfr. D. HEALD-G. GEORGIU, *The Substance of Accounting for Public-Private Partnerships*, in *Financial Accountability and Management*, 2011, 2, p. 217 ss. nonché T. IRWIN, *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*, Washington, DC, 2007; M. KLEIN, *Public-Private Partnerships: Promise and Hype, Policy Research Working Paper 7340*, Washington, DC, 2015.

¹⁶ Cfr., da ultimo, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *How to Control the Fiscal Costs of Public-Private Partnerships*, Washington, DC, October 2018, secondo cui, al fine di assicurare un utilizzo consapevole dello strumento, "strong governance institutions are needed to manage risks and avoid unexpected costs from PPPs. While in the short term, PPPs may appear cheaper than traditional public investment, over time they can turn out to be more expensive and undermine fiscal sustainability, particularly when governments ignore or are unaware of their deferred costs and associated fiscal risks. To use PPPs wisely governments should (1) develop and implement clear rules for their use; (2) identify, quantify, and disclose PPP risks and expected costs; and (3) reform budget and government accounting frameworks to capture all fiscal costs comprehensively". In tema v. già INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Public-Private Partnerships, Government Guarantees, and Fiscal Risk*, Washington, DC, 2006; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Public Investment and Public-Private Partnerships*, in *Economic Issues*, 40, 2007.

¹⁷ La relazione della Corte dei Conti europea n. 9 del 2018 – intitolata "Partenariati pub-

bertà di concorrenza nel settore dovrebbe essere ovviamente perseguita¹⁸, cercando comunque di assicurare una rendita ragionevole dei capitali investiti e l'ammortamento degli investimenti effettuati: ciò che, evidentemente, non costituisce un compito affatto semplice per il regolatore¹⁹, che pure si appresta ad apportare le ulteriori modifiche al Codice dei contratti pubblici nel prisma dell'efficienza del sistema di tali contratti e della semplificazione del quadro normativo vigente²⁰.

blico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati” – illustra appunto le risultanze degli audit espletati tra il maggio 2016 e il settembre 2017 su n. 12 PPP cofinanziati dall'UE in Francia, Grecia, Irlanda e Spagna nei settori del trasporto su strada e delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, al fine di valutare se i progetti di PPP finanziati dall'UE sono gestiti in maniera efficace e con un soddisfacente rapporto benefici/costi. Cfr. in tema G. PASQUINI, *PPP e PF: La relazione della Corte dei conti europea n. 9/2018*, slides presentate al Convegno organizzato da IGI in Roma il 25 ottobre 2018.

¹⁸ Cfr., in generale, J. GOMEZ IBANZE, *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion*, Cambridge, 2003; J.L. GUASCH, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right*, Washington, 2004.

¹⁹ Cfr. C. GIORGIANTONIO-V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Banca d'Italia. Questioni di Economia e Finanza*, n. 56, novembre 2009, pp. 8-9. Sui diversi interventi di riforma della regolamentazione che si sono susseguiti nel tempo v., *ex multis*, S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge “Merloni-ter”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 1 ss.; G.F. FERRARI-F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004; G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive, approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, Napoli, 2011. Sulle esperienze di altri Paesi v., ad esempio, V. LOSCO, *Il project financing negli Stati Uniti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1839; F. CASSELLA, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1801; F. MATTASOGLIO, *Il project financing in Francia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1850; N. PECCHIOLI, *Il project financing in Svizzera*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1870; R. SCARCIGLIA, *Il project financing in Spagna*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1879; J. MICHEL-D. SFORZI, *Il project financing in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, p. 1893 ss. Da ultimo v. la monografia di V. MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018.

²⁰ Come noto, il 10 settembre 2018 si è conclusa la consultazione pubblica avviata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, condotta al fine di dar luogo ad una scelta il più possibile condivisa per la riforma del Codice dei contratti pubblici e per garantire l'efficienza del sistema di tali contratti e procedere alla semplificazione del quadro normativo, assicurandone la chiarezza ed eliminandone le criticità. Nel Report conclusivo della consultazione, il Ministero ha segnalato che i temi predefiniti che hanno destato il maggior interesse, con richieste di profonda modifica degli istituti, sono stati: a) il subappalto (art. 105); b) i criteri di aggiudicazione (art. 95, commi 4 e 5); c) la disciplina dell'anomalia (art. 97, commi 2 e 3); d) i dati oggetto di pubblicazione e i termini di decorrenza anche ai fini dell'impugnativa (art. 29, commi 1 e 2); e) la nomina e i requisiti del RUP (art. 31, comma 1); f) i motivi di esclusione (art. 80); g) gli incentivi per le funzioni tecniche (art. 113). Una netta presa di posizione con richiesta di abroga-

Nonostante tali criticità, restano indubbi i vantaggi del ricorso al *project financing*: fra l'altro, la possibilità di coinvolgere capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche ha consentito di rivoluzionare l'approccio alla realizzazione e gestione delle infrastrutture, poiché, rendendo centrale la considerazione della redditività degli investimenti effettuati, ha introdotto elementi di efficienza tipici dei sistemi di mercato nell'ambito di valutazioni pur sempre centrate sul rilievo dell'interesse pubblico²¹.

Il ricorso al *project financing* si rivela, poi, una tecnica in grado di superare, nell'ambito della localizzazione delle infrastrutture strategiche, il cosiddetto fenomeno "not in my back yard" (NIMBY)²², poiché per garantire il buon fine dell'operazione il sistema finanziario richiede specifiche e preventive assunzioni di responsabilità a tutti gli attori del sistema, per ridurre il rischio di variazione degli elementi chiave in corso d'opera e per gestire in via preventiva eventuali criticità, con il diretto coinvolgimento di tutti i portatori di interesse che svolgono un ruolo fondamentale nella creazione del consenso relativamente alla promozione dell'opera²³. In questo senso, collocare *ex ante* il processo di creazione del consenso potrebbe giovare ad evitare eventuali opposizioni successive.

Nondimeno, il ricorso al *project financing* consente di valorizzare nel nostro ordinamento il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale²⁴,

zione, sia pur con contributi numericamente meno ampi dei precedenti, ha riguardato: a) la *soft law* e le linee guida (art. 213), con una sostanziale richiesta di superamento dell'esperienza che avrebbe determinato incertezza e instabilità del quadro normativo; b) il rito c.d. super speciale, ritenuto inidoneo sul piano processuale a raggiungere l'obiettivo di deflazionare il contenzioso (come emerge dall'analisi congiunta dei contributi pervenuti sull'art. 204, comma 1, lett. b e d, e sull'art. 29, comma 1); c) l'avvalimento (art. 89, commi 2 e 4), per evitare che imprese non adeguatamente qualificate partecipino alle gare.

²¹ Pur in presenza di una crescente mobilitazione di capitali privati, sull'evidenza empirica circa il ruolo proattivo che lo Stato può essere chiamato a svolgere nel co-finanziare gli investimenti infrastrutturali v. F. BALDI-G. DI GIORGIO-F. NUCCI, *Più Stato o più mercato? Un'analisi empirica della struttura finanziaria delle operazioni di project financing*, cit., p. 9.

²² Cfr. G. MANFREDI, *La Corte costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 3/4, p. 532 ss.; ID., *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. e appalti*, 2018, 5, p. 604 ss.

²³ A. GERVASONI, *Project Financing e finanziamento delle infrastrutture*, in *Management delle utilities*, 2009, p. 7.

²⁴ Su tale principio quale base per la cooperazione e interazione tra pubblico e privato e sulle potenzialità applicative nel nostro ordinamento sia consentito rinviare a D. SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, 2006; ID., *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, p. 275 ss.

poiché il processo decisionale deriva non dall'iniziativa del decisore politico, ma si snoda in chiave *bottom-up*, essendo spesso i rappresentanti degli interessi locali, le associazioni industriali, le Camere di commercio a spingere l'ente locale nella consapevolezza che la realizzazione di nuove infrastrutture sul territorio ne potenzi lo sviluppo economico e la coesione sociale, inserendo i progetti in una complessiva politica di coerente sviluppo territoriale²⁵. Piuttosto, lo Stato centrale è doverosamente chiamato, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., ad assistere e promuovere le iniziative che derivano dalle autonomie, mettendo a disposizione una serie di servizi centralizzati di elevata specializzazione giuridica, economica e tecnica necessari per il buon esito dei procedimenti di *project financing*, che spesso presentano elementi di notevole complessità²⁶.

Onde assicurare una maggiore certezza della regolazione contrattuale dei

²⁵ Anche con il ricorso all'accordo di programma previsto dall'art. 34 del Testo Unico degli enti locali di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000, con cui si possono far emergere eventuali problematiche giuridiche legate all'infrastruttura e inserire la medesima nella programmazione pubblica.

²⁶ Cfr. G.L. ALBANO-F. ANTELLINI RUSSO, *Politica infrastrutturale e Partenariato pubblico-privato in Italia. La centralizzazione come strumento di efficienza per le scelte pubbliche*, in *Quaderni Consip*, V, 2010. Persegue la logica della centralizzazione il recente disegno di legge recante il "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021" (A.C. 1334), che ha previsto, in questa direzione, all'art. 17 la costituzione di una "Centrale per la progettazione delle opere pubbliche", che opera, in autonomia amministrativa, organizzativa e funzionale, sotto la responsabilità di un coordinatore che ne dirige l'attività e può stipulare convenzioni per il perseguimento delle proprie finalità. La Centrale, su richiesta delle amministrazioni centrali e degli enti territoriali interessati, che ad essa possono rivolgersi ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici, previa convenzione e senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti, si occupa della progettazione di opere pubbliche, ai sensi degli artt. 23 e 24 del citato codice. L'art. 18 del disegno di legge di bilancio provvede, poi, a istituire una struttura di missione per il supporto alle attività del Presidente del Consiglio dei ministri relative al coordinamento delle politiche del Governo e dell'indirizzo politico e amministrativo dei ministri in materia di investimenti pubblici e privati, denominata "InvestItalia", alla quale sono attribuiti, fra l'altro, i seguenti compiti: a) analisi e valutazione di programmi di investimento riguardanti le infrastrutture materiali e immateriali; b) valutazione delle esigenze di ammodernamento delle infrastrutture delle pubbliche amministrazioni; c) verifica degli stati di avanzamento dei progetti infrastrutturali; d) elaborazione di studi di fattibilità economico-giuridica di progetti di investimento in collaborazione con i competenti uffici del Ministero dell'economia e delle finanze; e) individuazione di soluzioni operative in materia di investimento, in collaborazione con i competenti uffici dei Ministeri; f) affiancamento delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione dei piani e programmi di investimento; g) individuazione degli ostacoli e delle criticità nella realizzazione degli investimenti ed elaborazione di soluzioni utili al loro superamento.

diritti e degli obblighi delle parti coinvolte nelle operazioni di *project financing*²⁷, evitando il rischio di sottoscrizione di contratti inadeguati, che generano spesso contenziosi che rallentano lo sviluppo delle iniziative e ne aggravano il peso economico, da alcuni anni si è impegnati a realizzare una tendenziale standardizzazione dello strumento contrattuale. L'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) ha, ad esempio, pubblicato le Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione, risultato del gruppo di lavoro sulla standardizzazione dei contratti nelle operazioni di partenariato pubblico-privato, promosso e coordinato dalla stessa Associazione, con l'obiettivo di offrire una prima schematizzazione degli elementi principali che il contratto dovrebbe contenere per una corretta regolamentazione dei rapporti tra le parti e un'adeguata allocazione dei rischi²⁸, al fine di favorire la tutela degli interessi dei contraenti e dei cittadini utenti nonché la concreta finanziabilità del progetto.

Da ultimo, la Ragioneria generale dello Stato ha avviato la consultazione pubblica sul documento "Guida alle Pubbliche Amministrazioni per la redazione di un Contratto di Concessione di Progettazione, Costruzione e Gestione di Opere Pubbliche in Partenariato Pubblico Privato", avente ad oggetto una bozza di "contratto tipo"²⁹ che rappresenta l'aggiornamento e la revisione dello schema di contratto già oggetto della precedente consultazione, svolta nel mese di novembre 2015, per tenere conto delle novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici. L'obiettivo è orientato a verificare che le condizioni contrattuali risultino atte ad evitare che, a conclusione dell'intervento, possa prodursi una riclassificazione finanziaria dell'operazione di partenariato, includendola nel perimetro del bilancio della pubblica

²⁷ Sui profili civilistici dei contratti di *project financing* v. A. VERONELLI, *Project financing*, in *Digesto Disc. comm.*, Agg., Torino, 2000, p. 594; M.C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 310; A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; L. COSTANTINO, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 395; T.V. RUSSO, *Il project financing*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2010; D. SCARPA, *Analisi della struttura contrattuale del project financing*, in *Vita not.*, 2011, p. 631; G. TOMASI, *Struttura e qualificazione del project financing*, in *Contr.*, 2012, p. 417 ss.

²⁸ Cfr. R. CORI-C. GIORGIANTONIO-I. PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di «project financing» in Italia*, in *Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza*, 2010, p. 82.

²⁹ Presentata e discussa in occasione del convegno del 18 luglio 2018 dal titolo "Partenariato Pubblico Privato: Nuovi investimenti e controllo della Finanza Pubblica".

amministrazione e incidendo così sui limiti di indebitamento. Si auspica così che una tale standardizzazione possa assicurare una razionale, efficiente e trasparente conclusione dei contratti³⁰, costituendo sul piano economico la risposta al problema di limitare i costi transattivi mediante la creazione, sostanzialmente, di un vero e proprio tipo contrattuale extralegale³¹. Ciò, in quanto il contratto standard appare in genere come l'istituto deputato ad indurre certezza e celerità nei traffici giuridici, permettendo di predisporre in anticipo il regolamento negoziale e di calcolare gli esiti economici del contrarre³², nonché di ridurre il rischio che insorgano controversie sull'esecuzione degli obblighi contrattuali, in special modo allorché le clausole sia particolarmente complesse e di natura spiccatamente tecnica³³.

L'elaborazione del presente lavoro ha visto coinvolti i collaboratori della Cattedra (Michele Miraglia, Ana Maria Fagetan, Pietro Racca, Roberta lo Conte, Giuseppe Sciascia, Lucia Di Martino) quali studiosi che, anche nell'ambito delle attività di formazione e di ricerca accademica condotte nel Dottorato di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università "La Sapienza" di Roma, hanno impegnato le loro capacità sul tema seguendo un'analisi certamente giuridica del fenomeno, ma i cui risvolti anche interpretativi e *de iure condendo* acquistano rilievo cruciale per l'economia del Paese, secondo un metodo di analisi economica del diritto che dovrebbe costituire una delle moderne direttrici metodologiche del diritto dell'economia.

³⁰ G. ALPA, *La libertà di scelta del "tipo" contrattuale nella prassi di common law. Note in margine a un dibattito*, in *Contr. impr.*, 2018, 2, p. 603.

³¹ G. GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, p. 491 nonché, più in generale, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981.

³² Poiché l'attività di impresa, tipicamente, necessita di prevedibilità e "la calcolabilità è fattore costitutivo del capitalismo": N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

³³ Ad esempio, sul ruolo dei modelli contrattuali standard nell'appalto internazionale e le condizioni di contratto elaborate dalla *Fédération Internationale of Consulting Engineers* (FIDIC) v. G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, 4, p. 867; L. BALESTRA, *Le regole applicabili alla formazione del contratto internazionale di appalto: standard internazionali e discipline nazionali*, in *Corr. giur.*, 2016, 5, p. 634.

Capitolo I

IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

di *Michele Miraglia*

Sommario: 1. Il partenariato pubblico privato: definizioni e contesto economico. – 2. La genesi del partenariato pubblico privato e l'evoluzione del suo quadro normativo nell'ordinamento multilivello europeo e nazionale. – 3. La disciplina del partenariato pubblico privato e delle concessioni di lavori e di servizi. – 4. Il *project financing*. – 5. Le altre tipologie contrattuali di partenariato pubblico privato.

1. *Il partenariato pubblico privato: definizioni e contesto economico*

Per partenariato pubblico privato (“PPP”) si intende una forma di cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta ed i rischi, legati ai progetti, sono suddivisi in modo proporzionato, sulla base delle competenze di gestione del rischio dei *partner* di progetto¹.

Il Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 definisce i partenariati pubblico privato come “contratti a lungo termine stipulati tra due unità, sulla base dei quali una unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e quindi le cede ad una seconda unità. Tali accordi sono normalmente

¹ Tale la definizione assunta dal Parlamento Europeo nella risoluzione del 16 ottobre 2006 n. 2006/29043 (INI), relativa ai partenariati pubblico privati e al diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni. Per approfondimenti sull'istituto, cfr. A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, pp. 55-110; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in T. BONETTI-G. CALDERONI, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

stipulati tra un'impresa privata e un'amministrazione pubblica, ma non sono escluse altre combinazioni: ad esempio, una società pubblica da una parte e un'istituzione senza scopo di lucro privata dall'altra"².

Nell'ordinamento giuridico italiano il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici), come modificato dal D.Lgs. n. 56 del 2017, all'art. 3, comma 1, lett. eee), ha stabilito testualmente come per contratto di partenariato pubblico privato si intende "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"³.

Ancora, all'art. 180 del predetto Codice dei contratti pubblici, si precisa come in tale tipologia contrattuale i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna e come tale contratto possa essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.

Peraltro, la definizione contenuta nel D.Lgs. n. 50 del 2016 si differenzia

² Tale definizione è contenuta nel Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo al "Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione Europea" (SEC 2010).

³ Per una ricostruzione dell'evoluzione della definizione normativa del partenariato pubblico privato nell'ordinamento giuridico nazionale, può segnalarsi quanto era previsto dall'art. 3, comma 15 *ter*, del D.Lgs. n. 163 del 2006, secondo cui i "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". Al riguardo, occorre segnalare come il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non prevedeva una disciplina generale del partenariato pubblico privato.

da quella del precedente D.Lgs. n. 163 del 2006 per la descrizione più generale ed astratta della fattispecie contrattuale, con riferimento all'oggetto del contratto; alla presenza dell'elemento della durata nonché della distinzione tra opere a canone riconosciuto dall'ente concedente (c.d. opere fredde) ed opere a tariffazione sull'utenza (c.d. opere calde).

Segnatamente, la definizione di partenariato pubblico privato contenuta nel nuovo Codice del 2016 presenta quasi tutte le caratteristiche e gli indicatori dei partenariati pubblico privati individuati in sede europea⁴.

Da quanto appena brevemente citato, emerge quanto da taluno rilevato⁵ e cioè che il legislatore nazionale, nel recepire la normativa europea in tema di contrattualistica pubblica, si è spinto, non senza novellare più volte tale dettato, a definire l'istituto, o meglio la rosa di istituti, in esame contestualizzando gli stessi nell'esclusivo ambito dell'evidenza pubblica ed al contempo tacendo su ogni altra possibile applicazione di partenariato fra settore pubblico e privato in ottica cooperativo-paritetica, come ad esempio diffusamente in essere nella realtà relativa alle sinergie fra ricerca pubblica e privata su modelli ascrivibili, con discreta approssimazione, a forme ampie, seppur nella connessa atipicità negoziale, di *joint venture* pubblico-private.

La definizione positiva di partenariato pubblico privato cui si è accennato, che ben si presta alle operazioni definitorie largamente usate in dottrina⁶, ad esempio nelle macro categorie di partenariati pubblico privato "istituzionalizzati" o "contrattuali", sembra infatti lasciare comunque adito a riflessioni dubitative allorquando la parte pubblica si ponga in collaborazione con quella privata non in sede acquisitivo-autoritativa, comprendendo convenzionalmente in tale accezione anche le funzioni di evidenza pubblica o di amministrazione per accordi⁷.

⁴ Ed infatti, risulta presente l'elemento della durata contrattuale, così come la distinzione tra opere c.d. calde e opere c.d. fredde. Risulta, invece, assente la distinzione, introdotta dal citato Libro verde del 2004 di cui si dirà più diffusamente *infra* ed adottata in molti Paesi europei, tra PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato.

⁵ Cfr. M. TUPPONI, *Le joint ventures ed il contratto di rete*, Padova, 2012.

⁶ Si rinvia, per approfondimenti, a M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005.

⁷ Le considerazioni in merito ad una possibile dicotomia fra partenariati pubblico privato "autoritativi" e "non autoritativi", anche definibili "a connotazione amministrativa forte o debole", che sembrano porsi in modo speculare alla basilica differenziazione fra azione pubblica *iure imperii* e *iure gestionis*, sono sorte dalle riflessioni in merito alle fattispecie negoziali di collaborazione nel settore dell'innovazione diffuse nella prassi fra Amministrazioni a ciò deputate, primi fra tutti gli Enti pubblici di ricerca ed i soggetti industriali ad elevato contenuto tecnologico.

Tuttavia, all'uopo è opportuno evidenziare sin da subito come la tematica del partenariato pubblico privato abbia portato ad una disciplina non uniforme a livello sia europeo che nazionale, tanto che in letteratura si rileva la difficoltà di individuarne una sicura definizione sul versante giuridico-istituzionale; ciò soprattutto in ragione della disomogeneità e non univocità delle diverse fattispecie⁸.

Ed infatti, il partenariato pubblico privato si sviluppa prevalentemente a seguito del dibattito economico inerente la gestione del debito pubblico ed il rilancio degli investimenti pubblici.

Peraltro, una forte spinta alla diffusione dell'istituto proviene anche dalla politica di coesione 2014-2020 volta alla realizzazione di uno sviluppo locale di tipo partecipativo con il coinvolgimento dei rappresentanti degli interessi socio-economici del territorio; ciò consentirebbe di realizzare opere di pubblica utilità in cui i fondi pubblici risultano incapienti e taluni aspetti gestionali possono essere seguiti da soggetti privati.

Ed infatti, viene emergendo sempre più chiaramente una maggiore cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato a vantaggio di entrambe le parti e dei destinatari finali dei servizi da erogare, ossia i cittadini⁹.

Nel contesto generale caratterizzato da possibilità finanziarie pubbliche sempre più scarse, è grazie alla possibilità di applicare il principio di sussidiarietà orizzontale, anche tramite il partenariato pubblico privato, che le istituzioni possono mobilitare le risorse e le capacità necessarie per affrontare le crescenti esigenze dei cittadini-utenti. In tale ottica, soprattutto negli ultimi anni, il legislatore ha tentato di incentivare in maniera crescente il ricorso al capitale privato per la realizzazione di investimenti pubblici, dando vita a provvedimenti volti a definire percorsi sempre più agevolati dal punto di vi-

⁸ È stato osservato che istituzioni come Eurostat, IASB, IMF, IFSR e altre operano con differenti definizioni: cfr. OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public – Private Partnerships*, May 2012, p. 19. Per approfondimenti sulla questione della disomogeneità della nozione di PPP, cfr. A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in AA.VV. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, Milano, 2013, p. 10 ss.; F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, p. 482 ss.

⁹ Per approfondimenti, cfr. M. BAREA-G. CESANA, *Il welfare in Europa*, Firenze, 2003, secondo cui "le nuove tendenze della *governance* a livello internazionale vanno nel senso della sussidiarietà orizzontale e del partenariato sociale, ovvero dei rapporti di cooperazione per la produzione sia di beni sia di servizi tra amministrazione pubblica, imprese e settore non profit, dando luogo a numerose ed interessanti esperienze nei Paesi dell'Ue". E difatti, il concetto di sussidiarietà orizzontale, introdotto nella Costituzione Italiana dalla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha disegnato un nuovo quadro operativo per le istituzioni locali e gli amministratori.

sta procedurale ed a creare stimoli ed incentivi di vario tipo per gli operatori privati.

Secondo le ricerche e la letteratura in materia¹⁰, i partenariati pubblico privati vengono realizzati principalmente per ottenere vantaggi potenziali rispetto ai metodi di appalto tradizionali.

Tra i vantaggi di principale rilevanza si possono segnalare i seguenti:

a) tempi più brevi per la realizzazione di un programma pianificato di investimento di capitali, in quanto i PPP possono recare un importante finanziamento supplementare a integrazione delle dotazioni di bilancio tradizionali;

b) possibilità di incrementi di efficienza nell'attuazione dei progetti, grazie al completamento più rapido dei singoli progetti;

c) possibilità di condividere i rischi con il *partner* privato e di ottimizzare i costi lungo tutto l'arco di vita dei progetti;

d) possibilità di migliorare il livello della manutenzione e dei servizi rispetto ai progetti tradizionali, grazie all'approccio basato sull'intero ciclo di vita;

e) possibilità di integrare nel modo più efficace competenze pubbliche e private per effettuare valutazioni di progetto approfondite e ottimizzare la portata del progetto.

Ed infatti, la *ratio* del partenariato pubblico privato è da rintracciare nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie per la fornitura di opere o servizi per la 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. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico, oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità¹¹.

L'istituzionalizzazione della forma di collaborazione consente al *partner*

¹⁰ Cfr. Relazione speciale della Corte dei Conti Europea, *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*, 2018, n. 9, pp. 15-16.

¹¹ Cfr. G. CATALANO, *Le società miste di sperimentazione gestionale alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3.3.2008, n. 1*, in *Amministrazione in Cammino*, 2008.

pubblico di mantenere un livello di controllo adeguato sul servizio ovvero sull'opera pubblica, modificabile nel tempo attraverso una diversa partecipazione azionaria e presenza negli organi decisionali.

E difatti, alle pubbliche amministrazioni si consente un'ampia facoltà nello stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi ovvero di imprese interamente partecipate o, infine, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Inoltre, è possibile anche suddividere i PPP secondo tre tipologie di progetti:

i) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in cui i ricavi commerciali consentono al privato l'integrale recupero dei costi di investimento, mentre il soggetto pubblico deve solo individuare le condizioni essenziali per la realizzazione del progetto;

ii) progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica, in cui i ricavi commerciali dall'utenza sono insufficienti a generare adeguati ritorni economici, ma la cui realizzazione determina notevoli benefici sociali;

iii) progetti in cui il privato fornisce servizi alla pubblica amministrazione, in cui il privato realizza e gestisce opere pubbliche (carceri, ospedali, scuole) a fronte di una remunerazione derivante dalla pubblica amministrazione medesima.

2. *La genesi del partenariato pubblico privato e l'evoluzione del suo quadro normativo nell'ordinamento multilivello europeo e nazionale*

Il fenomeno del partenariato pubblico privato ha una storia ed una genesi relativamente recenti.

La fonte disciplinare del partenariato pubblico privato nell'ordinamento comunitario europeo è costituita in primo luogo dal "Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto degli appalti pubblici e delle concessioni" della Commissione Europea del 30 aprile 2004¹².

¹² Sull'ambiguità della posizione della Commissione nella definizione del partenariato pubblico privato e delle sue principali articolazioni, cfr. M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato. Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009. Occorre, altresì, precisare come nel Libro verde della Commissione Europea sono dettate le linee guida del fenomeno, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni. Il documento illu-

Secondo l'impostazione del Libro verde, le caratteristiche di un contratto di PPP sono le seguenti: i) la lunga durata del rapporto, che implica una cooperazione tra i due *partner* sui vari aspetti del progetto da realizzare; ii) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato; iii) il ruolo strategico degli operatori economici privati, che partecipano a tutte le fasi del progetto; iv) la distribuzione dei rischi tra il *partner* pubblico e quello privato, da effettuarsi caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire i rischi medesimi.

Nel medesimo documento, vengono distinte due forme principali di partenariato pubblico privato: la prima di tipo contrattuale, in cui il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali; la seconda di tipo istituzionalizzato, laddove la cooperazione tra i due soggetti avviene nell'ambito di una entità distinta dotata di personalità giuridica propria e che consente al *partner* pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura, compatibilmente con l'applicazione del diritto societario.

Sempre a livello comunitario, si registrano due comunicazioni interpretative del 2005¹³ e del 2008¹⁴ e una terza del 2009¹⁵, la quale presenta, rispetto alle due precedenti, una nuova finalità: l'utilizzazione del partenariato pubblico privato come strumento per mobilitare investimenti pubblici e privati per favorire la ripresa economica ed i cambiamenti strutturali di lungo termine¹⁶.

stra la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del *partner* privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle caratteristiche specifiche del partenariato pubblico privato.

¹³ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, Bruxelles, 15 novembre 2005, COM(2005)569 definitivo.

¹⁴ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati*, Bruxelles, 5 febbraio 2008, 2008/C 91/02.

¹⁵ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico privati*, Bruxelles, 19 novembre 2009, COM(2009)615 definitivo.

¹⁶ La Commissione Europea lancia attraverso la comunicazione del 2009 un vero e proprio piano di azione per favorire il ricorso al partenariato pubblico privato i cui risultati saranno sottoposti a valutazione successiva. Secondo tale piano, le proposte della Commissione sono le seguenti: a) favorire l'accesso al finanziamento ed alla liquidità; b) semplificare e

Ed infatti, i partenariati pubblico privati offrono, nella prospettiva della Commissione, la possibilità di far leva su fondi e competenze privati e di combinarli alle risorse pubbliche, aiutando il processo di ripresa economica e di crescita dei mercati, contribuendo altresì allo sviluppo di precisi obiettivi politici condivisi¹⁷.

A livello territoriale e quindi con riguardo all'ordinamento nazionale italiano, invece, la necessità di garantire uno stretto raccordo tra le previsioni finanziarie e le scelte operate ed il fine di permetterne la realizzazione aveva portato all'approvazione del D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, il quale ha rappresentato un primo passo verso la disciplina della materia del partenariato pubblico privato.

Successivamente, con la Legge 23 dicembre 1996, n. 662, si è assistito all'introduzione di una disciplina puntuale della c.d. "programmazione negoziata" e dei suoi strumenti attuativi, quali patti territoriali e contratti d'area.

Le finalità che si sono intese perseguire con l'adozione di tale provvedimento legislativo sono state la promozione della collaborazione tra diversi e molteplici soggetti, la creazione di condizioni in grado di assicurare una efficace attuazione degli interventi programmati, l'adozione di procedure il più possibile semplificate e la fissazione di tempi certi e di impegni finanziari precisi.

L'attenzione alle forme di collaborazione articolate tra pubblico e privato si è sviluppata in Italia soprattutto con la fine degli anni Novanta del XX secolo, allorquando si è assistito all'introduzione, nella legge sui lavori pubblici, di una procedura che prevede l'aggiudicazione, a seguito della proposta del promotore privato, di un "contratto per la costruzione e gestione" in cui l'investimento per un'opera pubblica o di interesse pubblico veniva affrontato da un privato a fronte del diritto di trattenere i flussi di cassa prodotti dalla gestione, ossia mediante la c.d. finanza di progetto o *project financing*.

La disciplina della finanza di progetto entra nell'ordinamento italiano per la prima volta con la Legge 11 novembre 1998, n. 415 (c.d. Legge Merloni *ter*)¹⁸, a cui fa seguito la Legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Legge Merloni

creare un contesto regolatorio più favorevole al partenariato pubblico privato; c) assicurare un trattamento contabile corretto delle operazioni di partenariato pubblico privato; d) incrementare il *know how* in materia e diffondere le *best practices*.

¹⁷ Venivano individuati principalmente i seguenti obiettivi: lotta ai cambiamenti climatici; promozione di fonti energetiche alternative; sviluppo di un trasporto sostenibile; stimolo ad investimenti in sistemi di alta qualità nel settore sanitario; diffusione di importanti progetti di ricerca tecnologica.

¹⁸ La Legge Merloni *ter* ha inserito, nella legge quadro in materia di lavori pubblici (ossia

quater), che va ad ampliare il numero dei potenziali soggetti promotori, includendovi anche le Camere di Commercio e le fondazioni bancarie, ed abolisce il limite di durata temporale della concessione¹⁹.

Un tale fermento si registra anche perché nell'anno 1999, contestualmente alla predisposizione del Quadro Comunitario di Sostegno per il periodo 2000-2006, si diede vita alla "nuova programmazione" fondata, da un lato, sul partenariato istituzionale – inteso come concertazione tra i diversi livelli istituzionali europeo, nazionale, regionale e locale – e, dall'altro, sul partenariato sociale, che coinvolge invece, nelle scelte programmatiche territoria-

la Legge 11 febbraio 1994, n. 109), gli artt. da 37 *bis* a 37 *nonies* concernenti la "realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione". Con tale riforma si prevede la possibilità che un soggetto privato, il c.d. promotore, potesse promuovere la realizzazione di un'opera pubblica in regime di concessione di costruzione e gestione con un finanziamento dell'opera strutturato in *project financing*. In particolare, il soggetto privato viene legittimato a presentare alla pubblica amministrazione una proposta contenente la documentazione relativa alla progettazione, al finanziamento, alla costruzione ed alla gestione dell'opera da realizzare che, qualora ritenuta fattibile e di pubblica utilità da parte dell'amministrazione, verrebbe posta a base di una successiva gara per l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici. Accanto alle norme di natura procedimentale, la Legge Merloni *ter* introduce anche altri istituti, strumentali al finanziamento in *project financing* del progetto, quali: la società di progetto e la possibilità di emettere obbligazioni, la risoluzione per inadempimento o revoca da parte del soggetto concedente, il c.d. subentro, il privilegio sui crediti quale forma di garanzia per i soggetti finanziatori. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, cfr. M. NICOLAI-W. TORTORELLA (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance. Le novità giuridiche, finanziarie e contabili*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 49 ss.

¹⁹ La Legge Merloni *quater*, introducendo il diritto di prelazione, attribuisce un vantaggio competitivo al promotore, prevedendo che, nella procedura negoziata per l'aggiudicazione del contratto, il promotore potesse adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, risultando, così, aggiudicatario della concessione. Difatti, in tal modo, la prelazione in favore del promotore finiva per registrare l'assenza, in ciascuna delle fasi della procedura, di una "gara con pubblicità comunitaria". Oltre a tale modifica del procedimento del promotore, la Legge Merloni *quater* apporta anche le seguenti modifiche: a) eliminazione del limite, nell'erogazione del prezzo da parte della pubblica amministrazione aggiudicatrice, del cinquanta per cento dell'importo totale dei lavori; b) liberalizzazione delle modalità di erogazione del medesimo prezzo che poteva essere concesso anche prima della fase di collaudo dell'opera e consistere altresì nella cessione dei diritti di proprietà e di diritti reali di godimento; c) eliminazione del limite dei trenta anni di durata massima del contratto di concessione; d) mutamento dell'oggetto della concessione quanto alle prestazioni progettuali che potevano essere circoscritte anche alla mera revisione della progettazione ed al suo completamento da parte del concessionario; e) previsione espressa della possibilità di affidare in concessione anche opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici. Per approfondimenti, cfr. M. NICOLAI-W. TORTORELLA (a cura di), *op. cit.*, p. 52.

li e nella loro attuazione concreta, anche mediante l'apporto di capitali, tutti i soggetti che vi operano, compresi i privati.

Successivamente, l'istituto della finanza di progetto subisce diversi percorsi, venendo dapprima trasfuso nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (agli artt. 152-160, nonché, per le sole infrastrutture strategiche, agli artt. 161-175)²⁰, per poi essere sostanzialmente modificato con i decreti correttivi che si preoccupano principalmente di rendere la procedura applicativa conforme al diritto comunitario.

Tra le modifiche ed innovazioni apportate, si registra, in particolare, la previsione dell'attribuzione del diritto di prelazione al soggetto individuato come promotore dalla stazione appaltante, contestualmente alla dichiarazione di pubblico interesse relativa alla sua proposta.

Una tale innovazione determinò un contrasto con la Commissione Europea che giunse a censurarla e ad avviare a carico dell'Italia una procedura di infrazione²¹, perché il diritto di prelazione non veniva attribuito a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica, risultando, pertanto, contrastante con la normativa comunitaria sulla concorrenza.

Se il secondo decreto correttivo al D.Lgs. n. 163 del 2006, ossia il D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113²², abolì il diritto di prelazione, la Commissione Europea ritenne la disciplina italiana sul *project financing* ancora contrastante con le direttive comunitarie, sotto il duplice profilo della mancata previsione di adeguate forme di pubblicità sovranazionale e della permanenza di una posizione di favore in capo al promotore, che veniva ammesso direttamente ad una procedura negoziata con i primi due classificati della gara pubblica svolta sulla base della sua proposta e, quindi, ancora senza aver superato alcun confronto concorrenziale.

Con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (ossia con il terzo decreto correttivo al D.Lgs. n. 163 del 2006) si ebbe una modifica effettiva di tutta la

²⁰ L'esigenza di redigere un Codice dei contratti pubblici sorge dalla Legge comunitaria 2004 (Legge 18 aprile 2005), la quale conteneva una delega al Governo per il recepimento delle Direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE del 31 marzo 2004. Il Codice del 2006 ha un regolamento di attuazione adottato con D.P.R. n. 207 del 2010.

²¹ L'Italia subisce una prima procedura di infrazione nel 2001 ed una seconda procedura di infrazione nel 2008.

²² Con tale secondo decreto correttivo si introduce nell'ordinamento giuridico italiano un nuovo contratto per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, inserendo nel Codice dei contratti pubblici la "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità". In tal modo veniva superata la presenza di sole due fattispecie contrattuali per la realizzazione dei lavori pubblici, quali l'appalto e la concessione, nella forma del partenariato pubblico privato.