

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Il partenariato pubblico-privato: contesto di riferimento e analisi comparativa

Andrea Daidone*

SOMMARIO: 1. Il partenariato pubblico-privato: definizione e contesto di riferimento - 2. Il quadro normativo a livello di legislazione comunitaria: il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - 3. Il PPP nelle legislazioni dei principali Stati europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania) - 4. La normativa nazionale introdotta dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

1. Il partenariato pubblico-privato: definizione e contesto di riferimento

«Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet» (1).

In questo modo, il giurista romano Ulpiano operava la *summa divisio* tra la sfera pubblica e quella privata; sfere, quelle del pubblico e del privato, che collimano e trovano un ideale punto di incontro nelle vicende introdotte dal partenariato pubblico-privato (PPP), soprattutto nel settore degli investimenti, dello sviluppo infrastrutturale e della fornitura di servizi pubblici.

D'altra parte è ormai un dato certo, come sostiene una vasta e uniforme letteratura, che lo sviluppo economico di un Paese sia legato indissolubilmente alla qualità e alla quantità delle dotazioni infrastrutturali presenti, in un dato momento storico.

Negli ultimi anni, con l'affermarsi delle c.d. "istituzioni del benessere"

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Cit. D. I. 1. *lib. 2* ULPIANO I. I *institutionum*. Trad: Due sono i temi di questo studio, il pubblico e il privato. Diritto pubblico è quello che ha riguardo alla prosperità della cosa pubblica, diritto privato, quello che ha riguardo all'interesse dei singoli.

(2) e del conseguente *welfare State*, si sono attuati progressivi aumenti della pressione fiscale per bilanciare le ingenti spese, causate dalle questioni sociali tipiche di uno Stato del benessere (scuola obbligatoria, Servizio sanitario nazionale, previdenza sociale, etc.), determinando quello che la dottrina maggioritaria ha definito la «crisi fiscale dello Stato» (3).

Per questa ragione, sono molti gli Stati che hanno fatto ricorso, e attualmente ricorrono, a soluzioni giuridiche e finanziarie indicate come partenariato pubblico-privato per realizzare e gestire opere pubbliche, in sostituzione delle modalità tradizionali di intervento pubblico.

L'apporto che viene garantito dalle c.d. "neuroscienze" ed in particolare dal neurodiritto sostiene che «non è tanto facile abbandonare il concetto dello "Stato sociale", in quanto appare ovvio che esso deve continuare a fornire adeguati servizi alla persona, alla famiglia e alla comunità. [...] Si potrà discutere se l'obiettivo può essere meglio raggiunto con l'applicazione del principio di sussidiarietà sociale anziché con la tradizionale integrazione politica (art. 118 Costituzione); se debba diffondersi come modello comune dell'azione amministrativa il partenariato pubblico-privato anziché l'azione fondata sulla programmazione politica degli obiettivi, ma la problematica non cambia nei suoi termini essenziali» (4).

Per questo, il necessario reperimento di risorse economiche e il tema della finanza pubblica, che ha imposto dei vincoli di bilancio sempre più stringenti, hanno favorito la creazione di strumenti innovativi, mediante il coinvolgimento dei privati nel finanziamento e nella gestione delle opere pubbliche e, più in generale, nella fornitura di servizi di interesse pubblico.

(2) Cfr. S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008, p. 25. Afferma l'Autore che «Quando si parla delle istituzioni del benessere si fa, normalmente riferimento agli interventi pubblici nei settori dell'istruzione, della sanità, della protezione sociale e dell'occupazione. Gli interventi, in questi settori, pur non facendo parte in senso stretto dei rapporti tra Stato ed economia, comportano l'uso di risorse tanto cospicue da costituire un capitolo fondamentale di tali rapporti. Le tappe fondamentali della realizzazione, in Italia, dello Stato del benessere sono il 1962, con l'istituzione della scuola dell'obbligo, e il 1978, anno in cui fu istituito il Servizio sanitario nazionale. A queste si aggiungono il 1974, quando venne introdotta la pensione sociale, e il 1975, data della principale riforma della Cassa integrazione guadagni».

(3) Cfr. J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1977. «La crisi fiscale dello Stato è divenuta una specie di formula ad effetto che non riguarda esclusivamente gli specialisti di problemi fiscali, ma chiunque si occupi, in genere, dell'azione dei pubblici poteri nel campo economico. Il messaggio che in modo diffuso viene associato a questa formula è quello di uno Stato che, vittima di apprendisti stregoni che l'hanno indotto con leggerezza a percorrere la strada dell'espansione della spesa pubblica, si trova di fronte a una situazione di dissesto». L'Autore è ben esplicito nell'affermare che il settore pubblico si svilupperebbe solo a spese del settore privato. In realtà, la crescita del settore statale è indispensabile all'espansione dell'industria privata. «Occorre dunque riferirsi alla struttura stessa del capitalismo maturo, di cui l'espandersi dello Stato assistenziale non costituisce una deformazione, ma un'immagine speculare».

(4) Cit. E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, p. 34.

Insegnamenti fondamentali di politica economica evidenziano come, in sistemi caratterizzati da elevati livelli di pressione fiscale, gli investimenti pubblici non producono effetti significativi sulla crescita, se non sono finanziati con capitali privati.

L'introduzione di modelli privatistici permette, infatti, un notevole incremento della qualità delle infrastrutture compiute e dei servizi erogati, e un miglioramento progressivo nella fase di realizzazione degli interventi (*know-how* (5) del settore privato), determinando, altresì, meccanismi che stimolano un'effettiva concorrenza sui costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture stesse.

Date queste premesse, è possibile affermare che il PPP è costituito da ogni forma di cooperazione, tra il settore pubblico e quello privato, in cui le rispettive competenze e risorse si integrano per realizzare e gestire opere infrastrutturali, ferme restando le diverse responsabilità ed i diversi obiettivi che si pongono la parte pubblica e quella privata.

La collaborazione evidenzia la metamorfosi del ruolo che riveste il soggetto pubblico nella vita economica di un dato Paese: dalla figura di Stato-imprenditore a quella di Stato-regolatore (6); da operatore diretto nel mercato ad organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento, imposti dal Trattato della Comunità europea e dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

Si tratta di un mutamento iniziato a partire dagli anni ottanta del ventesimo secolo, che riguarda anzitutto il dominio statale sull'economia, che si è rovesciato, divenendo dominio dell'economia sullo Stato.

I confini dell'economia non coincidono più con i confini statali e travalicano talvolta anche i confini dell'ordinamento sovranazionale comunitario, il quale peraltro resta il principale propulsore dello smantellamento di posizioni privilegiate non giustificate da esigenze di interesse generale (come è il caso dei diritti speciali ed esclusivi) (7).

Questa riflessione si pone alla base di un cambio di paradigma, che ha conseguenze non solo culturali ma anche e soprattutto relazionali, riguardando una tipologia di organizzazione privata e collettiva per il bene comune che comporta una sempre maggiore rilevanza del principio di sussidiarietà ed una marcata responsabilizzazione delle persone, delle imprese e dei corpi intermedi.

(5) Si veda O.T. SCOZZAFAVA, M. BELLANTE, *Beni proprietà e diritti reali*, Torino, 2007, p. 50. «Non rientra tra i beni giuridici il *know how*, cioè quel complesso di informazioni tecniche o gestionali segrete che, assicurando vantaggi sul piano della produzione industriale o della commercializzazione, garantiscono una maggiore competitività in capo a chi la detiene».

(6) Così S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, *ivi*, p. 295; R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Collana diretta da F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2008, p. 2.

(7) Cfr. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009.

Autorevole dottrina (8) sostiene che, dal punto di vista della filosofia del diritto e della teoria generale, il modello del partenariato pubblico-privato implica la soluzione di un problema formidabile; quello se l'essere umano (sia politico che cittadino) riesca ad agire al di là dei propri impulsi egoistici.

Impulsi egoistici che riportano, inevitabilmente, alla categoria dell'interesse, definibile come la spinta individuale a soddisfare un bisogno, non importa se materiale o spirituale (9).

Interesse che è stato sempre catalogabile mediante una dicotomia tra interesse pubblico e interesse privato. Dicotomia che dovrebbe essere completamente azzerata nel modello del partenariato, in modo tale che «ne deriverebbe che sia il privato che il pubblico dovrebbero abbandonare l'impulso egoistico, meccanico ed economico, come radice sociale del proprio interesse, ed abbracciare una visione di sé che comprenda anche l'altro soggetto, appunto il *partner*, proprio come avviene nei rapporti stabili di coppia, o di amicizia. Contro la possibilità di successo di questa formula milita l'intera esperienza storica, almeno a partire dalle civiltà e culture, di cui si è tramandata la memoria; a favore, la consapevolezza che il mondo è giunto al c.d. punto di non ritorno e che già appare una grande fortuna avere scongiurato l'ipotesi di una terza guerra mondiale» (10).

Analizzando l'istituto del PPP, si riscontra che gli elementi principali che lo caratterizzano sono:

- a) la lunga durata del rapporto, che comporta una collaborazione tra i due *partner* sui vari aspetti del progetto da realizzare;
- b) le modalità di finanziamento del progetto, garantito in tutto o in parte dal settore privato, anche se spesso, quote di finanziamento pubblico, anche notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;
- c) il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a molte fasi del progetto;
- d) la distribuzione dei rischi tra il *partner* pubblico e quello privato.

Il riparto dei rischi tra *partner* pubblico e privato si struttura in modo diverso nei vari casi, non implicando, tuttavia, che il *partner* privato si assuma necessariamente tutti i rischi legati all'operazione, o la parte più rilevante degli stessi.

Il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi.

La cooperazione può essere ricondotta a diverse tipologie che vanno dal-

(8) Cit. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 198.

(9) Cfr. R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.

(10) Cit. E. PICOZZA, *Op. cit.*, p. 199.

l'intervento pubblico tradizionale, in cui l'ente controlla direttamente le singole fasi del servizio, fino alla completa privatizzazione della proprietà e gestione dell'infrastruttura o del servizio prestato.

Comunque, in tutti i modelli di PPP l'ente pubblico mantiene:

- a) la definizione degli standard di servizio minimi;
- b) il controllo del raggiungimento di determinati livelli di efficienza gestionale e del soddisfacimento dei bisogni degli utenti;
- c) il controllo delle tariffe a livelli socialmente accettabili.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno delle collaborazioni tra soggetti pubblici e privati si è sviluppato in ampi settori della sfera pubblica (11), ma si può comunque affermare che le infrastrutture e i servizi sono generalmente catalogabili mediante una tripartizione empirica che li distingue in opere c.d. "calde", "fredde" e "tiepide".

Sono chiamate "calde" le opere i cui costi d'investimento possono essere, nella loro quasi totalità, ammortizzati con i flussi di cassa, derivanti dalla gestione economica dell'infrastruttura stessa.

Le opere "fredde" sono, invece, quelle opere che di per sé non sono suscettibili di produrre ritorni diretti, nemmeno parziali, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante (il che non consente l'applicazione di tariffe), o in cui il livello socialmente accettabile è talmente basso da non consentire di generare flussi di cassa in grado di permettere il rimborso dei fondi impiegati per realizzarle.

Tali opere, ovviamente, potranno essere realizzate soltanto ricorrendo alla finanza pubblica.

Da ultimo le opere "tiepide", per le quali, sebbene sia prospettabile una redditività futura, questa non è tale da poter coprire, in un tempo ragionevole, l'ammontare del costo di costruzione dell'opera. In questo caso è possibile ipotizzare un'iniziativa collaborativa con un soggetto privato che non può prescindere da un contributo finanziario pubblico, anche se limitato all'ammontare sufficiente a rendere economicamente conveniente l'intervento del capitale privato.

In linea di prima approssimazione, comunque, il PPP, attenua gli oneri di finanza pubblica (almeno nel breve periodo); consente lo sviluppo strutturale di medio-lungo periodo connesso alla realizzazione di programmi infrastrutturali (impatti economici su occupazione, PIL, servizi pubblici); favorisce la modernizzazione e l'innovazione delle infrastrutture e dei servizi, grazie alle esperienze del settore privato; ottiene maggiore efficienza attraverso la suddivisione dei rischi tra il settore pubblico e il settore privato (12).

(11) Si veda C. FRANCHINI, L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo, Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002. In particolare S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 11.

Proprio in periodi di forte crisi i PPP possono servire per realizzare progetti infrastrutturali, e dunque sostenere e rilanciare l'attività economica. In questo senso si è espressa la Commissione europea nelle due comunicazioni al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale europeo del 19 novembre 2009, n. 615, "*Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*"(13) e del 21 settembre 2011, n. 572 "*Partenariati nella ricerca e nell'innovazione*".

L'evoluzione del mercato dei PPP nei Paesi dell'area euro, in un ordine temporale intercorrente dal 1990 al 2009, ha consentito di registrare più di 1300 contratti conclusi, per un importo di capitale superiore ai 250 miliardi di euro (14).

Sul versante nazionale, il mercato del PPP nel 2011 risulta in costante crescita. È quanto emerge in base agli ultimi dati disponibili dell'Osservatorio Regionale del partenariato pubblico privato del Lazio, un sistema informativo e di monitoraggio degli avvisi di gara e delle aggiudicazioni sull'intero panorama del PPP, promosso dalla Camera di Commercio di Roma e realizzato da Cresme Europa Servizi.

Rispetto alla committenza, il mercato del PPP nel 2011 risulta formato quasi esclusivamente dalla domanda dei Comuni.

Ad esempio nel Lazio, ai Comuni spetta il 79% del mercato del PPP regionale per numero di gare e il 91% del volume d'affari, con 69 gare per 233 milioni di euro. A livello nazionale il loro peso è dell'83% per numero e del 66% per importo. Il confronto con la domanda espressa dai Comuni nello stesso periodo del 2010 mostra una forte crescita: il numero di opportunità si presenta incrementato del 30% (si passa da 53 gare a 69) e il volume d'affari quasi raddoppiato (da 124 milioni a 233; più dell'88%) (15).

Tenendo in grande considerazione la necessità di una disciplina di bilancio molto più rigorosa rispetto al passato (resa indispensabile dalla presa di coscienza, sia in Italia che nel resto del mondo, della fine dell'impunità del debito sovrano), l'istituto ha, senza dubbio, il pregio di favorire la competi-

(12) Cfr. F. BASSANINI, *Finanziamento degli investimenti strategici, project financing e PPP dopo la crisi*, Intervento al meeting UTFP - EPEC, Roma, Presidenza del Consiglio, 15 dicembre 2009. «Gli strumenti necessari per indirizzare capitali privati verso il finanziamento di infrastrutture diventa del tutto centrale: per accelerare l'uscita dalla crisi, per promuovere la competitività dell'economia europea, per la costruzione di un modello di sviluppo sostenibile ed equilibrato. Alla luce dei vincoli strutturali dei bilanci pubblici di molti paesi industriali, nuove regole e nuovi strumenti finanziari capaci di attirare capitali privati rappresentano la strada obbligata per rispondere alla forte domanda di infrastrutture senza accollare alle finanze pubbliche (e alle generazioni future) oneri insostenibili».

(13) I testi delle comunicazioni sono disponibili agli indirizzi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:IT:PDF>; <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0572:FIN:IT:PDF>.

(14) Lo studio è stato compiuto da European Investment Bank, *Public-Private Partnerships in Europe before and during the recent financial crisis, Economic and financial report*, luglio 2010.

(15) I dati sono estratti dal sito www.sioip-lazio.it, "Sintesi Gennaio-Agosto 2011".

zione sana e regolare delle imprese e la loro naturale propensione ad assumere ed investire in modo stabile sulle persone e sui progetti più meritevoli.

2. Il quadro normativo a livello di legislazione comunitaria: il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni

La codificazione del partenariato pubblico-privato, a livello di legislazione comunitaria, risale al documento COM (2004) 327 def., approvato in data 30 aprile 2004, denominato “*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” con il quale, da un lato, vengono esaminate le linee guida del fenomeno e, dall’altro, si cerca di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti (16).

Il documento in particolare si sofferma ad “*illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP*”.

Sebbene il PPP non venga definito a livello comunitario, il Libro Verde elaborato dalla Commissione Europea precisa che esso “*si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio*”.

Questa definizione viene resa all’*incipit* del già citato Libro Verde il quale prosegue esaminando dettagliatamente gli elementi caratterizzanti le operazioni di PPP (17).

(16) Per un approfondimento della tematica in esame si veda G. RIZZO, *La concessioni di servizi*, in *Diritto dell’economia*, collana diretta da EUGENIO PICOZZA e RAFFAELE LENER, Torino, in corso di pubblicazione (2012), p. 87: «Il Libro verde analizza i diversi fattori che hanno determinato lo sviluppo del fenomeno di PPP, tra questi assume particolare rilievo il mutato contesto storico che ha determinato il diffondersi di operazioni di PPP in molti settori prima di esclusiva competenza pubblica».

(17) Gli elementi in questione sono: “*La durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare*”; “*La modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati*”; “*Il ruolo importante dell’operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d’interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi*”; “*La ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all’operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi*”.

La Commissione ha ritenuto di poter individuare due tipi di PPP, e precisamente il tipo “*puramente contrattuale*” e quello “*istituzionalizzato*”.

Il PPP di tipo “*puramente contrattuale*” è quello basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi (tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio), vengono affidati al *partner* privato. I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

Le definizioni dei due istituti sono contenute all'interno della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Secondo l'art. 1, punto 2, lett. b, della direttiva in esame, “*gli appalti pubblici di lavori sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

L'art. 1, punto 3, della medesima direttiva contiene la definizione della concessione di lavori pubblici che “*è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

Già con la comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 - (2000/C 121/02) - la Commissione indicava il diritto di gestione come elemento caratterizzante la figura concessoria rispetto all'appalto pubblico (18). Una caratteristica fondamentale delle concessioni è, infatti, che il concessionario ha il diritto di sfruttare la struttura o il servizio fornito in concessione, quale remunerazione per avere realizzato la struttura o prestato il servizio. La differenza principale rispetto agli appalti pubblici è che il concessionario, il quale di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente alla gestione dell'opera realizzata.

Lo strumento del partenariato contrattuale costituisce una categoria negoziale che non rappresenta più la realizzazione di un'opera o di un lavoro da parte di privati con risorse esclusivamente pubbliche, ma un intervento di politica economica di cui è protagonista la pubblica amministrazione e con essa il mondo delle imprese.

I PPP di tipo “*istituzionalizzato*” sono, invece, quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità di-

(18) Cit. M.V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, n. 4/2001, p. 502 ss.

stinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, per assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La collaborazione tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato, nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria, permette al primo soggetto di mantenere un adeguato livello di controllo sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell'impresa comune. Essa permette inoltre al *partner* pubblico di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un *partner* privato.

La dottrina ha sollevato notevoli perplessità in ordine al problema della scelta del socio privato per la costituzione di una società mista per l'affidamento di un servizio pubblico (19). Di certo è necessario «che il coinvolgimento del socio privato avvenga nell'ambito di procedure di evidenza pubblica, l'affidamento di un servizio ad una società mista può essere disposto in via diretta, analogamente a quanto ammesso per gli affidamenti c.d. *in house*» (20).

La circostanza che l'individuazione del socio privato debba avvenire mediante gara, non solo differenzia il fenomeno della società mista da quello dell'affidamento *in house* ma, soprattutto, sembra suggerire come, nel caso del PPP di tipo istituzionalizzato, non possa propriamente parlarsi di affidamento diretto del servizio, quale sarebbe invece quello caratterizzante l'*in house* (21).

In questo contesto pone un punto fermo la sentenza *Acoset* (22) che chia-

(19) Cfr. F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 113 ss.; V. B. MAMELI, *La scelta del socio privato di minoranza nelle s.p.a. miste*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 390; G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1257; ID., *Una pronuncia definitiva sulla scelta del contraente privato nella società mista*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2046; R. GAROFOLI, *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.*, 1998, 172; A. GRAZIANO, *La scelta dei soci privati nelle società di capitale a maggioranza pubblica: il Consiglio di Stato colma un'apparente lacuna normativa*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2098.

(20) Cit. M. A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, Intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dell'IISA, 2005.

(21) Sul punto si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 456/07, par. 8.2.3.

(22) C. Giust., (Terza Sezione), 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset S.p.A.* In questo caso la Corte ha dichiarato che: «*Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia se-*

risce la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di effettuare contestualmente, tanto l'individuazione del socio privato, quanto l'affidamento del servizio alla società mista. L'approccio adottato dalla Corte è decisamente di natura sostanziale, in quanto consente di non cadere in rigidi e sterili formalismi, evitando ripercussioni sulla diffusione di un utile strumento di gestione come il Partenariato di tipo istituzionalizzato, il quale, attraverso una sinergia tra interesse pubblico e risultato commerciale, consente l'ottenimento del miglior risultato, contenendone i costi, nonché una ripartizione del rischio e della responsabilità tra pubblico e privato.

La Commissione precisa che la partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del *partner* privato (23).

L'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende infatti dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore. Come ha confermato la Corte di Giustizia nella causa *Teckal*, "*tale diritto si applica quando un organismo aggiudicatore decide di affidare un compito ad un terzo, ovvero a una persona giuridicamente distinta. Una procedura diversa può essere applicata solo nell'ipotesi in cui, allo stesso tempo, l'organismo aggiudicatore eserciti sulla persona in oggetto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e al contempo questa persona realizzi la parte più importante della sua attività con la/le collettività che la detengono*" (24).

Solo le entità che soddisfano entrambe queste condizioni possono essere assimilate a delle entità *in house* rispetto all'organismo aggiudicatore e vedersi affidare dei compiti al di fuori di una procedura concorrenziale.

Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 31 maggio 2011, n. 161 C), evidenzia che, sia la Commissione (comunicazione del 5 febbraio 2008), che la Corte di Giustizia (sent. 15 ottobre 2009, C-196/08), hanno chiarito che, per l'aggiudicazione di appalti o per l'affidamento di determinati PPP di nuova costituzione (caso classico quello della S.p.A. mista), non è necessaria una duplice procedura di gara concorrenziale.

La risoluzione elenca le condizioni che consentono l'affidamento di una

lezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni".

(23) Cfr. F. ANGELI, *Concessioni di pubblici servizi: per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, gennaio-marzo 2010, p. 19.

(24) Causa C-107/98, *Teckal*, sentenza del 18 novembre 1999.

concessione senza gara concorrenziale ad una società mista pubblico-privata costituita specificamente a tale scopo.

In primo luogo, occorre esperire una gara per la scelta del socio privato che garantisca una selezione trasparente, con la pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta, in considerazione dello specifico servizio da fornire.

In secondo luogo, è necessario che la società mista mantenga lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; con la conseguenza che qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato fa scattare l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale (25).

Ad ogni modo, nella prospettiva europea, il PPP rappresenta un vero e proprio principio che condiziona l'intero assetto organizzativo e le azioni delle istituzioni europee e delle pubbliche amministrazioni che con esse si relazionano (26).

Le istituzioni comunitarie, infatti, sono intervenute con l'obiettivo di migliorare il quadro giuridico di riferimento, rilanciando e promuovendo tali strumenti con misure promozionali specifiche (fra le quali quella di aprire percorsi di cofinanziamento comunitario o canali privilegiati di accesso al credito) (27).

(25) Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2011/C 161 E/06). Al punto 15 il Parlamento "accoglie con favore il chiarimento giuridico delle condizioni a cui la normativa in materia di appalti si applica ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati, specialmente considerata la grande importanza che la Commissione, nella sua comunicazione del 19 novembre 2009, attribuisce a tali partenariati in relazione alla lotta al cambiamento climatico e alla promozione delle energie rinnovabili e dei trasporti sostenibili; ricorda che le direttive sugli appalti pubblici trovano sempre applicazione se affidataria è una società la cui proprietà è privata, anche se in misura molto ridotta; sottolinea tuttavia che sia la Commissione, nella sua comunicazione del 5 febbraio 2008, che la Corte di giustizia, nella sua sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08, hanno chiarito che per l'aggiudicazione di appalti o per l'affidamento di determinati compiti a partenariati pubblico-privato di nuova costituzione non è necessaria una duplice procedura di gara concorrenziale, ma che, affinché si possa assegnare una concessione senza gara concorrenziale a una società mista pubblico-privato costituita specificamente a tale scopo, devono essere soddisfatti tutti i seguenti criteri: - il socio privato dev'essere selezionato mediante una procedura trasparente, con pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione dello specifico servizio da fornire; - la società mista pubblico-privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato comporterebbe, secondo la Corte, l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale; considera pertanto chiarita la questione dell'applicazione della normativa sugli appalti ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e invita la Commissione e gli Stati membri a emanare dichiarazioni in tal senso". Su questo argomento si confronti anche A. MASCOLINI, *Risoluzione del Parlamento Ue sui nuovi sviluppi in materia di appalti*, in *Italia Oggi*, 3 giugno 2011, p. 31.

(26) Sul partenariato come principio organizzativo del diritto europeo, cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 290.

(27) Cfr. G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 17 dicembre 2010, p. 6 ss.

3. Il PPP nelle legislazioni dei principali Stati europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania)

L'importanza applicativa del partenariato ha fatto sì che esso sia un istituto giuridico ormai presente, seppur in varie forme, nei vari sistemi giuridici occidentali; ciò consente di applicare la metodologia dello studio comparativo per comprenderne appieno la genesi e l'evoluzione.

- Regno Unito

L'esperienza del Regno Unito, in ordine al coinvolgimento dei privati nella realizzazione delle opere pubbliche di maggiore complessità, allo scopo di ridurre i costi a carico del settore pubblico ed incrementare l'efficienza nella realizzazione delle infrastrutture, è di gran lunga la prima e la più rilevante in Europa.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze britannico (HM TREASURY) fornisce una definizione dell'istituto di esemplare chiarezza: *“Public private partnerships (PPPs) are arrangements typified by joint working between the public and private sector. In the broadest sense, PPPs can cover all types of collaboration across the interface between the public and private sectors to deliver policies, services and infrastructure. Where delivery of public services involves private sector investment in infrastructure, the most common form of PPP is the Private Finance Initiative (PFI)”* (28).

La disciplina generale britannica degli appalti pubblici è contenuta essenzialmente nel documento denominato: *“The Public Contracts Regulations n° 5”*, elaborato il 9 gennaio 2006 ed entrato in vigore il 31 gennaio dello stesso anno.

In estrema sintesi, i caratteri salienti dell'attuale disciplina, possono essere individuati:

a) nell'impostazione più cooperativa che antagonistica del rapporto instaurato tra le parti contrattuali (*Public-private partnership describes a government service or private business venture which is funded and operated through a partnership of government and one or more private sector companies*);

b) nell'attenzione verso la valutazione dei costi all'interno dell'intero ciclo di realizzazione dell'opera (*Effective public procurement is essential for good public services and good government. The public sector in the UK spends well over £150 billion a year on the goods and services necessary to deliver public services. Government must apply the highest professional standards when it spends this money on behalf of taxpayers, to ensure it gets a good deal and to provide appropriate and necessary goods and services to the quality required to meet user needs*);

c) nella centralità assegnata al progetto (*The procurement process spans*

(28) Cit. «http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm».

a life cycle from identification of the need, through the selection of suppliers, to post-contract award management, including disposal);

d) nel grado elevato di standardizzazione dei documenti contrattuali e progettuali;

e) nella programmazione degli interventi, in ambito sia territoriale (mediante la creazione di centrali di committenza a livello di città metropolitane o di contea) sia temporale (mediante accordi quadro);

f) nel frequente ricorso, in determinati settori, a modelli integrati (*collaborative procurement*) che includono la fase progettuale, esecutiva e gestionale delle opere; nella prevalenza di procedure ristrette (sotto il profilo degli offerenti).

Le operazioni di *public procurement* (categoria generale che comprende, di norma, tanto l'acquisizione da parte di soggetti pubblici di beni e servizi forniti da terzi selezionati in base a procedure competitive, quanto il concorso dei privati alla realizzazione di più complesse opere pubbliche), devono, inoltre, essere conformi ad alcuni principi di sistema: l'efficienza della spesa pubblica (*value for money*), la sostenibilità socio-ambientale degli interventi (*sustainability*) e la disponibilità delle risorse finanziarie per realizzarli (*affordability*).

Una delle forme più diffuse di *Public-Private Partnership* è senza dubbio la *Private Finance Initiative* (PFI) (29), la quale risulta sprovvista di una disciplina organica a livello normativo primario.

Nella PFI il committente pubblico seleziona un contraente privato incaricato di realizzare l'opera e di occuparsi della sua manutenzione (almeno 25 anni), il quale viene remunerato attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, da soggetti terzi che si servono della infrastruttura, ovvero da una combinazione di entrambe le soluzioni (30).

Di recente tuttavia, a partire dal 2005/2006, il Governo inglese ha iniziato a promuovere anche tutta una serie di iniziative volte ad elaborare nuove forme di PPP da affiancare alla PFI, la quale, in molti casi, sembra non essere più idonea a soddisfare le esigenze, sempre più complesse, del settore pubblico (31). Nel documento "*Strengthening long-term partnerships*" (32) del Mini-

(29) Cfr. *The Private Finance Initiative, Research paper 01/117, House of Commons*, dicembre 2001; M. BURNETT, *PPP - A decision maker's guide, European Institute of Public Administration*, 2007.

(30) «*PFI is a procurement method where the private sector finances, builds and operates infrastructure and provides long term facilities management through long term concession agreements. These agreements transfer substantial risks to the private sector in return for payments over the concession life which is usually at least 25 years. Payment is only made if services are delivered according to the requirements of the concession agreement*».

(31) Si vedano i risultati dello studio BUILDING FLEXIBILITY *New Delivery Models for Public Infrastructure Projects* condotto da DELOITTE nel 2006 (disponibile sul sito: «http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/UK_GPS_Building_flexibility.pdf»).

(32) HM TREASURY, PFI: "*Strengthening long-term partnerships*", 2006, disponibile sul sito: «http://www.hmtreasury.gov.uk/pfi_strengthening_long-term_partnerships.htm».

stero del Tesoro sono stati discussi modelli alternativi di PPP, inclusi i *NHS Local Improvement Finance Trusts* (LIFT) e il progetto BSF, *Building Schools for the Future* e si è evidenziata la necessità di elaborare nuovi approcci, come le *partnerships* strategiche e lo “*integrator approach*”, che possano essere sfruttati laddove la PFI risulti inadeguata (33).

Nel Regno Unito, il capitale pubblico investito in progetti di PPP rappresenta circa il 15% degli investimenti pubblici. Sino a dicembre 2010 il database di *Partnerships UK* include in tutto 920 progetti di PPP (che hanno già raggiunto la chiusura finanziaria) (34), per un totale complessivo di circa 64 miliardi di sterline (35).

- Francia

Per quanto concerne la disciplina francese, le norme sugli appalti pubblici sono contenute nel *Code des marchés publics*, modificato nel quadro del *Plan de relance pour l'économie*, con i decreti adottati tra il 17 e il 19 dicembre 2008 (*Décret* n° 2008-1334 e *Décret* n° 2008-1356, completati dalla *Circulaire* del 19 dicembre 2008).

Tra le nuove misure introdotte con la riforma del Codice degli appalti pubblici figurano, in particolare, le disposizioni riguardanti la semplificazione delle procedure, con un adattamento delle soglie e un alleggerimento delle formalità richieste, al fine di accelerare le commesse pubbliche e facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese.

Nel complesso l'economia del Codice degli appalti pubblici rimane la stessa, così come i suoi principi di base: libertà di accesso agli appalti, parità di trattamento dei partecipanti e trasparenza delle procedure.

In particolare il Governo francese ha deciso di ricorrere, nel campo delle infrastrutture e dei trasporti, a contratti di PPP che possono prendere due forme:

a) le concessioni di servizio pubblico (già utilizzate nel settore stradale), secondo cui un concessionario è incaricato di finanziare, concepire, costruire e sfruttare un'infrastruttura di trasporto e la sua remunerazione proviene dalla esazione di un pedaggio;

b) i contratti dove il *partenaire* ha gli stessi compiti di un concessionario (finanziamento, ideazione, costruzione e sfruttamento) ma la sua remunera-

(33) Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a G.C. FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri il 26 novembre 2010.

(34) Il database di *Partnerships UK* è disponibile sul sito: <http://www.partnershipsuk.org.uk/PUK-Projects-Database.aspx>.

(35) HOUSE OF LORDS - SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 2010, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeconaf/63/63i.pdf>.

zione proviene da un canone versato da un'amministrazione pubblica (36).

Il testo base in cui è contenuta la disciplina del PPP è l'*Ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004, ratificata dalla legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, che definisce, all'art. 1, il "*Contrat de partenariat*" (37).

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

L'analogia è evidente. L'amministrazione attribuiva il compito di costruire un'opera e di gestirla per un tempo determinato; in tal caso, però, la remunerazione per l'impresa non derivava dagli utenti finali bensì da canoni periodici posti in capo all'amministrazione affidante.

L'art. 2 dell'*Ordonnance* definisce l'ambito di applicazione, specificando che le amministrazioni possono ricorrere a tale tipologia di contratto in due casi: per progetti complessi, rispetto ai quali non siano in grado di definire gli aspetti tecnici, economici e giuridici, e in situazioni di urgenza (38).

In entrambe le fattispecie, l'art. 3 prescrive che il modello da seguire sia quello definito dalla direttiva comunitaria 2004/18/CE che impone il rispetto dei principi di libertà di accesso, parità di trattamento, trasparenza e oggettività (39), nonché procedure di pubblicità tra le varie offerte concorrenti (40).

L'ordinanza procede poi con l'elencazione delle clausole necessarie per

(36) Sul punto si veda D. LINOTTE, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, *AJDA*, n. 1 del 10 gennaio 2005.

(37) Testo originale: "*Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée*".

(38) Testo originale: "*Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère: 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible*".

(39) Cfr. A. LANGLAIS, *L'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, in *Revue du droit public*, 2006, n. 6, p. 1601.

(40) "*La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret*".

il contratto in questione, (“*un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives*”) inserite all’interno dell’art. 11, tra cui quelle sulla durata, sui corrispettivi, sulle condizioni con cui è ripartito il rischio tra il pubblico e il privato, sui controlli, sugli obiettivi, sulla remunerazione, ecc.

Ad ogni modo, la normativa francese definisce specificatamente le diverse forme di PPP in diversi testi: i contratti di partenariato sono ad esempio definiti nella “*Ordonnance n. 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*”, così come modificata dalla Legge n. 2008-735 del 28 luglio 2008; le concessioni sono definite all’art. 3 della Legge n. 2001-1168 dell’11 dicembre 2001; definizioni del BEA (*bail emphytéotique administratif*) sono contenute nel Codice rurale (L. 451-1), nel Codice generale delle collettività territoriali (L. 1311-2) e nel Codice della sanità pubblica (L. 6148-2); infine l’*autorisation d’occupation temporaire du domaine public* (AOT) è definita nella L. 2122-6 e L. 2122-9 del *Code de la propriété des personnes publiques* (41).

• Spagna

La disciplina spagnola del Partenariato appare particolarmente minuta e particolareggiata, soprattutto se paragonata a quella italiana che, all’opposto, è composta esclusivamente da un comma (e per di più un comma *ter!*), lasciando ampi spazi all’opera creativa di giurisprudenza e operatori del settore delle opere pubbliche.

In Spagna, la norma fondamentale è la *Ley 30/2007* del 30 ottobre, sui *Contratos del Sector Público*, che all’art. 11 ha introdotto nell’ordinamento in questione i “*Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*” (42), i quali hanno rappresentato una rilevante innovazione in ordine

(41) Tutti i testi richiamati sono reperibili sul sito: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(42) L’art. 11 stabilisce che: “*Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador con-*

alla possibilità per la pubblica amministrazione di coinvolgere soggetti privati, per la realizzazione di opere infrastrutturali (43).

Lo strumento consente all'amministrazione di affidare ad un soggetto privato, per un periodo determinato in relazione all'ammortamento dell'investimento o del tipo di finanziamento ottenuto, la realizzazione di una missione globale e integrata che, oltre al finanziamento degli investimenti, comprende un'attività costituita alternativamente: a) dalla costruzione di un'opera; b) dalla gestione dell'opera; c) dalla produzione di beni o prestazione di servizi che incorporino la tecnologia con il proposito di apportare soluzioni più avanzate o più vantaggiose; d) da altri servizi legati allo sviluppo per l'amministrazione del servizio pubblico o per fini di interesse generale.

Il contraente privato può, inoltre, realizzare totalmente o parzialmente il progetto per l'esecuzione (comma 3); la controprestazione in favore del privato è rappresentata da un prezzo che verrà corrisposto durante la durata del contratto e potrà essere vincolato al compimento di determinati obiettivi di rendimento (comma 4).

Per quanto concerne le motivazioni che potrebbero muovere la pubblica amministrazione a scegliere questa modalità contrattuale, rileva l'art. 118 della legge sui contratti pubblici (44), che sottopone l'utilizzo dell'istituto in esame a condizioni decisamente stringenti ed implica, per l'amministrazione, tutta una serie di oneri documentali accessori e prodromici all'esperimento della gara.

Sarà pertanto necessario che l'amministrazione elabori un apposito documento di valutazione, c.d. "*documento de evaluacion*", da cui risulti la com-

sistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento".

(43) La dottrina spagnola maggioritaria si è espressa favorevolmente all'adozione di questi schemi di collaborazione. A tal proposito si veda S. DEL SAZ, *La nueva ley de contratos del sector público*, in *Revista de administración pública*, vol. 174, 2007, p. 337; C. CHINCHILLA, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 132, 2006, p. 611; E. GARCIA DE ENTERRIA e T.R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Navarra, 2008, p. 742.

(44) Testo originale art. 118: "*1. Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación. 2. La evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas. 3. La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato*".

plexità del contratto, l'impossibilità di definire prima della procedura di valutazione i mezzi tecnici necessari per realizzare gli obiettivi e di individuare gli strumenti giuridici o finanziari idonei.

Un altro aspetto particolarmente interessante è costituito dal fatto che il contratto può essere concluso solo qualora si constati l'inadeguatezza delle altre modalità contrattuali in grado di soddisfare le necessità pubbliche (applicazione a carattere sussidiario e residuale).

Il modello contrattuale in questione rappresenta sostanzialmente una modalità aperta, finalizzata alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione.

La disciplina applicabile, di conseguenza, non è prestabilita aprioristicamente (si tratta di una fattispecie «senza oggetto tipico proprio»⁽⁴⁵⁾), ma si specifica per così dire in corso d'opera.

- Germania

In Germania, lo sviluppo del PPP (*Öffentlich-Private Partnerschaft, ÖPP*) è stato piuttosto tardivo, rispetto a quello verificatosi in Gran Bretagna. È solo dal 2004 che questo settore ha conosciuto un impulso notevole e crescente (46).

I regolamenti sugli appalti sono così suddivisi: *Verdingungsordnung für Leistungen* (VOL – per i servizi e le forniture, che a sua volta si suddivide nella fase di aggiudicazione, la fase dell'esecuzione e quella per le prescrizioni tecniche generali); *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB – per le opere); *Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen* (VOF).

In Germania manca una disciplina organica del PPP (47). La legge di riferimento in materia, c.d. "*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*", entrata in vigore il 7 settembre 2005, non ha dettato una disciplina specifica del *Project Financing* e del PPP, ma si è limitata a modificare il quadro normativo previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione e maggiore flessibilità (tra cui l'introduzione dell'istituto del dialogo competitivo), volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere infrastrutturali.

(45) Cit. M. CARLÓN RUIZ, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Revista española de derecho administrativo*, vol. 140, 2008, p. 661. Sul tema si veda anche A.J. DIAZ, *Técnicas contractuales de colaboración público privada: el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del sector público*, Madrid, 2009.

(46) Cfr. DEUTSCHES INSTITUT FÜR URBANISTIK, *Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen*, Berlino, 2005, 8. Secondo questo studio il numero di PPP nel 2004/2005 risulta raddoppiato rispetto a quello degli anni precedenti.

(47) Sul punto si veda G. HERMES e J. MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, p. 1819 ss.

Il *Projektfinanzierung*, pertanto, è regolato prevalentemente dalle disposizioni generali in materia di appalti pubblici e dalle relative normative di settore, per quanto attiene gli aspetti urbanistici, edilizi e ambientali del progetto da realizzare (48).

Per quanto riguarda il profilo più strettamente contrattuale, la prassi tedesca conosce diversi modelli contrattuali, utilizzati secondo le esigenze in concreto da soddisfare. Tra questi il più importante è il c.d. “*Betreibermodell*” o DBOT (*Design, Build, Operate, Transfer*) di matrice anglossassone.

Tale modello è riconducibile alla concessione di lavori pubblici, in cui al concessionario sono affidati la progettazione (*design*), la costruzione (*build*) e la gestione (*operate*) dell’opera, con l’obbligo di trasferirla in proprietà all’amministrazione concedente al termine della concessione (*transfer*).

Nel 2004, il Governo federale ha deciso di dare ulteriore impulso ai progetti di Partenariato tramite la creazione della “*PPP Task Force*”, appartenente al Ministero per i trasporti, le costruzioni e l’urbanistica, con il compito di definire strategie, standardizzare i modelli, guidare progetti pilota, fissare parametri unitari sotto il profilo dell’utilità economica.

Il lavoro di questi organismi ha condotto alla approvazione della “*Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro normativo relativo al partenariato pubblico-privato*” (*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) entrata in vigore l’8 settembre 2005.

Il circolo virtuoso ha fatto sì che analoghi provvedimenti siano stati presi in molti *Länder*, dove sono stati creati centri di competenza volti a supportare la realizzazione e la diffusione di progetti di PPP locale.

Particolarmente attiva è ad esempio la “*PPP Task Force*” del *Land Nordrhein-Westfalen* che è anche il *Land* con il maggior numero di progetti di Partenariato in fase di realizzazione (49).

Il quadro normativo di riferimento per i PPP in Germania a livello federale si ricava da una serie di prescrizioni normative che riguardano vari ambiti della gestione amministrativa quali il diritto sugli appalti in applicazione della normativa comunitaria (50), l’ordinamento del bilancio, il diritto tributario, la

(48) Cfr. B.G. BREMER, *Public Private Partnership - Ein Praxislexikon*, Monaco, 2005.

(49) I *Länder* con maggior diffusione di PPP, sia a livello regionale che comunale, sono il *NRW* e il *Niedersachsen* (seguono l’*Assia*, il *Rheinland-Pfalz*, il *Baden-Württemberg* e la *Baviera*). A livello federale, i progetti di PPP, in corso o solo pianificati, interessano soprattutto l’ambito della costruzione di edifici pubblici, quello delle infrastrutture per la difesa e quello delle infrastrutture dei trasporti per le autostrade e le strade di competenza federale. *Erfahrungsbericht 2007*, 11. I dati risultano immutati al 2010, cfr. *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

(50) In particolare rilevano la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 26 agosto 1998, ultimo emendamento 22 dicembre 2010), il Decreto sull’aggiudicazione di appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* del 9 gennaio 2001, ultimo emendamento 7 giugno 2010); il Decreto sui contratti e le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori (*Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen* del 20 marzo 2006, novellato il 31 luglio

normativa sui prezzi, ma anche ad esempio il diritto degli aiuti e quello degli investimenti.

A completare l'inquadramento normativo vanno poi i diversi ordinamenti comunali dei *Länder* (*Gemeindeordnungen*), che contengono spesso specifiche disposizioni di grande rilevanza per talune forme di Partenariato. Non stupisce dunque che l'unica legge federale che disciplina specificatamente il PPP, ovvero la “*Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro giuridico generale per l'ambito dei PPP*” (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Privaten Partnerschaften*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) del 1 settembre 2005, è costituita solo da una serie di emendamenti della normativa previgente in diverse materie (appalti, bilancio, tributi, investimenti etc.).

L'art. 7 dell'ordinamento federale del bilancio vincola la pubblica amministrazione ai due principi della “economicità” (*Wirtschaftlichkeit*) e del “risparmio” (*Sparsamkeit*), ovvero a gestire le proprie risorse in modo tale da adempiere alle proprie funzioni con il minor impiego di fondi pubblici raggiungendo allo stesso tempo, dato un certo impiego di fondi, il miglior risultato di prestazione. Secondo tale principio, la pubblica amministrazione, nell'adempimento delle funzioni pubbliche, può optare per una forma di PPP solo se in questo modo la funzione può essere svolta nel modo più economico e con maggiori risparmi per le casse pubbliche rispetto al tradizionale approvvigionamento.

I principi della economicità e del risparmio (così la giurisprudenza della Corte di giustizia federale), devono essere rispettati per tutto l'arco di vita del progetto da realizzare. La modifica introdotta dall'*ÖPP-BeschlG* stabilisce che, nella valutazione dell'economicità dei progetti da realizzare, si deve tener conto anche della ripartizione dei rischi.

Questo aspetto è particolarmente importante poiché, nel confronto tra un progetto PPP e un finanziamento convenzionale, non si può non tener conto del fatto che nel caso del PPP l'investitore privato si fa carico dei rischi di gestione per tutto il ciclo del progetto (rischi che ovviamente vanno ad incidere sui costi). Se non venisse considerata la ripartizione del rischio, il progetto PPP risulterebbe necessariamente meno economico delle modalità di finanziamento convenzionali e quindi la pubblica amministrazione sarebbe “obbli-

del 2009); il Regolamento relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi (*Verdingungsordnung für Leistungen* del 6 aprile 2006, novellato il 20 luglio 2009). Ne sono esclusi sostanzialmente, oltre agli appalti sotto soglia, che però nel caso di PPP sono decisamente rari, solo i casi delle “concessioni di servizi” cui, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2004/18/EG, non si applicano le direttive sugli appalti e per cui valgono tuttavia i vincoli della trasparenza e della parità di trattamento imposti dal Trattato. Cfr. sul punto J. BYOK - G. BORMANN, *Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft*, in *NVwZ*, 2008, p. 842 ss.

gata” ad optare sempre per l’approvvigionamento convenzionale (51).

L’attenzione rivolta dall’Unione europea ai contratti pubblici, ed in particolare al fenomeno delle collaborazioni tra soggetti pubblici e privati, si giustifica con il fatto che essi costituiscono un rilevante mercato, per il cui sviluppo sono necessarie regole uniformi e trasparenti, nel rispetto dei principi posti dai Trattati comunitari e fuori dalle “ombre” delle normative nazionali.

Sotto la spinta innovatrice del diritto comunitario si affievoliscono i modelli che vedevano contrapposti autorità e libertà, e rinvigoriscono i moduli consensuali per cui la partecipazione della società civile al soddisfacimento delle necessità pubbliche e collettive, tramite il rafforzamento del principio di sussidiarietà ed in omaggio al principio di solidarietà, diviene un passo obbligato verso un orizzonte comune.

Dall’esperienza comparata, infatti, nel momento in cui sta per avviarsi il lungo negoziato intergovernativo per la definizione del nuovo quadro finanziario europeo (2013-2017), si delinea il rischio di una insuperabile *impasse*, tra la necessità di reperire risorse per finanziare i grandi progetti infrastrutturali europei e l’impossibilità di chiedere agli Stati membri maggiori trasferimenti dai loro bilanci già appesantiti dalla crisi.

4. La normativa nazionale introdotta dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)

A livello nazionale, il partenariato pubblico-privato è previsto nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e s.m.i. che costituisce diretta attuazione delle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 nell’ordinamento giuridico italiano (52).

L’art. 3, comma 15 *ter* del Codice, introdotto nell’ordinamento italiano con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, terzo decreto “correttivo” dispone: *“Ai fini del presente codice, 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 par-*

(51) Cfr. G.C. FERONI, *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011.

(52) Sul tema cfr. A. CANCRINI, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, (a cura di) C. FRANCHINI, *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2007, pp. 419-579; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice dei contratti pubblici*, Roma, 2008; A. CARULLO, G. IUDICA, ed AA.VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010.

tenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste" (53).

La definizione legislativa non è esente da critica laddove delinea una fattispecie ampia e include nel concetto "*contratto di partenariato pubblico privato*" ipotesi diverse l'una dall'altra, accomunate dalla caratteristica di avere per oggetto una o più tra le prestazioni di progettazione, costruzione, gestione e manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio.

La definizione del Codice «sembra in linea con quanto affermato da parte della dottrina secondo la quale il PPP consiste non in una mera operazione economica, ma una vera e propria nuova categoria negoziale alternativa all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche» (54).

In realtà il legislatore italiano ha messo in atto un'operazione piuttosto singolare con la novella dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici: infatti, da un lato ha recepito quelle che sono state identificate come le più note caratteristiche dei PPP, dall'altro, ha fornito "*a titolo esemplificativo*" un elenco di fattispecie, contrattuali e non, che fanno parte di questa nuova tipologia di rapporti tra il settore pubblico e il settore privato.

Appare curioso anche il fatto che nei successivi 255 articoli del Codice, il legislatore abbia deciso di non codificare nel dettaglio la fattispecie, non facendo altri riferimenti, salvo che negli artt. 159, comma 2-*bis* (55) e 160, comma 1 (56).

Tra l'altro sotto la denominazione PPP vengono accomunati diversi istituti, riferibili al mondo della contrattualistica pubblica, molto diversi tra loro e con discipline specifiche che si presentano completamente sconnesse dalla definizione contenuta nella nuova norma.

Il contratto diviene, in questo modo, uno strumento di tipo flessibile e a

(53) Prosegue la disposizione normativa affermando: "*Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*".

(54) In tal senso R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *giustamm.it e ID.*, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

(55) Il comma 2-*bis* dell'art. 159 (*Subentro*) recita: "*Il presente articolo si applica alle società di progetto costituite per qualsiasi contratto di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-ter*".

(56) Il comma 1 dell'art. 160 (*Privilegio sui crediti*) prescrive: "*I crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali ai sensi dell'art. 176*".

struttura variabile, connotato da una funzione tipica, e cioè l'essere strumentale alla "progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure alla fornitura di un servizio", attraverso una partecipazione totale o parziale dei privati dal punto di vista finanziario.

Un aspetto rilevante dei PPP, che la norma introdotta dal terzo decreto "correttivo" del Codice dei contratti pubblici non ha tralasciato, è proprio l'obbligo incombente sul *partner* privato di provvedere al finanziamento totale o parziale dell'intervento.

È questo il punto che ha consentito il proliferare di schemi di collaborazione tra il settore privato e le pubbliche amministrazioni: i PPP, infatti, sarebbero in grado di attrarre e reperire fonti di finanziamento al di fuori del bilancio dello Stato (c.d. risorse "off balance sheet"), in modo che gli interventi pubblici posti in essere, mediante l'utilizzo di questo schema contrattuale, non vengano ad incidere sull'equilibrio dei conti dello Stato.

Per quanto concerne "i contenuti delle decisioni Eurostat" occorre chiarire che il Libro Verde sui PPP indica che, in conformità alle decisioni Eurostat (in particolare quella dell'11 febbraio 2004 sul trattamento contabile di queste operazioni), gli *asset* derivanti da operazioni di PPP devono essere contabilizzati come attivi non pubblici e, di conseguenza, le risorse necessarie a porli in essere non devono essere registrate nel bilancio delle pubbliche amministrazioni, qualora si presentino le due seguenti condizioni: a) il *partner* privato assuma il rischio di costruzione; b) il *partner* privato si accoli almeno uno dei rischi legati alla disponibilità dell'*asset* o alla domanda che utenti terzi possano realizzare.

Ad ogni modo, le incertezze che provengono dalla disposizione dell'art. 15-ter sembrano deporre a favore di una rappresentazione giuridica del PPP in cui il soggetto pubblico e il *partner* privato convivono in una relazione di sostanziale parità ed equivalenza.

«Si tratta, tuttavia, di una concezione erronea. I rapporti di PPP, infatti, postulano pur sempre non una confluenza, bensì una delimitazione di compiti e di responsabilità tra le parti contraenti, per cui il regime dell'attività svolta dal soggetto pubblico resta necessariamente riferibile ai caratteri ed alla disciplina dell'attività amministrativa, con tutti i principi tipici da cui è connotato, incluso quello di libera concorrenza, laddove la disciplina dell'attività svolta dal contraente privato segue lo statuto proprio dell'impresa.

Ciò sta a significare che, quale che sia la formulazione prescelta e la fase del rapporto interessata, fino a che il rapporto contrattuale resta in vita, alla pubblica amministrazione spetta il perseguimento dell'interesse pubblico ed al soggetto privato la corretta gestione dell'opera e del servizio» (57).

(57) Cit. G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2011.

È in questa sede che i principi dettati dalla Costituzione (solidarietà, *ex art. 2 e 3, comma 2*, e sussidiarietà orizzontale, *ex art. 118 u.c.*) manifestano la loro più profonda rilevanza.

A tal proposito si è sostenuto come i PPP possono esprimere tutta la loro importanza solo se «... sia il potere pubblico che il soggetto privato [perseguono] un interesse comune e non semplicemente di astenersi dall'abuso di diritto o del perseguimento del proprio interesse. Come si può agevolmente notare, si tratterebbe di una vera e propria rivoluzione copernicana, che impinge direttamente sul fenomeno della sussidiarietà orizzontale. In tal caso, infatti, la sussidiarietà comporterebbe una obiettiva restrizione al campo di azione dei pubblici poteri, dal momento che la società civile - sapendo rinunciare agli eccessi del perseguimento del proprio interesse egoistico - avrebbe tutta la capacità di realizzare il pubblico interesse insieme al proprio. Tale visione solidaristica come è noto ha appassionato la filosofia politica sin dai tempi di Bacone, Hobbes, Locke, Hume ed altri ingegni» (58).

Concludendo, dal momento dell'avvio del partenariato in cui incide il principio di sussidiarietà orizzontale nella decisione di affidare agli attori del mercato l'espletamento di compiti di interesse pubblico, al momento in cui si deve attuare la distribuzione dei rischi inerenti allo svolgimento dell'operazione, in cui inciderà il principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*, il partenariato è una fattispecie ricca di risvolti dogmatici che incidono sul modo di intendere il rapporto tra la sfera pubblica e quella privata.

Resta quindi da comprendere quale combinazione di organizzazione sociale pubblica e privata sia di volta in volta preferibile, tenendo anche in considerazione che ciò dipende da una serie di caratteristiche variabili nel tempo. Le leggi che governano gli equilibri, infatti, raramente sono unici e di sicuro non simili alla meccanica celeste di Keplero, immutabile e gelida nella sua staticità.

Tuttavia, come sembra indicare il Libro Verde sul partenariato, proprio la collaborazione sostanziale tra pubblico e privato, è l'unica soluzione per vincere le sfide della globalizzazione e dotare il Paese delle opere ed infrastrutture necessarie per modernizzarlo.

In questo senso l'impiego, opportunamente incentivato, di capitali privati, mediante schemi di PPP, appare l'unica via di uscita, la sola strada al momento praticabile.

(58) Cit. E. PICOZZA, *Op. cit.*, p. 120.