E’ da circa un decennio che si sente parlare, sempre con maggiore insistenza, del partenariato pubblico-privato.
In particolare da quando la Commissione delle comunità europee ha presentato in data 30 aprile 2004 il LIBRO VERDE – documento di consultazione – RELATIVO AI PARTENARIATI PUBBLICO-PRIVATI ED AL DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI PUBBLICI E DELLE CONCESSIONI.
Il Libro verde precede di due anni l’entrata in vigore del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed è successivo alla pubblicazione in data 31/3/2004 delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE relative, rispettivamente, agli appalti nei settori ordinari e nei settori speciali.

Il partenariato pubblicato privato – secondo la definizione datane nel Libro verde – è quel fenomeno che dà vita 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*”.

Le restrizioni di bilancio cui le Amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate oggi a fare fronte, da un lato, e l’opportunità di alleggerire il debito pubblico attraverso il ricorso a finanziamenti privati, dall’altro lato, richiamano l’attenzione sugli strumenti di attuazione del partenariato pubblico-privato.

Prima di passare in rassegna tali strumenti, è utile premettere che quattro sono gli elementi che caratterizzano il partenariato pubblico-privato:

1) la durata relativamente lunga della collaborazione fra il partner pubblico e quello privato;

2) il finanziamento privato dell’iniziativa; spesso, tuttavia (ad es. nel caso di concessione di lavori pubblici), quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;

3) il ruolo operativo del partner privato che partecipa attivamente alle diverse fasi dell’iniziativa (progettazione, esecuzione e gestione) e che apporta il proprio know-how cui fa da contraltare il ruolo di controllo del partner pubblico, che si limita a fissare gli obiettivi;

4) l’allocazione in capo al partner privato di rischi tipicamente ed ordinariamente in capo al partner privato (es. rischio della progettazione). Non è tuttavia detto che nel partenariato pubblico privato il partner privato si assuma tutti i rischi o la parte più rilevante dei rischi: la ripartizione dei rischi va effettuata di volta in volta sulla base delle caratteristiche concrete dell’iniziativa.

Dal punto di vista classificatorio, le iniziative di partenariato pubblico privato possono essere raggruppate in due macro-categorie.
Quella dei partenariati pubblico privati di tipo puramente contrattuale.
Quella dei partenariati pubblico-privati di tipo istituzionalizzato.

La prima macro-categoria si fonda su legami convenzionali o che dir si voglia contrattuali, secondo lo schema tipico del contratto di concessione.
La seconda macro-categoria si fonda invece sulla creazione di un’entità distinta, detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato, secondo lo schema tipico del modello societario. Peraltro la creazione di un partenariato può avvenire non solo attraverso la creazione di un’entità distinta ma anche attraverso il passaggio a controllo privato di un’entità pubblica già esistente.

L'articolo 3, comma 15-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 definisce i «contratti di partenariato pubblico privato» come quei "*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*".

Il legislatore fornisce poi anche un'esemplificazione dei "*contratti di partenariato pubblico privato*" riconducendovi:
a) la concessione di lavori (articolo 142 e seguenti);
b) la concessione di servizi (articolo 30);
c) la locazione finanziaria (articolo 160-bis);
d) il contratto di disponibilità (articolo 160-ter);
e) l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto (articolo 153);
f) le società miste (che esulano dall'applicano del D.Lgs. n. 163/2006).

Queste ultime, come detto, sono riconducibili al modello di partenariato di tipo istituzionalizzato e costituiscono, ad esempio, strumento per la gestione di servizi pubblici locali con o senza rilevanza economica.
Tutti gli altri esempi citati, invece, sono riconducibili al modello di partenariato di tipo convenzionale.

L'esemplificazione di cui al richiamato articolo 3, comma 15-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 non è esaustiva di tutte le possibili forme di partenariato pubblico privato.

Sia perché ne esistono delle altre oltre a quelle elencate nell'articolo 3, comma 15-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 che sono oggetto di una disciplina "speciale" all'interno dell'ordinamento; è il caso ad esempio:
- della concessione e/o locazione ai privati di beni immobili di proprietà dello Stato ai fini della loro riqualificazione e riconversione tramite interventi di recupero, restauro e ristrutturazione anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento di attività economiche, ai sensi dell'art. 3-bis della Legge 23/11/2001, n. 401 di conversione in legge del D.L. 25/9/2001, n. 351 recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico;
- della concessione di beni immobili al c.d. "promotore" della realizzazione di insediamenti turistici di qualità di interesse nazionale, ai sensi dell'art. 1, comma 583 e seguenti, della Legge 23/12/2005, n. 266.

Sia perché l'articolo 3, comma 15-ter, del D.Lgs. n. 163/2006 omette di considerare, quali possibili esempi di partenariato pubblico privato, anche, ad esempio, la procedura di dialogo competitivo disciplinata dall'articolo 58 del D.Lgs. n. 163/2006 ossia quella procedura in cui la stazione appaltante avvia un dialogo con i potenziali concorrenti al fine di definire con loro le specifiche tecniche di un appalto per il quale gli stessi saranno chiamati a presentare un'offerta.

Sia perché, infine, già si stagliano sull'orizzonte comunitario nuove figure di partenariato pubblico privato, destinate a penetrare nell'ordinamento giuridico: è il caso, ad esempio, della procedura competitiva con negoziazione ma, soprattutto, dei partenariati per l'innovazione disciplinati, rispettivamente, dagli articoli 29 e 31 della nuova direttiva 2014/24/UE del 26/2/2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE ed il cui termine di attuazione spira il 18/4/2016.

A fronte di questo quadro composito, se si vuole tentare una ricostruzione unitaria del partenariato pubblico privato bisogna, a mio giudizio, partire da quello che è il suo minimo comun denominatore, ossia l'elemento minimo comune a tutte le sue diverse manifestazioni all'interno dell'ordinamento giuridico.

Tale minimo comun denominatore è costituito, come si diceva in esordio, dalla cooperazione che si instaura tra il partner pubblico e quello privato.

E' possibile proporre, sotto tale profilo, una classificazione unitaria delle diverse forme di partenariato pubblico privato sulla base del grado di intensità della cooperazione cui le stesse danno vita.
Il grado di intensità è massimo nel caso in cui la cooperazione permanga per tutto, o per gran parte, del ciclo di vita del lavoro, intendendosi per "ciclo di vita" l'insieme delle attività di acquisizione, di utilizzo, di manutenzione e, se richiesto, di eventuale "smaltimento".
Il grado di intensità è, invece, minimo nel caso in cui la cooperazione sia circoscritta soltanto ad alcuna delle attività predette, ad esempio all'attività di acquisizione del lavoro ossia alla fase di gara.

1) Con la necessaria approssimazione del caso, costituiscono forme di partenariato pubblico privato ad elevata cooperazione, seguendo un ordine di intensità decrescente:
- la finanza di progetto;
- la concessione di lavori pubblici;
- il contratto di disponibilità;
- il leasing in costruendo – il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche.

1.a) La finanza di progetto disciplinata dall'articolo 153 del D.Lgs. n. 163/2006 è la procedura a mezzo della quale le Amministrazioni aggiudicatrici affidano ai privati la realizzazione e la gestione di lavori pubblici, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati.
L'apporto cooperativo del privato si traduce:
a) nella progettazione (preliminare, definitiva, esecutiva) del lavoro, considerando che le offerte devono già contenere un progetto preliminare; per contro, gli unici adempimenti richiesti all'Amministrazione aggiudicatrice sono costituiti dal preventivo inserimento dell'opera nella prescritta programmazione e nella redazione di uno studio di fattibilità da porre a base di gara;
b) nel finanziamento del lavoro: "le offerte devono contenere un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito" e devono "dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto";
c) nell'esecuzione dei lavori, secondo le regole dettate per le concessioni di lavori pubblici;
d) nella gestione dell'opera, anche attraverso la costituzione della società di progetto di cui all'articolo 156 del D.Lgs. n. 163/2006.

L'apporto cooperativo del privato risulta, inoltre, particolarmente valorizzato dalle disposizioni che gli consentono di presentare alle Amministrazioni aggiudicatrici delle proposte per la realizzazione, mediante finanza, anche di opere:
- non inserite nella prescritta programmazione (comma 19) oppure
- inserite nella prescritta programmazione ma per le quali non siano state avviate le relative gare nei successivi 6 mesi (comma 16).

Nella stessa direzione – di tutela e valorizzazione dell'apporto collaborativo del privato – si muove anche la facoltà riconosciuta all'Amministrazione aggiudicatrice di accordare, previa menzione nel bando di gara, un diritto di prelazione al soggetto designato "promotore" (commi 15 e 19).

Il secondo modello di project financing, delineato dal comma quindicesimo, è caratterizzato dalla doppia gara, previo bando, e con diritto di prelazione.
Si ha, in sintesi, l'indizione di una gara sulla base di uno studio di fattibilità, con la precisazione peraltro, nel bando, che la procedura (improntata, anch'essa, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma la sola attribuzione al medesimo del diritto di prelazione [28].
Più nel dettaglio, la gara enuclea tre fasi : la prima è costituita dalla presentazione del progetto preliminare; l'Amministrazione individua l'offerta migliore e nomina promotore il presentatore dell'offerta, ponendo poi il progetto preliminare in approvazione. La seconda fase è costituita da una procedura selettiva indetta sulla base del progetto preliminare approvato e l'offerta è valutata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La terza fase evidenzia due possibili alternative : quella in cui non siano presentate offerte economicamente più vantaggiose, con conseguente aggiudicazione del contratto al promotore, e quella in cui, al contrario, vi siano offerte, nel quale caso l'Amministrazione individua l'offerta migliore, ed il promotore ha quarantacinque giorni di tempo per adeguare la propria offerta a quella ritenuta migliore; in tale evenienza il contratto è aggiudicato al promotore, mentre, in difetto di adeguamento dell'offerta da parte di quest'ultimo, il contratto è aggiudicato al presentatore della migliore offerta.

Alla finanza di progetto va assimilata anche la **procedura prevista dall'articolo 1, comma 583, della Legge n. 266/2005** per la presentazione di proposte relative alla realizzazione di insediamenti turistici di qualità di interesse nazionale.

Le proposte devono comprendere lo studio di fattibilità ambientale, il piano finanziario degli investimenti (…) nonché la previsione di eventuali infrastrutture e opere pubbliche connesse (…) che possono essere affidate allo stesso soggetto realizzatore dell'insediamento turistico.
In caso di presentazione di più proposte relative alla stessa concessione, è previsto dal legislatore il ricorso alla procedura della finanza di progetto, ponendo a base di gara il progetto presentato dal promotore.

1.b) La concessione di lavori pubblici disciplinata dall'articolo 142 e seguenti del D.Lgs. n. 163/2006 è – rispetto all'angolo visuale qui adottato – sostanzialmente sovrapponibile alla finanza di progetto. Anche qui l'aspetto caratterizzante è dato dall'esecuzione e dalla gestione funzionale ed economica di un'opera.
Differisce dalla finanza di progetto in quanto richiede, di norma, la predisposizione della progettazione preliminare da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice mentre soltanto la redazione della progettazione definitiva e di quella esecutiva sono a carico del concessionario.

Peraltro, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice disponga già del progetto definitivo o di quello esecutivo, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto al completamento della progettazione, ovvero alla revisione della medesima, da parte del concessionario.

1.c) Il contratto di disponibilità disciplinato dall'articolo 160-ter del D.Lgs. n. 163/2006 è il contratto a mezzo del quale sono affidate, a rischio e a spesa del privato, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte del pagamento di un corrispettivo per il godimento.
In questo caso l'apporto cooperativo del privato si traduce:
a) nella progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva) dell'opera, in quanto l'Amministrazione aggiudicatrice pone a base di gara soltanto un capitolato prestazionale in cui indica le caratteristiche tecniche e funzionali dell'opera. L'offerta deve contenere un progetto preliminare. L'affidatario

deve redigere il progetto definitivo, esecutivo e le eventuali varianti e su di esso grava il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte delle autorità competenti (comma 5);
b) nell'acquisizione delle aree su cui insiste l'opera, anche se è previsto che "l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al DPR n 327/2001";
c) nella costruzione dell'opera;
d) nella gestione tecnica dell'opera: il privato ha l'onere di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera e di garantire la perfetta manutenzione e l'eliminazione dei vizi dell'opera.

Gravano invece sull'Amministrazione aggiudicatrice – salvo diversa prescrizione di contratto – i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa (nonché l'onere del collaudo).

1.d) Il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche disciplinato dall'articolo 160-bis del D.Lgs. n. 163/2006; esso altro non costituisce che l'applicazione della locazione finanziaria alla realizzazione di un'opera pubblica, con i seguenti correttivi:
- il contratto è assimilato ad un appalto di lavori;
- l'offerente è un'associazione temporanea costituita da un soggetto finanziatore e da un soggetto realizzatore.

L'apporto collaborativo del privato si traduce:
a) di norma, nella progettazione delle opere; "di norma" poiché, ai sensi del Codice, l'Amministrazione aggiudicatrice pone a base di gara un "progetto di livello almeno preliminare";
b) nell'esecuzione dei lavori ad opera del soggetto realizzatore;
c) nell'eventuale acquisizione dell'area, posto che "l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario";
d) nel finanziamento dei lavori ad opera del soggetto finanziatore;
e) nell'eventuale gestione funzionale dell'opera, ove prevista.

2) Costituiscono, invece, forme di partenariato pubblico privato a ridotta cooperazione, in quanto circoscritta alla fase di aggiudicazione del lavoro, e seguendo sempre una scala di intensità decrescente:
- i partenariati per l'innovazione;
- il dialogo competitivo.

2.a) Il partenariato per l'innovazione è disciplinato nell'articolo 31 della nuova direttiva 2014/24/UE.
L'istituto non è immediatamente applicabile in quanto necessita di recepimento da parte del legislatore interno che è tenuto, ai sensi dell'articolo 26, paragrafo 3, a "*prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a partenariati per l'innovazione come disposto dalla presente direttiva*".
La direttiva aggiunge, inoltre, che "*la previsione di tale strumento è obbligatoria per gli Stati membri*".

Il partenariato per l'innovazione configura una procedura da utilizzarsi a fronte della necessità di ricorrere a soluzioni innovative non presenti sul mercato.

Ai sensi di quanto previsto nel considerando 49, "*esso mira all'istituzione di un partenariato a lungo termine avente ad oggetto tanto lo sviluppo progettuale di prodotti, servizi o lavori innovativi quanto la loro successiva acquisizione*".

In altri termini, (art. 31, paragrafo 2), "*il partenariato per l'innovazione punta a sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e al successivo acquisto delle forniture, servizi o lavori che ne risultano*".

Quanto alla procedura:
- l'Amministrazione aggiudicatrice pubblica un bando di gara per sollecitare la presentazione di domande di partecipazione, indicando le esigenze che intende soddisfare mediante soluzioni innovative non presenti sul mercato;
- gli operatori economici invitati dall'Amministrazione aggiudicatrice presentano progetti di ricerca e di innovazione;
- l'Amministrazione aggiudicatrice negozia con gli offerenti le offerte iniziali e tutte le offerte successive da essi presentate, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto.

L'importo a base di gara è dato dal valore delle attività di ricerca e sviluppo nonché delle forniture, dei servizi o dei lavori da mettere a punto e fornire alla fine del partenariato.

Al termine della procedura, l'Amministrazione può istituire il partenariato, contemporaneamente, anche con più partner.

Esso si struttura, dal punto di vista esecutivo, in fasi successive e in particolare:
- ricerca;
- sviluppo delle soluzioni innovative;
- esecuzione di tali soluzioni.

Dopo ogni fase, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più partner, di ridurre il numero dei partner risolvendo i singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità.

2.b) Il dialogo competitivo è previsto nell'articolo 31 della nuova direttiva 2014/24/UE ma è già disciplinato dall'articolo 58 del D.Lgs. n. 163/2006.
E' una procedura nella quale l'Amministrazione aggiudicatrice, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi alla procedura allo scopo di definire le soluzioni tecniche in grado di soddisfare le proprie necessità o obiettivi.

Il D.Lgs. n. 163/2006 precisa che "*possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni*".

Il dialogo prosegue sino a quando l'Amministrazione non abbia individuato le soluzioni idonee a soddisfare le proprie necessità o obiettivi.
Una volta concluso il dialogo, tutti i candidati sono invitati a presentare le loro offerte finali sulle soluzioni individuate nella fase del dialogo.
Il solo criterio di aggiudicazione consentito è quello dell'O.E.V.

Vorrei concludere, in accordo con quanto già a suo tempo evidenziato nel libro verde, che se è vero che la cooperazione tra pubblico e privato può offrire indubbi vantaggi, consentendo di realizzare un progetto con il miglior rapporto prezzo/qualità, il ricorso al partenariato non può tuttavia essere

presentato come una soluzione “miracolo” per un settore pubblico confrontato a restrizioni di bilancio.
Infatti, per ciascun progetto occorrerà valutare se l’opzione del partenariato comporti un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni come la stipulazione di un contratto d’appalto più classico.

L’art. 26, paragrafo 4, consente il ricorso alla **procedura competitiva con negoziazione**:

a) per l’acquisizione di lavori, forniture o servizi che soddisfano uno o più dei seguenti criteri:
   i) le esigenze dell’amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte senza l’adozione di soluzioni immediatamente disponibili;
   ii) implicano progettazione o soluzioni innovative;
   iii) l’appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi;
   iv) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall’amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea;
b) per quanto riguarda lavori, forniture o servizi per i quali, in risposta a una procedura aperta o ristretta, sono presentate soltanto offerte irregolari o inaccettabili.

Le negoziazioni dovrebbero mirare a migliorare le offerte in modo da permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e servizi perfettamente adeguati alle loro esigenze specifiche. Le negoziazioni possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi commissionati, fra cui ad esempio qualità, quantità, clausole commerciali e aspetti sociali, ambientali e innovativi, se e in quanto non costituiscano requisiti minimi (considerando 45).

Deve essere consentito alle amministrazioni potervi ricorrere:
- per l’esecuzione di opere non consistenti in normali fabbricati o che implicano la progettazione o soluzioni innovative;
- nei casi in cui una procedura aperta o ristretta ha comportato solo offerte irregolari o inaccettabili. In tali casi si dovrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di condurre negoziazioni al fine di ottenere offerte regolari e accettabili.