



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**

ESPERI@
ALTA FORMAZIONE SPECIALISTICA
e-LEARNING 

Il Partenariato Pubblico Privato: inquadramento normativo

Formez  **PA**

Questo materiale didattico rientra nell'ambito dei Percorsi e-Learning di alta formazione specialistica del Progetto Esperia@ - Rafforzamento della capacità istituzionale ed amministrativa delle Regioni e degli Enti Locali del Mezzogiorno mediante il reclutamento di nuove figure professionali - Linea 7 Alta Formazione.

Finanziamento: Programmazione 2007-2013

Questo materiale è distribuito con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Autore: Ilaria Paradisi

Creatore: Formez PA

Diritti: Dipartimento della Funzione Pubblica

Data: Agosto 2017

Il Partenariato Pubblico Privato: inquadramento normativo

Il Partenariato Pubblico Privato nel diritto dell'Unione europea

La base definitoria e la fonte dei principi cardine della disciplina del Partenariato Pubblico Privato ("PPP") sono contenuti nel *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto pubblico degli appalti e delle concessioni* della Commissione europea del 30 aprile 2004 (al quale si aggiungono la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, Bruxelles 15.11.2005, COM(2005) 569 def. e la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati, Bruxelles 5.2.2008, 2008/C 91/02).

L'istituto non ha, dunque, né una definizione, né una regolamentazione cogente nel diritto dell'Unione europea.

Il Libro Verde del 2004 individua gli elementi distintivi dei contratti di PPP, tracciando le coordinate della disciplina ad essi applicabile conformemente ai principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea e dalle Direttive europee in materia di appalti e concessioni.

In particolare, esso indica le seguenti **caratteristiche di base** proprie dei contratti di PPP:

- a) lunga durata del rapporto che implica una cooperazione tra i due partner (pubblico e privato) sui vari aspetti del progetto da realizzare;
- b) finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato;
- c) ruolo strategico dell'operatore privato che partecipa a tutte le fasi di sviluppo del progetto;
- d) distribuzione dei rischi tra partner pubblico e privato, da effettuarsi caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Il documento distingue, inoltre, due principali forme di PPP:

- il **PPP contrattuale** nel quale il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato si fonda su legami esclusivamente contrattuali/convenzionali;
- il **PPP istituzionalizzato** in cui la cooperazione tra i due soggetti avviene nell'ambito di una entità distinta dotata di personalità giuridica propria. Nell'ambito di tale forma di PPP, il partner pubblico può conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura creata, compatibilmente con le norme di diritto societario.

Settori di applicazione dei contratti di PPP

Gli ambiti nei quali si esplicano le forme di collaborazione tipiche del PPP per la realizzazione e la gestione di opere e/o servizi sono i seguenti:

- trasporti (autostrade, ponti, porti, trasporto pubblico locale);
- energia (impianti di produzione da fonti rinnovabili, efficientamento energetico, illuminazione pubblica);
- ambiente (smaltimento RSU, termovalorizzatori, impianti di depurazione acque);
- strutture sportive (impianti sportivi, piscine, centri sportivi polivalenti);
- strutture a valenza culturale (centri congressi, recupero immobili/contesti storici, musei);
- altre opere pubbliche (scuole, ospedali, immobili ad uso della Pubblica Amministrazione, parcheggi, caserme).

Il PPP nel Codice dei contratti pubblici

L'art. 3 comma 1, lett. eee) del D.lgs. 18 aprile 2016 (Codice dei contratti pubblici), similmente al Codice dei contratti pubblici previgente (il D.lgs. 163/2006) definisce il contratto di PPP come un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto, con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera

stessa, con assunzione di rischio da parte dell'operatore secondo modalità individuate nel contratto.

La Parte IV del Codice dei contratti, agli articoli 179 e ss, detta, inoltre, una disciplina generale del Partenariato Pubblico Privato.

In particolare, secondo il disposto dell'art. 180, comma 8 del Codice, rientrano nella tipologia dei contratti di PPP:

- la concessione di costruzione e gestione (concessione di lavori);
- la concessione di servizi;
- la locazione finanziaria di opere pubbliche;
- il contratto di disponibilità;
- l'affidamento in finanza di progetto;
- qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui all'art. 180 del Codice dei contratti pubblici.

Lo stesso art. 180 delinea le caratteristiche fondamentali dei contratti di PPP, individuandole come segue:

- l'oggetto del contratto può comprendere anche la **progettazione** dell'opera o dei servizi connessi;
- il partner privato è remunerato attraverso canoni o altre tipologie di contropartita economica da parte della P.A. ovvero mediante prezzi/tariffe versati dagli utenti dell'opera e/o del servizio;
- deve essere trasferito in capo al partner privato oltre al **rischio** di costruzione anche il rischio di disponibilità o di domanda dei servizi resi, nei casi di attività verso l'esterno. I pagamenti devono essere commisurati a quantità e qualità delle prestazioni e/o condizionati dalla richiesta sul mercato;
- è possibile corrispondere al partner privato un **contributo pubblico** (prezzo) ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione e in misura, comunque, non superiore al 49% dell'investimento complessivo.

Principi che regolano le procedure di affidamento dei contratti di PPP

In base alle norme del Codice dei contratti pubblici, alle procedure di affidamento dei contratti di PPP si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni delle Parti I e II del Codice, relative agli appalti, e della Parte III relativa alle concessioni di lavori e servizi.

Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche la progettazione dell'opera, le amministrazioni aggiudicatrici pongono a base di gara un progetto di livello definitivo.

La decisione di procedere con l'affidamento di un contratto di PPP deve essere necessariamente preceduta da una **preliminare adeguata istruttoria** con riferimento a: analisi della domanda e dell'offerta, sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale dell'operazione, natura e intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di PPP, anche mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di PPP in alternativa a normali procedure di appalto (cfr. art. 181, comma 3 del Codice).

Poiché le risorse necessarie alla realizzazione delle prestazioni oggetto di un contratto di PPP sono normalmente reperite, da parte dell'affidatario del contratto, ricorrendo a prestiti erogati da istituti di credito, una serie di disposizioni del Codice mirano a garantire la certezza di tale finanziamento sin dalla fase di gara.

Ci si riferisce, in particolare, alle previsioni dell'art. 165 del Codice relative a: i) la necessità che i documenti di gara siano definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità; ii) la possibilità che, in caso di procedura ristretta, il bando di gara preveda l'indizione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, di una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, potendo provvedere, in seguito alla consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte; iii) la possibilità che il bando richieda che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione.

Il monitoraggio dell'amministrazione sulla gestione dei contratti di PPP

Fondamentale caratteristica dei contratti di PPP è data dall'esercizio del potere di controllo

sull'**attività dell'operatore economico** affidatario del contratto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice durante tutto il corso di durata del contratto.

Il nuovo Codice ha dato particolare rilievo a tale caratteristica stabilendo, all'art. 181, che il controllo deve essere esercitato dal partner pubblico attraverso la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, verificando, in particolare, la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti.

Fondamentale ai fini del corretto esercizio del potere di controllo da parte del partner pubblico è la predisposizione di un dettagliato regolamento contrattuale, le cui clausole devono essere idonee ad allocare in maniera efficiente i rischi connessi a tutte le fasi di esecuzione del contratto (progettazione, costruzione e gestione dell'opera o del servizio).

Le concessioni di lavori e di servizi e le novità della disciplina del 2016

Le fattispecie contrattuali di PPP più utilizzate dalle pubbliche amministrazioni sono le concessioni di lavori e le concessioni di servizi.

Esse differiscono principalmente dai contratti di appalto di lavori e di servizi in considerazione della **modalità di remunerazione** del privato affidatario del contratto.

Nei contratti di concessione, il contraente privato assume, infatti, il rischio di gestione dell'opera o del servizio (rischio operativo) essendo remunerato esclusivamente attraverso il diritto di gestire le opere e/o i servizi oggetto del contratto.

Tale diritto può, eventualmente, essere accompagnato dalla corresponsione di un prezzo (o contributo pubblico) ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione, nella stessa misura massima del 49% dell'importo dell'investimento come per gli altri contratti di PPP (cfr. le definizioni del contratto di concessione di lavori di cui all'art. 3, comma 1 del Codice e di concessione di servizi di cui all'art. 3, comma 1, lett. vv).

In recepimento della Direttiva 2014/23/UE, il Codice dei contratti pubblici:

- sottopone concessioni di lavori e concessioni di servizi ad una disciplina comune (Parte III del Codice) laddove sotto la normativa previgente le concessioni di servizi

erano sottratte all'applicazione delle Direttive in materia di appalti come della relativa normativa nazionale di recepimento;

- specifica il concetto di rischio operativo;
- prevede il principio della durata limitata delle concessioni (normalmente 5 anni salvo necessità di un periodo più lungo per garantire l'equilibrio economico-finanziario);
- disciplina con maggiore dettaglio la fase di esecuzione delle concessioni (in particolare per quanto riguarda gli eventi sopravvenuti che determinano una modifica delle condizioni iniziali dell'affidamento), eventi questi naturali in caso di contratti di lunga durata come le concessioni di lavori e che trovano ora una dettagliata regolamentazione nell'art. 175 del Codice;
- disegna procedure di affidamento delle concessioni dotate di maggiore flessibilità.

In particolare, l'art. 3, comma 1, lett. zz) definisce il **rischio operativo** come il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico partner di un contratto di PPP.

Si considera che il partner privato assuma tale rischio se, in condizioni operative normali (per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili) non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato: ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non puramente nominale o trascurabile.

Le norme sull'affidamento dei contratti di concessione. Principali innovazioni

All'affidamento dei contratti di concessione il Codice prevede che si applichino le norme della Parte I e della Parte II del Codice dei contratti pubblici sull'affidamento dei contratti di appalto, in quanto compatibili, oltre alle norme della Parte III del Codice espressamente dedicata alle concessioni.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono, quindi, ricorrere alle seguenti procedure previste

dal Codice:

- procedura aperta (art. 60);
- procedura ristretta (art. 61);
- procedura competitiva con negoziazione (art. 62);
- dialogo competitivo (art. 64);
- partenariato per l'innovazione (art. 65);
- affidamento in finanza di progetto (art. 183).

Le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario nel rispetto delle norme del Codice.

Rispetto alla disciplina previgente, le procedure di affidamento delle concessioni presentano inoltre, nel nuovo assetto normativo, delle innovazioni che ne consentono una gestione particolarmente flessibile da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, prevedendosi, tra l'altro, la possibilità di limitare il numero dei partecipanti ad un livello adeguato, in base a criteri oggettivi e modalità trasparenti, e di condurre liberamente negoziazioni con i partecipanti (cfr. art. 171, commi 4 e 7).

In base all'art. 173, comma 3 del Codice, inoltre, se l'amministrazione aggiudicatrice riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa non prevedibile con l'ordinaria diligenza, può anche, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara.

Conclusioni

La descrizione dei principi di base dei contratti di PPP nel nuovo Codice dei contratti pubblici contiene elementi di continuità rispetto alla previgente normativa di cui al Codice abrogato, anch'esso ispirato, nell'ultima formulazione, ai principi dettati dal Libro Verde della Commissione europea del 2004, nonché alle indicazioni della Commissione europea in tema di trasferimento dei rischi al contraente privato.

Vi sono, tuttavia, diversi aspetti innovativi che si individuano, in primo luogo nella codificazione dei principi sulla corretta allocazione dei rischi tra le parti del contratto, con lo specifico scopo di non gravare il bilancio pubblico con le spese di investimento che i contratti

di PPP comportano, nonché nella particolare attenzione per il ruolo di controllo sull'operatore privato che l'amministrazione è tenuta a svolgere per tutto l'arco di durata del contratto.