SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXCI

FEDERICO LAUS

IL RAPPORTO COLLABORATIVO TRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA CONTRATTAZIONE PUBBLICA

Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme

Bononia University Press

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2018 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-294-7

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: febbraio 2018

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Michele Belletti (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/08 Diritto Costituzionale
Carlo Bottari (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/09 Istituzioni di Diritto Pubblico
Franco Mastragostino (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/10 Diritto Amministrativo

Introduzione

Il presente lavoro intende proporre una ricostruzione delle formule di collaborazione tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica, nonché delle tendenze di riforma nel diritto comunitario e nei diritti nazionali.

È frutto dell'attività di ricerca condotta nel corso del Dottorato di Ricerca in *Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele* – Ciclo XXVIII – svolto presso l'Università di Bologna, sotto la supervisione del Prof. Carlo Bottari, conclusosi con esito positivo e menzione di *Doctor Europaeus*, con discussione della tesi in data 12 settembre 2016 presso la Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica (SPISA) di Bologna. Pertanto, per ogni pensiero sviluppato nel presente lavoro devo ringraziare i tanti Maestri che ho avuto l'onore di incontrare nel corso dell'attività di studio, per i loro insegnamenti e le loro osservazioni che mi hanno permesso di arricchire la ricerca.

Nonostante l'iniziale intenzione di introdurre in primo luogo la disciplina nazionale italiana, la scelta metodologica è stata quella di suddividere l'analisi secondo una tripartizione, che segua l'attuale logica delle riforme nel diritto amministrativo.

La prima parte è dedicata alla disciplina della contrattazione pubblica e della collaborazione pubblico-privata nel diritto dell'Unione Europea.

La seconda parte, invece, si occuperà di affrontare il medesimo tema con riguardo al diritto interno italiano, con particolare atten-

zione al parallelismo con il dibattito e le riforme promosse in sede comunitaria.

La terza ed ultima parte è, invece, dedicata allo studio comparatistico, esteso a Regno Unito, Spagna e Francia.

L'obiettivo centrale è quello di individuare le tendenze riformatrici e quale sia stato il percorso del diritto amministrativo relativamente all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni.

Verrà, conseguentemente, dedicato ampio spazio allo studio dei principi generali e delle procedure, dei modelli contrattuali e degli orientamenti normativi, con particolare attenzione alle recenti riforme adottate dai legislatori nazionali.

Ciò che ha maggiormente ispirato il presente studio e che ha rappresentato il motore della struttura argomentativa proposta, è la dimensione necessariamente sovranazionale della contrattazione pubblica negli Stati membri UE. Tale proporzione è ancor più evidente alla luce delle discipline di recepimento delle c.d. direttive comunitarie di quarta generazione del 2014, che hanno inteso armonizzare ed uniformare il mercato dei contratti pubblici nel territorio europeo.

Un'ultima premessa di metodo sia concessa.

Si è inteso analizzare i vari aspetti connessi al rapporto di collaborazione pubblico-privato, intendendo con questo una nozione più ampia rispetto all'istituto di partenariato pubblico-privato, ritenendo che, alla luce delle recenti direttive e del dibattito svoltosi in sede comunitaria, il rapporto sotteso anche ai contratti tradizionali, su tutti il contratto d'appalto, sia maturato fino a giungere ad una complessa e poliedrica relazione cooperativa e collaborativa tra il soggetto pubblico ed il partner privato, nella convinzione che non vi sia più una netta separazione di ruoli e che l'apporto del privato, soprattutto sotto il profilo qualitativo, sia divenuto essenziale ai fini del concreto soddisfacimento degli interessi pubblici e collettivi, con ogni conseguenza in termini di disciplina della composizione del rapporto e dell'esecuzione dello stesso.

***

Orbene, perché parlare di Unione Europea con riferimento al diritto amministrativo interno e agli istituti di collaborazione tra pubblico e privato?

Essenzialmente perché, senza compiere questa analisi, risulterebbe incomprensibile ed incompleto il dibattito dottrinale e legislativo che ruota intorno al cambiamento del ruolo della pubblica amministrazione nel soddisfacimento degli interessi della collettività latamente intesa.

La trattazione dell'ampio tema dei rapporti tra P.A. e cittadini (focus primigenio della ricerca qui presentata) si è scontrata più volte con il cambiamento delle compagini governative e, quindi, con il continuo mutamento della politica legislativa amministrativa, che ha affrontato in maniera più o meno logica temi di interesse macroeconomico, tra cui mercato, concorrenza, trasparenza, lotta alla corruzione e *spending review*, il cui fine altro non è che l'alleggerimento della spesa pubblica e il risollevamento delle sorti nazionali, vincolate ad un quanto mai necessario rinnovo della fiducia nelle Istituzioni pubbliche.

L'unico reale minimo comune denominatore è stato, in particolar modo nell'ultimo quinquennio, il crescente ruolo del legislatore europeo nel ripensamento della pubblica amministrazione nazionale, pur in assenza di specifiche competenze in materia.

E tale evidente onnipresenza impone che lo studio del diritto amministrativo sia tanto impregnato di respiro comunitario da aver valicato i confini nazionali, a beneficio di un quadro comparatistico e sovranazionale, per ora specialmente europeista.

La scelta di avviare la trattazione della materia con l'analisi del diritto amministrativo sviluppato in sede europea, trae origine principalmente da una ragione di ordine sistematico, considerato che da tempo, in un numero sempre maggiore di settori, l'Unione Europea è ritenuta condivisibilmente "autorità decisionale primaria"[1].

La decisione di aprire l'analisi con il diritto nazionale o sovranazionale è certamente argomento di frequente discussione, ma pare evidente che nel diritto amministrativo si sia verificato nell'ultimo ventennio un sostanziale ed inarrestabile ribaltamento di prospettiva in puro stile copernicano, che impone di prendere

[1] G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1; così M.S. Giannini, *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 14.

avvio dal trend europeo, nonostante, invero, relativamente al tema oggetto del presente lavoro, le pubbliche amministrazioni nazionali siano entrate in relazioni "consensuali" con i privati, sia nelle forme dei contratti sia in quelle degli accordi o convenzioni operanti in campi pubblicistici, ben prima che lo suggerisse o imponesse il diritto comunitario.

Altra ragione di carattere pratico si fonda, invece, sulla considerazione che nel panorama giuridico attuale non pare abbia senso concentrarsi sull'analisi di singole disposizioni normative nazionali, per loro natura transeunti, subendo una continua trasformazione. È fondamentale ed utile, invece, analizzare le esigenze di mutamento e le tendenze riformatrici relative ad una materia. Per tale motivo, dunque, la scelta di analizzare l'indirizzo innovatore europeo, dato il fondamentale ruolo del legislatore sovranazionale nelle riforme nazionali[2].

Per tale ragione, qui sinteticamente riassunta nel tentativo di dichiarare sin dal principio la posizione presupposta dello scrivente, verrà analizzato il rapporto collaborativo tra pubblico e privato, prima secondo il diritto amministrativo europeo e la produzione legislativa europea in tema di amministrazione pubblica, e solo in seguito secondo le discipline nazionali.

Tale sforzo, con l'auspicio di cogliere i principali spunti argomentativi che la materia offre.

***

Un aspetto che occorre affrontare preliminarmente, è lo stato attuale del rapporto tra l'amministrazione europea e quella nazionale.

La caratteristica del rapporto pre-Maastricht[3] consisteva nella sostanziale indifferenza del diritto amministrativo nazionale all'Unione Europea. Di fatto, il diritto comunitario si rimetteva per l'esecuzione agli Stati membri, tramite i quali l'Unione operava.

---

[2] Si pensi ad esempio al ruolo e alla pregnanza dei "considerando" delle direttive o dei documenti di riflessione su temi specifici pubblicati dalla Commissione (libri verdi e bianchi), che altro non rivelano se non le premesse e l'orientamento del dibattito su di un dato tema.

[3] Trattato sull'Unione Europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

Tuttavia, negli anni '90 del secolo scorso il rapporto tra i livelli istituzionali subì una forte rimodulazione, principalmente sotto due profili. In primo luogo, nell'esecuzione del diritto comunitario le autorità nazionali devono procedere certamente secondo il diritto amministrativo, ma sono indotte ad attuare la disciplina comunitaria e ad evitare le pratiche discriminatorie in attuazione dei principi dei Trattati. In breve, le P.A. sono vincolate tanto alla disciplina comunitaria, quanto al diritto amministrativo nazionale. In secondo luogo, le amministrazioni nazionali agiscono in cooperazione tra di loro e con le amministrazioni sovranazionali, tenuto, poi, presente che numerose amministrazioni nazionali ricomprendono oramai al loro interno soggetti che non rispondono allo Stato, da esso più o meno indipendenti.

Conseguentemente, il processo europeo si muove sempre più nel solco dell'influenza del diritto amministrativo dell'Unione Europea su quello dei singolo Stati membri. Se all'origine della Comunità Europea era stato riconosciuto un certo grado di autosufficienza tra gli Stati, in virtù della sostanziale sovranità di essi, ora è evidente che gli Stati membri siano interdipendenti e profondamente segnati dal legame con le Istituzioni europee[4]. Tuttavia, la collaborazione tra UE e Stati membri risulta fondamentale per il perseguimento degli obiettivi comunitari in quanto, come autorevolmente sostenuto[5], l'Unione può essere forte solo con Stati e pubbliche amministrazioni efficienti.

In tale scenario si inserisce il fondamentale principio di sussidiarietà, che agisce come limite all'attuazione amministrativa

[4] Tale procedimento di europeizzazione del diritto nazionale si è sviluppato enormemente nell'ultimo decennio, ma trova un famoso abbrivio nella nota sentenza Corte di Giustizia Europea (CGE), 05/02/1963, C-26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, in *curia.europa.eu*, secondo cui "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini". Con tale pronuncia venne in sostanza affidata maggiore forza alla CEE e alla CGE, quale organo giudicante l'operato degli Stati.

[5] Così A. VON BOGDANDY nella sua relazione dal titolo *I principi costituzionali nell'epoca dell'europeizzazione e globalizzazione* tenutasi presso l'Università di Bologna in data 4 novembre 2015.

comunitaria diretta del diritto amministrativo comunitario e come incentivo alla cooperazione ed alla coamministrazione[6].

È, altresì, rilevante sottolineare che il processo di integrazione in atto, attraendo nell'orbita europea classi sempre più estese di interessi pubblici tradizionalmente appannaggio degli Stati nazionali e tendendo a connotare le politiche comunitarie in termini sempre più spiccatamente "positivi" (ossia in termini di obblighi di fare a carico degli Stati membri), richiede la creazione di rapporti dinamici ed efficienti tra gli apparati statali e quelli europei[7].

Nondimeno, la crescente integrazione mette i diversi sistemi economici nazionali in diretta competizione, fenomeno che costituisce il presupposto logico dell'attenzione del legislatore comunitario per la disciplina della concorrenza ed il divieto di aiuti di Stato.

È, inoltre, evidente che, in questa prospettiva competitiva, le inefficienze dell'apparato pubblico assumano i caratteri di un costo aggiuntivo sempre meno tollerabile[8].

Su tali presupposti di forza si pone la tensione tra UE e Stati membri, parti di un c.d. sistema di amministrazione multi-livello[9].

Come si vedrà, peraltro, l'attuale sistema normativo e ordinamentale subisce l'incidenza importante del diritto di Paesi stranieri e l'UE logicamente assorbe culture giuridiche prossime. Tale considerazione per precisare che, sebbene l'Unione sia ora il palcoscenico preferenziale delle riforme, non manca mai un coprotagonista cui assegnare parte del merito. In tema di collaborazione tra pubblico

---

[6] Così, S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro Italiano*, n. 10, 1995, pp. 373-377.

[7] Così, già nel 1995, nel pieno del procedimento di riforma delle relazioni tra Stato ed Istituzione sovranazionale, A. D'Atena, *La Pubblica Amministrazione e l'Europa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 1995, pp. 107-128. Si pensi ora alla delicatezza del tema del rapporto tra gli apparati statali e quelli europei in nome della collaborazione dei vari livelli in materia di politica estera e finanziaria, nonché in tema di circolazione delle merci, in particolar modo se alimentari (si pensi alla rete di Autorità necessaria per il funzionamento del sistema di allarme rapido di cui agli artt. 50-52 reg. (CE) n. 178/2002).

[8] È tema ricorrente nel dibattito politico nazionale la lotta ai tempi della burocrazia, quale vero ostacolo all'attrazione degli investimenti imprenditoriali esteri.

[9] Sul punto si veda, tra gli altri, G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.

e privato, come si avrà modo di specificare, l'UE e gli Stati membri hanno, difatti, attinto ad istituti di matrice anglosassone.

***

All'avvio del XXI secolo, l'attività amministrativa statale, nella sua primaria attitudine a soddisfare le necessità fondamentali dei cittadini, si è resa oggetto di molteplici sforzi che hanno modificato gli schemi tradizionali mediante i quali operava l'Amministrazione e, in termini generali, lo Stato come soggetto politico.

Tale condizione è il risultato dell'incontro tra tendenze giuridico-ideologiche ed il condizionamento del sistema economico.

Inoltre, è stato autorevolmente considerato che il diritto amministrativo non compie altro che una codificazione dell'adattamento continuo dell'attività di amministrare[10].

Si possono, difatti, incontrare numerosi modelli di gestione degli affari pubblici, che possono essere collocati all'interno di una linea continua ai cui estremi opposti si trovano, da un lato, i modelli basati sull'intervento diretto del potere pubblico nella produzione di beni e servizi e, dall'altro, le forme di gestione che provengono da una drastica limitazione della iniziativa pubblica, ridotta a controllare a sua volta la libera iniziativa degli attori privati, cui viene affidata anche la responsabilità di soddisfare i bisogni dei cittadini.

Osservando il percorso storico delle realtà nazionali, specialmente europee, si rinviene una tendenza elastica del potere pubblico a ricoprire alternativamente un ruolo fortemente interventista ed accentratore e uno di mero regolatore ed attento controllore.

Nonostante il continuo mutamento dell'intenzione legislativa tra la massimizzazione e la prudente restrizione del protagonismo del potere pubblico nella produzione di beni e servizi, si possono individuare alcuni aspetti costanti che permettono di affermare che il settore pubblico non può e non ha mai potuto prescindere dall'iniziativa privata nella produzione di beni pubblici o nella prestazione di servizi al cittadino.

Analizzando la dottrina in materia, come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione, alcuni concetti sono frequentemente

[10] Così S. Cassese nel corso della cerimonia per i 60 anni della SPISA, tenutasi il 26 ottobre 2015 presso la stessa Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica a Bologna.

richiamati nell'approfondimento tanto delle esperienze nazionali quanto di quelle internazionali[11].

In primo luogo, pare evidente che le forme di collaborazione pubblico-privata non siano una novità nell'universo delle tecniche di amministrazione degli affari pubblici.

In secondo luogo, viene esclusa da più parti la possibilità che sia sufficiente e positiva una corretta gestione da parte del soggetto pubblico, senza una qualche presenza della iniziativa privata.

In terzo luogo, il fenomeno della collaborazione pubblico-privata, per poter esprimere le sue potenzialità, necessita di una regolamentazione più ampia, soffrendo la limitazione in confini stretti ed in strumenti specifici.

Si tratterà, quindi, di una realtà non nuova, ma che ha, comunque, attratto l'attenzione del legislatore nazionale e sovranazionale alla ricerca di una maggiore regolamentazione, vuoi per evitare usi distorti di figure contrattuali o istituzionali di confine, vuoi per promuovere il maggior ricorso a rinnovate e approfondite forme collaborative tra pubblico e privato.

Il punto di partenza pare il medesimo: migliorare la fruizione dei servizi e garantire un miglior funzionamento dell'ordinamento nazionale, mediante la partecipazione dei privati, in qualità di utenti e operatori economici.

E, così, i primi anni '90 hanno rappresentato l'origine delle distinte esperienze ascrivibili al fenomeno della collaborazione pubblico-privata. In numerosi Paesi dell'allora Comunità Europea si insinuò la convinzione che fosse necessario sviluppare la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato, quale unico modo di ottimizzare le risorse ed offrire ai cittadini servizi ed infrastrutture dei quali, altrimenti, non avrebbero potuto fruire o avrebbero potuto farlo solo con maggiore ritardo, dovuto alle limitate disponibilità finanziarie delle Amministrazioni Pubbliche[12].

---

[11] A. Dorrego de Carlos, F. Martínez Vázquez, J. Villarino Marzo (a cura di), *La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público: aspectos administrativos y financieros*, Madrid, La Ley, 2009, p. 32.

[12] A. Jimenez Diaz, *Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del*

Lo Stato non doveva, così, essere necessariamente l'erogatore diretto dei servizi, nonostante resti il soggetto incaricato di controllare ed assicurare che tali servizi vengano prestati. Il ruolo dello Stato andrebbe, così, a tradursi in quello del timoniere piuttosto che in quello del rematore[13].

In conclusione, il presente lavoro, lungi dal potersi porre quale analisi esaustiva delle discipline del rapporto collaborativo tra pubblico e privato, si propone di individuare i passaggi salienti dell'evoluzione di tale rapporto, nonché di evidenziare l'ossatura degli strumenti adottati dalle pubbliche amministrazioni.

sector público, in A. Dorrego de Carlos, F. Martínez Vázquez, J. Villarino Marzo, *La colaboración público-privada*, cit., p. 266.

[13] "Llevar el timón mejor que remar", D. Osborne, T. Gaebler, *La reinvención del Gobierno*, Barcelona, Paidós, 1994.

Capitolo I

L'INQUADRAMENTO GENERALE DEL RAPPORTO DI COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATO E IL SUO SVILUPPO NELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della pubblica amministrazione. – 2. La costruzione della nozione di collaborazione pubblico-privata. – 2.1. Sulla scia del Libro Verde del 2004. – 2.1.1. L'obiettivo del Libro Verde. – 2.1.2. Focus sul contenuto del Libro Verde. – 2.1.3. La contemporanea introduzione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. – 2.1.4. Alcune osservazioni intermedie. – 2.2. Il dibattito post 2004. – 2.3. Sul patto di stabilità e crescita. – 2.4. Sulla recente disciplina comunitaria in tema di contrattazione pubblica: le direttive 2014 c.d. di quarta generazione. – 2.4.1. La direttiva 2014/23/UE. – 2.4.2. Le direttive appalti: 2014/24/UE e 2014/25/UE. – 3. I principi dei Trattati. – 4. Alcune brevi osservazioni conclusive sul partenariato puramente contrattuale. – 4.1. A parti invertite. – 5. Il partenariato istituzionalizzato: brevi osservazioni sopra il modello comunitario.

1. *L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della pubblica amministrazione*

La scelta dell'analisi preliminare della collaborazione pubblico-privata secondo l'Unione Europea risiede principalmente in una ragione di ordine sistematico, considerato che da tempo, in numerosi settori giuridici e non, l'UE è ritenuta condivisibilmente autorità decisionale primaria[1].

Negli ultimi decenni si è assistito ad una crescente intromissio-

[1] Sul rafforzamento del ruolo dell'Unione Europea, si è espresso autorevolmente nel senso di ritenerla un apparato complesso "a geometria variabile" S. Cas-

ne dell'Unione Europea nella definizione delle politiche nazionali e tra gli interventi maggiormente significativi vi sono indubbiamente quelli che, in attuazione dei principi fondamentali contenuti nei Trattati, vincolano l'agire amministrativo di ciascun Stato membro[2].

E la prassi e la cronaca politico-legislativa hanno evidenziato come l'esclusività della funzione pubblica in capo allo Stato membro dell'Unione Europea si sia progressivamente attenuata, in ragione della parziale cessione di sovranità nazionale[3]. Vi è in atto, certamente, una ridistribuzione delle competenze dei rapporti tra Stato e ciò che non è pubblica amministrazione, secondo le definizioni fornite dal legislatore comunitario.

Tale fase di riforma è individuata in ambito internazionale con il termine di "New Public Management", che rappresenta la diffusa tendenza dei legislatori nazionali e sovranazionali a promuovere un nuovo sistema amministrativo che si differenzia principalmente dai "vecchi" sistemi per l'introduzione di indici di performance, la riforma del personale, la creazione di agenzie esecutive, maggiore ricorso alle esternalizzazioni, nonché per l'implementazione della collaborazione tra il settore pubblico e quello privato[4]. In particolare,

---

sese, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.

[2] Per approfondimenti sul tema specifico del rapporto tra il diritto comunitario e quello nazionale si rinvia a: R. Alonso Garcia, *Sistema Juridico de la Union Europea*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, IV ed., 2014, pp. 273 ss; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2012; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014. Al proposito, efficaci sono le osservazioni di G. Della Cananea, *L'Unione europea: un ordinamento composito*, Roma, Laterza, 2003.

[3] Sul rapporto tra amministrazione nazionale e Unione Europea: M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffré, 1999; C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, CEDAM, 1993; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997; G. Recchia, *Profili metodologici nell'attuazione amministrativa del diritto comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 1998, p. 1105; D. Sorace, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona - european administration according to the treaty of Lisbon*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2013, pp. 167-238; D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, Torino, Giappichelli, 2014.

[4] H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Turk, *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 39; si veda anche R. Andrews, T. Entwistle, *Public service efficiency: reframing the debate*, Lon-

come si avrà modo di evidenziare, l'attenzione è stata particolarmente rivolta allo spostamento dall'attività del settore rigorosamente pubblico all'affidamento di servizi al settore privato, comprendendo pure la privatizzazione di attività governative e di gestione, che in precedenza sarebbero state essenzialmente pubbliche.

La forte incidenza dell'Unione Europea e degli altri soggetti internazionali si avverte profondamente nelle riforme avviate dai singoli Stati membri, frequentemente con l'obiettivo di risolvere l'asimmetria normativa che caratterizza il rapporto tra le singole discipline nazionali. A tal proposito, si noti l'enorme rilievo dell'Unione bancaria, il cui sviluppo istituzionale si è realizzato intorno al (ed in ragione del) fenomeno economico europeo ed alle sue contingenze. Inoltre, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, l'attenzione del legislatore europeo si è incentrata notevolmente sulla trasparenza nel procedimento amministrativo e sulla contrattazione pubblica in senso lato, proprio per stimolare quel processo di riforma che costituisce lo strumento per raggiungere il fine del miglioramento dell'efficienza pubblica.

Per tale ragione, le disposizioni provenienti dalle sedi europee richiedono necessariamente una traduzione e un adattamento alle esigenze e peculiarità dei singoli paesi; il che ha comportato un'inevitabile disomogeneità applicativa, dando l'opportunità agli studiosi dei diversi settori del diritto amministrativo di sviluppare una sensibilità comparatistica, precedentemente parzialmente sopita.

Ed il concetto di collaborazione pubblico-privata è certamente oggetto di molteplici traduzioni applicative sul territorio europeo.

Ma qual è la sua origine? Si tratta forse di un'idea, di un'aspirazione, o di un principio di diritto positivo o, ancora, di un istituto

---

don, New York, Routledge, 2014; C. Pollitt, G. Bouckaert, *Public management reform: a comparative analysis - new public management, governance, and the neo-Weberian state*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011; C. Pollitt, S. van Thiel, V. Homburg, *New public management in Europe: adaptation and alternatives*, Basingtoke, New York, Palgrave Macmillan, 2007; A. Di Paolo, *La riforma dell'amministrazione pubblica italiana attraverso l'applicazione dei principi del new public* management, in *L'amministrazione italiana*, n. 7/8, 2006, pp. 989-999; L.E. Lynn, *Public management: old and new*, New York, London, Routledge, 2006; Y. Forti, H. van Hassel, *Contracting in the new public management: from economics to law and citizenship*, Amsterdam, IOS Ohmsha, 2000.

giuridico? Qualora assumesse tale ultimo ruolo, quali implicazioni avrebbe il contributo giuridico comunitario sulle singole discipline nazionali?

Secondo parte della Dottrina europea si tratta sostanzialmente di una nozione descrittiva o, meglio, di una generale opportunità di realizzazione delle funzioni amministrative, priva di una definizione standard e unitaria.

Tuttavia, nonostante la sua applicazione sia notevolmente differente da Paese a Paese, a seconda dell'impostazione adottata dal legislatore nazionale, occorre tentare di fornire un contenuto a tale nozione che altrimenti risulterebbe priva di significato giuridico.

Nondimeno, è fondamentale ricostruire la cornice del rapporto ad essa sotteso.

Come noto, l'istituto in esame, di origine anglosassone, deve la sua fortuna recente all'impulso dell'Unione Europea, la quale, mediante atti di *hard* e *soft law*, si è interessata diffusamente alle istanze collaborative tra pubblico e privato.

I Trattati europei prevedono una competenza delle istituzioni dell'UE ad intervenire su numerosi temi connessi alle politiche di sviluppo, nonché ad attività di interesse pubblico.

Orbene, le proposte europee si traducono spesso in iniziative funzionali allo sviluppo e alla crescita degli Stati membri nella loro dimensione extra-nazionale, giustificando così l'azione dell'UE. Ciò avviene, frequentemente, con l'obiettivo di armonizzare la legislazione degli Stati membri, con lo scopo di fornire sostegno all'attuazione dei diritti sociali e civili, anche indirettamente, e con l'intenzione di rendere tale tutela effettiva.

Il crescente ampliamento dei diritti insiti nella nozione di Stato sociale, modello diffuso nel continente europeo, ha richiesto uno sforzo sempre maggiore degli Stati membri ed un'attenzione specifica alla ricerca di nuovi modelli di gestione.

Tuttavia, gli interventi pubblici nella garanzia e attuazione dei diritti, nonché la risposta pubblica alle esigenze del cittadino, si sono dimostrati insufficienti, per difficoltà di natura economica e gestionale.

Difatti, molti Stati europei non possiedono risorse per i nuovi investimenti ed i finanziamenti considerati essenziali per far ripartire definitivamente l'economia europea.

Si è, pertanto, avvertita da più parti l'esigenza di individuare forme di intervento dei privati nel settore dei servizi pubblici e, più in generale, nell'esecuzione delle funzioni pubbliche, principalmente al fine di attrarvi relativi capitali e competenze.

E proprio la sopravvenienza della sofferenza economica degli Stati e dell'urgenza di revisione di bilancio ha prodotto un impulso di riordino delle amministrazioni pubbliche e del rapporto con i privati.

Al proposito, la sfida maggiore della crisi economica si è rivelata quella di individuare misure sostenibili, rispettose dei vincoli contabili e degli equilibri istituzionali.

Si è diffusa la convinzione che la collaborazione pubblico-privata possa contribuire alla ripresa economica e allo sviluppo sostenibile dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri, diventando così essenziale la corretta combinazione di capacità e capitali pubblici e privati.

2. *La costruzione della nozione di collaborazione pubblico-privata*

L'interpretazione letterale del concetto consentirebbe di riferirsi, in termini generali, a molteplici tipologie di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, realizzate nell'ampio settore della attività amministrativa.

In particolare, con riferimento alla contrattazione pubblica, l'espressione collaborazione pubblico-privata continua ad essere imprecisa, perché permetterebbe di ritenere che in ogni tipo di contratto pubblico si realizzi una collaborazione tra i due settori. Anzi, ogni rapporto in cui si realizza l'interesse pubblico, potrebbe suggerire l'adozione del termine; dovendosi includervi, peraltro, anche le "entificazioni" del suddetto rapporto[5].

Si tratta di una nozione ambigua priva di una definizione unitaria e precisa, tanto a livello nazionale, quanto a livello comunitario, che si è andata sviluppando su impulso delle necessità che, volta per volta, la P.A. ha dovuto soddisfare.

[5] Difatti, come vedremo, si intende ricondurre al termine "partenariato" sia il partenariato istituzionalizzato (società miste ecc.), sia il partenariato contrattuale.

Tuttavia, l'idea comune ad ogni intervento in materia consiste nell'incentivare il soggetto privato ad intervenire nell'esecuzione delle funzioni pubbliche, assumendosi parte dei rischi inerenti a tale esecuzione, di modo che ciascuna parte apporti le sue risorse e competenze con il fine di operare nella maniera più efficiente possibile.

Nel rapporto collaborativo così individuato si realizza una suddivisione di incarichi tra pubblico e privato: da un lato, il soggetto pubblico fissa gli obiettivi, definisce gli standard per raggiungerli e protegge l'interesse pubblico; dall'altro, la parte privata importa la regola del mercato, la sua esperienza imprenditoriale e mette a fuoco le necessità degli utenti del servizio.

Orbene, la collaborazione pubblico-privata ricevette, all'inizio degli anni '90, un impulso fondamentale da parte delle istanze comunitarie.

L'armonizzazione ricercata dalle Istituzioni europee è stata invero progressiva, originando da un primo nucleo normativo costituito dalle c.d. direttive di prima generazione, ossia dalle direttive 71/305/CEE[6], 77/62/CEE[7] e 80/767/CEE[8], allora caratterizzate da un'armonizzazione lieve a fronte di un'ampia libertà rimessa agli Stati membri[9]. Successivamente, un intervento maggiormente deciso e dettagliato, finalizzato a ridurre l'asimmetria legislativa tra i Paesi membri, è stato realizzato mediante le c.d. direttive di seconda generazione, ossia dalle direttive 89/440/CEE[10], 92/50/

[6] Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

[7] Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

[8] Direttiva 80/767/CEE del Consiglio, del 22 luglio 1980, che adatta e completa, per quanto riguarda alcune amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva 77/62/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

[9] Il primo intervento, seppur parziale, è stato, invero, ricondotto alla direttiva 70/32/CEE della Commissione, del 17 dicembre 1969, concernente le forniture di prodotti allo Stato, agli enti territoriali ed alle altre persone giuridiche di diritto pubblico, tesa ad implementare e favorire la libera circolazione delle merci nel mercato comunitario.

[10] Direttiva 89/440/CEE del Consiglio, del 18 luglio 1989, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

CEE[11], 93/36/CEE[12] e 93/37/CEE[13]. Tali direttive miravano in sostanza a "tutelare gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro e desiderosi di prestare beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici installate in un altro Stato membro e, a tale scopo, escludere al contempo sia il rischio che in occasione della stipulazione di un contratto d'appalto sia data la preferenza agli offerenti nazionali, sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche"[14].

Tale settore è stato notevolmente implementato e stimolato, poi, con le direttive di terza generazione, ossia dalle direttive 2004/17/CE[15] e 2004/18/CE[16], per poi ricevere ancor più recentemente nuova linfa dalle direttive di quarta generazione, ossia dalle direttive 2014/23/UE[17], 2014/24/UE[18] e 2014/25/UE[19], che hanno innovato e riformato la materia, tentando di colmare le principali lacune individuate nel frattempo.

Inizialmente, tale sviluppo si è avuto per due distinte ragioni: da un lato, l'esigenza di rinnovare le infrastrutture e di migliorare le modalità di erogazione dei servizi pubblici; dall'altro, quella di ri-

---

[11] Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

[12] Direttiva 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

[13] Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

[14] Così, CGE, 27/11/2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini c. ANAS*, paragrafo 36 e – per analogia – causa C-380/98, *University of Cambridge*, e causa C-19/00, *Siac construction*, tutte in *curia.europa.eu*.

[15] Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

[16] 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.

[17] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[18] Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

[19] Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

spettare le restrizioni di budget e i limiti di indebitamento pubblico fissati nel Trattato di Maastricht.

Parallelamente, tale schema operativo si è viepiù consolidato in Europa come forma moderna di attuazione della politica di sviluppo economico, dietro impulso della legislazione comunitaria attraverso direttive, documenti di *soft law* e organismi di protezione[20].

Tale percorso ha preso avvio sostanzialmente con l'individuazione della figura di opera pubblica e la sua inclusione nella direttiva 93/37/CEE del Consiglio, sui procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici[21].

Successivamente a tale intervento, è emersa una nuova tipologia di rapporti che venne individuata con il termine anglosassone *Public-Private Partnership* (PPP)[22]. Ciò trovò collocazione nel Libro Verde sulla contrattazione pubblica approvato nel 1996[23], con cui si puntava a semplificare la normativa comunitaria in materia, nonché a creare una cornice regolatrice per le formule di collaborazione pubblico-privata.

Già da tale intervento venne posto l'accento sull'importanza dell'incontro tra soggetto pubblico e privato e della chiara definizione dei rispettivi ruoli.

Difatti, sollecitando le P.A. ed i fornitori a sfruttare le possibilità offerte dalla normativa sugli appalti pubblici, la Commissione constatava "come numerosi acquirenti pubblici [sembrassero] non

---

[20] Singolare, quanto a questo ultimo profilo, è la creazione di istituti quali l'*European PPP Expertise Centre* (EPEC) a livello europeo, nonché la *United Nation Economic Commission for Europe* (UNECE) a livello internazionale.

[21] L'interesse sul settore privato veniva, peraltro, consolidato anche con l'approvazione, da parte della Commissione Europea, del *Libro Bianco Crescita, competitività, occupazione - Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, 5 dicembre 1993, COM (93) 700, con cui si intese promuovere la partecipazione del settore privato nella realizzazione e nel finanziamento dei progetti di reti transeuropee, nella convinzione che tale metodo avrebbe consentito di accelerare lo sviluppo e migliorare l'efficacia.

[22] A proposito dell'origine anglosassone del PPP, è utile evidenziare che negli anni 1993-1994 il governo britannico ha varato un'ampia politica di delega di lavori e servizi pubblici, denominata *Private Finance Initiative* (PFI). Tale sistema prevede l'affidamento ad un'impresa privata, per una data opera pubblica, di un incarico globale comprendente "progettazione, finanziamento, costruzione, gestione e manutenzione" dell'opera stessa.

[23] Commissione Europea, *Libro verde "Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro"*, 27 novembre 1996, COM (96) 583.

avere una conoscenza approfondita degli obblighi loro imposti e che i fornitori, specialmente le piccole e medie imprese, [sembrassero] spesso ignorare il potenziale offerto loro dal mercato"[24].

Vennero così individuati alcuni aspetti chiave, fondamentali anche per la disciplina successiva e certamente ancora di rilievo attuale. La Commissione pose, infatti, l'attenzione sulla formazione e sull'informazione, nonché sullo sviluppo delle procedure elettroniche, con il fine di accrescere la trasparenza e migliorare l'accesso agli appalti pubblici.

Le Istituzioni comunitarie, tuttavia, non individuarono una definizione del concetto di collaborazione pubblico-privata fino all'inizio degli anni 2000.

Nell'ambito del percorso che portò al Libro Verde del 2004 (di cui si parlerà più avanti), una posizione particolarmente interessante per l'interprete è ricoperta dalle Linee Guida per il successo del partenariato pubblico-privato, pubblicate dalla Commissione Europea nel marzo del 2003[25].

Si nota come la Commissione avesse compreso che le disposizioni in tema di "Public-Private Partnerships" fossero guidate dalle difficoltà dei fondi pubblici di soddisfare le esigenze di investimento, ma anche dal tentativo di aumentare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici.

Così, analizzando le esperienze realizzate fino a quel momento, la Commissione individuò quattro ruoli principali per il settore privato negli strumenti di PPP:

1) fornire capitali aggiuntivi;

2) apportare capacità di gestione alternative;

3) fornire un valore aggiunto per i consumatori e gli utenti in generale;

4) garantire una migliore individuazione dei bisogni e un uso ottimale delle risorse.

Venne, così, delineato un primo profilo del ruolo che il privato viene chiamato ad assumere nelle molteplici traduzioni del rapporto collaborativo.

---

[24] Commissione Europea, *Libro verde*, 27 novembre 1996, cit., sommario, par. 7 e cap. 4.

[25] Commissione Europea, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, marzo 2003.

Tuttavia, ciò che è certamente evidente ancora oggi, è che, sebbene i PPP possano presentare una serie di vantaggi, tali sistemi risultano complessi da progettare, implementare e gestire. Per tale motivo ancora oggi, a distanza di oltre 10 anni, si discute sulla corretta traduzione applicativa dello schema collaborativo, in termini di efficacia ed efficienza.

In conclusione, il successo dei PPP richiede un efficace quadro legislativo e di controllo, nonché l'individuazione per ogni partner di obiettivi ed esigenze.

Così, la Commissione europea, nel riconoscere l'importanza dei PPP, avviò una stagione normativa particolarmente intensa, volta alla ricerca di un quadro giuridico efficace per garantire l'applicazione delle norme e dei principi del Trattato.

2.1. *Sulla scia del Libro Verde del 2004*

Il primo intervento organico sul tema si rinvenne, tuttavia, solo nel 2004, con il Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione Europea sui Partenariati pubblico-privati e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni[26].

Il libro citato precisa che tali strumenti costituiscono "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".

A titolo di prima definizione del fenomeno, la Commissione rivelava che le operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP) sarebbero connotate dai seguenti caratteri:

1) la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica amministrazione ed il partner privato;

2) la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata: tuttavia, sotto questo profilo la stessa Commissione precisa che spesso quote di finanzia-

[26] Commissione Europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004) 327.

mento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;

3) la ripartizione dei compiti, che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto e a quella pubblica la definizione degli obiettivi e la funzione di verifica e di controllo;

4) la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato: anche in questo caso occorre precisare, anche alla luce delle frequenti incomprensioni sorte nel dibattito sul tema, che la Commissione prosegue puntualizzando che "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"[27].

Occorre, perciò, rilevare sin da subito che gli elementi qui riportati non costituiscono caratteri tassativi dello schema partenariale al di fuori dei quali non è consentita alcuna novità, ma, al contrario, vengono ammesse deroghe sotto il profilo della ripartizione sia dei costi sia dei rischi, che solo recentemente hanno ricevuto una maggiore delimitazione.

Tale considerazione risulta fondamentale in virtù delle frequenti interpretazioni restrittive che porterebbero a limitare il fenomeno, che parrebbe, invece, avere un respiro più ampio ed un contenuto aperto[28].

Come ormai risulta chiaro, la disciplina approntata dall'Unione Europea, e per essa dalla Commissione nel citato Libro Verde, rappresenta una cornice, il cui contenuto è affidato alle traduzioni dei singoli Paesi, più consapevoli delle esigenze e delle peculiarità dei propri ordinamenti interni.

La Commissione, proseguendo nel delineare il fenomeno partenariale, operando principalmente una fotografia delle esperienze osservate sul territorio europeo, rilevava come il fenomeno dei PPP si sia sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica.

---

[27] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 1.1, punto 2.

[28] A parere di chi scrive, infatti, il fenomeno dovrebbe assumere più che altro un ruolo di schema-promotore di strumenti di realizzazione delle funzioni pubbliche. Si noti al proposito che la traduzione principale del termine anglosassone partnership si rinviene nel generico rapporto collaborativo e non in un istituto specifico.

Le ragioni sottese a tale fenomeno vennero individuate, da un lato, nella risposta alle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, che impongono la necessità di ricercare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico; dall'altro, nella volontà di beneficiare maggiormente del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica.

Fondamentale per l'individuazione di fattispecie partenariali è il riconoscimento di un ruolo attivo dell'operatore economico, in qualità di partecipe alle varie fasi del progetto, ossia a quelle di progettazione, realizzazione, attuazione e finanziamento.

Infine, per comprendere le ragioni sottese allo sviluppo dei PPP, occorre approfondire la tendenza evolutiva del ruolo dello Stato, che passa dal ruolo di operatore diretto a quello di organizzatore, di regolatore e di controllore.

È evidente, pertanto, che il grado di radicamento del fenomeno collaborativo dipenda in larga parte dalla tradizione giuridica di ciascun Paese e dal ruolo che nei diversi ordinamenti viene assunto dallo Stato.

In ultimo, per completare la panoramica di quanto allora osservato dalla Commissione, assume sicuro rilievo la distinzione tra i PPP di tipo puramente contrattuale, in cui il partenariato tra settore pubblico e settore privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali, ed i PPP di tipo istituzionalizzato, che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta.

Tale distinzione accompagna, ormai, indissolubilmente il dibattito legislativo e dottrinale sul tema, rilevando soprattutto in ogni occasione in cui si analizzi il fenomeno dell'*in house providing*.

2.1.1. *L'obiettivo del Libro Verde*

È indiscutibile il ruolo di scintilla riformatrice riconosciuto al Libro Verde del 2004 sopra citato. Tuttavia, non ha rappresentato senz'altro la pietra filosofale, sufficiente a risolvere i problemi dei singoli Stati in tema di contrattazione pubblica. E non potrebbe essere diversamente, data l'assenza di una specifica competenza comunitaria in materia. Ciononostante, non deve sorprendere

l'attenzione degli Stati membri alle proposte di riforma UE, in quanto, se è vero che il legislatore sovranazionale non è competente in materia, è altresì vero che la sua competenza in materia di libera circolazione, di libero mercato e di concorrenza, temi di per sé trasversali, consente di prevedere discipline specifiche con precise sanzioni previste in caso di inadempimento. In particolare, rileva la competenza esclusiva in materia di "definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno"[29].

Quindi, se da un lato non vi è una competenza comunitaria specifica in tema di appalti, la relativa disciplina richiede particolare cura da parte degli Stati al fine di adeguarsi al progetto riformatore complessivo (peraltro, comunque, indirizzato da organi di partecipazione nazionale), soprattutto negli aspetti connessi alla tutela della concorrenza ed al mercato unico.

Tale premessa pare necessaria per comprendere il tenore del Libro Verde, che non impone moduli contrattuali, ma inquadra il fenomeno e propone spunti di riflessione, in attesa di normative più dettagliate, quelle sì vincolanti, sul tema. Non si dimentichi che nel medesimo anno di pubblicazione del Libro Verde vennero pubblicate le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in tema di appalti, di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

Oltre alla definizione preliminare già sopra illustrata, il documento analizza quanto rivelato nella fase istruttoria del procedimento.

Anzitutto, rileva che le autorità pubbliche degli Stati membri hanno ricorso spesso ad operazioni di PPP per realizzare progetti infrastrutturali, in particolare nel settore dei trasporti, della sanità pubblica, dell'istruzione e della sicurezza pubblica. Sul piano europeo, il ricorso ai PPP è stato individuato come strumento utile alla realizzazione delle reti transeuropee dei trasporti, ritardata dall'insufficienza degli investimenti. Nell'ambito delle misure approvate dall'Unione Europea per il rafforzamento dei collegamenti tra gli Stati membri, il Consiglio ha approvato una serie di misure volte ad aumentare gli investimenti per le infrastrutture della rete transeuropea e nel settore dell'innovazione, nonché della ricerca e dello sviluppo, in particolare tramite l'attuazione di operazioni PPP.

[29] Art. 3, co. 1, lett b), TFUE.

Tale occasione rende evidente l'importanza strategica immediatamente riconosciuta alla collaborazione tra pubblico e privato, se si considera che nella creazione del mercato unico era assolutamente necessario che il territorio dell'UE potesse essere ben collegato e che vi fosse un sistema di infrastrutture adeguato[30], ottenibile solo con l'incremento dei fondi di cui disporre.

Come già anticipato, la stessa Commissione era consapevole che, seppur la cooperazione tra pubblico e privato possa "offrire vantaggi microeconomici, consentendo di realizzare un progetto con il miglior rapporto qualità/prezzo, mantenendo al contempo gli obiettivi di pubblico interesse, il ricorso al PPP non può, tuttavia, essere presentato come una soluzione "miracolo" per un settore pubblico che si deve confrontare con le restrizioni di bilancio. L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni, come la stipulazione di un contratto d'appalto di tipo più classico"[31].

La Commissione constatava, inoltre, che alcuni Stati membri avevano creato strumenti di coordinamento e di promozione del PPP. Come precisato dalla stessa Commissione, "questi strumenti mirano a condividere la relativa esperienza e a consigliare in tal modo gli utilizzatori sulle diverse forme di PPP e sulle loro tappe, che si tratti della concezione, delle modalità di scelta del partner privato, della migliore ripartizione dei rischi, della scelta adeguata delle clausole contrattuali ovvero ancora dell'integrazione di finanziamenti comunitari (si veda l'esempio delle "Task Force" nel Regno Unito o in Italia[32], ecc.)".

Infine, come osservato dall'organo esecutivo europeo, "le autorità pubbliche ricorrono a strutture di partenariato con il settore privato anche per garantire la gestione di servizi pubblici, in parti-

---

[30] Tale interesse è reso evidente anche dall'attenzione alle reti transeuropee oggetto di specifica menzione all'art. 129 B del previgente Trattato di Maastricht ed allora riprodotto in termini identici nel TFUE all'art. 170.

[31] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 1.1, punto 5.

[32] Su tali eccellenti esempi di centri di ricerca e studio degli istituti giuridici si tratterà più avanti, ma si osservi che la presenza degli stessi costituisce prova della risalente attenzione a nuovi modelli contrattuali e collaborativi, almeno sul territorio nazionale.

colare a livello locale. Infatti, servizi pubblici incentrati sulla gestione dei rifiuti o sulla distribuzione idrica o elettrica vengono sempre più spesso affidati ad imprese, sia pubbliche sia private o miste. Il Libro Verde sui servizi d'interesse generale[33] ricorda a tale riguardo che quando un'autorità pubblica decide di assegnare la gestione di un servizio ad un terzo, è obbligata a rispettare il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni, anche se questo servizio è considerato di interesse generale. Il Parlamento Europeo ha del resto riconosciuto che il rispetto di queste norme può costituire uno strumento efficace per prevenire inopportuni ostacoli alla concorrenza, permettendo nello stesso tempo ai pubblici poteri di fissare e controllare le condizioni da soddisfare in termini di qualità, di disponibilità, di norme sociali e di tutela dell'ambiente"[34].

Svolte queste premesse sullo stato della materia nel panorama nazionale, la Commissione entrava nello specifico con alcune osservazioni particolarmente rilevanti per comprendere il fenomeno dei PPP, alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Il diritto comunitario non prevede e non prevedeva discipline specifiche per il fenomeno dei PPP. Tuttavia, è vero anche che qualsiasi atto, contrattuale o unilaterale che sia, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica[35] ad un terzo, deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (artt. ex 43 e 49 TCE, ora 49 e 56 TFUE)[36]. Come anticipato e come meglio si vedrà più avanti, tali principi richiamano in particolare i principi di trasparenza, di

[33] Commissione Europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM/2003/270 def.

[34] In tal senso, *Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi d'interesse generale*, (2004)0018, punto 32.

[35] Non comprendendo quindi le attività senza carattere economico quali le attività di solidarietà sociale.

[36] Le norme relative al mercato interno, comprese le norme ed i principi in materia di appalti pubblici e di concessioni, sono applicate a qualsiasi attività a carattere economico, cioè a qualsiasi attività consistente nell'offrire servizi, beni o lavori sul mercato, anche se questi servizi, beni o lavori mirano a garantire un "servizio pubblico" così come è definito da uno Stato membro.

parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento[37], fondamentali per il corretto svolgimento del mercato unico, ricercato dall'UE.

Diversamente, con riferimento alle sole procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici già nel 2004 erano presenti disposizioni dettagliate[38], mirate a "tutelare gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro e desiderosi di prestare beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici installate in un altro Stato membro e, a tale scopo, escludere al contempo sia il rischio che in occasione della stipulazione di un contratto d'appalto sia data la preferenza agli offerenti nazionali, sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche"[39].

Orbene, l'individuazione del regime applicabile alla selezione di un partner privato richiede innanzitutto il riconoscimento del tipo di relazione contrattuale che quest'ultimo intrattiene con l'organismo aggiudicatore.

Merita maggior spazio l'osservazione in tema di parametri soggettivi del PPP, contenuta alla nota a piè pagina n. 12 del Libro Verde, secondo cui "nel quadro delle operazioni di PPP i partner pubblici sono in primo luogo gli enti nazionali, regionali o locali. Possono anche essere organismi di diritto pubblico creati per compiere missioni d'interesse generale sotto il controllo dello Stato, o imprese che gestiscono alcune industrie a rete. A fini di semplificazione, il termine "organismo aggiudicatore" in questo documento [*N.d.R.* Libro Verde 2004] verrà impiegato per designare la totalità di tali organismi; il termine include, quindi, le

---

[37] Cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, GUCE n. C 121 del 29 aprile 2000.

[38] Direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, che coordinano le procedure di aggiudicazione, rispettivamente, degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture, degli appalti pubblici di lavori, e degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. Queste direttive sarebbero state poi sostituite dalla direttiva 2004/18/CE e dalla direttiva 2004/17/CE.

[39] CGE, 27/11/2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini c. ANAS*, par. 36, in *curia.europa.eu*.

"amministrazioni aggiudicatrici" ai sensi delle direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 2004/18/CE e gli enti aggiudicatori che sono le "autorità pubbliche" e le "imprese pubbliche" ai sensi delle direttive 93/38/CEE e 2004/17/CE.

Tali considerazioni non sono affatto di poco conto se si osserva la rilevante quantità di inchiostro utilizzata per definire in Dottrina i soggetti partecipanti al partenariato.

Inoltre, viene specificato nel documento che in base al diritto comunitario derivato, vigente alla data di pubblicazione del Libro Verde, ogni contratto stipulato per iscritto a titolo oneroso fra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore, nella misura in cui ha per oggetto l'esecuzione di lavori, la realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio, è definito "appalto pubblico" di lavori o di servizi. Il concetto di "concessione" è definito come un contratto con le stesse caratteristiche di un appalto pubblico ad eccezione del fatto che la contropartita dei lavori o dei servizi effettuati consiste soltanto nel diritto di sfruttare l'opera o il servizio ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo. Sottolinea, infine, che la Corte di Giustizia Europea, al proposito, ha ritenuto che la valutazione degli elementi di queste definizioni sia effettuata in modo da garantire che l'effetto utile della direttiva in questione non sia compromesso[40], proponendo il superamento dei caratteri meramente formali, nonché l'interpretazione, ove possibile, estensiva del senso letterale delle disposizioni normative.

Tale precisazione, in alcuni casi ridondante, della Commissione manifesta la consapevolezza del carattere assolutamente strumentale delle riforme proposte, soprattutto nell'ottica dell'effettività del mercato unico europeo e della promozione della concorrenza.

In tale contesto, viene osservato che "il quadro regolamentare che disciplina la scelta del partner privato è dunque stato oggetto di un coordinamento comunitario a molti livelli e gradi d'intensità, con la persistenza, sul piano nazionale, di un'ampia divergenza di approcci, anche se ogni operazione che implica l'attribuzione di un incarico ad un terzo, è disciplinata da una base minima di principi derivanti dagli articoli 43 a 49 del Trattato CE"[41]. Il presente ra-

[40] CGE, 12/07/2001, causa C-399/98, *Scala*, punti 53-55, in *curia.europa.eu*.
[41] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 1.2., punto 12.

gionamento è senz'altro il presupposto e al tempo stesso il nucleo essenziale del documento: difatti, se da un lato viene avviato il dibattito all'Unione in materia di collaborazione tra pubblico e privato, dall'altro vi è la consapevolezza delle notevoli divergenze tra gli ordinamenti nazionali e dei limiti competenziali del legislatore europeo, seppur nell'estesa protezione fornita al mercato dai principi dei Trattati.

A tali premesse, la Commissione precisava di aver già assunto iniziative relative al fenomeno partenariale nel settore del diritto degli appalti pubblici. Tra gli altri atti, la Commissione citava correttamente la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici del 2000[42], nella quale precisava, sulla base delle norme e dei principi derivanti dal Trattato e dal diritto derivato applicabile, i contorni della nozione di concessione nel diritto comunitario e gli obblighi che spettano alle autorità pubbliche in occasione della scelta degli operatori economici ai quali vengono assegnate le concessioni. Inoltre, proseguiva evidenziando il ruolo delle allora nuove direttive 17 e 18 del 2004 volte a modernizzare e semplificare il quadro legislativo comunitario, principalmente attraverso l'introduzione della procedura di dialogo competitivo, elaborata espressamente per rispondere alle specificità dell'aggiudicazione di "contratti d'appalto particolarmente complessi", e dunque di alcune forme di PPP, consentendo di individuare le soluzioni idonee a rispondere alle loro necessità.

Dopo tale preambolo, la Commissione rivelava la *ratio* del Libro Verde in esame, ossia la promozione dello sviluppo dei PPP in condizioni di concorrenza effettiva e di chiarezza giuridica, ove le norme comunitarie applicabili alla scelta delle imprese destinate a cooperare con un'autorità pubblica nel quadro di un PPP, così come le loro conseguenze sulle relazioni contrattuali che disciplinano l'esecuzione del partenariato, non risultavano sufficientemente chiare e mancavano di omogeneità tra i vari Stati membri.

Da qui l'origine del dibattito avviato dal Libro Verde: il Parlamento Europeo invitava la Commissione a valutare l'eventualità di

[42] *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 29 aprile 2000, cit.

adottare una proposta di direttiva volta a regolamentare in maniera omogenea il settore delle concessioni e di altre forme di PPP[43], così come il Comitato economico e sociale esprimeva il parere che si imponesse un'iniziativa legislativa[44]. Proposte recepite proprio con il Libro Verde del 2004[45].

La Commissione, così, si pose l'obiettivo di avviare un dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno dei PPP, analizzando le caratteristiche distintive di detti strumenti.

Risulta ormai evidente, anche alla luce di quanto precedentemente evidenziato, che il dibattito proposto si dovesse concentrare sulle norme da applicarsi in caso di affidamento di incarico ad un terzo.

Un passaggio importante del documento è senz'altro la precisazione secondo cui non poteva trattarsi di un dibattito volto ad esprimere una valutazione riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici, scelta di competenza esclusiva delle autorità pubbliche, come già precedentemente premesso. Difatti, prosegue la Commissione, "il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo"[46].

Sostanzialmente, invece, il Libro Verde mirava principalmente ad illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alle fasi successive, al fine di individuare eventuali incertezze e lacune, proponendo spunti di riflessione per un eventuale intervento comunitario in materia, adeguato alle caratteristiche specifiche dei PPP.

---

[43] Parere del Parlamento Europeo in prima lettura sulla proposta della Commissione COM (2000) 275 del 10/05/2002.

[44] Parere, CES, GUCE C 14 del 16/1/2001, relatore Levaux, punto 4.1.3 e parere, CES, GUCE C 193 del 10.07.2001, relatore Bo Green, punto 3.5.

[45] Già annunciato dalla Commissione nella strategia per il mercato interno, priorità 2003-2006, (2003) 238 fin.

[46] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 1.3., punto 17.

2.1.2. *Focus sul contenuto del Libro Verde*

Oltre al contenuto programmatico, il Libro Verde del 2004 offre alcune precisazioni utili al fine di individuare le forme di collaborazione tra pubblico e privato.

Preme rammentare una volta ancora che la traduzione italiana del termine adottato in lingua inglese dalla Commissione nel Libro Verde (partnership) ha identificato il fenomeno col termine "partenariato", istituto già conosciuto dall'ordinamento italiano, mentre appare dal tenore del documento comunitario che potesse essere più adatto il termine "collaborazione", più ampio e onnicomprensivo.

Tuttavia, per non complicare la trattazione, pare utile conservare, almeno per il presente approfondimento, la terminologia presente nel testo ufficiale in lingua italiana.

Orbene, ai fini dell'analisi del Libro Verde, in tale documento venne tracciata una prima fondamentale distinzione tra:

- i PPP di tipo puramente contrattuale, in cui il partenariato tra settore pubblico e settore privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali, e

- i PPP di tipo istituzionalizzato, che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta.

Tale distinzione propone una suddivisione in due macro gruppi dei modelli di PPP adottati dagli Stati membri, al fine di consentire una prima distinzione della normativa applicabile, senza, tuttavia, alcun pregiudizio rispetto alle qualifiche giuridiche adottate nei singoli diritti nazionali.

La successiva esposizione fornita dal Libro Verde è invece finalizzata ad introdurre le domande, secondo una modalità simile ad un questionario, con lo scoperto fine di raccogliere proposte, osservazioni e critiche circa la traduzione del fenomeno partenariale nei singoli Stati membri e nel diritto comunitario.

Procedendo nell'approfondimento dal PPP di tipo puramente contrattuale, si premette che tale termine essenzialmente riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazione, 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.

Questa è la essenziale definizione del partenariato contrattuale offerta dalla Commissione. Ovviamente, si tratta di una definizione dal contenuto ampio, ma consente fin da subito di precisare che l'intento originario del documento di riflessione[47] era avviare il dibattito e la consultazione senza imbrigliare lo strumento in nozioni limitative.

Pertanto, il Libro Verde indica il modello "concessorio" come uno di quelli più diffusi, ma non esauriente, definendolo come uno strumento "caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo, del partner pubblico. Il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica"[48].

Osserva, poi, che "in operazioni di altro tipo, il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto)", richiamando a titolo esemplificativo il c.d. PFI, ossia il "Private Finance Initiative", programma del governo britannico che permette l'ammodernamento delle infrastrutture pubbliche con l'ausilio del ricorso al finanziamento privato, ma in relazione al quale ogni Stato membro ha previsto strumenti affini, con peculiarità ordinamentali ed applicative. Ciò che preme sottolineare è che, in questo modello, la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico, ad importo fisso o variabile. Tale specificità è ben comprensibile se si osserva il caso del centro penitenziario, nel quale sarebbe grottesco prevedere il contributo del carcerato, rilevando che, in effetti, in tale circostanza il fruitore è proprio lo Stato, per un servizio cui è naturalmente onerato.

---

[47] Termine che, non casualmente, individua comunemente i Libri Verdi.

[48] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 2., punto 21.

Con tali brevi premesse definitorie, venne avviata la consultazione comunitaria, richiedendo agli Stati membri di indicare le tipologie di PPP puramente contrattuali conosciute dal rispettivo ordinamento e, nel qual caso, se fosse prevista una regolamentazione specifica.

Definizioni a parte, per le quali l'UE manca di competenza legislativa, gli aspetti maggiormente interessati dalla legislazione comunitaria, e sui quali venne richiesto un contributo dagli Stati, riguardano la fase di selezione del partner privato in ipotesi di PPP contrattuali.

Con riferimento agli strumenti riconducibili al modello "appalto", il regime applicabile all'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, o di appalti pubblici di servizi definiti come prioritari[49], deriva dalle disposizioni delle direttive comunitarie che fissano norme dettagliate, in particolare in termini di pubblicità e di partecipazione. Difatti, quando l'autorità pubblica è un'amministrazione aggiudicatrice che agisce nel campo delle direttive classiche[50], di norma, per la scelta del proprio partner privato, in questo quadro essa deve ricorrere alla procedura aperta o ristretta, oppure in casi eccezionali alla procedura negoziata.

Il richiamo nel Libro Verde alla fase di selezione era finalizzato ad introdurre la nuova procedura di "dialogo competitivo", applicabile in occasione della conclusione di contratti d'appalto particolarmente complessi, introdotta dall'art. 29 della direttiva 2004/18/CE, adottata parallelamente all'elaborazione del documento in esame.

Come noto, la procedura comunitaria di dialogo competitivo può essere avviata nei casi in cui il soggetto aggiudicatore non sia obiettivamente in grado di definire i mezzi tecnici che possono rispondere alle proprie necessità ed ai propri obiettivi, nonché nei casi in cui l'organismo aggiudicatore non sia obiettivamente in grado di stabilire le operazioni giuridiche e/o finanziarie proprie di un progetto, consentendo così all'amministrazione di instaurare un dialogo con i candidati incentrato sullo sviluppo di soluzioni idonee a rispondere a queste necessità.

---

[49] Ovvero quelli elencati all'allegato IA della direttiva 92/50/CEE e all'allegato XVIA della direttiva 93/38/CEE.

[50] Ovvero le direttive 93/37/CEE, 92/50/CEE e 2004/18/CE.

Rinviando ad altri contributi lo studio della procedura in parola[51], la procedura di dialogo competitivo era stata introdotta al fine di garantire la flessibilità necessaria alle discussioni con i candidati di tutti gli aspetti del contratto in occasione della fase di attuazione, pur facendo in modo che queste discussioni fossero condotte nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, e non mettessero a rischio i diritti che il Trattato conferiva (e conferisce) agli operatori economici.

Ciò a garanzia dell'obiettività e dell'integrità della procedura di selezione e, quindi, del buon utilizzo del denaro pubblico, della diminuzione di rischi di pratiche poco trasparenti, nonché del rafforzamento della sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti.

Nella stesura del Libro Verde, poi, la preoccupazione della Commissione convergeva sulla questione, rivolta ai Paesi membri, se il recepimento nel diritto nazionale della procedura di dialogo competitivo permettesse alle parti interessate di disporre di una procedura sufficientemente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici, anche in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici.

Quanto, invece, ai PPP qualificabili come concessione, la Commissione verificava che non erano presenti numerose disposizioni di diritto derivato, utili a coordinare le procedure d'aggiudicazione di contratti qualificati come concessioni in diritto comunitario, fat-

---

[51] Tra gli altri, M. Traina Duccio, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 6, 2005, pp. 1967-1987; F. Sciaudone, *Il dialogo competitivo tra diritto comunitario ed ordinamento italiano*, in *Giustizia amministrativa*, n. 1, 2008, pp. 84-106; G. Ruggiero, *Il dialogo competitivo*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, n. 4, 2006, pp. 327-351; F. Gaspari, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in *Giustizia amministrativa*, n. 1, 2007, pp. 62-79; S. Vinti, *Il dialogo competitivo: troppo rigida nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, in *Giustizia amministrativa*, n. 2, 2009, pp. 80-93; B. Raganelli, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2009, pp. 127-172.

to salvo per alcuni obblighi di pubblicità e di previsione di termini minimi per la ricezione delle candidature, relativi alle concessioni di lavori[52].

E tale situazione di sostanziale carenza normativa è confermata dal fatto che solo recentemente con la direttiva 2014/23/UE, c.d. appunto "direttiva concessioni", è stata colmata tale lacuna.

Va, tuttavia, precisato che, come già ricordato, a prescindere dalle discipline specifiche, gli Stati membri e le loro amministrazioni aggiudicatrici hanno libera scelta nella regolamentazione delle procedure e nell'adozione delle stesse, ma senza pregiudizio dei principi e delle norme che derivano dal Trattato, ed in particolare degli articoli ex 43 e 49 del Trattato, segnatamente ai principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento, applicabili anche alla fase di aggiudicazione delle concessioni di servizi[53].

A titolo di summa delle osservazioni precedenti, la Commissione precisava che "il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato può essere riassunto negli obblighi seguenti: fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori".

Ed inoltre "il diritto comunitario applicabile nel quadro dell'aggiudicazione di concessioni deriva, dunque, principalmente da obblighi a carattere generale che non implicano alcun coordinamento delle legislazioni degli Stati membri"[54].

---

[52] Cfr. art. 3, par. 1, dir. 93/37/CEE, e artt. 56-59 dir. 2004/18/CE.

[53] Si veda al proposito la sentenza CGE, causa C-324/98, *Telaustria*, in *curia.europa.eu*, secondo cui "l'obbligo di trasparenza imposto all'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, a favore di ogni offerente potenziale, un grado di pubblicità adeguato che permetta un'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza ed il controllo dell'imparzialità delle procedure d'aggiudicazione".

[54] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 2.1.2., punti 30 e 31.

In attesa di proporre alcuni spunti sulle argomentazioni della Commissione, il quadro illustrato nell'ultimo estratto rappresenta a tutt'oggi il nucleo fondamentale del diritto comunitario delle concessioni, estendibili all'intero scenario PPP, sebbene il citato intervento della direttiva 2014/23/UE sia finalizzato proprio ad un'armonizzazione delle discipline nazionali in tema di concessioni.

La Commissione, poi, proprio in ossequio e in vista degli obiettivi di tutela più sopra esplicitati, poneva la questione del conseguente ostacolo alla piena concorrenza comunitaria nelle operazioni concessorie, in virtù dell'allora assenza di coordinamento delle legislazioni nazionali, reale freno al proposito europeo del mercato unico. Come già precisato, solo recentemente in sede comunitaria vi è stata una risposta positiva a tale insicurezza giuridica, mentre parallelamente, allora, nel 2004, veniva discussa l'applicazione delle direttive appalti 2004 e la idoneità delle disposizioni a consentire il raggiungimento dell'ambizioso progetto di un sistema più competitivo.

Questione di non semplice soluzione, ancor'oggi dibattuta, è quella espressa seguentemente dalla Commissione, la quale domandava agli Stati membri un parere circa l'opportunità di regolamentare nuovamente tutti i PPP di tipo contrattuale, siano essi qualificabili come appalti pubblici o come concessioni, per sottoporle a identici regimi d'aggiudicazione[55]; ciò al fine di ridurre ulteriormente le incertezze giuridiche dovute alle c.d. zone grigie.

La Commissione analizza, poi, il fenomeno dei PPP ad iniziativa privata, nei quali gli operatori economici formulano una proposta dettagliata di progetto, in generale relativa alla costruzione e gestione di un'infrastruttura, eventualmente su invito dell'amministrazione.

Sebbene il progetto d'utilità pubblica tragga origine da un'iniziativa privata, tale caratteristica non cambia la natura dei contratti stipulati tra gli organismi aggiudicatori e gli operatori economici. Pertanto, se questi contratti hanno per oggetto delle prestazioni regolamentate dal diritto comunitario derivato e vengono stipulati con carattere oneroso, devono essere qualificati come appalto pub-

[55] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 2.1.2, quesito n. 7.

blico o concessione e basarsi sul relativo regime d'aggiudicazione e le procedure adottate non devono ledere i diritti riconosciuti dal diritto comunitario agli operatori economici europei. In particolare, quale imprescindibile nucleo di tutela, la Commissione riteneva che "debba essere garantito l'accesso di tutti gli operatori europei a questo tipo di progetti, in particolare tramite una pubblicità adeguata, assicurata all'invito a formulare un progetto. In seguito, qualora la pubblica autorità desideri attuare un progetto presentato, essa deve organizzare la messa in concorrenza di tutti gli operatori economici potenzialmente interessati dallo sviluppo del progetto in questione, offrendo tutte le garanzie d'imparzialità della selezione"[56].

La questione principale posta dalla Commissione, in linea con le preoccupazioni già illustrate, consiste, infatti, nella ricerca di una formula che assicuri lo sviluppo di PPP di iniziativa privata nell'Unione Europea, pur garantendo il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento.

Infine, a conclusione dell'iter argomentativo proposto dal Libro Verde, sebbene il diritto derivato dagli appalti pubblici e dalle concessioni riguardasse soprattutto la fase d'aggiudicazione di un contratto, la Commissione osservava che anche nella fase successiva alla selezione del partner privato si dovessero e potessero individuare principi applicabili. In particolare, osservava che i principi di parità di trattamento e di trasparenza derivanti dal Trattato si oppongono a qualsivoglia intervento del partner pubblico successivo alla selezione di un partner privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici[57].

Il carattere spesso complesso delle operazioni in questione, il lasso di tempo che può trascorrere tra la selezione del partner privato e la firma del contratto, la durata relativamente lunga dei progetti e, infine, il ricorso frequente al meccanismo dei subappalti, rendono a volte delicata l'applicazione di tali norme e principi. Anche in tale fase permangono dinamiche suscettibili di ledere i principi comunitari.

---

[56] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 2.2., punto 40.

[57] Sul punto si veda CGE, 25/04/1994, causa C-87/94, *Commissione c. Belgio* (*Bus Wallons)*, punto 54, nonché CGE, 22/06/1992, causa C-243/89, *Commissione c. Danimarca (ponte sullo Storebaelt)*, in *curia.europa.eu*.

In particolare, si pensi all'elaborazione delle clausole contrattuali che deve avvenire anche nel rispetto delle norme comunitarie pertinenti, ed in particolare dei principi di parità di trattamento e di trasparenza. Questo implica in particolare che i documenti di gara devono indicare chiaramente le condizioni e le modalità d'esecuzione dei contratti, affinché i vari candidati al partenariato possano interpretarli allo stesso modo e tenerne conto nell'elaborazione delle proprie offerte.

Se poi si considera che il successo di un PPP dipende soprattutto dalla completezza del quadro contrattuale del progetto e della sua fattibilità ed eseguibilità, risulta evidente l'importanza di una valutazione pertinente ed una ripartizione ottimale dei rischi tra il settore pubblico ed il settore privato, in funzione della capacità di ciascuna parte di assumersi tali rischi, nonché la possibilità di effettuare regolari controlli di valutazione delle prestazioni dei titolari di PPP. Tuttavia, è altresì evidente che, anche in tale ambito, occorra rispettare il principio di trasparenza mediante la previa individuazione dei meccanismi suddetti nei documenti di gara, consentendo così agli offerenti di tenerne conto nell'elaborazione delle proprie offerte.

Inoltre, per garantire l'effettiva rispondenza a tali principi dell'intera procedura, è fondamentale che le clausole del bando siano sufficientemente chiare da permettere agli operatori economici di interpretarle in maniera uniforme in occasione della fase di selezione del partner.

Quanto, poi, alle operazioni PPP di tipo istituzionalizzato, anch'esse analizzate nel Libro Verde 2004[58], esse implicano la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato. Tale soggetto comune spesso è incaricato della gestione ed erogazione di un servizio, frequentemente nell'ambito dei servizi pubblici a livello locale.

Come osservato dalla Commissione, la cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato, nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria, permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione del-

[58] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 3.

le 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.

Negli effetti il vantaggio principale che la P.A. può trarre da tale strumento è proprio la condivisione di competenze e la possibilità di mantenere un controllo su funzioni ritenute particolarmente delicate.

Nei PPP istituzionalizzati è evidente la concretizzazione del rapporto collaborativo tra il settore pubblico ed il settore privato, ma anche in tale occasione sono individuabili profili di potenziale criticità che, seppur parzialmente, sono affrontati dal diritto comunitario.

L'operazione consistente nel creare un'impresa a capitale misto, di per sé non è contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni. Tuttavia, occorre garantire il rispetto delle norme e dei principi derivanti da tale diritto (i principi generali del Trattato o, in alcuni casi, le disposizioni delle direttive), quando tale operazione è accompagnata dall'attribuzione di incarichi tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione[59].

Nel merito, la Commissione sottolinea che la scelta di un partner privato, destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista, non può dunque essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta, anche sotto il profilo economico, per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire. Ed infatti, in mancanza di criteri chiari ed oggettivi che permettano all'amministrazione aggiudicatrice di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'operazione in capitale potrebbe costituire una violazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni[60].

Se da un lato la genericità e la fumosità dei criteri di selezione

[59] Peraltro, al proposito, si rileva che i principi del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano anche quando l'attribuzione di un incarico avviene tramite un atto unilaterale (ad esempio un atto legislativo o regolamentare).

[60] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 3.1., punto 58.

contrastano con i principi di trasparenza e di parità di trattamento, dall'altro rischiano anche di pregiudicare gli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla pubblica autorità. D'altra parte, occorre ricordare che la creazione congiunta di tali imprese può essere realizzata solo rispettando il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, in linea generale, e del principio di libera circolazione dei capitali, in particolare.

La Commissione qui svolge un'interessante precisazione, soprattutto se riportata all'attuale scenario normativo, chiarendo che la partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista (che al termine della procedura di selezione diventa contitolare del contratto) non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del partner privato. Difatti, l'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore[61].

Ciononostante, "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[62]. Solo le entità che soddisfano entrambe queste condizioni possono essere assimilate a delle entità *in house* rispetto all'organismo aggiudicatore[63] e vedersi affidare dei compiti al di fuori di una procedura concorrenziale"[64].

Da ultimo, "è il caso di ricordare che se l'entità mista funge da

---

[61] In merito alla partecipazione di enti pubblici economici al mercato è interessante vedere che recentemente la CGE abbia chiarito che anche un'azienda ospedaliera pubblica può partecipare a gare d'appalto e può presentare un'offerta a prezzi notevolmente inferiori grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. CGE, 18/12/2014, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl, nei confronti di Regione Lombardia, eBio-Development Srl*, in *curia.europa.eu*.

[62] CGE, 18/11/1999, causa C-107/98, *Teckal*, par. 50, in *curia.europa.eu*.

[63] La Corte di Giustizia è stata investita di tre questioni pregiudiziali (cause C-26/03, C-231/03 e C-458/03) miranti a ottenere una chiarificazione complementare sulla portata dei criteri che consentono di accertare l'esistenza di una relazione del tipo "in house".

[64] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 3.1., punto 64.

organismo aggiudicatore, tale funzione implica anche il rispetto del diritto applicabile in materia di appalti pubblici e di concessioni, laddove tale diritto assegni al partner privato dei compiti che l'amministrazione aggiudicatrice non abbia bandito precedentemente alla costituzione dell'impresa mista. Il partner privato non può, infatti, approfittare della propria posizione privilegiata nell'entità mista per riservarsi alcuni compiti senza procedere preliminarmente a un bando"[65].

Infine, si noti che la creazione di un PPP di tipo istituzionalizzato può anche avvenire tramite una modifica della partecipazione azionaria di un'impresa pubblica. A tale riguardo, sebbene il passaggio di un'impresa del settore pubblico al settore privato sia una scelta di politica economica che, come tale, è di esclusiva competenza degli Stati membri[66], qualora un'autorità pubblica decida, tramite un'operazione in capitale, di cedere ad un terzo una partecipazione che gli permette di esercitare un'influenza certa su un'impresa pubblica che svolge operazioni economiche normalmente rientranti nella responsabilità dello Stato[67], le disposizioni relative alla libertà di stabilimento impongono il rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento, allo scopo di garantire che ogni potenziale operatore abbia il medesimo accesso alla prestazione di tali attività fino a quel momento riservate ai pubblici poteri. Inoltre, risulterà in violazione del diritto comunitario ogni operazione in capitale che nasconda in realtà l'attribuzione ad un partner privato di contratti definibili come appalti pubblici o come concessioni.

Sulla base di tali premesse, la Commissione con il Libro Verde 2004 richiedeva un parere agli Stati membri ed agli altri organi comunitari, avviando un rilevante ed aperto dibattito intorno a nuovi strumenti.

---

[65] *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 3.1., punto 64.

[66] Ciò deriva dal principio di neutralità del Trattato riguardo al regime di proprietà, sancito dall'art. 295 del Trattato.

[67] Cfr. al riguardo la sentenza della Corte del 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*, in *curia.europa.eu.*

2.1.3. *La contemporanea introduzione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*

Sulla contemporaneità del Libro Verde 2004 e delle direttive appalti si è già avuto modo di accennare, ma qui si osserva in particolare che il percorso del dibattito comunitario in tema di partenariato sarebbe incomprensibile, se non si tenesse conto che nel medesimo periodo (2004-2006) gli Stati membri sono stati sollecitati ad un importante adeguamento della disciplina sugli appalti.

Le riflessioni prodotte dal Libro Verde 2004 sono risultate, infatti, complementari a quanto previsto dalle parallele direttive, pur considerando che il dibattito sul partenariato (come si vedrà) era tutt'altro che concluso o giunto ad una concorde definizione.

Le direttive in parola sono la 2004/17/CE[68] e la 2004/18/CE[69] e rappresentano una tappa fondamentale del diritto europeo degli appalti. In particolare, tali atti hanno ripreso fonti precedenti, tentando di innovare, accorpare e semplificare la disciplina, ma rappresentando certamente un punto di riferimento della materia, almeno sino all'avvento delle direttive del 2014, di cui si parlerà più avanti.

Nonostante la successione numerica, pare conveniente introdurre primariamente quanto disposto dalla direttiva 18, che ha provveduto a modernizzare le procedure di aggiudicazione, unificando i tre ambiti degli appalti pubblici: lavori, servizi e forniture. Si tratta della principale direttiva in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in vigore fino all'entrata in vigore della più recente direttiva 2014/24/UE.

L'esigenza di riforma è sorta su stimolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in più occasioni si era trovata ad estendere principi, originariamente riconducibili a specifici istituti, a procedure precedentemente non coinvolte nella normativa comunitaria.

---

[68] Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

[69] 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.

E la prima attenzione va certamente indirizzata al contenuto dei 51 "considerando" premessi al testo della direttiva in esame.

Al considerando 1, difatti, la direttiva precisa di basarsi sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare in tema di criteri di aggiudicazione, ove chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi del Trattato, di cui al successivo considerando 2.

Orbene, qui sostanzialmente si trova la positiva traduzione, progressivamente, dei principi di proporzionalità, certezza del diritto e trasparenza, nonché dei principi fondamentali individuati in sede comunitaria, di origine giurisprudenziale e legislativa nazionale, cui la pubblica amministrazione è chiamata ad attenersi.

Orbene, la funzione di tutela dei rapporti tra le parti in causa, più che un interesse a definire la procedura in senso definito, è evidente dal contenuto del considerando 2, in virtù del quale "l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza"; ciò esteso alle procedure a prescindere dal contenuto e dai limiti dimensionali.

Prosegue, poi, precisando che, "tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del Trattato".

Tuttavia, a parere dello scrivente, una sintesi concreta ed imprescindibile della direttiva è offerta dal considerando 4, secondo cui

"gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente, che è un organismo di diritto pubblico, a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati". Ora, la direttiva rivela alcuni aspetti di particolare interesse: il primo è che viene da subito prevista la possibilità di partecipazione di un offerente pubblico ad una gara pubblica, previo rispetto dell'equilibrio concorrenziale; il secondo è che, a prescindere dalla fattispecie particolare, viene individuato il nucleo centrale dell'intervento comunitario in materia, ossia la protezione del mercato da eventuali "distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati". Tradotto: ove il mercato venga aperto al privato, il pubblico deve comportarsi ed essere trattato come ogni soggetto partecipante e l'aggiudicatore deve far sì che il principio di eguaglianza e non discriminazione venga rispettato. Interessante al proposito è notare che il termine "concorrenza" è ripetuto 30 volte su 42 pagine di testo della direttiva (esclusi gli allegati), ed il riferimento al termine "discriminazione" avviene 20 volte nel medesimo intervallo.

Il considerando 6, invece, rivela la preoccupazione di rispettare le esigenze sociali e ambientali[70], ritenendo che nessuna disposizione della direttiva dovrebbe vietare (e quindi essere interpretata come divieto) "di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al Trattato". Tale precisazione fornisce ulteriore dettaglio allo scenario di limiti entro cui dovrà muoversi la P.A. secondo la direttiva: da un lato esigenze pubbliche ben specifiche e specificabili, dall'altro principi fondamentali vincolanti l'azione amministrativa.

Di particolare interesse è il considerando 29 della direttiva, che all'interno include il riferimento tanto al principio di non discriminazione quanto all'obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione committente. In particolare, la norma precisa

[70] F. Fracchia, *Ordinamento europeo e appalti pubblici*, in G. Sciullo (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 143.

che le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici quali requisiti all'interno del bando di gara, dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e che a tal scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Ed ancora, la direttiva puntualizza che, conseguentemente, "le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Per dimostrare l'equivalenza, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova. Le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l'equivalenza non sussiste, devono poter motivare tale decisione". In tal modo, la direttiva esplicita in tema di appalti due principi fondamentali della collaborazione pubblico-privata: da un lato il principio di concorrenzialità, dall'altro quello di uguaglianza e non discriminazione. In sostanza, le specifiche tecniche fissate dalla committente non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza.

Di pari valore è il dettato del considerando 33 (rara occasione di analisi della fase di esecuzione del rapporto), ove viene sancito che le condizioni di esecuzione di un appalto risultano compatibili con la direttiva 18/2004 "a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri", quale conseguenza diretta del fatto che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza.

Come riassunto, infine, dal considerando 46, l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza, principi che, secondo quanto osservato in precedenza, sono sostanzialmente estesi all'intera procedura di appalto, ivi compresa la fase di esecuzione.

A tali principi, si aggiunga il principio di pubblicità, citato frequentemente per varie disposizioni. Ad esempio, il considerando 36

specifica che "lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara redatti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri. Le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli operatori economici della Comunità di valutare se gli appalti proposti li interessano. A tal fine occorre fornire loro una sufficiente conoscenza dell'oggetto dell'appalto e delle relative condizioni".

Orbene, quanto sopra premesso contiene il presupposto logico e teorico dell'intervento comunitario nel settore degli appalti, realizzato con la direttiva 2004/18/CE, che compone lo scenario complessivo in tema di collaborazione tra pubblico e privato a livello europeo.

Senza voler analizzare la direttiva nella sua complessità normativa, pare utile proporre una breve sintesi di quanto previsto, per meglio comprendere l'evoluzione del dibattito successivo.

La direttiva 2004/18/CE[71] mira essenzialmente a garantire un mercato aperto per gli appalti pubblici, nonché l'equa applicazione delle norme di aggiudicazione di appalti di lavori, forniture e servizi. In pratica, l'obiettivo della disposizione è quello di garantire che le procedure delle gare d'appalto siano eque e aperte agli offerenti da qualsiasi parte dell'Unione.

La normativa in parola copre la maggior parte degli appalti pubblici, tranne quelli relativi alle utenze (come acqua, trasporti, energia e servizi postali, interessati dalla separata direttiva 2004/17/CE), alle telecomunicazioni, alle concessioni di servizi (come, ad

---

[71] Per un'analisi più estesa della direttiva in parola, si veda, *ex multis*, U. Realfonzo, C. Galtieri, I. Del Castillo, *Appalti pubblici di forniture: commento analitico del D lgs. n. 358/1992 dopo la direttiva 2004/18/CE*, Milano, Il sole-24 ore, 2004; M. Gatti, *Appalti pubblici di forniture e servizi: aggiornato alla direttiva comunitaria 2004/18/CE*, Napoli, Sistemi editoriali, 2004; R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005; F. Mattassoglio, *I requisiti soggettivi dell'appaltatore e la direttiva 2004/18/CE: brevi spunti in attesa del recepimento (Nota a Cons. Stato sez. IV 27 dicembre 2004, n. 8215 Cons. Stato sez. IV 20 dicembre 2004, n. 8145*), in *Il Foro Italiano*, n. 11, 2005, p. 620; G. Messina, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1, 2005, p. 97; S. Bandini Zanigni, *Appalti pubblici di forniture e servizi: secondo la direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, Giappichelli, 2006; Aa.Vv., *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE: Trento, 8 giugno 2007*, Trento, Giunta, 2008.

esempio, la gestione di un parcheggio già esistente) ed alcuni nei settori della difesa e della sicurezza.

L'aspetto più rilevante ed innovativo consiste nell'individuazione di quattro tipologie di procedura, che non costituiscono rigidi schemi di istituti contrattuali, ma principalmente individuano 4 diverse classi di tutela e relative condizioni. La direttiva distingue in procedura aperta (ove ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta), ristretta (chiunque può chiedere di partecipare e l'autorità appaltante decide quali parti invitare a presentare un'offerta), negoziata (procedura in cui le autorità appaltanti consultano gli operatori selezionati e negoziano direttamente con essi i termini di un appalto), dialogo competitivo (nel caso di appalti molto complessi[72], in cui l'entità appaltante discute i requisiti e le soluzioni con i candidati ammessi a una procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte). Brevemente, la direttiva, all'art. 28, qualifica come ordinarie la procedura aperta e quella ristretta, limitando alle "condizioni specifiche espressamente previste" agli artt. 29-31 l'eccezionale ricorso alla procedura negoziata ed a quella di dialogo competitivo.

Ai fini della presente analisi sulla collaborazione pubblico-privata, ricopre un ruolo particolarmente importante la procedura di dialogo competitivo che, pur non suddividendo il rischio, richiede una forte cooperazione tra le parti coinvolte nell'ideazione della proposta progettuale. Di fatto, il dialogo competitivo, unitamente al c.d. partenariato, costituisce una delle principali risorse per sfruttare il ricorso al *know-how* privato, obiettivo primario insieme a quello di spartizione di rischi e gravami economici (quest'ultimo non perseguibile negli appalti).

Un altro profilo di particolare interesse per il presente studio è l'espressa estensione delle prestazioni oggetto dell'appalto tanto all'esecuzione quanto alla progettazione, nonché alla realizzazio-

[72] Ai fini del ricorso alla procedura di dialogo competitivo, un appalto pubblico è considerato "particolarmente complesso" quando l'amministrazione aggiudicatrice non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto.

ne con qualsiasi mezzo operata. In breve, risulta recepita l'esigenza di richiedere un maggior coinvolgimento privato nelle diverse fasi dell'appalto.

Come anticipato, in linea con le premesse comunitarie, gli ulteriori profili salienti del rinnovato corpus normativo comunitario furono l'attenzione alla trasparenza, che venne garantita con adeguata pubblicazione di avvisi sugli appalti pubblici sulla Gazzetta Ufficiale UE[73], ed in particolare con la precisa previa specificazione dei criteri di aggiudicazione, individuati nell'offerta economicamente più vantaggiosa (in base a criteri quali la qualità, il prezzo, il merito tecnico, il servizio post-vendita) o nel prezzo più basso. Unitamente a tale esigenza di trasparenza, viene imposta una particolare attenzione agli obblighi di motivazione delle amministrazioni, in linea con i principi fondamentali sopra citati.

Quanto, infine, alla direttiva 2004/17/CE[74], essa risponde alla necessità di garantire l'apertura del mercato nonché un giusto equilibrio nell'attuazione degli appalti relativi ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, direttiva ora sostituita dalla direttiva 2014/25/UE, alla trasposizione della quale gli Stati membri sono stati onerati entro e non oltre il 18 aprile 2016.

Come la direttiva 18, anche la direttiva 2004/17/CE, relativamente ai c.d. settori speciali, si applica agli appalti indetti da un ente aggiudicatore per quanto concerne forniture, servizi e lavori. Tuttavia, essa non si applica alle concessioni di lavori o di servizi, solo in seguito disciplinate dalla direttiva 2014/23/UE.

Al di là delle limitazioni soggettive (enti committenti) ed oggettive (settori), per la cui analisi si rinvia ad altri contributi ad esse dedicati[75], l'attenzione alla ricerca del miglior partner privato si rivela

---

[73] Si noti che le pubblicazioni, secondo la direttiva, dovevano contenere necessariamente informazioni quali scadenze per le offerte, lingua dell'offerta, criteri di aggiudicazione e loro relativa importanza, nonché certificati/documenti da allegare alle offerte per permettere la valutazione dell'idoneità del candidato all'esecuzione dell'appalto.

[74] Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

[75] *Ex multis*: G. Conti, *Introduzione alla direttiva comunitaria che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acque e di energia, degli enti che*

nei criteri di aggiudicazione, ossia il prezzo più basso oppure il caso in cui l'aggiudicazione sia concessa all'offerta più vantaggiosa economicamente, valutazione quest'ultima effettuata in base a qualità, prezzo, valore tecnico, nonché caratteristiche ambientali, fermo restando l'onere di motivazione.

Unitamente all'onere di motivazione, il principio di trasparenza viene garantito con riferimento alle specifiche tecniche, che devono comparire nella documentazione dell'appalto e non devono creare ostacoli ingiustificabili per la gara, nonché alle condizioni di partecipazione, che mirano ad accertare l'attitudine degli operatori economici alla partecipazione ad un appalto (sulla base dei criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed alle capacità professionali e tecniche) ed a combattere la frode e la corruzione, escludendo operatori condannati per tali reati. In ultimo, si osservi che per la particolare delicatezza dei settori interessati, non viene consentito il ricorso al dialogo competitivo, escluso dalle procedure adottabili.

Infine, si osserva solo che, con riferimento ai considerando, vi è una sostanziale sovrapposizione delle due direttive, che si pongono con il medesimo substrato giuridico teorico di base.

2.1.4. *Alcune osservazioni intermedie*

Alcune osservazioni intermedie circa i rilievi sopra effettuati.

Certamente il primo è che la crisi economica è stata sostanzialmente anticipata nel dibattito del 2004 (seppur già allora avvertita in modo minore), in quanto il principale obiettivo dell'Unione è stato quello di promuovere strumenti di collaborazione tra P.A. e privati che consentissero la copertura di bisogni ed interessi pubblici

---

forniscono servizi di trasporto e servizi postali (Commento alla Dir. CE 2004/17), in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, n. 4, 2004, p. 801; L. Germani, *Le innovazioni della direttiva 2004/17/CE*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3, 2006, p. 264; B. Rinaldi, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali (nota a CGCE sez. V 10 aprile 2008 (causa C-393/06))*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, 2008, p. 975; Aa.Vv., *Le regole della concorrenza e i principi comunitari nel recepimento delle Dir. 2004/18/CE e Dir. 2004/17/CE: Trento, 8 giugno 2007*, cit.

con minore o assente impatto sul bilancio. La connessione tra crisi economica e normativa è purtroppo evidente nella fase economica dell'ultimo decennio, anche se le ristrettezze economiche hanno di fatto riproposto temi in precedenza parzialmente sopiti. Come si vedrà, l'impatto della crisi sulla normativa è evidente tanto in materia di diritto amministrativo quanto in materia di regime economico e finanziario nazionale, considerata, peraltro, la forte incidenza dei patti di stabilità sulle scelte amministrative.

Inoltre, è evidente l'incidenza dei principi comunitari sull'azione amministrativa, in quanto sostanzialmente posti a garantire a loro volta i principi di economicità, efficacia ed efficienza, già presenti in numerose legislazioni nazionali e che la Corte dei Conti UE ha esteso anche agli stessi organi ed alle autorità europee.

Altro profilo di analisi che appare importante, è la convinzione diffusa nell'UE (ma anche nei singoli Stati membri) di una proficua correlazione tra gli input dell'UE e i risultati. Difatti, è evidente che i documenti legislativi UE, vincolanti e non, formino parte fondamentale del dibattito interno ai confini nazionali, dato lo stretto legame tra la politica economica comunitaria e le politiche di sostegno di una pubblica amministrazione efficiente. In particolare, l'UE propone riforme volte a sviluppare strategie di gestione efficace delle politiche pubbliche, nonché trasparenza, integrità e responsabilità nella pubblica amministrazione e nella spesa dei fondi pubblici, come pure una maggiore efficienza dei servizi amministrativi.

In sostanza, la priorità della politica e delle legislazione comunitaria a favore dei Paesi membri è quella di contribuire a migliorare le capacità e l'efficienza della pubblica amministrazione.

Ciò, ovviamente, nei limiti della competenza dell'Unione, che tuttavia, come osservato, si estende a molteplici settori in ragione della *vis* espansiva dei principi fondamentali dell'Unione, sui quali quest'ultima sovrintende, ivi compresi i principi di concorrenza e libero mercato, che incidono profondamente e diffusamente sul diritto amministrativo.

Inoltre, da questa prima fase riformatrice risulta già abbozzato l'intento del legislatore comunitario (inteso in senso lato), ossia quello non di prevedere rigidi schemi dogmatici ed irrinunciabili

istituti giuridici, bensì di voler sollecitare gli Stati membri a correggere le rispettive discipline nazionali, in piena autonomia, ma nell'assoluto rispetto dei principi fondamentali del mercato unico, sopra enunciati. Difatti, si osservi che, allora come nel dibattito successivo, l'Unione non adotterà prevalentemente atti vincolanti e rigidi, ma piuttosto direttive, pareri e documenti di riflessione.

In sostanza, la normativa europea si scopre tesa a predisporre principi a tutela dei partecipanti alle procedure e delle loro aspirazioni di concorrere nel mercato, senza dimenticare, tuttavia, il risvolto benefico sull'efficienza della P.A. In particolare, le regole sull'evidenza pubblica, nel contesto europeo, si preoccupano di arginare il ricorso ai modelli meno garantisti nell'ottica della concorrenza, valorizzando l'urgenza soltanto ove non vi siano circostanze imputabili all'amministrazione: l'interesse delle imprese, dunque, non deve essere sacrificato sull'altare delle esigenze, non meritevoli di protezione, di un'amministrazione incapace[76].

2.2. *Il dibattito post 2004*

Come osserverà la Commissione Europea, le Pubbliche Amministrazioni degli Stati membri hanno mostrato la tendenza a ricorrere spesso ad operazioni di PPP per realizzare progetti infrastrutturali, in particolare nel settore dei trasporti, della sanità pubblica, dell'istruzione e della sicurezza pubblica.

Sul piano europeo, si era riconosciuto che il ricorso alle PPP potesse contribuire alla realizzazione delle reti transeuropee dei trasporti, realizzazione che ha subito forti ritardi, in particolare a causa di un'insufficienza degli investimenti[77].

Nel quadro, poi, delle iniziative per la crescita, il Consiglio ha approvato una serie di misure volte ad aumentare gli investimenti per le infrastrutture della rete transeuropea e nel settore dell'inno-

[76] Così, efficacemente, F. Fracchia, *Ordinamento europeo e appalti pubblici*, cit., p. 153.

[77] Sul punto si osservi la comunicazione della Commissione del 23 aprile 2003 "Sviluppare la rete transeuropea di trasporto: finanziamenti innovativi, interoperabilità del telepedaggio", COM (2003) 132, e la relazione del gruppo ad alto livello sulla rete transeuropea di trasporto del 27 giugno 2003.

vazione, nonché della ricerca e dello sviluppo, in particolare tramite l'attuazione di operazioni PPP[78].

Inoltre, è emerso come le autorità pubbliche ricorrano a strutture di partenariato con il settore privato anche per garantire la gestione di servizi pubblici, in particolare a livello locale. Infatti, servizi pubblici incentrati sulla gestione dei rifiuti o sulla distribuzione idrica o elettrica vengono sempre più spesso affidati ad imprese, sia pubbliche che private o miste.

Il Libro Verde sui servizi d'interesse generale[79], antecedente rispetto al Libro Verde del 2004, ricorda a tale riguardo che quando un'autorità pubblica decide di assegnare la gestione di un servizio ad un terzo, è obbligata a rispettare il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni, anche se questo servizio è considerato di interesse generale.

Peraltro, il Parlamento Europeo ha, del resto, riconosciuto che il rispetto di queste norme "può costituire uno strumento efficace per prevenire inopportuni ostacoli alla concorrenza, permettendo nello stesso tempo ai pubblici poteri di fissare e controllare le condizioni da soddisfare in termini di qualità, di disponibilità, di norme sociali e di tutela dell'ambiente"[80].

Inoltre, disposizioni dettagliate si applicano nei casi disciplinati dalle direttive relative al coordinamento delle procedure d'aggiudicazione degli appalti pubblici, ferma restando l'esigenza di mantenere per alcuni settori discipline distinte[81], seppur sia opportuno

---

[78] In tal senso le conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Bruxelles del 12 dicembre 2003.

[79] Commissione Europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM/2003/270 def.

[80] Risoluzione del Parlamento Europeo sul Libro verde sui servizi d'interesse generale, adottata il 14 gennaio 2004.

[81] Inoltre, in alcuni settori, ed in particolare nel settore dei trasporti, l'attuazione di un PPP può essere soggetta anche ad una legislazione settoriale specifica. Cfr. a proposito il regolamento CEE n. 2408/92 del Consiglio sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, il regolamento CEE n. 3577/92 del Consiglio concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri, il regolamento CEE n. 1191/69 del Consiglio relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, modificato dal regolamento CEE n. 1893/91, e la proposta modificata di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo all'azione degli Stati

anticipare che dopo l'ultima stagione di riforma del 2014 (di cui si parlerà più avanti) la tendenza percepita sia quello di voler ridurre il più possibile le deroghe alla disciplina generale.

Con tali premesse, successivamente all'intervento del Libro Verde, il partenariato pubblico-privato, e con esso le vicende connesse al rapporto collaborativo, è stato più volte oggetto di osservazioni e revisioni da parte delle Istituzioni comunitarie, nel tentativo di creare una cornice in cui gli Stati potessero sviluppare una propria disciplina coerente con gli obiettivi fissati[82].

Ed è evidente che gli strumenti in esame fossero destinati a produrre conseguenze sull'effettività e la qualità dei servizi pubblici offerti, qualora erogati dal privato, ma garantiti dal pubblico, secondo la rinnovata ripartizione dei ruoli. Al proposito, il ruolo affidato al partenariato nella gestione delle funzioni pubbliche è sempre più evidente alla luce degli interventi delle Istituzioni.

Non vi è dubbio che il dibattito avviato dal Libro Verde abbia suscitato notevole interesse intorno al fenomeno partenariale

---

membri in tema di obblighi di servizio pubblico e di aggiudicazione di contratti di servizio pubblico nel settore del trasporto di passeggeri per ferrovia, su strada e per via navigabile interna (COM (2002) 107 def).

[82] Gli interventi successivi al Libro Verde del 2004 sono costituiti principalmente da:

- Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 15 ottobre 2005, COM (2005) 0569;
- Parlamento Europeo, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006;
- Parlamento Europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 26 novembre 2006, 2006/2043 (INI);
- Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della commissione delle comunità europee sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, COM (2007) 6661;
- Commissione Europea, *Comunicazione - Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati*, 19 novembre 2009, COM (2009) 615;
- Parlamento Europeo, *Risoluzione sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*, 18 maggio 2010, 2009/2175 (INI).

e che si sia trattato di un'iniziativa, in generale, accolta favorevolmente.

La Commissione ha ricevuto quasi 200 contributi da un ampio ventaglio di partecipanti, compresi molti Stati membri. Sia il Comitato economico e sociale europeo[83] sia il Comitato delle regioni[84] hanno adottato pareri sul Libro Verde. Nel maggio 2005 è stata pubblicata una relazione che analizza tutti i contributi presentati nel corso della consultazione pubblica[85].

Il primo intervento di particolare interesse successivo al Libro Verde, però, a parere di chi scrive, è costituito dalla Comunicazione della Commissione del 2005, che ha inteso analizzare gli effetti delle esperienze pratiche dei Paesi membri, come illustrati nel corso della consultazione[86].

In tale sede, viene rilevata la necessità di dedicare i successivi interventi a temi ancora non sviluppati compiutamente, quali la procedura di aggiudicazione delle concessioni e la creazione di imprese detenute congiuntamente da un partner pubblico e da un partner privato al fine di prestare servizi pubblici (c.d. PPP istituzionalizzati).

Viene precisato che la consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza, la Commissione ha confermato di non intendere sottoporli a procedure di aggiudicazione identiche, senza con ciò voler ritenere esaurito il dibattito.

---

[83] CESE, *Parere sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 27-28 ottobre 2004, CESE 1440/2004. In questo contributo viene sottolineata l'indubbia difficoltà a raggiungere un'uniformità terminologica ed una chiarezza delle definizioni, anche alla luce delle differenze giuridiche prodotte dalla diversità applicativa.

Inoltre, in esso, "il CESE considera il PPP uno strumento economico dinamico e flessibile, in grado di fungere da catalizzatore per la presa in considerazione di determinati obiettivi economici, sociali ed ambientali come lo sviluppo sostenibile, l'occupazione e l'integrazione sociale, nonché uno strumento in grado di determinare un miglioramento reciproco delle culture dei partner pubblici e privati".

[84] Comitato delle regioni, *Parere sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 17 novembre 2004, (COM (2004) 327 def.), ECOS-037.

[85] Commissione Europea, *Relazione*, 3 maggio 2005, SEC (2005) 629.

[86] Commissione Europea, *Comunicazione*, 15 ottobre 2005, cit.

Viene, altresì, sottolineato il riscontro positivo ottenuto dallo strumento del dialogo competitivo, nuova procedura di aggiudicazione, specificamente pensata per gli appalti pubblici complessi e introdotta dalla direttiva 2004/18/CE; tale esito ha evidenziato il bisogno percepito dagli attori pubblici di avviare relazioni più flessibili e condivise con i partner privati.

Ma sotto un ulteriore profilo l'intervento della Commissione rappresenta un passaggio rilevante per il processo riformatore comunitario.

Difatti, osserva quanto già più sopra esplicitato, ossia che l'interesse per queste forme di collaborazione è dovuto, da un lato, ai vantaggi che le autorità pubbliche potrebbero trarre dal *know-how* del settore privato, soprattutto ai fini di un aumento dell'efficienza, e, da un altro, ai vincoli dei bilanci pubblici.

Avverte, poi, che "tuttavia, i PPP non costituiscono una soluzione miracolosa: per ciascun progetto è necessario valutare se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione, rispetto ad altre opzioni come la conclusione di un contratto più tradizionale".

E puntualizza, poi, che "il diritto comunitario è neutrale per quanto riguarda la scelta delle autorità pubbliche di svolgere esse stesse un'attività economica o di affidarla a terzi", ma che qualora le autorità pubbliche decidessero di coinvolgere terzi nell'esercizio di un'attività, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni potrebbe (o meglio dovrebbe) entrare in gioco.

Ciò propone principalmente due filtri fondamentali attraverso cui interpretare l'intento della Commissione.

In primo luogo, solo lo Stato membro può ben valutare l'opportunità di definire un peculiare rapporto contrattuale con il privato, ma lo strumento in nessun modo può avere il fine di aggirare i vincoli di contenimento della spesa, anzi deve essere promosso in virtù di auspicati benefici microeconomici.

In secondo luogo, viene sottolineata l'esigenza di distinguere i Partenariati da figure giuridiche che partenariali non sono, in modo da individuare le esperienze collaborative cui applicare i relativi principi del diritto europeo.

Così, l'iniziativa della Commissione ha rimarcato il fine della

normativa comunitaria di assicurare una effettiva concorrenza nel settore dei PPP, senza limitare indebitamente la flessibilità necessaria per realizzare progetti innovativi e spesso complessi, tesi condivisa da tutti i partecipanti alla consultazione del 2004/2005.

E in tale direzione si è posto il dibattito sui PPP a livello europeo.

Citando il Parlamento Europeo, "i PPP costituiscono un modo possibile per organizzare il compimento dei compiti del settore pubblico e quest'ultimo anche in futuro deve conservare la facoltà di decidere se eseguire una funzione direttamente oppure tramite una propria impresa o con terzi del settore privato"[87].

Lo stesso Parlamento, fornendo un'interessante definizione generale della categoria, considera che "i PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine, disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto"[88].

La Commissione, da parte sua, alla luce delle prime esperienze degli Stati membri, ha ribadito che "i PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici"[89].

E, poi, tali strumenti "dovrebbero essere incentrati principalmente sulla promozione dell'efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva".

Conseguentemente, si può concludere che l'attenzione dell'UE si sia concentrata su prospettive da un lato di riduzione delle spese, dall'altro di maggiore efficacia ed efficienza nella erogazione dei servizi pubblici.

---

[87] Parlamento Europeo, *Relazione*, 16 ottobre 2006, cit.

[88] Parlamento Europeo, *Relazione*, 16 ottobre 2006, cit., considerando C.

[89] Commissione Europea, *Comunicazione*, 19 novembre 2009, cit., introduzione.

Risulta, così, evidente come l'UE non svolga più solo un ruolo di supporto all'attività dei singoli Stati, ma si ponga come garante degli interesse dei cittadini, ruolo comprensibile nell'ottica evolutiva della cittadinanza europea.

A tal proposito, è interessante vedere come la contrattazione pubblica svolga un ruolo fondamentale anche nella strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva[90], all'interno della quale viene identificata come uno degli strumenti fondamentali del mercato europeo, necessario per raggiungere gli obiettivi di crescita fissati, mediante il miglioramento del contesto imprenditoriale e delle condizioni di mercato, stimolando, altresì, un uso più efficiente dei fondi pubblici.

Inoltre, la Commissione ha pubblicato, il 27 gennaio 2011, il Libro Verde sulla modernizzazione della politica degli appalti pubblici dell'Unione Europea[91], che aveva lanciato un'ampia consultazione pubblica sulle modifiche legislative finalizzate a facilitare e razionalizzare la procedura di aggiudicazione dei contratti, nonché a garantire un uso migliore degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche, aprendo così un dibattito finalizzato alla realizzazione di nuovi atti di impulso comunitari, consultazione che negli anni successivi avrebbe prodotto i primi risultati[92].

---

[90] Commissione Europea, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 def.

[91] Commissione Europea, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 def.

[92] In merito alle successive prospettive di riforma, si veda C. Contessa, D. Crocco, *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, Roma, DEI, 2015; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/Ue*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1, 2015, pp. 101-194; C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; C.E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014; S. Gallo (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; M. Ricchi, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 2014, pp. 741-759; Aa.Vv., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, pp. 1135-1167; J.A. Moreno Molina, *La nueva Directiva sobre contratación pública y su*

2.3. *Sul patto di stabilità e crescita*

Prima di procedere all'analisi dell'ultima fase del processo riformatore avvenuto in seno all'Unione Europea, occorre segnalare il ruolo che nell'illustrato scenario ha ricoperto il patto di stabilità e crescita (PSC) UE.

Rinviando ad altre sedi[93] l'analisi macroeconomica delle norme introdotte dall'Unione, pare utile ricordare i punti essenziali del percorso avviato dalla Comunità.

In breve, il PSC consiste in un insieme di regole volte a garantire che i paesi dell'Unione Europea perseguano una gestione corretta delle finanze pubbliche e coordinino le loro politiche di bilancio. Si tratta, infatti, di un accordo, stipulato e sottoscritto nel 1997 dagli Stati membri dell'Unione Europea[94], teso a rafforzare la sorveglianza e il coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nazionali per far rispettare i limiti relativi al disavanzo e al debito stabiliti dal Trattato di Maastricht nel 1992. In tale occasione, infatti, i Paesi membri avevano avviato il procedimento per la creazione dell'euro come moneta comune, ponendo alcuni requisiti di adesione all'Unione economica e monetaria dell'Unione Europea (Eurozona) ed imponendo agli Stati stessi il limite di disavanzo pubblico al 3% del PIL e il debito pubblico al 60%.

Orbene, tale documento ha sostanzialmente condizionato l'ultimo ventennio di politica nazionale e comunitaria, prevedendo tra l'altro che gli Stati membri si impegnassero "ad adottare i provvedi-

---

incorporación al Derecho español, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, 2014, pp. 16-21.

[93] Tra i tanti, R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea: processo costituente e governance economica*, Bologna, Il Mulino, 2015; R. Baldwin, C. Wyplosz, *The economics of European integration*, London, McGraw-Hill Education, 2015; O. Porchia, *Governance economica europea: strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; A. Olesti Rayo (a cura di), *Crisis y coordinación de políticas económicas en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2013; R. Dickmann, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013.

[94] Risoluzione del Consiglio Europeo relativa al patto di stabilità e di crescita (Amsterdam, 17 giugno 1997) [Gazzetta Ufficiale C 236 del 02/08/1997].

menti correttivi di bilancio necessari per conseguire gli obiettivi dei loro programmi di stabilità o di convergenza" e procedessero "senza indugio agli aggiustamenti correttivi del bilancio che ritengano necessari non appena ricevano informazioni indicanti il rischio di un disavanzo eccessivo".

È evidente, quindi, l'origine della continua interazione tra organi nazionali e organi sovranazionali, e in particolare tra i Governi nazionali e la Commissione e il Consiglio.

Successivamente, rispettivamente nel 1998[95] e 1999[96] sono entrate in vigore le disposizioni preventive e quelle correttive del PSC.

Tuttavia, già nel 2005, si è resa necessaria una rilevante modifica del patto di stabilità e crescita, che tenesse in maggior conto le singole circostanze nazionali e conferisse una maggiore logica economica alle norme da rispettare. In particolare si rese necessario rafforzare il meccanismo di sorveglianza e coordinamento[97], nonché correggere la procedura per il disavanzo eccessivo[98]; inoltre, considerata "l'eterogeneità economica e finanziaria nell'Unione, l'obiettivo di bilancio a medio termine dovrebbe essere differenziato per ogni singolo Stato membro, al fine di tener conto delle diversità delle posizioni e degli sviluppi sul piano economico e di bilancio, nonché del rischio finanziario con riferimento alla sostenibilità delle finanze pubbliche, anche a fronte di prevedibili evoluzioni demografiche"[99]. Inoltre, la rigidità del patto venne da più parti ritenuto il responsabile dell'inattuabilità del patto stesso.

Ancora, il PSC venne ampliato e reso più attuabile miglioran-

---

[95] Regolamento CE n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche.

[96] Regolamento CE n. 1467/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

[97] Regolamento CE n. 1055/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005 che modifica il regolamento CE n. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche.

[98] Regolamento CE n. 1056/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005 che modifica il regolamento CE n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

[99] Regolamento CE n. 1055/2005, considerando n. 5.

do in tal modo decisamente le norme sulla *governance* economica dell'UE grazie ad un insieme di nuove disposizioni del 2011, note come il *six pack*[100], che organizza il monitoraggio delle politiche economiche e di bilancio nell'ambito del semestre europeo.

In particolare, la direttiva 2011/85/UE, ivi contenuta, imponeva agli Stati membri di curare una loro programmazione finanziaria su previsioni macroeconomiche e di bilancio quanto più realistiche possibile, programmazione necessaria al fine di consentire una proficua sorveglianza e un controllo preventivo sulla stabilità dell'Unione monetaria.

Si noti che parallelamente gli Stati membri operavano riforme interne per controllare e sorvegliare l'operato dei livelli di governo inferiori, tenuti anch'essi ad osservare un patto di stabilità. Il controllo dell'indebitamento netto degli enti territoriali è stato così frequentemente affidato a regole fiscali contenute in un Patto di Stabilità Interno. Difatti, il PSC ha fissato, dunque, i confini in termini di programmazione, risultati e azioni di risanamento all'interno dei quali i Paesi membri possono muoversi autonomamente, potendo ben prevedere criteri e regole finalizzati alla gestione delle relazioni fiscali fra i vari livelli di governo. Ciò considerando che gli Stati membri sono responsabili davanti all'UE anche dell'operato degli enti territoriali.

Si giunge poi agli interventi del 2013, rappresentati principalmente dal c.d. "two pack" e dal c.d. patto di bilancio.

---

[100] Nel 2011 il patto di stabilità e di crescita è stato oggetto di un'ampia riforma. Essa raggruppa ad sei atti legislativi, che sono entrati in vigore il 13 dicembre 2011:

- il regolamento UE n. 1173/2011 relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro;
- il regolamento UE n. 1174/2011 sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro;
- il regolamento UE n. 1175/2011 che modifica le procedure di sorveglianza delle posizioni di bilancio;
- il regolamento UE n. 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici;
- il regolamento UE n. 1177/2011 che modifica la procedura per i disavanzi eccessivi;
- la direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

Quanto al primo, si tratta in realtà di due nuove disposizioni[101], tese a consolidare il ruolo del patto di stabilità e crescita, rafforzando il coordinamento economico tra gli Stati membri e introducendo nuovi strumenti di monitoraggio.

Come evidenziato nel regolamento UE n. 472/2013, l'ulteriore attenzione della Comunità è conseguenza del forte deterioramento del disavanzo pubblico e del debito degli Stati membri, successivi alla crisi economica contingente, che ha messo in crisi la stabilità economica degli Stati stessi, che hanno frequentemente avuto esigenza di ricercare assistenza fuori e dentro l'UE. In sostanza, il timore consisteva (e consiste tuttora) nelle potenziali ripercussioni negative all'interno dell'Unione monetaria della crisi di uno Stato della zona euro. Per tale ragione, vennero incrementate le procedure di controllo e sorveglianza sui conti nazionali.

Ed anche il regolamento UE n. 473/2013 interveniva in tal senso precisando che lo sviluppo della programmazione risulterebbe necessario per permettere agli Stati membri di "beneficiare non solo della definizione di principi guida e obiettivi di bilancio, ma anche di un monitoraggio sincronizzato delle rispettive politiche di bilancio". È evidente come tali disposizioni economiche abbiano inciso sulle politiche amministrative degli Stati che sempre più hanno dovuto cercare nuove soluzioni per rispettare i limiti di bilancio.

Quanto poi alla seconda fonte riformatrice del 2013 citata, il patto di bilancio europeo, formalmente *Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria* o *Trattato sul fiscal compact*, consiste in un accordo approvato con un Trattato internazionale il 2 marzo 2012 da 25 dei 28 stati membri dell'Unione Europea (ad esclusione di Regno Unito, Croazia e Repubblica Ceca), entrato in vigore il 1° gennaio 2013. Il patto contiene una serie di regole, chiamate "regole d'oro", che sono vincolanti

[101] Regolamento UE n. 472/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria; regolamento UE n. 473/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

nell'UE per il principio dell'equilibrio di bilancio e rivolte al miglioramento della *governance*.

Il patto di bilancio è sostanzialmente definito all'art. 3 del Trattato stesso, secondo cui gli Stati membri devono tendere ad una posizione di bilancio della pubblica amministrazione in pareggio o in avanzo, condizione rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato.

Tuttavia, viene previsto che "le parti contraenti [possano] deviare temporaneamente dal loro rispettivo obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo solo in circostanze eccezionali"[102]. La logica di tale clausola di flessibilità UE è quella di indurre i governi a sviluppare fino in fondo le riforme avviate, qualora siano argomentate sufficientemente in termini di rispetto dell'obiettivo di pareggio nel medio termine e salvo che non si renda necessario l'attuazione del meccanismo di correzione delle deviazioni significative dal programma iniziale.

Nel 2014, invece, un report sulle norme contenute nelle manovre c.d. "six pack" e "two pack", riesame già previsto dalla normativa, ha analizzato l'efficacia delle norme suddette, precisando che esse hanno contribuito al progresso del consolidamento di bilancio nell'UE, ma che l'efficacia dell'intero pacchetto normativo sarà valutabile solo in un periodo economico più sereno, restando finora inapplicate le disposizioni concernenti gli strumenti di prevenzione, ed ha infine sollecitato Parlamento e Consiglio a promuovere un nuovo dibattito su alcuni aspetti delicati, soprattutto in tema di trasparenza.

Infine, concludendo l'analisi delle principali fasi della politica di bilancio europea, nel 2015 la Commissione europea ha emanato li-

[102] Intendendosi per circostanze eccezionali, ai sensi del co. 3, lett. b), del medesimo art. 3, gli "eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine".

nee guida[103] sul modo in cui applicare le norme del PSC per rafforzare il legame tra riforme strutturali, investimenti e responsabilità di bilancio, a sostegno dell'occupazione e della crescita.

Tali linee guida sono state promosse principalmente al fine di incoraggiare l'attuazione effettiva delle riforme strutturali, di promuovere gli investimenti, segnatamente nel contesto del nuovo Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS), nonché di tenere maggiormente conto del ciclo economico nei singoli Stati membri, come già in precedenza auspicato.

A tal riguardo, a margine della pubblicazione delle linee guida, Valdis Dombrovskis, vicepresidente della Commissione e responsabile per l'euro e il dialogo sociale, aveva dichiarato che "il patto di stabilità e crescita è il pilastro della governance economica dell'UE", precisando che l'obiettivo è che "venga applicato in maniera intelligente, efficace e credibile. Con le linee guida odierne sull'uso della flessibilità nell'ambito del patto, cerchiamo di agevolare le riforme strutturali e gli investimenti che sono indispensabili per stimolare la crescita e creare nuovi posti di lavoro in Europa. Allo stesso tempo, facciamo in modo che siano rispettate le norme stabilite di comune accordo".

Ulteriormente esplicativo dell'interazione tra politica economica e politica amministrativa è il contenuto della Raccomandazione del Consiglio del 14 luglio 2015 sul programma nazionale di riforma 2015 e sul programma di stabilità 2015 dell'Italia. In tale atto, il Consiglio ha risposto alla richiesta dell'Italia di una deviazione temporanea pari a 0,4 punti percentuali di PIL dal richiesto percorso di avvicinamento verso l'obiettivo a medio termine nel 2016, che consentisse significative riforme strutturali con ricadute positive sulla sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche.

A commento della richiesta, il Consiglio ha sottolineato che la pubblica amministrazione italiana è ancora caratterizzata da significative inefficienze che gravano sul contesto imprenditoriale e sulla capacità del paese di attuare efficacemente le riforme. In particolare, ha precisato che "il corretto funzionamento dei mercati dei pro-

[103] Commissione Europea, *Comunicazione Making the best use of the flexibility within the existing rules of the stability and growth pact*, 13/01/2015 COM (2015) 12.

dotti e dei servizi è ancora ostacolato da una serie di restrizioni alla concorrenza. È all'esame del parlamento nazionale una legge intesa a rimuovere alcuni ostacoli in diversi settori. Permangono ostacoli rilevanti in taluni settori nell'ambito di applicazione della legge (servizi giuridici e farmacie), nonché in altri settori tra cui i servizi pubblici locali, i porti e gli aeroporti, le banche e la sanità. Il settore degli appalti pubblici resta caratterizzato da debolezze significative, nonostante un ricorso più ampio a procedure d'appalto centralizzate. I servizi pubblici locali, che mostrano segni evidenti di inefficienza, restano al riparo dalla concorrenza, con ricadute negative anche sulle finanze pubbliche. La gara aperta è utilizzata per una piccola parte di contratti, mentre la stragrande maggioranza dei contratti è assegnata 'in-house' o con procedure analoghe"[104].

Conseguentemente il Consiglio, sostanzialmente consentendo allo scostamento richiesto, ha raccomandato che l'Italia adottasse i provvedimenti necessari al fine di "attuare le leggi in discussione intese a migliorare il quadro istituzionale e a modernizzare la pubblica amministrazione", nonché di "attuare l'*Agenda per la semplificazione 2015-2017* al fine di snellire gli oneri amministrativi e normativi; adottare misure finalizzate a favorire la concorrenza in tutti i settori contemplati dal diritto della concorrenza e intervenire in modo deciso sulla rimozione degli ostacoli che ancora permangono; garantire la rettifica entro la fine del 2015 dei contratti di servizi pubblici locali che non ottemperano alle disposizioni sugli affidamenti *in-house*"[105].

In conclusione, pare evidente il ruolo del patto di stabilità nella politica economica e monetaria dell'Unione, ma, per comprendere la relazione tra patto di stabilità e PPP, è necessario richiamare la nota decisione Eurostat[106] (*Treatment of public-private partnerships* dell'11 febbraio 2004), riguardante il trattamento contabile, nei conti

---

[104] Raccomandazione del Consiglio del 14 luglio 2015 sul programma nazionale di riforma 2015 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2015 dell'Italia, punti 17 e 20.

[105] Raccomandazione del Consiglio del 14 luglio 2015 sul programma nazionale di riforma 2015 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2015 dell'Italia, punti 3 e 6.

[106] Ufficio Statistico dell'Unione Europea: si tratta di una Direzione Generale della Commissione Europea, il cui compito è quello di raccogliere ed elaborare dati dagli Stati membri dell'Unione europea a fini statistici, promuovendo il processo

nazionali, dei contratti sottoscritti dalla pubblica amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, nonché l'impatto di tali PPP sul bilancio e sul debito pubblico.

La decisione attiene al caso di contratti a lungo termine, conclusisi tra la pubblica amministrazione e un partner privato in settori di attività dove il Governo è fortemente coinvolto, per la realizzazione di una infrastruttura (*asset*) in grado di erogare servizi secondo parametri quantitativi e qualitativi stabiliti. La decisione in parola si applica solo nei casi in cui lo Stato sia il principale acquisitore dei beni e servizi forniti dall'infrastruttura, sia che la domanda sia originata dalla stessa parte pubblica che da terze parti.

Orbene, Eurostat, nella decisione divenuta un riferimento fondamentale nelle discipline nazionali[107], propose, in questi casi, che gli *assets* legati a tali forme di PPP non andassero classificati come attivo patrimoniale pubblico e che, pertanto, fossero registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche (*off balance*), qualora venissero rispettate due specifiche condizioni, ossia che il partner privato si assumesse il rischio di costruzione e che il partner privato si assumesse almeno uno dei due rischi tra quello di disponibilità e quello di domanda.

Questa classificazione ha, come evidente, importanti conseguenze sul deficit e sul debito pubblico. Infatti, in termini generali, se l'*asset* è classificato nel bilancio dello Stato (*on balance*), la spesa iniziale in conto capitale per la realizzazione dell'*asset* stesso dovrà essere registrata come formazione di capitale fisso, con impatto negativo sul deficit/surplus statale e, quindi, sul rispetto del patto di stabilità. In corrispondenza di questa spesa, il debito statale, infatti, aumenterà, con effetti negativi sul debito pubblico. Nel caso in cui, viceversa, l'*asset* venga considerato fuori bilancio dello Stato, le relative spese in conto capitale, sostenute dal partner privato, non incidono né sul disavanzo né sul debito pubblico, costituendo, quindi, un servizio offerto senza gravare sugli oneri assunti dallo Stato membro nell'ambito del PSC.

---

di armonizzazione della metodologia statistica tra gli Stati membri, e fornendo così all'Unione dati comparabili tra Paesi e regioni.

[107] Al proposito è inevitabile il richiamo, allora operato dal legislatore italiano, all'applicazione della decisione Eurostat nell'art. 3, co. 15-ter, d.lgs. 163/2006, previgente Codice dei contratti pubblici.

In sostanza, su tali argomenti si fonda il diffuso interesse sul partenariato: i PPP sono fondamentalmente utili perché (e se) riescono a non incidere sul bilancio e sui patti di stabilità, divenendo strumenti imprescindibili in questo periodo storico economico.

Tale considerazione è ancora più rilevante se si pensa alla questione spinosa dei ritardi dei pagamenti da parte della P.A. ai privati creditori. Questa situazione ha reso particolarmente complicato e rigido il rapporto di collaborazione tra le parti, portando il privato frequentemente a situazioni di difficoltà economica, essendo altrettanto frequente che il principale committente fosse quello pubblico[108]. D'altro canto, seppur il fenomeno sia ora oggetto di continue attenzioni, è innegabile che il ritardo nel pagamento sia un problema irriducibile in presenza dei limiti di liquidità di cui soffre la pubblica amministrazione. Le cause dei ritardi possono essere ricondotte, quindi, a tre principali ordini di problemi, ossia alla ristrettezza dei bilanci pubblici (ed in particolare alla mancanza di liquidità), all'applicazione di norme impeditive dei pagamenti (come appunto i vincoli posti dal Patto di Stabilità Interno) ed alla complessità della procedura contabile, nonché alla funzione di controllo e di freno della spesa pubblica svolta dalla burocrazia contabile[109]. Ecco, pertanto, l'origine pratica della fortuna (almeno astratta, nel dibattito) del modello partenariale.

---

[108] Si pensi al proposito che il fenomeno ha imposto l'attenzione dell'Unione Europea tanto da pubblicare la direttiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, secondo la quale le P.A. risulterebbe obbligate a pagare entro 30 giorni (in casi particolari 60), pena una penale automatica. Tuttavia, nonostante il recepimento degli Stati membri (in Italia con il d.lgs. 192/2012), la problematica non ha cessato di esistere e tale recepimento, appunto, è rimasto solo sulla carta, proprio in ragione dei vincoli di bilancio. Tuttavia, gli interventi correttivi progressivamente intervenuti, unitamente all'avvento del sistema di fatturazione elettronica obbligatoria verso la P.A., hanno consentito un monitoraggio più diffuso da parte del MEF, che nell'agosto 2015 osservava come la P.A. stesse mediamente pagando i fornitori entro 40 giorni (quindi "fuori legge"), dato comunque che allora risultava parziale, riferendosi ai movimenti del solo 28% degli Enti coinvolti. Certamente, la capillarità del sistema elettronico, consentirà una maggiore revisione delle irregolarità su tale aspetto.

[109] G. Matteo, *Il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2013, p. 687.

2.4. *Sulla recente disciplina comunitaria in tema di contrattazione pubblica: le direttive 2014 c.d. di quarta generazione*

Come risulta evidente dall'analisi sopra effettuata, il principale obiettivo della disciplina comunitaria degli appalti pubblici è stato, sino al pacchetto normativo del 2004 (ed interventi collegati), il contrasto dei protezionismi statali, l'eliminazione delle barriere all'accesso ai mercati nazionali e la promozione della concorrenza fra gli operatori comunitari, con una particolare attenzione alle norme anti-corruzione.

In tale prospettiva, almeno in via di astrazione giuridica, le deroghe alle regole a difesa della concorrenza, ammesse dal diritto UE, dovevano essere poche e rigorosamente soggette ad interpretazione restrittiva, mentre il reale svolgimento dell'intervento legislativo dei singoli Stati ha visto il moltiplicarsi di settori esclusi e di eccezioni, che venivano prontamente regolamentate dal legislatore, con un evidente aggravio dell'analisi e della selezione normativa cui è stato chiamato l'operatore del diritto. Alle inevitabili contraddizioni di sistema ha tentato di porre rimedio la giurisprudenza nazionale e comunitaria, ora in gran parte recepita nelle direttive di quarta generazione del 2014[110].

In parallelo all'evoluzione interpretativa, il legislatore UE ha così cercato di consolidare il portato della giurisprudenza e di adeguare il quadro normativo complessivo, rilevando una stratificazione di misure settoriali, spesso a scapito dell'efficacia e della funzionalità agli obiettivi perseguiti. Da qui l'esigenza di snellire e semplifica-

[110] Nel merito della riforma comunitaria si veda, tra i più recenti,: Aa.Vv., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, pp. 1135-1167; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/Ue*, cit.; C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., 2015; C. Lamberti, S. Villamena, *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2015, p. 873; F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, Giappichelli, 2014; M. Almeida Cerreda, I. Martín Delgado (a cura di), *La nueva contratación pública*, Toledo, Red Internacional de Derecho Europeo, 2015; J.M. Gimeno Feliu (a cura di), *Las nuevas directivas de contratación pública*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

re regole soprattutto procedimentali, di frequente molto dettagliate e fortemente restrittive del contenuto discrezionale della decisione amministrativa. Ad essa si è aggiunta l'ulteriore esigenza di favorire l'innovazione, vale a dire dare spazio allo sviluppo di soluzioni nuove per le autorità aggiudicatrici e sfruttare rapidamente i vantaggi proposti dagli operatori economici che, in peculiari settori, per primi introducono modelli o schemi operativi inconsueti[111].

Di particolare interesse è il cambio di rotta, almeno apparente, del legislatore comunitario che pare avere dimenticato il dibattito sullo strumento partenariale (che invero appare in forma imprevedibile nella direttiva appalti e non in quella concessioni), riaprendo, invece, il mercato al soggetto pubblico. Ciò è particolarmente evidente nella direttiva 2014/24/UE, nonché nell'orientamento della CGE[112], che ha esteso maggiormente la cerchia dei possibili partecipanti alle gare pubbliche.

Si tratta dell'introduzione di un corpus normativo in materia di contratti pubblici, segnatamente ripartito nelle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, cui verrà dedicata specifica trattazione ed al cui recepimento gli Stati membri erano tenuti entro il 18 aprile 2016.

In pratica, si è registrato l'ennesimo intervento normativo in una materia particolarmente studiata e discussa in sede europea da oltre quarant'anni, intervento che rappresenta la traduzione di un decennio di dibattiti ed analisi, come quello più sopra illustrato. Come già segnalato in precedenza, la copertura del settore della contrattazione pubblica (anche per ragioni competenziali) è avvenuta solo progressivamente, procedendo da singole tipologie contrattuali fino ad abbracciare la quasi totalità dei settori e dei relativi strumenti.

Gli appalti pubblici hanno un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, definita nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, intitolata "Europa 2020 – una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" ("strategia Europa

---

[111] H. Caroli Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, p. 1140.

[112] In particolare, si veda CGE, Sez. V, 18/12/2014, causa C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl e Regione Lombardia, Bio-Development Srl*, in *curia.europa.eu.*

2020"), in quanto costituiscono uno degli strumenti, basati sul mercato, necessari per ottenere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici.

Come già osservato con riguardo alle precedenti disposizioni normative, anche le direttive 2014 sono state introdotte con lo scopo di promuovere la concorrenza tra gli operatori economici, di perseguire obiettivi di semplificazione e maggiore flessibilità delle procedure d'appalto, proponendosi così come strumento anticorruttivo e di efficientamento delle risorse pubbliche[113]. Tuttavia, pare evidente dalla lettura delle direttive che la sintesi dell'intento comunitario sia rintracciabile proprio nella ricerca di una maggiore flessibilità, sul presupposto che la corruzione non sia vincibile dalle norme, dipendendo da un'autonoma scelta del singolo, e che, pertanto, alcun beneficio specifico apporterebbe una rigida procedimentalizzazione.

Orbene, in tale scenario le direttive 2014 sono intervenute per procedere senz'altro nel percorso già solcato, con una particolare attenzione all'armonizzazione tra gli Stati membri, reale ostacolo alla corretta attuazione del mercato unico.

L'obiettivo di superare l'asimmetria legislativa interna all'Unione si è tradotto nella normazione di ogni ambito, anche collaterale, della disciplina dei contratti pubblici, che di fatto ha lasciato uno spazio limitato all'intervento integrativo del legislatore nazionale, frequentemente protagonista di eccessi di regolamentazione[114]. Tale decisione di ridurre al minimo l'intervento nazionale sul nuovo corpo normativo, adottata in sede europea (e che sembra sia stata accolta anche dai legislatori nazionali[115]), consentirebbe di porre le basi per

---

[113] Così, ha opportunamente osservato F. Sciaudone, *Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[114] Nel caso italiano, ad esempio, il legislatore nazionale ha in precedenza optato per un recepimento integrato, ossia per un intervento contenente regole aggiuntive, ulteriori e maggiori rispetto alle disposizioni definite dal legislatore europeo.

[115] Così, infatti, il legislatore italiano con la legge delega n. 11/2016. Parimenti, il legislatore spagnolo nella bozza di *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público* pubblicato dal Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas il 17/04/2015.

una maggiore omogeneità delle discipline degli Stati membri e di ridurre le antinomie tra diritto nazionale ed europeo.

L'impianto complessivo delle direttive affida un ruolo maggiormente decisorio alle amministrazioni aggiudicatrici, riducendo i limiti e le "briglie" delle procedure di aggiudicazione. Tale intento, chiaro, ad esempio, nel nuovo strumento del soccorso istruttorio, si contrappone ad altre precedenti scelte legislative fortemente invasive e limitanti; ad esempio in Italia il legislatore del 2006 adottò una regolamentazione rigida, consentendo maggiore libertà alle amministrazioni solo mediante i meccanismi derogatori. Il nuovo corpo normativo comunitario capovolge il sistema ritenendo la semplificazione la regola e la maggior regolamentazione una deroga da motivare.

Il legislatore comunitario, quindi, accorda sostanziale maggiore fiducia alle amministrazioni pubbliche, valorizzandone il ruolo e prevedendo che, al fine di contrastare i fenomeni corruttivi, sia necessaria una promozione delle capacità tecniche ed un rafforzamento degli obblighi di trasparenza, nonché dei controlli gestionali successivi nel corso del rapporto. Viceversa pretende che sia data minore considerazione e fiducia al rigido rispetto degli aspetti procedurali e formali.

Certamente, la sconfitta del formalismo e della rigidità è risultata evidente dall'abnorme contenzioso sorto sulle pretese violazioni delle procedure, vanificando ogni sforzo di promuovere l'interesse pubblico.

A tal proposito, si ritiene di poter aderire alla considerazione secondo cui la complessità della forma si affianca alla instabilità normativa, richiedendo continui adeguamenti legislativi ed interventi modificatori, spesso disomogenei e confusi, e, entrambe considerate, costituiscono terreno fertile per l'insorgenza di contenzioso[116].

Pertanto, come teorizzato dalla migliore Dottrina giuridica[117], la

[116] P. Sestito, *Relazione sul recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici*, 16 giugno 2014, Camera dei deputati.

[117] Tra i tanti, C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005; G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006; G. Tesauro (a cura di), *Concorrenza ed*

certezza del diritto, intesa come stabilità e logicità dello stesso, costituisce la migliore garanzia dell'efficienza del sistema e delle procedure, anche nel settore in esame.

Le direttive 2014 sono caratterizzate da un rilevante articolato, cui ha optato il legislatore comunitario al fine di ridurre lo spazio discrezionale degli Stati e così ricercare quanto più possibile l'armonizzazione dei sistemi nazionali. Fondamentale caratteristica del pacchetto normativo è l'interesse non solo per l'aggiudicazione, ma anche per l'esecuzione dei contratti, sulla scia dell'osservazione condivisa che la collaborazione tra pubblico e privato va verificata ed osservata non solo nella fase preliminare, ma anche nella fase esecutiva, in cui si possono rinvenire altrettante occasioni di inefficienza.

Le direttive, considerate complessivamente, sono caratterizzate, inoltre, per il recepimento, nel testo, degli aggiornamenti contenuti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, in particolare in termini di definizioni rilevanti per l'ambito di applicazione soggettivo, mentre con riferimento all'ambito oggettivo risultano aggiornate le soglie già previste per l'obbligo di gara europea.

Quanto alle disposizioni peculiari di ogni direttiva, brevemente, le novità possono essere comunque ricondotte unitariamente alla semplificazione procedurale, alla responsabilizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici, ai nuovi criteri di assegnazione, nonché ad una rinnovata attenzione per le PMI (cui sono indirizzate varie disposizioni semplificatrici)[118].

2.4.1. *La direttiva 2014/23/UE*

Procedendo nell'analisi delle singole disposizioni comunitarie, la trattazione non può che prendere mossa dalla direttiva 2014/23/UE[119], che disciplina lo strumento contrattuale che meglio riassume

effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, Giuffrè, 2013.

[118] Puntuali riflessioni a tal riguardo sono rinvenibili in F. Sciaudone, *Le nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[119] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

i caratteri della collaborazione/partenariato pubblico-privato, così come individuati nel dibattito post Libro Verde 2004 sopra illustrato: la concessione.

Orbene, con specifico riferimento alla direttiva in esame, occorre premettere che tale impianto normativo rappresenta un fondamentale e auspicato intervento sullo strumento concessorio, rappresentando quest'ultimo ormai un rilevante strumento di affidamento al privato di esercizi di interesse pubblico; in particolare, tale intervento normativo si è soffermato sulle modalità di determinazione del valore economico della concessione e sulla definizione del c.d. rischio operativo, individuato quale elemento qualificatore determinante.

A tal proposito, chiarissima è la premessa del legislatore comunitario già dal considerando 1, in base al quale "l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione, dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), vengono privati dei loro diritti nell'ambito del mercato interno e perdono importanti opportunità commerciali, mentre le autorità pubbliche talvolta non riescono a utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini dell'Unione servizi di qualità ai prezzi migliori. Un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione, assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo, quindi, gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. Tale quadro giuridico consentirebbe, inoltre, di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e potrebbe costituire una base e uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali. Particolare importanza dovrebbe essere attribuita al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione".

Risulta evidente come il presupposto dell'intervento legislativo sia certamente la ricerca di maggiore certezza giuridica, efficacia ed effettività della concorrenza.

L'attenzione della direttiva è, inoltre, rivolta alla chiarezza ed alla semplificazione delle norme relative all'aggiudicazione di concessioni, che dovrebbero tenere debito conto della specificità delle concessioni rispetto agli appalti pubblici e non dovrebbero comportare eccessivi oneri burocratici[120].

La direttiva 2014/23/UE definisce le norme per i contratti stipulati da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori del settore dei servizi affidati tramite concessione. E con il recepimento della direttiva i due istituti giuridici della concessione di lavori e della concessione di servizi dovranno essere assoggettati alla stessa disciplina normativa[121].

Brevemente, le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici[122]. Prima caratteristica di tali contratti è che il corrispettivo dei lavori o servizi può consistere nel diritto di gestire i lavori o i servizi oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo. Inoltre, il diritto di gestire i lavori o servizi deve implicare il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporti, nello specifico, la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati.

In astratto la concessione può, poi, implicare o meno un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, realizzando di fatto un interesse pubblico.

In tale contesto, i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di benefi-

---

120 Così direttiva 2014/23/UE, considerando n. 2.

121 Per un interessante commento sulla direttiva 2014/23/UE, tra gli altri, M. Hernando Rydings, *El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión*, in M. Almeida Cerreda, I. Martín Delgado (a cura di), *La nueva contratación pública*, cit.

122 Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 11.

ciare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione[123].

Come già anticipato negli scorsi capitoli, fino alla direttiva 2014, l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici era soggetta alle norme di base della direttiva 2004/18/CE, mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero era soggetta unicamente ai principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, che, tuttavia, restano applicabili ad ogni rapporto comunque concluso.

Il legislatore comunitario ora interviene per ovviare al rischio di mancanza di certezza giuridica, dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del Trattato da parte dei legislatori nazionali ed a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri, solo parzialmente limitato dalla copiosa giurisprudenza della CGE con riferimento ad alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Come annunciato, quasi a titolo programmatico, dal considerando n. 4, è risultato necessario, a livello di Unione, "applicare in maniera uniforme i principi del TFUE in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi al fine di eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno", con ciò favorendo l'efficienza della spesa pubblica, la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione, nonché il conseguimento di obiettivi sostenibili delle politiche pubbliche.

Ad avviso di chi scrive, un monito ed invito molto chiaro ed in precedenza non adeguatamente recepito dai legislatori nazionali (in particolare da quello italiano) è contenuto nei successivi considerando nn. 5, 6 e 7, secondo i quali la disciplina comunitaria (anche nelle direttive 24 e 25) non impone in alcun modo di devolvere sempre e comunque al privato l'erogazione di servizi o forniture,

[123] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 3.

nonché l'esecuzione di lavori di interesse pubblico, ma prescrive, ove venga scelta la strada della collaborazione col privato, di seguire le procedure ed i principi fissati a livello comunitario per garantire la concorrenza: ovvero, non fate dire alla direttiva ciò che non vuole significare! E su tale premessa, pare proprio fondarsi l'invito ai legislatori nazionali di limitare all'essenziale il proprio intervento additivo, per non snaturare il quadro normativo comunitario.

In particolare, la direttiva in esame "riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere [*N.d.R.*: *leggasi non incide*] sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico".

Conseguentemente, "gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi". Tale precisazione non può che rilevare se si pensi alla stagione delle privatizzazioni negli anni '90, in cui, in nome della pressione comunitaria, vennero adottati numerosi interventi sui servizi d'interesse economico generale, mentre ora viene riconosciuta la libertà di definirne "l'ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche". La direttiva, quindi, non dovrebbe nemmeno comportare (ossia non comporta) la liberalizzazione di servizi di interesse economico generale, riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi, oltre alla organizzazione con soggetti pubblici dei servizi

sopra citati. Il che è particolarmente rilevante con riguardo alla diffidenza per il c.d. affidamento in house[124].

Ciò premesso, la direttiva 23 procede, dunque, ponendo due fondamentali premesse logiche all'intervento normativo.

In primo luogo, come sopra illustrato, risulta impregiudicata la libertà per gli Stati membri di organizzare e programmare i servizi, senza che sia previsto alcun obbligo di outsourcing proconcorrenziale, ma viene disposto semplicemente un obbligo di gara, ove l'amministrazione opti per l'outsourcing[125], in attuazione del principio di concorrenza nel mercato.

In secondo luogo, la direttiva propone un coordinamento minimo delle procedure nazionali solo al di sopra di una certa soglia, che viene fissata in € 5.186.000[126], soggetta a modifiche ogni due anni a decorrere dal 30 giugno 2013[127], ferma restando l'applicazione in ogni caso dei principi dei Trattati.

La scelta di una soglia così elevata è motivata dal target dell'intervento del legislatore europeo[128]: "l'interesse transfrontaliero" degli "operatori economici con sede in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore"[129].

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, in termini generali, la direttiva si applica all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi a operatori economici da parte di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, intendendo quali amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, le autorità regionali o locali oppure organismi di diritto pubblico, mentre quali enti aggiudicatori le autorità o operatori nel settore dei servizi, che esercitano una delle attività men-

---

[124] Sul punto, C. Volpe, *L'affidamento in house: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[125] G. Veltri, *La nuova direttiva concessioni*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[126] Direttiva 2014/23/UE, art. 8.

[127] Direttiva 2014/23/UE, art. 9.

[128] H. Caroli Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici*, cit., p. 1137.

[129] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 23.

zionate nell'appalto e che si aggiudicano una concessione allo scopo di svolgere tale attività[130].

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della direttiva[131], al fine poi di risolvere una confusione terminologica, peraltro ben presente nell'ordinamento italiano, viene chiarito che non rappresentano concessione ai fini comunitari quegli "atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi"[132].

Parimenti non configurano ipotesi concessoria alcuni "accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici"[133].

Infine, non sono concessioni, ai fini della direttiva, i contratti che non implicano pagamenti al contraente e ai sensi dei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio[134], non potendovisi individuare quel rischio operativo che la direttiva ritiene essenziale per configurare un'ipotesi di concessione, aderendo ai principi di cui al Libro Verde 2004.

È proprio il considerando n. 18, poi, a precisare che "le difficol-

---

[130] Al proposito direttiva 2014/23/UE, art. 1, co. 2, nonché artt. 6 e 7.

[131] Sono escluse dall'applicazione della direttiva, ai sensi degli artt. 10-17, le concessioni nei settori di servizi di trasporto aereo (art. 10), settore idrico (art. 12), gli affidamenti in house (art. 17), nonché parzialmente le concessioni nel settore della difesa e sicurezza (art. 10.5 e 6), e nei servizi sociali e sanitari.

[132] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 14.

[133] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 15.

[134] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 17.

tà legate all'interpretazione dei concetti di 'contratto di concessione' e di 'appalto pubblico' hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea" e che, pertanto, "è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di 'rischio operativo'".

E, qui, in tale concetto si rinviene l'innovazione logica della direttiva in esame. Difatti, secondo il legislatore comunitario, "la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica, che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore".

In tale occasione, con tali espressioni, la direttiva parrebbe discostare lo strumento concessorio dalla definizione prevista per i partenariati nel Libro Verde 2004 al punto 1.1.2., secondo cui la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato, non avrebbe implicato, tuttavia, necessariamente che il partner privato si assumesse tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione, dovendosi effettuare la spartizione caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Secondo la direttiva in esame, invece, l'assunzione di un rischio effettivo e concreto diventa l'elemento principale e si può ritenere che si debba individuare un rischio rilevante. Peraltro, si ritiene che l'effettiva attribuzione di un rischio in capo al privato sia una misura adeguata a selezionare in anticipo i partners adeguati e meritevoli, consentendo di scoraggiare coloro che non sono in possesso di un piano adeguato ad autosostenersi. Diversamente, la copertura integrale dei rischi da parte del pubblico potrebbe incentivare la partecipazione anche di soggetti meno diligenti.

Al proposito, la direttiva prosegue segnalando che "l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi

perdita potenziale, garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura"[135].

Conseguentemente, non si tratterebbe di concessione in questa accezione qualora la regolamentazione settoriale specifica eliminasse il rischio, prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, mentre risulterebbe ammissibile una limitazione prevista *ab origine* del rischio stesso. Al proposito, è opportuno ricordare come già la CGE avesse già stabilito, antecedentemente alla direttiva, che non può esistere nessun rischio qualora il concessionario riceva un importo fisso con riferimento allo sfruttamento dell'opera[136]. Sempre la Corte, in altra circostanza, ebbe occasione di affermare che il rischio di gestione economica (concetto da cui proviene il rischio operativo) deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio[137].

Una precisazione di particolare rilievo è, poi, quella secondo cui il rischio operativo di cui sopra non può consistere in un rischio per cattiva gestione o, comunque, in rischi insiti in qualsiasi rapporto contrattuale, ma deve sussistere un rischio dipendente da fattori estranei al controllo delle parti. Invero, "il rischio operativo do-

---

[135] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 18.

[136] CGE, 13/11/2008, causa C-437/07, in *curia.europa.eu*.

[137] CGE, sez. III, 10/03/2011, causa C-274/2009, in *curia.europa.eu*.

vrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta"[138]. Rispettivamente, si tratterebbe, quindi, di rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, oppure di rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto (in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda).

Come evidente, l'allocazione di tale rischio c.d. operativo rappresenta elemento determinante ai fini dell'applicazione della normativa concessioni, nonché ai fini della *non* applicazione della normativa appalti. È, quindi, fondamentale che siano individuabili non solo rischi tecnici, intesi in senso tradizionale, ma anche rischi di carattere microeconomico e macroeconomico.

Alla rilevante questione dell'allocazione dei rischi, segue, poi, un altro concetto particolarmente diffuso nella direttiva e condiviso da tutte le direttive di quarta generazione: la flessibilità.

La direttiva afferma il principio di libera organizzazione delle procedure, nell'ottica della valorizzazione della discrezionalità delle Amministrazioni, ferma restando l'applicazione delle essenziali disposizioni procedurali fissate dalla normativa in esame. Si parla, infatti, al considerando n. 8, di un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione dei contratti concessori sulla base dei principi del TFUE.

Tale invocata flessibilità delle procedure si rende evidente nella possibilità per amministrazioni ed enti aggiudicatori di condurre negoziazioni con gli offerenti nell'ambito delle procedure di aggiudicazione, a condizione che l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione ed i requisiti minimi non siano modificati nel corso dell'aggiudicazione[139] e siano, quindi, adeguatamente comunicati in sede di pubblicazione.

Tale scelta normativa è motivata dal fatto che le concessioni sono sostanzialmente accordi complessi di lunga durata, con i qua-

[138] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 20.
[139] Direttiva 2014/23/UE, art. 37.

li il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Trattandosi, quindi, di accordi complessi, non viene ritenuto auspicabile vincolare le amministrazioni e creare ostacoli alla disciplina dei rapporti, in quanto ciò potrebbe compromettere l'esito delle iniziative.

Al proposito, la direttiva precisa, pertanto, che, fatta salva l'osservanza delle minime disposizioni contenute nella direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, "dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati"[140].

Ma la flessibilità viene anche invocata in relazione alla fase esecutiva del rapporto, poiché le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo lungo, ed "in questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione"[141].

Parimenti, anche l'espressa previsione dei casi di modifica della concessione che non prevedono la necessità di una nuova procedura di gara[142], rientra a pieno titolo nel quadro di semplificazione e flessibilità dipinto dal legislatore comunitario.

---

[140] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 68.
[141] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 76.
[142] Direttiva 2014/23/UE, art. 43.

Il contraltare della flessibilità è, come già individuabile negli estratti della direttiva, il rispetto degli oneri di pubblicità, in particolare di quelli antecedenti all'aggiudicazione.

A tal proposito, la direttiva impone che al fine di garantire una pubblicità adeguata delle concessioni di lavori e di servizi di valore pari o superiore a una determinata soglia e aggiudicate da enti aggiudicatori e amministrazioni aggiudicatrici, la loro aggiudicazione debba essere preceduta dalla pubblicazione obbligatoria del relativo bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea[143], riservando l'esonero da tale pubblicità ai soli casi eccezionali in cui la pubblicità non intensificherebbe la concorrenza[144].

Il legislatore, dopo aver precisato che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva[145], impone che l'intenzione di aggiudicare una concessione venga resa nota per mezzo di un bando di concessione, elaborato in conformità all'allegato V della direttiva, a tutela dell'esigenza di uniformità nel territorio UE anche dei modelli[146]. Ciò salvo deroghe espressamente previste e delimitate a casi eccezionali che per natura non consentono l'apertura della concessione alla concorrenza nel mercato.

Inoltre, in deroga all'obbligo di pubblicazione di cui sopra, "non è richiesto di pubblicare un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione, su richiesta di quest'ultima"[147]. Particolarmente delicata è evidentemente la traduzione ed applicazione della nozione di non appropriatezza, che consentirebbe di ridurre la garanzia procedurale

[143] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 50.

[144] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 51.

[145] Direttiva 2014/23/UE, art. 30, sui principi generali in tema di aggiudicazione di concessioni.

[146] Direttiva 2014/23/UE, art. 31.

[147] Direttiva 2014/23/UE, art. 31, co. 5.

di pubblicità e che, pertanto, nonostante il tentativo di definizione parziale nella direttiva, ha richiesto un'adeguata delimitazione in fase di recepimento da parte dei legislatori nazionali[148].

Quale ulteriore elemento, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando[149] e non viene stabilito un numero minimo di candidati ammessi, a condizione che sia comunque garantita una concorrenza effettiva.

Un aspetto particolarmente rilevante in termini di qualificazione del rapporto di collaborazione tra il pubblico e il privato è rappresentato dalla selezione e valutazione qualitativa dei candidati[150]. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni o referenze che devono essere presentate come prova dei requisiti specificati nel bando di concessione, i quali devono essere non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione. Le condizioni di partecipazione devono essere correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.

In ogni caso, è escluso il candidato gravato da condanne con sentenze definitive di cui all'art. 38, co. 4, della direttiva in esame, in quanto integranti condotte tanto gravi da non consentire l'instaurarsi di un rapporto fiduciario tra le parti.

A tal proposito, il considerando n. 70 propone che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano "la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di gravi o reiterate violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professiona-

[148] V. Nunziata, *Le nuove direttive appalti e concessioni. Concorrenza e mercato*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[149] Direttiva 2014/23/UE, art. 39.

[150] Direttiva 2014/23/UE, art. 38.

li, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale. È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e, dunque, rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un contratto di concessione, indipendentemente dal fatto che possegga per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione del contratto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sarà responsabile per le conseguenze di eventuali decisioni erronee, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che un operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo diverse disposizioni del diritto nazionale. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che, in occasione dell'esecuzione di precedenti concessioni o altri contratti con le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, abbiano messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o un comportamento scorretto che dà adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico. Il diritto nazionale dovrebbe prevedere una durata massima per tali esclusioni"[151].

Da tale ultimo assunto ne consegue un'esigenza di trasparenza e legalità che pare in linea con l'esigenza delle Pubbliche Amministrazioni di migliorare la percezione della propria trasparenza, che naturalmente viene commisurata anche in rapporto ai propri collaboratori, concessionari o appaltatori che siano.

Successivamente alla selezione dei candidati ammessi, la concessione sarà aggiudicata sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza ed assicurino una valutazione delle offerte in condi-

[151] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 70.

zioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore[152].

Ferma restando la immodificabilità dei criteri di aggiudicazione nel corso della eventuale negoziazione avviata con i candidati, tali criteri devono essere connessi all'oggetto della concessione e possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione, consentendo un ampio potere valutativo all'Amministrazione, cui è anche attribuita, come ricordato, la scelta della procedura da adottare.

L'interesse della direttiva alla tutela delle esigenze ambientali, sociali e del lavoro è poi sottolineato nell'onere in capo agli Stati Membri di adottare misure appropriate per assicurare che gli operatori economici (concessionari e loro sub-contraenti), nell'esecuzione del contratto, rispettino le prescrizioni nel settore ambientale, sociale e di lavoro, vigenti nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamentazioni o disposizioni amministrative, adottati a livello nazionale e di Unione, e da contratti collettivi, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione[153].

La direttiva, poi, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore debba elencare, già nel bando, i criteri in ordine decrescente di importanza.

Tuttavia, "se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali, che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa"[154]. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte oppure

[152] Direttiva 2014/23/UE, art. 41.
[153] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 53.
[154] Direttiva 2014/23/UE, art. 41, co. 3.

provvede a reindire la gara. Tale novità dell'offerta innovativa che permette di rimettere mano ai requisiti previsti nel bando, da un lato, dovrà essere adottata con particolare attenzione perché non dia luogo a discriminazioni, dall'altro, non vi è dubbio che realizzi in pieno il significato dell'obiettivo di collaborazione e di partenariato tra pubblico e privato, consentendo di adeguare il bando all'innovazione proposta. Tale potere dell'amministrazione aggiudicatrice dovrà, poi, essere bilanciata con la tutela dell'interesse alla riservatezza della innovazione tecnologica proposta, che potrebbe essere tradita dalla rinnovazione della procedura, con conseguente diffusione della proposta ai concorrenti.

Quanto alla durata del rapporto, poi, la direttiva stabilisce che la concessione deve avere durata limitata, calcolata in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario[155].

Tale limitazione è necessaria al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato e illegittime restrizioni della concorrenza, considerando che le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo proprio a tale preclusione, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento.

In ogni caso, la durata deve essere individuata in modo che sia ragionevolmente consentito "al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito", e, di conseguenza, per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti"[156].

In conclusione, la direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione intende superare le significative differenze tra le varie discipline nazionali, con particolare attenzione ai principi di pubblicità e trasparenza ed ai criteri di selezione e di aggiudicazione, al

[155] Direttiva 2014/23/UE, art. 18.
[156] Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 52.

fine di addivenire ad una convergenza delle legislazioni degli Stati membri ed alla parità di condizioni per tutti gli operatori economici, nonché per integrare gli obblighi del Trattato nel diritto derivato. Si è ritenuto necessario, infatti, a livello di Unione Europea, applicare in maniera uniforme i principi del Trattato in tutti gli Stati membri ed eliminare le discrepanze nell'interpretazione di tali principi nonché le persistenti distorsioni del mercato interno. Ciò al fine di favorire, altresì, l'efficienza della spesa pubblica, la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti di concessione, sia a livello locale che a livello dell'Unione, in modo da promuovere il conseguimento di obiettivi sostenibili delle politiche pubbliche[157].

L'incertezza normativa, infatti, è stata spesso alla base della mancata utilizzazione del potenziale apporto di capitale privato negli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici. È per tale ragione, quindi, che, nell'attuale congiuntura economica, che richiede l'utilizzo di strumenti che consentano di non gravare sui bilanci pubblici, la disciplina delle concessioni svolge un ruolo determinante.

2.4.2. *Le direttive appalti: 2014/24/UE e 2014/25/UE*

Proseguendo nell'analisi, invece, delle restanti due direttive, c.d. direttive appalti, si anticipa innanzitutto che la principale attenzione del legislatore comunitario in questa occasione è stata volta alla semplificazione procedurale, introducendo altresì l'istituto del soccorso istruttorio e l'adozione del documento di gara unico europeo, sempre tendendo alla razionalizzazione ed armonizzazione procedurale.

La direttiva 2014/24/UE[158] è stata adottata con l'obiettivo primario di porre regole di base chiare, semplificare dove possibile e responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di garan-

[157] Così, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - AVCP, Atto di segnalazione n. 3, del 21 maggio 2014.

[158] Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

tire trasparenza e un trattamento paritario e non discriminatorio di tutti i candidati.

In generale, la direttiva stabilisce norme riguardanti l'utilizzo degli appalti pubblici per la prestazione di lavori, forniture o servizi da parte di aziende o persone, nonché le esenzioni applicabili.

Come già anticipato, anche l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) ed in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, la direttiva in esame interviene sugli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia, al fine di predisporre disposizioni che consentano il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti, in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza[159].

Il primo fondamentale aspetto affrontato dal legislatore è quello concettuale terminologico, preso atto dell'arcipelago di forme di intervento pubblico prossime alla nozione di appalto. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione contrattuale di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico[160], indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno[161]. Tuttavia, è richiesto che le amministrazioni aggiudicatrici ottengano i vantaggi dei lavori, delle forniture o dei servizi in questione, anche in assenza del trasferimento di proprietà e non costituisce appalto il mero finanziamento di attività, ad esempio mediante sovvenzioni.

Come già osservato per la direttiva 2014/23/UE, la direttiva non obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o ad esternalizzare la

[159] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 1.
[160] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 4.
[161] Direttiva 2014/24/UE, art. 1.

prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva[162], ma impone che, ove si opti per una procedura di appalto, vengano rispettate le garanzie previste dalla disciplina.

Inoltre, viene delimitata l'applicabilità della direttiva sotto il profilo oggettivo, soggettivo e quantitativo.

In primo luogo, vengono esclusi dalla direttiva 24 i settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, tutti specificamente disciplinati dalla direttiva 2014/25/UE.

In aggiunta, viene riconosciuta l'esclusione di alcuni settori come le comunicazioni elettroniche, la ricerca e lo sviluppo, nonché la difesa e la sicurezza in presenza di determinate condizioni, consentendo agli Stati membri di disporre con maggiore discrezionalità in tali settori particolarmente delicati.

Viene altresì prevista l'applicabilità delle norme agli appalti pubblici i cui valori economici superino determinate soglie (fatti salvi i principi del Trattato, comunque vincolanti), ossia € 5.186.000 per gli appalti dei lavori pubblici, € 134.000 per gli appalti pubblici aggiudicati dalle autorità governative centrali, € 207.000 per gli appalti pubblici aggiudicati dalle autorità governative locali e regionali e € 750.000 per gli appalti dei servizi sociali e di altri servizi specifici.

Sotto il profilo soggettivo, la direttiva precisa le nozioni di amministrazioni aggiudicatrici e di organismi di diritto pubblico, considerato che per appalto si intende quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse[163].

Orbene, tali nozioni sono riprese dalle definizioni tradizionali e vengono nella direttiva direttamente ricollegate a quelle esaminate ripetutamente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Al proposito, in premessa viene precisato che "un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, non dovrebbe essere considerato un 'organismo di

[162] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 5.
[163] Direttiva 2014/24/UE, art. 1.2.

diritto pubblico', in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale di natura industriale o commerciale"[164]; inoltre, viene richiamato anche l'ulteriore elemento proprio dell'organismo di diritto pubblico, ossia il finanziamento pubblico, che deve essere maggioritario, ossia per più della metà, e può includere pagamenti da parte di utenti che siano imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico.

Ai fini della direttiva, quindi, si intende, come organismi di diritto pubblico, gli organismi che sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, e sono dotati di personalità giuridica, nonché che alternativamente siano finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la loro gestione sia posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi, oppure, ancora, il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico[165].

Quale operatore economico, invece, si intende ogni persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Quanto, poi, alle principali linee di azione della direttiva, le novità più rilevanti si collocano nei seguenti tratti:

a) semplificazione procedurale;

b) minore frammentazione della committenza pubblica;

c) revisione dei criteri di aggiudicazione, con particolare attenzione agli aspetti qualitativi;

d) suddivisione in lotti e requisiti di fatturato.

Quanto alla semplificazione procedurale (a), al fine di fornire una maggiore flessibilità alle procedure d'appalto, nonché di favorire la partecipazione ai bandi, senza attribuire eccessivo rilievo a ca-

[164] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 10.

[165] Direttiva 2014/24/UE, art. 2.1, 4).

renze meramente formali, è stato introdotto l'istituto del *soccorso istruttorio*, già all'epoca noto nell'ordinamento italiano[166], il cui recepimento venne reso obbligatorio per tutti gli stati membri.

Tale istituto consente alle Amministrazioni aggiudicatrici, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la direttiva, di richiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione che risulti incompleta, scorretta o mancante, entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza[167].

Si tratta, quindi, di una previsione di sanatoria della domanda di partecipazione al bando, attivabile su iniziativa dell'Amministrazione aggiudicatrice, che, quindi, viene particolarmente responsabilizzata, avendo sostanzialmente il potere di turbare potenzialmente l'equilibrio della gara. Viene facilitato il dialogo con la pubblica amministrazione, ma occorre una particolare attenzione a che la richiesta di integrazione istruttoria avvenga solo per le carenze meramente formali, in modo da non discriminare i partecipanti diligenti. Ed in ogni caso, qualora l'Amministrazione optasse per il soccorso istruttorio all'interno di una gara, l'opportunità di provvedere all'integrazione dovrebbe essere concessa a tutti i partecipanti nelle medesime condizioni.

In particolare, nel merito dell'istituto, la Corte di Giustizia UE ha già avuto modo di precisare che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza impongono all'amministrazione aggiudicatrice il rispetto dei criteri da essa stessa fissati nel bando di gara, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione fosse imposta dai documenti di tale appalto sotto pena di esclusione[168]. Pertanto, il soccorso istruttorio può intervenire solo se la carenza documentale o dichiarativa non abbia carattere sostanziale, ma il vizio sia meramente formale.

Oltre alla rilevante innovazione del soccorso istruttorio, connes-

---

166 Art. 46 d.lgs. 163/2006.

167 Direttiva 2014/24/UE, art. 56.3.

168 CGE, sez. X, 06/11/2014, causa C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA c. CEM Ambiente SpA*, in *curia.europa.eu.*

so a tale disponibilità dell'ente aggiudicatore, la direttiva prevede che, nelle procedure aperte, le Amministrazioni aggiudicatrici possano decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione. Tuttavia, qualora si avvalgano di tale possibilità, le Amministrazioni aggiudicatrici devono garantire che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 57 o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Quanto alla scelta della procedura, viene considerato indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici possano disporre di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che preveda la negoziazione. Al proposito l'art. 26 cita (in ossequio alle definizioni già contenute nella direttiva 2004/18/CE) le procedure aperte e ristrette, il dialogo competitivo e la procedura competitiva con negoziazione, nonché il partenariato per l'innovazione, dedicando a ciascuna procedura una specifica disciplina.

Come premesso dalla direttiva, è probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri e viene ritenuto "opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni, qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti". Viene ricordato che "il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati" e che si "è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. Tale situazione può presentarsi in particolare per i progetti innovativi, per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche o di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato. Se del caso, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a nominare un responsabile di progetto per assicurare

una buona cooperazione tra gli operatori economici e l'amministrazione aggiudicatrice durante la procedura di aggiudicazione"[169].

A tal proposito è utile ricordare che la direttiva in questione imponeva il recepimento da parte dello Stato membro delle procedure di dialogo competitivo[170] e di partenariato per l'innovazione[171]. Nel merito di tali procedure, che certamente cercano una maggiore collaborazione con il privato ad integrazione delle competenze del soggetto pubblico, sebbene l'obiettivo sia chiaro ed il mezzo opportuno, sarà necessario formare gli operatori degli enti aggiudicatori, il che risulta impossibile mantenendo la parcellizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici che caratterizza numerose organizzazioni statali (Italia compresa). Tali procedure funzionano solo in presenza di centrali di committenza formate e competenti, che possano gestirle con efficienza, eventualmente centralizzando l'attività[172].

Il ricorso a procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo risulta utile in caso di appalti che richiedono progettazione, adattamento e soluzioni innovative, in modo che il lavoro, le forniture o i servizi possano soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, in particolare ove il mercato non sia in grado di rispondere adeguatamente alla richiesta.

Logicamente, la procedura competitiva con negoziazione deve essere accompagnata da adeguate misure di salvaguardia, garantendo l'osservanza dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, quale garanzia della concorrenza nel mercato. In particolare i requisiti per l'accesso alla negoziazione, nonché i criteri di aggiudicazione, devono essere chiari e disponibili agli operatori.

I requisiti minimi che l'amministrazione aggiudicatrice deve stabilire sono, secondo l'individuazione del legislatore comunitario, le condizioni e le caratteristiche (soprattutto fisiche, funzionali e giuridiche) che ogni offerta deve soddisfare o possedere per permettere all'amministrazione aggiudicatrice di aggiudicare l'appalto in base ai criteri prescelti. Al fine di garantire la trasparenza e la tracciabilità

---

169 Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 42.

170 Direttiva 2014/24/UE, art. 30.

171 Direttiva 2014/24/UE, art. 31.

172 In tal senso F. Sciaudone, *Le nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p. 23.

del processo, tutte le fasi dovrebbero essere debitamente documentate e, conseguentemente, le offerte presentate nel corso della procedura dovrebbero essere presentate per iscritto[173].

Le procedure così promosse dal legislatore comunitario sono coerenti con la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che pone la ricerca e l'innovazione (intesa anche come eco-innovazione e innovazione sociale) tra i principali motori della crescita futura, e che si traduce nello sprone alle autorità pubbliche ad utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione[174].

Connessa a tale ultimo fine è certamente la già citata procedura di partenariato per l'innovazione. Secondo la presentazione contenuta nei considerando, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe poter ricorrere a tale specifica procedura di appalto, qualora l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano, non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato. "Questa procedura specifica dovrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di istituire un partenariato per l'innovazione a lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione, a condizione che tale prodotto o servizio possa essere fornito o tali lavori possano essere effettuati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi concordati, senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per l'acquisto. Il partenariato per l'innovazione dovrebbe basarsi sulle norme procedurali applicabili alla procedura competitiva con negoziazione e l'unico criterio di aggiudicazione degli appalti dovrebbe essere quello del miglior rapporto qualità/prezzo, che è il più adatto per comparare le offerte concernenti soluzioni innovative"[175].

A tal proposito, l'articolo 31 dispone che nei partenariati per l'innovazione qualsiasi operatore economico possa presentare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara, presen-

[173] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 45.
[174] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 47.
[175] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 49.

tando le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

Orbene, trattandosi di una procedura avente ad oggetto la ricerca di un'innovazione, nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice non potrà che identificare l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi, che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato, oltre a specificare i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Ed in conclusione, le informazioni fornite devono essere sufficientemente precise da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se chiedere di partecipare alla procedura[176].

Il partenariato per l'innovazione punta a sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi ed al successivo acquisto delle forniture, servizi o lavori che ne risultano, a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazione ed ai costi massimi concordati tra le amministrazioni aggiudicatrici ed i partecipanti. Il rapporto di collaborazione che ne consegue, è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori, ed è caratterizzato da obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere, prevedendo il pagamento della remunerazione mediante congrue rate.

La maggiore flessibilità dell'istituto procedurale si realizza anche nelle valutazioni intermedie, occupandosi proprio di quella fase esecutiva che nei partenariati contrattuali in senso lato è stata frequentemente dimenticata dalla specifica disciplina. Difatti, in base ai fissati obiettivi intermedi, "l'amministrazione aggiudicatrice può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più partner, di ridurre il numero dei partner risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene"[177]. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte

[176] Direttiva 2014/24/UE, art. 31, co. 1.
[177] Direttiva 2014/24/UE, art. 31, co. 2.

iniziali e tutte le offerte successive da essi presentate, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto.

Elemento fondamentale per il funzionamento della procedura, caratterizzata da un importante elemento di negoziazione e confronto tra le parti, è la garanzia della parità di trattamento fra tutti gli offerenti, che impone all'amministrazione aggiudicatrice di non fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Inoltre, a tutela della riservatezza aziendale ed industriale, le amministrazioni aggiudicatrici non devono rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente che partecipa alle negoziazioni senza l'accordo di quest'ultimo. Ovviamente, data la peculiarità della procedura, nel selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno applicare in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative, selezionando la proposta che in effetti corrisponde all'esigenza manifestata nei documenti di gara.

La procedura sinteticamente descritta pare, inoltre, contenere alcuni elementi riconducibili alla nozione di partenariato sviluppata a livello comunitario nel processo descritto nei paragrafi precedenti, nonostante rientri nella disciplina degli appalti[178]: oltre ad una collaborazione continuativa, caratterizzata dalla valutazione intermedia del rapporto e dal confronto tra le parti, si può individuare anche la presenza di un rischio rilevante in capo alla parte privata, ovvero quello di svolgere una dispendiosa attività di ricerca per giungere al grado di innovazione richiesto dall'Amministrazione aggiudicatrice, per poi non essere aggiudicatario oppure vedersi risolvere il contratto in corso d'opera, qualora il prodotto non risulti idoneo alla funzione richiesta[179].

---

[178] Appalti che, come già osservato, sono stati ritenuti, da parte della Dottrina, estranei al fenomeno partenariale.

[179] In merito al rilievo della proprietà industriale all'interno della direttiva 2014/24/UE, J.A. Ureña Salcedo, *Contratación de las administraciones públicas y derechos de propiedad intelectual. Especial referencia a estas cuestiones en la directiva 2014/24*, in M. Almeida Cerreda, I. Martín Delgado (a cura di), *La nueva contratación pública*, cit.

Infine, quale ulteriore strumento centrale per la semplificazione procedurale, la direttiva ha fornito nuovo impulso alle comunicazioni elettroniche, ritenendo che "i mezzi elettronici di informazione e comunicazione possano semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto"[180].

Corollario di tale auspicio è rappresentato dall'opportunità di prevedere l'obbligo di trasmissione di bandi ed avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara, nonché l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte[181].

Premesso che occorrerà implementare i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni nazionali, in modo da uniformare a livello europeo i presupposti tecnici, nell'ottica di deframmentazione della committenza pubblica, si osservi che i mezzi di comunicazione elettronici sono particolarmente idonei a sostenere pratiche e strumenti di centralizzazione delle committenze grazie alle possibilità da essi offerte per il riutilizzo e il trattamento automatico dei dati e per la riduzione dei costi legati all'informazione e alle transazioni[182].

Semplificazione elettronica, infine, che viene parimenti corroborata dall'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE), che consiste in un'autodichiarazione aggiornata, trasmessa in forma elettronica al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in cui si conferma che l'operatore economico in questione possiede i requisiti necessari alla partecipazione alla gara[183].

---

[180] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 52.

[181] Sul sistema informatico degli appalti, tra gli altri, J. Valero Torrijos, *La transposición en españa de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica*, in M. Almeida Cerreda, I. Martín Delgado (a cura di), *La nueva contratación pública*, cit.

[182] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 72.

[183] Direttiva 2014/24/UE, art. 59.

Proseguendo, poi, nell'analisi degli aspetti rilevanti della direttiva, si è citato inizialmente la minore frammentazione della committenza pubblica (b). In effetti, sulla scia dell'orientamento già diffusosi in numerose pubbliche amministrazioni nazionali, la direttiva propone la modalità operativa delle centrali di committenza, quali committenti unici per le gare di interesse di diversi enti pubblici[184]. In adesione alle preoccupazioni manifestate da più parti sulla impreparazione delle amministrazioni[185], la normativa europea prevede anche un ulteriore ruolo delle centrali di committenza che possono essere incaricate di svolgere un'attività ausiliaria, attività di supporto alle attività di committenza, in particolare in termini di infrastrutture tecniche, consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto, nonché preparazione e gestione delle procedure di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata[186]. La diffusione delle suddette tecniche può contribuire, dato l'ampio volume degli acquisti, ad un aumento della concorrenza e dovrebbe aiutare a professionalizzare la commessa pubblica[187].

Di pari tenore è la considerazione secondo cui, nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione, si è registrata una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala (ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi) nonché un miglioramento ed una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo, precisa la direttiva, può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo[188].

Nondimeno, un'ulteriore novità particolarmente rilevante è rappresentata dalla maggiore discrezionalità tecnica nella scelta dei pa-

---

[184] Direttiva 2014/24/UE, art. 37.

[185] Il riferimento, personalmente, è a numerosi interventi contenuti in convegni e seminari degli ultimi 3 anni, tra cui Corso Monografico SPISA 2015 "La riforma della pubblica amministrazione: cosa è stato fatto, cosa resta da fare", SPISA, Bologna, 13/02-14/03/2015; Seminario "Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche, anche alla luce della nuova direttiva UE sulle concessioni", Università di Trento, 03-04/07/2014.

[186] Così, direttiva 2014/24/UE, art. 2, n. 15.

[187] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 69.

[188] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 59.

rametri di valutazione delle offerte (c), nonché dal superamento delle incertezze circa il rapporto tra i criteri di aggiudicazione, presenti nella direttiva 2004/18/CE. A tal proposito la direttiva sottolinea la portata degli aspetti qualitativi nella selezione dell'offerta vincitrice.

Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione individuato nella "offerta economicamente più vantaggiosa" nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE[189], il legislatore ha inteso utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, ossia il "miglior rapporto qualità/prezzo". Di conseguenza, tale criterio dovrebbe essere interpretato conformemente alla giurisprudenza relativa a tali direttive[190],

---

[189] Sebbene, ai sensi del terzo comma del considerando 46 della direttiva 2004/18/CE, "Le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi dovrebbero consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta".

[190] Si veda al proposito:

- CGE, V sezione, 26/03/2015, causa C-601/13, *Ambisig - Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. Nersant - Associação Empresarial da Região de Santarém, Núcleo Inicial - Formação e Consultoria Lda*, in *curia.europa.eu*, secondo cui: "il considerando 46, terzo comma, della direttiva 2004/18 precisa che, per i casi in cui l'appalto deve essere attribuito all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, va ricercata l'offerta che 'presenta il miglior rapporto qualità/prezzo', il che è quindi idoneo a rafforzare il peso dell'elemento qualitativo nei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici. Occorre anche aggiungere che i criteri che possono essere accolti dalle amministrazioni aggiudicatrici per stabilire quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa non sono elencati in modo tassativo dall'articolo 53, paragrafo 1, della direttiva 2004/18. Tale disposizione lascia pertanto alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che esse intendono adottare. Tuttavia, tale scelta non può riguardare criteri diversi da quelli destinati a individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa (v., in tal senso, sentenza Lianakis e a., C-532/06, EU:C:2008:40, punti 28 e 29)".

- Tribunale, I sezione, 16/09/2013, causa T-402/06, *Regno di Spagna c. Commissione europea*, in *curia.europa.eu*, secondo cui: "(…) l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere definita come quella, tra le diverse offerte presentate, che presenta il migliore rapporto tra la qualità e il prezzo, tenuto conto di criteri giustificati dall'oggetto dell'appalto. Di conseguenza, quando le amministrazioni aggiudicatrici decidono di affidare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, esse devono valutare le offerte al fine di stabilire

salvo il caso di soluzioni chiaramente diverse nella sostanza[191]. La direttiva considera che, fondamentalmente, l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Precisa, altresì, che l'offerta economicamente più vantaggiosa andrebbe valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo, legittimando le amministrazioni aggiudicatrici a fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto[192]. L'accentuazione dell'importanza dell'aspetto qualitativo si rinviene anche nell'etichettatura come "derogatorio" del ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa; in tale ottica, la direttiva prevede la facoltatività del recepimento dell'abolizione del criterio del massimo ribasso, consentendo al legislatore nazionale di mantenere tale parametro nei casi di appalti non particolarmente complessi, nei quali la valutazione potrebbe essere efficacemente effettuata sulla base del solo prezzo, così semplificando la procedura di aggiudicazione[193].

Riflesso del dibattito circa i criteri di aggiudicazione è l'esigenza di tutela della parità di trattamento, in base alla quale le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria, per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati

---

quale tra di esse presenti il miglior rapporto tra qualità e prezzo. Così, sebbene l'offerta economicamente più vantaggiosa non sia sempre quella con il prezzo più basso, si deve inevitabilmente constatare che, in condizioni di perfetta parità tra le offerte per quanto riguarda tutti gli altri criteri pertinenti, compresi quelli tecnici, un'offerta meno onerosa deve essere necessariamente considerata, dal punto di vista economico, come più vantaggiosa rispetto a un'offerta più esosa".

[191] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 89.

[192] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 90.

[193] Così, P. Sestito, *Relazione sul recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici*, cit., p. 11.

nella decisione di aggiudicazione dell'appalto, ferma una certa flessibilità dell'amministrazione in presenza di appalti particolarmente complessi.

Ad ogni modo, nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi, connessi all'oggetto dell'appalto, che applicheranno a tal fine[194], ed il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo deve tenere conto di fattori quali l'efficacia generale sotto il profilo dei costi, la qualità, gli aspetti sociali e ambientali, le condizioni commerciali e di consegna.

Quanto alla suddivisione in lotti degli appalti (d), per facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese, la direttiva incoraggia le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere i grandi appalti in singoli lotti, con l'obiettivo evidente di rafforzare la concorrenza.

Tale suddivisione in lotti potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto[195]. Orbene, tale suddivisione può essere resa obbligatoria dal legislatore per specifici appalti e, fuori da quest'ultima ipotesi, la direttiva impone alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti, motivazione che va riportata nella documentazione di gara[196].

Infine, quale ulteriore segnale di favore nei confronti della concorrenza e, quindi, della massima partecipazione delle PMI, la direttiva prevede che, in tema di criteri di selezione circa l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso uno specifico fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'ap-

[194] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 92.
[195] Direttiva 2014/24/UE, considerando n. 78.
[196] Direttiva 2014/24/UE, art. 46.

palto; ma il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere, non deve superare il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate nella documentazione di gara, relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture[197].

Un ultimo accenno, in merito ai criteri di selezione, sia consentito all'elemento qualitativo, quale evidente *fil rouge* della direttiva, secondo cui, per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità[198]; ovviamente, nel rispetto dei principi del Trattato ed in particolare della proporzionalità ed attinenza all'appalto.

Le osservazioni esposte sinora potrebbero essere sostanzialmente richiamate anche per la direttiva 2014/25/UE[199], che stabilisce norme sull'utilizzo degli appalti pubblici per la prestazione di lavori, forniture o servizi da parte di aziende o persone nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

La legislazione generale dell'UE che stabilisce le norme riguardanti gli appalti pubblici è contenuta nella direttiva 2014/24/UE, di cui sono riproposte numerose definizioni e disposizioni e che in più parti è evocata espressamente nella direttiva 25, in particolare ove definisce le procedure da seguire e stabilisce che, quando le autorità nazionali si servono degli appalti pubblici per invitare gli offerenti in merito a lavori che desiderano eseguire, devono trattare tutti i candidati su un piano di parità e in modo non discriminatorio, nonché in ossequio al principio di trasparenza.

Tali norme e tali principi fondamentali si applicano ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, ma la direttiva 2014/25/UE tiene conto anche delle specificità di questi settori, che ricoprono un ruolo fondamentale nel soddisfare le esigenze della società.

---

[197] Direttiva 2014/24/UE, art. 58.

[198] Direttiva 2014/24/UE, art. 58, co. 4.

[199] Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

Gli appalti devono essere assegnati dalle autorità nazionali, regionali e locali, da imprese pubbliche o da enti che beneficiano di diritti speciali o esclusivi, in conformità alle norme della direttiva, qualora gli importi superino le soglie di € 414.000 per gli appalti di forniture e di servizi, nonché per i concorsi di progettazione, € 5.186.000 per gli appalti di lavori e di € 1.000.000 per i contratti di servizi relativi a servizi sociali e ad altri servizi specifici.

I settori cui si applica la direttiva n. 25 sono a) gas ed energia termica, elettricità e acqua, qualora legate ad un servizio al pubblico e in relazione alla loro produzione, trasporto o distribuzione; b) servizi di trasporto pubblico quali trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus o teleferiche; c) aeroporti, porti marittimi o interni e altri terminali di trasporto per vettori aerei, marittimi e fluviali; d) servizi postali e altri enti che forniscono al pubblico servizi simili consistenti in raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali; e) estrazione di petrolio e gas e prospezione o estrazione di carbone e di altri combustibili solidi.

Tuttavia, la direttiva non si applica agli appalti con scopo di rivendita o di locazione di articoli e strumenti a un'altra azienda o organizzazione, a quelli per lavori o servizi in un paese terzo oppure coperti da altri contratti d'appalto o da obblighi legali internazionali, nonché agli appalti concernenti aspetti propri ai settori della difesa, della sicurezza e della ricerca.

In generale, la direttiva 2014/25/UE interviene per aprire alla concorrenza i c.d. settori esclusi, ontologicamente limitati rispetto ai mercati liberamente accessibili. Pertanto, proprio al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti con valore superiore a una certa soglia, trattandosi di settori caratterizzati da un peculiare ruolo delle autorità nazionali, che frequentemente influenzano il comportamento degli enti erogatori, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza.

Ultimo (non per importanza) accenno sia concesso al tema della corruzione nelle direttive appalti.

L'auspicio è che i legislatori nazionali abbiano inteso che il fe-

nomeno della corruzione negli appalti è incentivato dall'inefficienza delle procedure. In particolare, tanto nella fase di aggiudicazione quanto nella fase di esecuzione, il fenomeno della corruzione si è rivelato strettamente connesso alla rigidità procedurale ed alla eccessiva burocrazia[200].

Invero, un sistema più duttile e semplificato consente di rilevare con più prontezza un eventuale procedimento inefficiente. Non vi è dubbio, infatti, che l'efficientamento dell'Amministrazione costituisca un importante strumento di legalità.

La maggior discrezionalità attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici, tuttavia, richiederà, come detto, un'importante formazione dei funzionari, per far sì che la lotta alla corruzione parta dalla diligenza degli stessi protagonisti.

Non si dimentichi, infatti, che la prevenzione della corruzione sta nell'equilibrio degli atti e dei comportamenti, e non nella preventiva organizzazione e regolamentazione dell'intera procedura.

Al proposito, la direttiva 2014/24/UE interviene prevedendo l'esclusione dalla procedura di appalto degli operatori economici che si sono resi colpevoli di corruzione[201], nonché ritenendo irregolari le offerte presentate in procedure aperte o ristrette, in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione, occasione nella quale il "rimedio" viene proprio considerato il ricorso ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo[202].

Infine, opportunamente precisa che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali, nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi[203].

A conclusione dell'analisi del pacchetto delle direttive appal-

---

[200] Così, concordi, I. Nicotra e M. Dugato, nel corso degli interventi al Convegno *La prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, tenutosi il 10 febbraio 2015, presso la SPISA, Bologna. Si veda, inoltre, F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

[201] Direttiva 2014/25/UE, art. 57, co. 1, lett. b), nonché considerando n. 100.

[202] Direttiva 2014/25/UE, art. 26, co. 4.

[203] Direttiva 2014/25/UE, considerando n. 126.

ti, di fondamentale interesse per la comprensione del nuovo quadro normativo è la parallela introduzione del regolamento UE n. 910/2014[204], c.d. Regolamento sull'identificazione elettronica e i servizi fiduciari (eIDAS), che realizza un nuovo quadro giuridico europeo per interazioni elettroniche sicure in tutta l'Unione Europea (UE) fra aziende, cittadini e autorità pubbliche, entrato in vigore il 1 luglio 2016, immediatamente seguendo, quindi, le scadenze per il recepimento delle direttive 2014. Il regolamento, in particolare, rimuove le barriere esistenti all'impiego dell'identificazione elettronica nell'UE, consentendo così la partecipazione alle gare d'appalto di Società di Stato membro diverso da quello di appartenenza del Committente. Ciò soprattutto grazie alla previsione secondo cui l'identificazione elettronica rilasciata in un paese dell'UE deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri. Così, dovrà essere consentita l'identificazione di soggetti online con procedure omogenee in tutta Europa. Ogni Paese presenterà il suo sistema di identificazione e la Commissione è incaricata di validare il sistema adottato, così attribuendo il riconoscimento necessario ad ammetterlo in ogni Paese[205].

La prima critica che lo studioso del settore può infatti aver mosso alle direttive 2014, è proprio connessa alle carenze strutturali dei sistemi informatici nazionali ed in particolare alla potenziale enorme disomogeneità delle procedure di identificazione, che paiono evidente ostacolo all'aggiornamento del settore stesso. Orbene, l'intervento comunitario deve necessariamente essere esaminato congiuntamente a quello del Regolamento eIDAS, senza l'attuazione del quale gran parte delle disposizioni in tema di appalti e concessioni risulteranno lettera morta.

L'incidenza di tale novità è chiara anche al legislatore che al considerando n. 1 del regolamento osserva come "instaurare la fiducia negli ambienti online [sia] fondamentale per lo sviluppo econo-

---

[204] Regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.

[205] Sul contenuto del regolamento, G. Finocchiaro, *Una prima lettura del reg. UE n. 910/2014 (c.c. eIDAS): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, n. 3, 2015, pp. 419-428.

mico e sociale" e che "la mancanza di fiducia, dovuta in particolare a una percepita assenza di certezza giuridica, scoraggia i consumatori, le imprese e le autorità pubbliche dall'effettuare transazioni per via elettronica e dall'adottare nuovi servizi". Fondamentale, quindi, risulta la garanzia dell'interoperabilità transfrontaliera delle firme elettroniche, che consenta l'accesso ai servizi online a prescindere dallo Stato membro di appartenenza.

Un obiettivo del regolamento è, infatti, l'eliminazione delle barriere esistenti all'impiego transfrontaliero dei mezzi di identificazione elettronica utilizzati negli Stati membri, almeno per l'autenticazione nei servizi pubblici e nelle procedure di gara. Il regolamento non intende, però, intervenire sui sistemi di gestione dell'identità elettronica e delle relative infrastrutture, adottati negli Stati membri, ma si propone di garantire che, per accedere ai servizi online transfrontalieri offerti dagli Stati membri, si possa disporre di un'identificazione e un'autenticazione elettronica sicura[206]. Fermo restando che l'obbligo di riconoscere i mezzi di identificazione elettronica dovrebbe riferirsi esclusivamente ai mezzi il cui livello di garanzia dell'identità corrisponda a un livello pari o superiore a quello richiesto per il servizio online in questione[207], così consentendo allo Stato membro (e nella fattispecie al Committente) di poter pretendere un dato livello di garanzia a tutela dei suoi interessi.

3. *I principi dei Trattati*

L'influenza dell'integrazione europea sulle P.A. nazionali si rinviene anche nell'affermazione dei principi generali del diritto comunitario negli ordinamenti interni, per effetto sia della loro natura di fonte del diritto, sia del potere-dovere delle amministrazioni e dei giudici degli Stati membri di applicare le regole del diritto europeo: di conseguenza, i diritti amministrativi nazionali vengono profondamente influenzati da regole e procedure che si formano a livello europeo.

[206] Regolamento UE n. 910/2014, considerando n. 12.
[207] Regolamento UE n. 910/2014, considerando n. 15.

In sostanza, si è verificato nel tempo uno scambio bidirezionale del diritto dagli Stati membri all'Unione, che ora vede in quest'ultima la protagonista ormai matura dell'innovazione giuridica. In particolare, in sede comunitaria è stato sancito il diritto alla buona amministrazione, prima dalla Corte di Giustizia UE e poi dall'art. 41 della Carta di Nizza, e l'UE si è trovata a svolgere il ruolo di garante, mediante la statuizione e l'osservanza di fondamentali diritti definiti nei Trattati e inclusi nelle fonti derivate. Si è assistito, così, alla conversione dell'UE in una Unione dei diritti[208].

Ne è seguito, poi, in attuazione dell'art. 197 TFUE, una cooperazione amministrativa, che ha richiesto l'adeguamento degli standard minimi di azione, in modo da garantire ovunque il rispetto di quegli stessi standard e dei principi comuni.

Orbene, come anticipato, non esiste una disciplina europea sui PPP[209], ma trattandosi pur sempre di fattispecie in cui un soggetto pubblico affida la prestazione di un'attività economica ad un soggetto terzo, il quadro normativo non può che essere quello proprio dei principi del Trattato, con particolare riferimento a quelli di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e, più generalmente, quelli posti a presidio del principio di concorrenza[210].

Come osservato nell'analisi delle direttive del 2014, i principi del Trattato vengono posti come fondamentale substrato giuridico imprescindibile per ogni attività di interesse transfrontaliero, ma anche di solo rilievo interno in quanto compatibili. Pertanto, ove per limiti oggettivi, soggettivi o quantitativi non trovino applicazione le specifiche discipline di diritto derivato, troveranno, comunque, applicazione i principi fondamentali individuati direttamente nei Trattati o da essi estrapolati dalla Giurisprudenza comunitaria e nazionale.

---

[208] M.P. Chiti, *Dalla Comunità di diritto alla Unione dei diritti*, in S. Micossi, G.L. Tosato (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo "Nel dubbio, per l'Europa"*, Bologna, Il Mulino, 2008.

[209] Cfr. Parlamento Europeo, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006, in cui si dichiara la contrarietà alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP (punto 2 delle Osservazioni generali).

[210] Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., punto 8.

Al proposito, anche i giudici nazionali[211] sono intervenuti rimarcando il ruolo dei principi fondamentali del Trattato, che assumono una posizione di supremazia rispetto ad altre fonti, divenendo sostanzialmente la base giuridica comune ad Unione e Paesi membri.

Benché al momento non esista alcuna definizione unitaria di PPP a livello europeo, il concetto descrive genericamente accordi tra organismi pubblici e il settore privato, che si riferiscono a interventi sulle infrastrutture pubbliche oppure a servizi pubblici.

Pertanto, a prescindere dalle diverse traduzioni normative statali, occorre individuare la cornice di sistema, in quanto ogni atto duraturo che realizzi una collaborazione tra pubblico e privato, deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato[212].

Innanzitutto, quindi, non può non rilevare il principio di libera concorrenza di cui agli artt. 101 e ss. TFUE, il cui vasto contenuto permea ogni normativa, comunque connessa alla regolazione del mercato interno.

Tale principio si traduce, infatti, nell'esigenza di predisporre procedure che consentano la partecipazione di soggetti distinti, senza che concorrenti di pari efficienza siano privati della possibilità di esercitare le proprie attività sul mercato alle medesime condizioni.

Parimenti, poi, comportamenti e provvedimenti posti in violazione di principi generali del diritto dell'Unione, quali quelli di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di parità di trattamento, non possono essere mai considerati compatibili con il mercato comune.

In termini di tutela dei diritti, ruolo primario è ricoperto dal principio di certezza del diritto, che impone che i soggetti privati possano prevedere gli effetti giuridici delle proprie condotte, da cui l'esigenza che le condizioni e gli obblighi posti siano chiari e precisi. Tale principio è il motivo originario dell'esigenza di armonizzazio-

---

[211] Così Consiglio di Stato, AP, n. 1/2008, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 1, 2009, p. 93, ritenendo che i requisiti di ammissibilità dell'*in house providing* andassero interpretati restrittivamente, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario.

[212] Intendendosi principalmente il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

ne, motore delle direttive appalti e concessioni 2014 più sopra analizzate. Ciò perché con l'ampliamento degli Stati aderenti al mercato unico è risultato sempre più complesso individuare una garanzia assoluta di certezza del diritto e, pertanto, si è reso necessario individuare una certezza ragionevole, quale obiettivo delle politiche di armonizzazione[213]. Il principio di certezza del diritto è, così, divenuto presupposto e fondamento del principio di uguaglianza, nonché del divieto di discriminazione[214].

Inoltre, occorre far riferimento ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nonché ai principi di parità di trattamento e non discriminazione, cui si collegano quelli di trasparenza e di pubblicità, individuati negli artt. 18, 49 e 56 TFUE principalmente ad opera della Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Più precisamente, i principi derivanti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE[215] comprendono non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento, ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità[216].

Quanto al principio di proporzionalità, nonostante anche in tale occasione manchi una definizione precisa del termine da parte delle Istituzioni comunitarie, esso rileva nell'azione amministrativa in generale[217] e si intende prevedere che ogni atto di un'autorità pubblica, che imponga obblighi o restrizioni alla libera partecipazione degli interessati, debba risultare necessario ed adeguato agli scopi di pubblico interesse perseguiti con l'atto stesso e che tali scopi siano ammissibili, secondo una valutazione orientata dalla necessaria conformità ai Trattati.

Il principio di proporzionalità si traduce in un canone di legitti-

---

[213] Sulla portata del principio di certezza del diritto, CGE, V sezione, 21/09/1983, causa C-205/82, *Deutsche Milchkontor GmbH*, in *curia.europa.eu.*

[214] TFUE, art. 18 e ss.; Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, artt. 20 e 21.

[215] Ora artt. 49 e 56 TFUE.

[216] Così Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 12 aprile 2008, par. 2.1.

[217] A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1999.

mità della normazione e dell'amministrazione, imponendo all'autorità pubblica, ove si trovi a dover sacrificare interessi dei privati, di non andare oltre quanto è necessario per lo scopo prefissato[218]. La Giurisprudenza[219], a tal fine, ha individuato 3 requisiti che un'azione deve possedere per essere proporzionata: idoneità, necessarietà ed adeguatezza.

Lo stesso principio, maggiormente inquadrato nel fenomeno del partenariato, pur lasciando alle organizzazioni concedenti la facoltà di definire, in particolare in termini di prestazioni e di specifiche tecniche, l'obiettivo da raggiungere, esige, però, che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato in relazione all'obiettivo fissato[220].

Precluderebbe, ad esempio, all'amministrazione dello Stato membro di esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della contratto.

Ai fini del presente lavoro, si pensi in particolare alle condizioni ed ai requisiti che le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre nei documenti di gara per l'aggiudicazione degli appalti. Orbene, tali condizioni dovranno essere giustificate dai fini, necessarie e rappresentate da strumenti appropriati, così come dovranno essere proporzionate le norme fissate dal legislatore nazionale.

Non ultimo, impone che la concorrenza si concili con l'equilibrio finanziario, ponendo, così, in relazione il valore dei contratti e la sua adeguatezza con l'efficacia della concorrenza.

Quanto, poi, all'inderogabile principio di trasparenza, si osservi come la Corte di Giustizia Europea abbia segnalato a tale riguardo che "l'obbligo di trasparenza imposto all'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, a favore di ogni offerente potenziale, un grado di pubblicità adeguato che permetta un'apertura del mercato

---

[218] G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 108.

[219] Recentemente CGE, sez. V, 05/05/2015, causa C-147/13, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *curia.europa.eu.*

[220] Così, in tema di principi fondamentali, Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 29 aprile 2000, cit.

dei servizi alla concorrenza ed il controllo dell'imparzialità delle procedure d'aggiudicazione"[221].

A tal proposito la Corte ha ritenuto che "l'attribuzione di una concessione, effettuata senza alcuna trasparenza, ad un operatore avente sede nello Stato membro in cui si trova l'autorità aggiudicatrice, costituisce disparità di trattamento a scapito degli operatori aventi sede in altri Stati membri, i quali non hanno alcuna possibilità concreta di manifestare il loro interesse ad ottenere la concessione di cui trattasi. Una siffatta disparità di trattamento è contraria ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione a causa della nazionalità e costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 Ce e 49 Ce[222], a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive"[223].

Detti principi fondamentali cui si deve ispirare l'attività della P.A. sono sintetizzati nel Libro Verde del 2004, secondo cui "il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato, può essere riassunto negli obblighi seguenti: fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori"[224].

I principi fondamentali sono, quindi, vincolanti per tutti i poteri pubblici nazionali che devono attuare il diritto comunitario, ma assumono rilevanza anche all'interno dei vari ordinamenti nazionali, così formando un nucleo di principi generali cui devono conformarsi i soggetti incaricati di espletare funzioni di interesse pubblico. In tali casi, la pubblica amministrazione agisce sotto il controllo dei giudici

---

[221] CGE, 07/12/2000, causa C-324/98, *Telaustria*, citato in Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 29.

[222] Ora rispettivamente artt. 49 e 56 TFUE.

[223] Così CGE, sez. IV, 09/09/2010, causa C-64/2008, *Engelmann*, in *curia.europa.eu*.

[224] Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 30.

dell'UE, anche per il tramite dei giudici nazionali, che sono chiamati ad interpretare in senso conforme al diritto comunitario.

A tal proposito, si noti che il giudice *a quo* nazionale deve attenersi alla pronuncia della Corte di Giustizia e, qualora quest'ultima fornisca un'interpretazione evolutiva della disposizione normativa pertinente, l'organo amministrativo è tenuto a riesaminare ogni decisione contraria, anche se definitiva[225].

Parimenti, se una disciplina di un'attività spetta al legislatore nazionale, i giudici dello Stato membro dovranno vigilare, affinché le procedure previste dal diritto interno non siano tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile la partecipazione ad una determinata procedura. In particolare, i giudici nazionali sono chiamati a controllare che l'applicazione delle norme nazionali concernenti interessi di ordine comunitario, non dia luogo a discriminazioni rispetto ad altre procedure dello stesso tenore.

Tuttavia, come si avrà modo di precisare nel prosieguo e come resosi evidente dall'evoluzione illustrata in precedenza, è sempre più frequente il richiamo esplicito ai principi dell'Unione Europea da parte dei legislatori nazionali, i quali sempre più attingono dalle norme di *hard* e *soft law* comunitarie, coerentemente con la tendenza armonizzatrice cui si assiste da almeno vent'anni.

Infine, la stessa Commissione Europea ha avuto modo di sottolineare che lo scopo principale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni è quello "di creare un mercato interno nel quale siano salvaguardati la libera circolazione dei beni e dei servizi, il diritto di stabilimento ed i principi fondamentali di parità di trattamento, di trasparenza e di mutuo riconoscimento e di far sì che, in tale mercato, i soldi spesi dalle autorità pubbliche per acquistare prodotti o per conferire a terzi il compito di prestare servizi o effettuare lavori siano ben spesi"[226].

Ecco, pertanto, l'obiettivo principale della produzione europea in tema di partenariato: non tanto l'individuazione di singoli strumenti e categorie contrattuali, quanto la creazione di un ampio pa-

---

[225] Così, CGE, 13/01/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, in *curia.europa.eu.*

[226] Commissione Europea, *Comunicazione*, 15 ottobre 2005, cit., p. 4.

niere di opzioni metodologiche, cui debbano essere applicati i principi fondamentali europei, allo scopo di garantire la tutela del mercato, ossia di non pregiudicare il gioco della concorrenza all'interno del mercato.

4. *Alcune brevi osservazioni conclusive sul partenariato puramente contrattuale*

Innanzitutto, occorre premettere un dato che dall'analisi effettuata negli scorsi capitoli risulta indiscutibile: anche su specifica richiesta degli Stati membri[227], il partenariato non è un distinto e unitario istituto giuridico[228], ma un fenomeno complesso, ancora non ben definito e sostanzialmente non tipizzabile.

Secondo la definizione adottata dalla Commissione Europea[229], il termine PPP di tipo puramente contrattuale riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Tale strumento include diverse tipologie di operazioni, nelle quali uno o più compiti, più o meno ampi, vengono affidati al partner privato[230].

E, come già anticipato nei paragrafi precedenti, la condivisione dell'operazione tra le parti rappresenta il fondamento concettuale della categoria.

In tale contesto, si colloca il c.d. "modello concessorio", caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale. In questa circostanza il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo, del partner pubblico. Nondimeno, il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribu-

---

[227] Si fa riferimento al dibattito seguito al Libro Verde 2004 ed ai pareri inviati alla Commissione dai singoli Stati membri.

[228] Così sostenuto da tempo da M.P. Chiti, in ultimo in M.P. Chiti, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

[229] Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 21 ss.

[230] A titolo non esaustivo vengono indicati la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio.

zione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario, integrata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica.

In operazioni di altro tipo, il partner privato è, invece, incaricato di realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (quali a titolo esemplificativo scuole, ospedali o infrastrutture di trasporto). L'esempio maggiormente rappresentativo e noto di questo schema collaborativo è l'operazione di *Private Finance Initiative*.

A differenza del modello concessorio, nel *private financing* il compenso del partner privato non si realizza mediante la contribuzione degli utenti del servizio, ma attraverso pagamenti regolari realizzati dal partner pubblico. Aspetto peculiare dell'istituto è costituito dall'importo dei pagamenti che può essere fisso o calcolato in modo variabile, in funzione, ad esempio, della disponibilità dell'opera o dei servizi ad essa relativi, o anche della frequentazione dell'opera[231].

Al di là di tali premesse identificative, uno dei concetti fondamentali ripresi più volte dalla Commissione è che la denominazione assegnata dal diritto nazionale o dalle parti in causa non ha e non deve avere alcuna incidenza sulla qualificazione giuridica di questi contratti ai fini dell'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Di tal maniera, rileverebbe l'effettiva natura dello strumento adottato, valutato sulla base dei criteri distintivi individuati dalla normativa europea.

Il termine partenariato sembrerebbe, quindi, riferirsi ad una macro-categoria, comprensiva anche di *tertia genera* rispetto agli appalti e alle concessioni[232], per cui la Commissione ha avvertito l'esigenza di porre nuovi stimoli, nell'intento di promuovere nuove soluzioni contrattuali e associative.

Ciò che può certamente accomunare i diversi modelli partena-

[231] Ciò accade ad esempio con i c.d. pedaggi virtuali, utilizzati nel quadro di progetti autostradali, in particolare nel Regno Unito, in Portogallo, in Spagna ed in Finlandia.

[232] Nonostante, come si vedrà, non siano mancate interpretazioni restrittive che hanno identificato i PPP con i soli strumenti di concessione e appalti.

riali, secondo l'intento dell'esecutivo comunitario, è il rilievo ai fini dell'applicazione delle direttive comunitarie, particolarmente in materia di pubblicità e di partecipazione. E, seguendo quanto già osservato in precedenza, non potrebbe essere diverso l'intento del legislatore comunitario.

Non intendendo giungere ad una nuova disciplina propria degli strumenti partenariali contrattuali, come esplicitato dai Paesi membri nel corso della consultazione lanciata dalla Commissione, l'evidente finalità residua è quella di riunire sotto i principi del Trattato ogni genere di rapporto che realizzi una collaborazione tra pubblico e privato, astrattamente idonea a turbare l'equilibrio del mercato.

In questo direzione si colloca anche l'ultimo intervento comunitario che ha dimenticato il termine "partenariato" nella direttiva che si pensava logicamente lo potesse contenere, ossia la direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, mentre ha voluto dedicare un ruolo specifico al già citato partenariato per l'innovazione all'art. 31 della direttiva appalti 2014/24/UE.

Così, nonostante le riflessioni di coloro che hanno in più occasioni ritenuto che l'istituto dell'appalto non fosse conforme ai caratteri del partenariato di cui al Libro Verde 2004[233], si è rinvenuta la collocazione dell'unico istituto facente riferimento al termine partenariale nella direttiva dedicata proprio agli appalti. E peraltro il partenariato per l'innovazione diviene un istituto sistematicamente collocato tra gli appalti, quale fase degli stessi.

La discrezionalità, infine, attribuita alle amministrazioni pubbliche nella scelta della procedura da seguire nell'ambito delle minime garanzie procedurali fissate per gli appalti e le concessioni (così come il potere di avviare negoziazioni sempre più libere) pare rispondere proprio all'esigenza di flessibilità e di apertura al contributo del privato, che certamente era uno degli obiettivi che hanno animato il dibattito sul partenariato in sede europea e nazionale.

In conclusione, quindi, ferma restando l'esigenza di vedere gli effetti applicativi del nuovo corpus normativo, si può affermare che

[233] Tra gli altri, autorevolmente M.P.Chiti, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico-privato*, cit.

un passo avanti sia stato fatto e che vi sia un primo effetto del dibattito sul tema partenariale.

Tuttavia, pare inevitabile e fondamentale che la pubblica amministrazione debba essere attrezzata per trattare le procedure di partenariato più complesse, e che la libertà di definire procedure e contenuti debba andare di pari passo con una maggiore e migliore formazione dei funzionari. E la questione amministrativa, d'altronde, è da sempre strettamente connessa alla qualità dell'amministrazione[234].

4.1. *A parti invertite*

Un'ultima breve osservazione sia permessa su una fattispecie contrattuale differente: la richiesta del privato di un servizio da parte dell'ente pubblico. In particolare, tale rapporto si instaura tra Società economiche e Enti di ricerca o Università che per natura possono offrire rilevanti competenze tecniche, in molteplici settori.

Si tratta, frequentemente, di contratti di consulenza consistenti in accordi attraverso i quali l'impresa riceve la prestazione professionale di professori e ricercatori impegnati ad alto livello nel settore di interesse. La consulenza può, infatti, consistere nel fornire pareri su problemi tecnico-scientifici o attività progettuali o prove sperimentali particolarmente complesse non rientranti nelle normali prestazioni per analisi e prove.

Orbene, tale fenomeno, che può assumere un rilevante ruolo in termini di finanziamento e sollecitazione delle attività di ricerca, non è in alcun modo toccato dalla normativa europea. Il che è comprensibile, non potendovisi applicare alcuna norma in tema di appalto e concorrenza, trattandosi dell'ipotesi inversa rispetto a quella che potenzialmente potrebbe minare l'equilibrio del mercato.

Tuttavia, alcune valutazioni paiono utili.

Il contratto o accordo tra il privato ed il pubblico, avente il pri-

[234] Tema centrale, tra gli altri, del c.d. Rapporto Gore del 1993 (*National Partnership for Reinventing Government* o *National Performance Review*) teso a predisporre una riforma della pubblica amministrazione statunitense, in modo che funzionasse meglio, costasse meno e migliorasse il servizio garantito agli utenti.

mo quale promotore/committente, non deve in alcun modo celare un'ipotesi di appalto o altra ipotesi interessata dalla normativa europea. Per far ciò, deve sussistere un interesse economico (ad esempio un corrispettivo in denaro) oppure un interesse concreto di altra natura.

Il caso potrebbe essere, ad esempio, la formulazione di pareri pro-veritate dietro pagamento di un importo all'Università. Oppure la elaborazione di dati o la invenzione di una tecnologia.

Se, da un lato, nella prima ipotesi risulterebbe quantomeno difficile (ma non impossibile) individuare un interesse corrispettivo non economico nella prestazione di consulenza universitaria, nella seconda, invece, la possibilità di fornire un'occasione di studio ed analisi potrebbe rappresentare l'interesse primario dell'ente di ricerca.

Tuttavia, è evidente il rischio sotteso che tale seconda tipologia di rapporto risulti idonea a ledere l'equilibrio del mercato, concedendo un vantaggio tecnico scientifico ad un soggetto privato per il rapporto privilegiato instaurato con l'ente di ricerca.

Orbene, non potendosi applicare alcuna normativa specifica, occorrerà ricondurre il ragionamento alla nozione di interesse della pubblica amministrazione.

Pertanto, se da un lato i diritti connessi alla fruibilità delle invenzioni frutto della ricerca universitaria, svolta su incarico di un committente esterno, dovranno necessariamente essere regolati dal contratto sottoscritto tra le parti, si può ritenere che il contratto debba essere principalmente a titolo oneroso, residuando il titolo gratuito per l'ipotesi eccezionale di perseguimento di finalità pubbliche o sociali, nazionali o internazionali, che siano doverosamente individuate o individuabili nel contratto.

In quest'ottica rovesciata, dunque, non si applicherà la normativa in tema di appalti e di concorrenza, ma sarà necessario verificare la sussistenza di un interesse pubblico concreto, a legittimazione dell'accordo tra le parti.

Caso estremo, apparentemente solo astratto, ma non per questo impossibile, potrebbe essere quello di un accordo che preveda la dotazione di una serie di macchinari da parte del privato per lo svolgimento di un'attività a suo favore, ove la dotazione potrebbe in effetti

rappresentare, non lo strumento per l'esecuzione dell'attività commissionata, ma una sorta di vera e propria controprestazione idonea a rappresentare un'ipotesi di fornitura. In tale occasione, andrebbe osservato se l'utilizzo della strumentazione avvenga prevalentemente (se non esclusivamente) per le finalità di cui all'accordo. In caso contrario, si potrebbe assistere ad una simulazione di appalto di fornitura a favore dell'ente pubblico, in base ad un accordo che conseguentemente risulterebbe illegittimo.

Tale problematica non risulta essere stata oggetto di alcuna attenzione del legislatore comunitario o nazionale e, pertanto, le osservazioni qui esposte potrebbero meritare un adeguato dibattito, per consentire di individuare limiti e condizioni, consentendo lo sviluppo legittimo anche di questa atipica forma di collaborazione tra pubblico e privato.

5. *Il partenariato istituzionalizzato: brevi osservazioni sopra il modello comunitario*

Seppure, come anticipato in premessa, la nozione sia ancora in fase di affinamento, tanto a livello comunitario, quanto a livello nazionale, pare opportuno evidenziare il fondamentale apporto dell'Unione Europea anche in tema di partenariato istituzionalizzato (PPPI), contributo ulteriormente arricchito dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Con tale espressione si intende riferirsi alla creazione di entità terze con compiti di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico, detenuta congiuntamente dal partner privato e dal soggetto pubblico[235].

Tale fenomeno si traduce principalmente nella creazione di società miste, caratterizzate appunto dalla convivenza di capitale pubblico e capitale privato.

L'entità comune così creata viene deputata ad assicurare la for-

[235] G.F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011.

nitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico. Dall'analisi effettuata nel Libro Verde del 2004 si rilevò che negli Stati membri il ricorso a queste strutture spesso è stato effettuato per la gestione di servizi pubblici a livello locale (ad esempio, per i servizi d'approvvigionamento idrico o per la raccolta dei rifiuti).

La cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato, nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria, permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattarsi 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[236].

Al proposito, in seguito alla consultazione svolta con gli Stati membri, è intervenuta la Commissione Europea nel 2008 sottolineando che "l'incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai PPPI può nuocere al successo della formula" e che "il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario, può anche dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati"[237].

La Commissione in tale circostanza ha voluto ricercare le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, analizzando tanto i principi applicabili, quanto le modalità di svolgimento della fase di costituzione del soggetto e di selezione del partner privato. Non ultimo, rileva anche la fase successiva alla costituzione, ossia lo svolgimento del rapporto.

Tuttavia, con riferimento specifico al PPP istituzionalizzato, come individuato dal Libro Verde 2004, è stato ritenuto[238] che, nonostante si realizzi certamente una condivisione di intenti e la costitu-

---

[236] Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par. 54.

[237] Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa*, 12 aprile 2008, cit., par. 1.

[238] M.P. Chiti, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 150.

zione di un soggetto che rappresenta senza dubbio la collaborazione tra pubblico e privato, mancherebbe un elemento essenziale del partenariato, ossia il rischio per la parte privata. Ciò non perché la partecipazione societaria sia priva di rischi, ma perché tale rischio non è diverso dal rischio insito in qualsiasi partecipazione societaria e risulterebbe ripartito egualmente tra i soci, siano essi pubblici o privati.

Diversamente, adottando l'interpretazione della Corte di Giustizia, così come assorbita dal legislatore comunitario nella direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni, il rischio del privato dovrebbe essere specifico, di tipo operativo o comunque di disponibilità del bene. Parimenti, il fatto che la selezione del partner privato avvenga mediante procedura ad evidenza pubblica, non consentirebbe comunque di riequilibrare la situazione di disparità che vi sarebbe con gli altri soggetti privati interessati allo stesso mercato del soggetto a composizione mista. Pertanto, il PPP istituzionalizzato, oltre a non essere una categoria omogenea, come non lo è quello contrattuale, mancherebbe dell'elemento di traslazione del rischio, anche solo parziale.

Anche con riferimento ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, vige il discorso precedentemente svolto in relazione ai modelli contrattuali: anche nella gestione di queste entità occorre applicare i principi di trasparenza, concorrenza e divieto di discriminazione definiti dal Trattato.

Difatti, l'impossibilità di applicare in materia i principi su cui si regge l'istituto dell'*in house providing*[239], in ragione della partecipazione del capitale privato alla società, ha stimolato la Commissione a richiamare l'attenzione sull'esigenza di rispettare le regole di aggiudicazione contrattuale con riguardo alla scelta del partner privato e di assicurare che la procedura di selezione tenga in conto il carattere del contratto e/o il ruolo attribuito all'apporto privato.

Sui requisiti dell'*in house*, che è cosa diversa dal partenariato istituzionalizzato, sono intervenute le direttive 2014[240]. Si ricordi,

[239] Su tale materia è infatti intervenuta in numerose occasioni la Corte di Giustizia Europea individuando i principi da applicare ai conferimenti *in house:* tra tante CGE, sez. V, 18/11/1999, causa C-107/98; CGE, sez. V, 08/05/2014, causa C-15/13; CGE, sez. III, 29/11/2012, causa C-182/11; tutte in *curia.europa.eu.*

[240] Nel merito direttiva 2014/24/UE art. 12.1, direttiva 2014/25/UE art. 28.1 e direttiva 2014/23/UE art. 17.1.

infatti, che la conseguenza dell'individuazione di una relazione *in house* è proprio l'esclusione dall'applicazione delle suddette direttive appalti e concessioni[241]. Pertanto, è stato in primo luogo individuato quale elemento fondamentale il c.d. controllo analogo, che secondo le direttive sussiste ove l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante e decisiva sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'affidatario *in house*.

Inoltre, viene previsto il concetto di prevalenza dell'attività, ossia che oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi.

Rilevante è, poi, la precisazione circa la partecipazione nel capitale sociale della persona giuridica controllata, in quanto, seppur venga premesso che nella persona giuridica controllata non vi deve essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, viene posta l'eccezione delle "forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata", così permettendo l'esclusione dalla normativa appalti e concessioni anche per affidamenti a soggetti "moderatamente" misti.

In mancanza di questi elementi (ossia il rapporto di controllo tra il soggetto affidante e il soggetto affidatario), invece, si sarebbe in presenza di un fenomeno di partenariato pubblico-pubblico oppure di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, con ogni conseguenza in termini di applicazione almeno parziale delle direttive.

---

[241] Per un'analisi delle direttive sotto tale profilo: C. Volpe, *L'affidamento in house: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit.

Capitolo II

LA COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATA IN ITALIA

Sommario: 1. Brevi annotazioni introduttive circa la collaborazione pubblico-privata. – 2. Principi generali e vincoli costituzionali in materia di collaborazione pubblico-privata. – 2.1. Il principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici. – 2.2. Il principio di sussidiarietà orizzontale. – 3. Le fonti delle obbligazioni della pubblica amministrazione. – 4. Brevi osservazioni sugli accordi ex art. 11 legge 241/1990. – 5. I contratti pubblici ai sensi del previgente Codice, d.lgs. 163/2006. – 5.1. Nuove forme di collaborazione?. – 6. La legge delega 11/2016 per il recepimento delle direttive di quarta generazione. – 6.1. Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessioni, d.lgs. 50/2016: un nuovo rapporto di collaborazione tra pubblico e privati?. – 7. Osservazioni conclusive sugli strumenti di partenariato nel panorama italiano.

1. *Brevi annotazioni introduttive circa la collaborazione pubblico-privata*

La questione della configurabilità di un rapporto di collaborazione pubblico-privato si è inevitabilmente sviluppata su impulso della prassi.

Come già osservato nel corso dell'analisi della disciplina comunitaria e del dibattito a questa connessa, il rapporto tra pubblico e privato è divenuto tema fondamentale dell'evoluzione dell'organizzazione amministrativa nazionale ed il legislatore italiano, sulla scia di quello comunitario e di numerose realtà continentali, già invero

da fine anni ’80, ha progressivamente introdotto strumenti caratterizzati dalla collaborazione tra pubblico e privato, intesa in senso lato.

Come già osservato, mancando una definizione normativa unitaria, si tratta di una nozione generale, che si riferisce a numerosi rapporti, figure ed istituti che vedono soggetti privati coinvolti nell’esercizio della funzione pubblica.

E, non casualmente, la presente trattazione dovrà iniziare dalla legge 241/1990[1], che ha riformato l’ordinamento amministrativo italiano.

In particolare, l’incipit dell’atto citato contiene la reale riforma dell’agire amministrativo, che accanto al tradizionale requisito di legittimità viene caratterizzato da un nuovo canone, ossia quello delle c.d. 3 E (efficacia, efficienza, economicità). Inoltre, la novella produsse un’incisiva innovazione nelle modalità dell’amministrazione e nei rapporti della P.A. con i soggetti amministrati.

In primo luogo, infatti, l’art. 1 legge 241/1990 prevede, al comma 1, che l’attività amministrativa persegua i fini determinati dalla legge e sia retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità secondo le modalità previste dalla legge stessa e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti.

Ora, l’incidenza di tale disposizione è resa maggiormente evidente dal fatto che in tale articolo sono poi individuabili gli aggiornamenti maggiormente significativi della moderna P.A. Così, infatti, rispetto alla precedente versione della norma, la legge 15/2005[2] aggiunse il principio di trasparenza tra quelli reggenti l’attività amministrativa, nonché la soggezione di quest’ultima ai principi dell’ordinamento comunitario; il che è avvenuto in perfetto parallelismo con l’evoluzione del dibattito di cui si è ampiamente trattato nel capitolo precedente[3]. La sovrapposizione delle riforme a livello comunitario

---

[1] Legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

[2] Legge 11 febbraio 2005, n. 15, per l’appunto contenente modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa.

[3] Si pensi, difatti, alla coincidenza temporale con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, nonché con il Libro Verde 2004.

ed interno è ancor più evidente dall'introduzione del nuovo comma 1-bis, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa [tra cui leggasi accordi con i privati], agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente", nondimeno vincolando, al comma 1-ter, i soggetti privati, preposti all'esercizio di attività amministrative, al rispetto dei principi generali di cui al citato primo comma, così di fatto formalizzando il contenuto essenziale del rapporto collaborativo tra pubblico e privato. Infine, altro aggiornamento significativo, connesso al precedente intervento, riguardava l'inclusione del principio di imparzialità[4], altro requisito fondamentale dell'agire amministrativo formulato in sede comunitaria.

Tale evoluzione risulta strettamente connessa al principio di buon andamento, che tanto in sede nazionale quanto in sede comunitaria ha trovato la sua collocazione nella disciplina amministrativa.

La legge 241/1990 risulta particolarmente rilevante ai fini del presente studio in quanto, tra gli altri ambiti di intervento, ha prodotto una ridistribuzione delle funzioni amministrative, trasferendone parte al settore privato, individuato quale partner nell'esercizio di funzioni precedentemente di esclusivo dominio pubblico.

Tale legge, assurta ora a normativa fondamentale per l'azione amministrativa, mediante l'art. 11, introdusse per la prima volta, come istituto a carattere generale, l'accordo fra la P.A. procedente ed il privato[5], destinatario del provvedimento finale, accordo stipulabi-

[4] Introdotto dall'art. 7 legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

[5] Vasta è la letteratura che si è formata sui contenuti, fortemente innovativi, di tale norma, apportatrice di una novità molto significativa nel nostro ordinamento amministrativo, sulla scorta di pregresse esperienze di altri stati europei. Per tutti, sul punto sia consentito rinviare a I. Franco, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Milano, IPSOA, 2007; E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 1993; S. Cassese, R. Perez, *Manuale di diritto pubblico*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1995; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000; S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 513; L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi-Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e*

le all'esito di un procedimento avviato ed istruito dall'ente o organo competente, nel perseguimento dell'interesse pubblico. Con riferimento al provvedimento finale del procedimento amministrativo, tali accordi vennero distinti in integrativi e sostitutivi, con la precisazione che questi ultimi fossero consentiti solo nei casi previsti dalla legge. Con l'intervento, poi, della legge 15/2005[6], tale riserva di legge venne eliminata, consentendo così il ricorso all'accordo sostitutivo, in teoria, in via generale e trasformando l'accordo fra parte pubblica e soggetti privati in un modulo ordinario di amministrazione pubblica.

La disciplina degli accordi tra pubblico e privato, come anticipato, costituisce un primo strumento di collaborazione tra le suddette parti, nonché un fondamentale stimolo per il successivo dibattito in tema di obbligazioni contratte dalla pubblica amministrazione.

Tanto più che, come si vedrà, il ruolo del contraente pubblico è stato progressivamente spogliato della sua assolutezza, nello svolgimento delle funzioni prive di carattere autoritativo, avvicinandosi maggiormente allo status di un soggetto di diritto privato.

La collaborazione tra P.A. e privati si sviluppa, certamente, secondo modelli di relazione, nei quali si intrecciano gli interessi pubblici e privati, finalizzati allo svolgimento in comune di un'attività di rilevanza pubblica. Non è revocabile in dubbio che l'attenzione verso tali rapporti sia attribuibile alla convinzione (astrattamente più che fondata) che tale collaborazione possa contribuire all'attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica e di efficienza dell'azione amministrativa[7].

La frequenza dei casi, però, in cui il rapporto incontra fasi patologiche, spinge l'interprete ad interrogarsi in ordine alla possibile convivenza degli interessi ed obiettivi che motivano le parti, da ricercarsi innanzitutto nell'aspirazione dell'amministrazione pubblica ad un virtuoso esercizio delle funzioni attribuitele, il quale si scon-

---

accordi di programma, Milano, Giuffrè, 1992; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2004.

[6] Legge 7 agosto 1990, n. 241.

[7] Sul punto si richiamano le attente osservazioni di F. Mastragostino, *Premessa*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

tra con la carenza di fondi, i patti di stabilità, i vincoli comunitari, le anomalie burocratiche, nonché gli inadempimenti di varia natura dei partner privati.

L'intento dello studioso non può che essere quello di cercare di chiarire come si coniughino tra loro gli interessi pubblici e quelli privati e quali siano le possibili evoluzioni dei rapporti, affrontando le problematiche da esse derivanti.

Pare, peraltro, che negli ultimi tempi l'incontro tra gli interessi pubblici e quelli privati stia ruotando intorno all'espressione "collaborazione pubblico-privata", intesa in un'ottica ulteriormente differente rispetto a quella tradizionale e letterale.

Come si è avuto modo di precisare, la nozione si affianca sempre più di frequente a quella di partenariato pubblico-privato, di matrice anglosassone e comunitaria[8], rispetto alla quale non trova sempre un'esatta sovrapposizione. Difatti, nonostante la nozione di matrice anglosassone fosse ampia, l'iniziale traduzione del partenariato nell'ordinamento italiano ha dato luogo ad un sottogruppo (peraltro aperto ed indefinito) dei c.d. contratti pubblici[9].

La confusione dei termini ha portato e porta l'interprete ad

---

[8] Con particolare riferimento al già esaminato "Libro Verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" (COM(2004) 327), di certa rilevanza per la disciplina nazionale.

[9] Il riferimento è all'art. 3, co. 15-bis, d.lgs. 163/2006, in cui venne operata una individuazione solo a titolo esemplificativo di contratti che corrispondono allo schema normativo posto: "15-ter. 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 partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 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".

interrogarsi sulla natura delle diverse figure ed ancora oggi, in seguito al recepimento delle direttive comunitarie di quarta generazione, non si riscontra una precisa concordanza tanto lessicale che logico-giuridica, forse originata dall'inganno sotteso alla traduzione del termine anglosassone "public-private partnerships", che, invece, manifesta un respiro certamente più ampio.

Tale incertezza, lungi dall'avere un'incidenza solo dottrinale, ha impedito di individuare sinora una collocazione convenzionale stabile degli strumenti di collaborazione pubblico-privato[10], con ogni conseguenza in termini di normativa applicabile, almeno fino al d.lgs. 50/2016 che ha fornito una disciplina di maggior dettaglio.

Parrebbe, invero, opportuno addivenire ad una convenzione terminologica che porti la comunità dottrinale, nonché il legislatore e gli operatori del settore, ad utilizzare i medesimi confini linguistici.

Rinviando per la discussione circa la nozione comunitaria di partenariato alle osservazioni già svolte nel capitolo precedente, pare ora opportuno analizzare alcuni profili peculiari dell'evoluzione della collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento italiano.

Come detto, entro la nozione di rapporto collaborativo tra pubblico e soggetto privato, possiamo collocare numerosi modelli di cooperazione.

Tale apertura terminologica è dovuta all'assenza di una definizione unitaria e precisa, che si è sviluppata in maniera disordinata e progressiva sulla spinta degli interventi normativi del legislatore, stimolati dalle esigenze via via individuate dall'amministrazione pubblica.

La cooperazione tra pubblico e privato è sempre esistita in astratto, ma con forme differenti e l'attenzione del legislatore si è acuita solo ora per molteplici fattori, tra cui, da una parte, il sopracitato impulso comunitario e, dall'altra, l'insufficienza delle risorse pubbliche e la conseguente necessaria ricerca di canali alternativi.

La modernizzazione del sistema amministrativo è stata in larga parte avviata nel solco del contrattualismo[11], inteso come "tutte quelle strategie mediante le quali le pubbliche amministrazioni

[10] Si pensi all'istituto della sponsorizzazione.

[11] G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

producono politiche pubbliche attraverso la cooperazione, la collaborazione e l'interazione inter-settoriale oppure con organizzazioni rappresentanti di interessi socialmente diffusi e con aziende private. […] Si tratta di pratiche sempre più diffuse che prendono diversi nomi […] e che, in molti casi, vengono previste e sollecitate direttamente dalle fonti normative. Insomma, le modalità di azione delle pubbliche amministrazioni, nella formulazione e implementazione delle politiche pubbliche, sono fortemente caratterizzate da relazioni di cooperazione, dense e strutturate, ormai imprescindibili"[12].

Impulso fondamentale al dibattito anche all'interno dell'ordinamento nazionale è stato prodotto dalla nozione di partenariato pubblico-privato, presentata nel 2004 dalla Commissione Europea nel citato "Libro Verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", dal quale origina gran parte della produzione normativa sul punto dell'ultimo decennio e per il quale si rinvia a quanto già osservato in precedenza.

L'applicazione dell'istituto in esame, da parte del Legislatore italiano, non ha conosciuto una singola fase attuativa, ma una progressiva traduzione in molteplici strumenti, nei quali sia possibile individuare i caratteri essenziali del partenariato europeo, prima parzialmente inquadrato dall'art. 3, co. 15-ter, contenuto nel d.lgs. 163/2006[13] ed ora disciplinato nel d.lgs. 50/2016, in particolare alle parti III e IV.

Si tratta di casi in cui il privato contribuisce fattivamente allo svolgimento di una attività che è diretta al perseguimento di interessi pubblici, condividendo con il pubblico la responsabilità che da essa deriva[14].

---

[12] G. Capano, E. Gualmini (a cura di), *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 15.

[13] Volendo adottare la terminologia usata dal legislatore italiano, "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" (art. 3, co. 15-ter., d.lgs. 163/2006).

[14] F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

La Dottrina si è recentemente interessata con assiduità al significato dello strumento così delineato. Diffusa è ora l'intenzione di non configurare il partenariato pubblico-privato quale istituto o categoria giuridica; diversamente, viene rappresentato come una "nozione descrittiva"[15], uno "schema ricostruttivo"[16], ovvero come "un modo d'agire nella realizzazione di interessi (anche) pubblici, un modello d'organizzazione e d'azione amministrativa"[17].

Nell'ordinamento giuridico italiano, le opere pubbliche e i servizi pubblici hanno costituito gli ambiti all'interno dei quali sono stati sperimentati i primi modelli di collaborazione pubblico-privata. Ed a tale applicazione è seguito l'uso anche nel settore dei beni pubblici attraverso una valorizzazione del ruolo dei privati.

Certamente, l'aspetto più complesso del rapporto è costituito dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra gli interessi coinvolti, di norma differenti: da un lato, la P.A. persegue l'interesse pubblico, nell'esecuzione dei suoi fini istituzionali; dall'altro, il privato si impegna per il perseguimento di interessi particolari, che solo incidentalmente possono coincidere con quelli pubblici, anche ove non si rivelino di matrice speculativa.

I principali atti normativi, contenenti gli istituti più affini al modello partenariale, sono stati certamente il già citato d.lgs. 163/2006, ora abrogato a favore del d.lgs. 50/2016, nonché diverse norme c.d. speciali, tra cui il d.lgs. 502/1992 in materia sanitaria e il d.lgs. 42/2004 nel settore dei beni culturali.

Figura di particolare rilievo è quella relativa al *project financing*, che costituisce una delle traduzioni normative più prossime allo schema collaborativo comunitario; al proposito si pensi all'istituzione

---

[15] M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto* comune, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; G. Sciullo, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

[16] F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

[17] M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

dell'Unità Tecnica per la Finanza di Progetto (UTFP)[18], avente il compito di promuovere la finanza di progetto in seno alle P.A, con la creazione di un contesto favorevole allo sviluppo dello strumento[19].

Sempre attinente al rapporto collaborativo pubblico-privato, non può dimenticarsi la crescente attenzione posta intorno al fenomeno dei ritardi dei pagamenti, che costituisce importante banco di prova della futuribilità degli strumenti collaborativi[20].

Come detto, in primo luogo, al fine di individuare un primo riferimento normativo, occorre richiamare il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, espressamente adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. In esso è stata introdotta una partizione, seppur non definitiva, dei rapporti collaborativi in senso lato, distinti in contratti di appalto, concessioni e contratti di partenariato pubblico-privato, i quali ultimi costituiscono una categoria aperta e non finita, avendo deciso il legislatore di individuarvi alcune tipologie solo a titolo esemplificativo.

Tuttavia, l'impianto normativo ha recentemente subito un importante restyling in virtù dell'obbligo di recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014[21], cui è seguito il d.lgs. 50/2016, adottato dal Consiglio dei Ministri in attuazione della legge delega del 28 gennaio 2016, n. 11. Tale intervento normativo non si è limitato ad integrare la disciplina previgente, ma l'ha sostituita in larga parte, integralmente abrogando, tra l'altro, il

---

[18] Tra i contributi forniti dall'UTFP sull'argomento: EPEC-UTFP, *Una Guida ai PPP*, maggio 2011.

[19] Sul tema si ritengono particolarmente interessanti le osservazioni contenute in M.G. Vivarelli, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 2, 2013. Inoltre, G. Napolitano, A. Mazzieri, D. Napolitano (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Napoli, Jovene, 2006; N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

[20] La disciplina al proposito è contenuta nei d.l. 35/2013, d.lgs. 192/2012 e d.lgs. 231/2002, questi ultimi adottati espressamente in attuazione rispettivamente delle direttive 2011/7/UE e 2000/35/CE.

[21] Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

d.lgs. 163/2006, cogliendo così l'invito ad una riforma incisiva con l'obiettivo di procedere alla semplificazione della disciplina, ora inevitabilmente governata dal citato d.lgs. 50/2016, quale Codice di disciplina dei contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

2. *Principi generali e vincoli costituzionali in materia di collaborazione pubblico-privata*

Si è avuto già modo di sottolineare l'estrema progressione e mutabilità del panorama normativo nel settore in esame. In particolare, la sovrapposizione di normativa comunitaria e normativa interna (tanto nazionale che regionale), unitamente alla continua azione interpretativa di Giurisprudenza e Dottrina, ha creato una stratificazione tale da rendere complessa, se non impossibile, l'individuazione di una tendenza univoca.

Tuttavia, anche in tale scenario, risulta opportuno individuare e selezionare alcuni principi e vincoli che l'ordinamento presenta, con riferimento alla collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetto privato.

In premessa, è opportuno richiamare gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale relativi al riparto di competenze legislative statali e regionali in materia di contratti pubblici di appalto[22], per meglio comprendere il sistema delle fonti nella materia in analisi.

Ora, l'art. 2 d.lgs. 50/2016 genericamente dispone che "le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto", rinviando altrettanto genericamente alle Regioni a statuto ordinario l'esercizio delle proprie

[22] In ultimo Corte Costituzionale n. 160/2009, in *Giur. cost.*, n. 3, 2009, p. 1793.

funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'art. 117 Cost.

E la Corte Costituzionale, pronunciandosi su alcune disposizioni contenute nel d.lgs. 163/2006[23], ha chiarito che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione "non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica"[24].

Sulla base di tale premessa la Giurisprudenza Costituzionale ha proceduto ad individuare gli ambiti materiali di competenza statale e regionale, in relazione sia alla fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto, sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale.

Con riferimento alla procedura di evidenza pubblica, la Corte ha affermato che il titolo di legittimazione legislativa prevalente che viene in rilievo, è costituito dalla tutela della concorrenza, materia di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, co. 2, lett. e), Cost[25].

Più precisamente, in tale materia si possono ricomprendere: a) "le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le

---

[23] Peraltro, contenente all'art. 4 una precisazione, in realtà tutt'altro che risolutiva, in tema di competenze legislative di Stato, regioni e province autonome.

[24] Corte Costituzionale n. 401/2007, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447.

[25] Al proposito, si osserva che il disegno di legge costituzionale di riforma del Senato e del Titolo V della Costituzione, approvato definitivamente in data 12 aprile 2016 alla Camera dei Deputati in ultima lettura, dovrebbe lasciare inalterata la ripartizione delle competenze legislative, salvo l'aggiunta di alcune materie di esclusiva competenza statale che tangenzialmente possono incidere sulla materia in esame. Così le materie all'art. 117, co. 2, Cost., sub lettere: g) (…) norme sul procedimento amministrativo (…); v) produzione, trasporto e distribuzione nazionali dell'energia; z) infrastrutture strategiche e grandi reti di trasporto e di navigazione d'interesse nazionale e relative norme di sicurezza; porti e aeroporti civili, di interesse nazionale e internazionale.

Tuttavia, pare utile sottolineare che il riformando art. 117, co. 4, Cost. prevede che la c.d. clausola di supremazia del legislatore nazionale, secondo cui "su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale".

modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione"[26]: si tratta, in sintesi, di misure antitrust; b) le disposizioni legislative "di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese"[27]: si tratta, in sintesi, di misure volte ad assicurare la concorrenza "nel mercato"; c) le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure, in modo da garantire "la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici"[28]: si tratta, in sintesi, di interventi mirati ad assicurare la concorrenza "per il mercato".

Nello specifico settore degli appalti possono venire in rilievo disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali, sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici[29].

In questa sede assumono, però, rilevanza, in particolare, le norme che, disciplinando la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza "per il mercato". Si tratta di disposizioni che, sul piano comunitario, tendono a tutelare essenzialmente i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi; sul piano interno, le norme in esame sono funzionali, tra l'altro, a garantire il rispetto dei principi di buona amministrazione, di imparzialità, nonché il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alle specifiche procedure di gara[30].

Inoltre, con riferimento alla fase negoziale, che ha inizio con la stipulazione del contratto, la Corte Costituzionale ha avuto modo

---

[26] Corte Costituzionale n. 430/2007, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 12, 2007, p. 3356.

[27] Corte Costituzionale n. 430/2007, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 12, 2007, p. 3356.

[28] Corte Costituzionale n. 401/2007, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447.

[29] Corte Costituzionale n. 160/2009, in *Giur. cost.*, n. 3, 2009, p. 1793.

[30] Corte Costituzionale n. 401/2007, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447.

di rilevare come l'amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale[31]. Ne consegue che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto. In particolare, la Corte ha precisato che i principi della "disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto […] devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza"[32].

Ciò non significa, però, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare, in capo all'autorità procedente, poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva[33].

Individuate le materie di competenza legislativa in cui, in prevalenza, si colloca la disciplina dell'attività contrattuale dell'amministrazione nel settore dei pubblici appalti, occorre poi precisare che, in relazione ai limiti della competenza regionale, la Corte ha posto in evidenza come nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: infatti, la interferenza con le competenze regionali "si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa"[34]. Ne consegue che "la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorren-

[31] Tra le tante, Corte Costituzionale n. 74/2012, in *Giur. cost*., n. 2, 2012, p. 970; n. 53/2011, in *Giur. cost*., n. 1, 2011, p. 723; n. 401/2007, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447.

[32] Corte Costituzionale n. 269/2014, in *Giur. cost.*, n. 6, 2014, p. 4596.

[33] Corte Costituzionale n. 45/2010, in *Giur. cost*., n. 1, 2010, p. 509.

[34] Corte Costituzionale n. 401/2010, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447.

za, potrà essere interamente disciplinata", nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale. In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza, dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha affermato che, "al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni", è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre "effetti proconcorrenziali", purché tali effetti "siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza"[35].

Proprio con riferimento ai vincoli fissati all'esercizio della competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici d'interesse regionale, la Corte ha avuto modo di definire i limiti generali alla disciplina della materia. Secondo la Corte, "tali limiti sono inerenti al rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento"[36], e sono, dunque, ascrivibili, "per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea"[37].

Sempre in merito ai principi fondamentali in materia, come già anticipato, "la nozione comunitaria di concorrenza, utile ai fini dell'esame del Codice degli appalti e della materia della contrattazione pubblica, va definita come concorrenza "per" il mercato e impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali, quali in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Ciò non signifi-

[35] Al proposito, Corte Costituzionale n. 431/2007, in *Giur. cost*., n. 6, 2007; n. 322/2008, in *Il Foro Italiano*, n. 1, 2010, p. 35.

[36] Corte Costituzionale n. 328/2011, in *Giur. cost*., n. 6, 2011, p. 4523.

[37] Corte Costituzionale n. 114/2011, in *Giur. cost*., n. 2, 2011, p. 1565.

ca che nello stesso settore degli appalti non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese. Per quanto attiene ai limiti interni, deve sottolinearsi come, pur non rientrando nei compiti della Corte Costituzionale stabilire in concreto la valenza economica degli interventi statali, nondimeno spetti ad essa effettuare uno scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, al fine di stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato, costituito, nella specie, dalla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza. In questa prospettiva, si giustifica un controllo di costituzionalità – guidato dai criteri della proporzionalità e adeguatezza – volto a saggiare "la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale". Allo scopo, pertanto, di individuare gli esatti confini della materia in esame, occorre svolgere un doppio livello di verifica: stabilire, innanzitutto, se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile, nei modi anzidetti, ai principi della concorrenza "nel" mercato o della concorrenza "per" il mercato o ad entrambi; in secondo luogo, accertare se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito, alla luce dei criteri di proporzionalità e adeguatezza"[38].

Orbene, tali precisazioni sono ovviamente riferite alla normativa appalti, che rappresentava sostanzialmente l'unica disciplina diffusamente trattata dal legislatore nazionale. Tuttavia, ogni principio sopra citato va sicuramente esteso all'intera categoria degli strumenti di collaborazione pubblico-privata, caratterizzata dalle medesime questioni di base.

Con riferimento, poi, ai principi fondamentali, non si possono non richiamare le osservazioni, già svolte più sopra, circa l'art. 1 legge 241/1990. Ed al proposito, la riforma costituzionale tentata

[38] Corte Costituzionale n. 401/2007, in *Giur. cost.*, n. 6, 2007, p. 4447; sulla nozione di "tutela della concorrenza", Corte Costituzionale n. 14/2004, in *Giur. cost.*, n. 1, 2004, p. 237; n. 29/2006, in *Il Foro Italiano*, n. 12, 2006, p. 3311; n. 336/2005, in *Giur. cost*., n. 4, 2005, p. 3165; n. 272/2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 836.

nel 2016 e negata in sede di referendum costituzionale, tra le tante disposizioni aveva recepito all'art. 118 Cost. i principi individuati dal diritto amministrativo e dal diritto UE, disponendo che le funzioni amministrative fossero "esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori".

Rinviando al precedente capitolo del presente lavoro per l'analisi dei principi di origine strettamente comunitaria, qui occorre individuare alcuni ulteriori fondamenti del diritto "domestico".

Il previgente d.lgs. 163/2006 introduceva il tema dei principi all'art. 2 (denominato proprio "Principi") richiamando espressamente alcuni riferimenti normativi (art. 2, direttiva 2004/18/CE; art. 10 direttiva 2004/17/CE; art. 1 legge 241/1990; art. 1, co. 1, legge 109/1994), nonché alcuni rilevanti arresti giurisprudenziali (CGE, 07/12/2000, causa C-324/1998; CGE, 03/12/2001, causa C-59/2000). Il legislatore, all'art. 2, co. 1, disponeva che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; inoltre, l'affidamento deve, altresì, rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

Si tratta di principi tanto nazionali che comunitari che non ricoprono il ruolo di meri principi fondamentali della legislazione di settore, ma assurgono a principi generali dell'ordinamento giuridico[39] e, pertanto, a principi rilevanti anche al di fuori (e soprattutto) dell'ambito di applicazione del Codice degli appalti del 2006. Si tratta, infatti, di principi trasversali alla complessiva attività contrattuale della pubblica amministrazione, confermati anche nel corso dei successivi "ritocchi" al Codice.

Quanto poi al principio di economicità, il legislatore, al comma 2 del medesimo articolo, ne prevedeva la subordinazione, in determinati casi, ai criteri, previsti dal bando di gara, ispirati ad esigenze sociali,

[39] R. De Nictolis, *L'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione e i principi relativi ai contratti pubblici*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *L'appalto pubblico e gli altri contratti della p.a.*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 10.

nonché alla tutela della salute e dell'ambiente ed alla promozione dello sviluppo sostenibile, così sostanzialmente anticipando il legislatore comunitario del 2014 che, come osservato, attribuisce importanza particolare ai criteri ambientali e sociali, alla salute ed alla sostenibilità dell'azione. Infine, rinviava, in via residuale per quanto non espressamente previsto, a quanto disposto dalla legge 241/1990 e, relativamente all'attività contrattuale dei soggetti aggiudicatori, al rispetto delle disposizioni contenute nel Codice civile.

Nel nuovo Codice del 2016, invece, il legislatore definisce i principi proprio con riferimento ai contratti esclusi considerando, all'art. 4 (Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi), che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, debba avvenire "nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica". Ora, è inevitabile rilevare che i suddetti principi siano imprescindibile corollario anche per i contratti "inclusi", cui però vanno via via affiancate le disposizioni di dettaglio.

Oltre ai principi di cui sopra, richiamati in più occasioni dalla Giurisprudenza, particolarmente interessanti nella materia in esame sono anche i principi di sussidiarietà orizzontale e di leale collaborazione, che ricoprono il ruolo di traino e supporto all'ascesa del fenomeno collaborativo tra pubblico e privato.

Ciò anche perché, dopo l'intervento della legge 15/2005 che ha imposto ai poteri pubblici di uniformare l'attività amministrativa ai principi di derivazione comunitaria, il principio del legittimo affidamento e di conformazione al canone di buona fede sono entrati nel nostro ordinamento a pieno titolo, al punto da uniformare a questi canoni tutta l'azione amministrativa.

E, certamente, i principi di trasparenza e di pubblicità dell'agire pubblico ricoprono un ruolo di garanzia del privato, per garantire un corretto rapporto partecipativo, e si traducono in un dovere di leale collaborazione, cui la disciplina si deve conformare.

Quanto all'intervento giurisprudenziale sulla materia, è evidente che il destinatario principale dell'attenzione sia stato il Codice de-

gli appalti del 2006, data la sua posizione dominante per un decennio nel panorama della contrattualistica pubblica. Ciò risulta anche dai dati statistici, se si considera che nel periodo ricompreso tra il 2006 e il 2013 sono state pronunciate dalla giurisprudenza amministrativa (TAR e Consiglio di Stato), ivi inclusa la pareristica dell'ANAC, 6.155 sentenze aventi ad oggetto uno o più articoli del Codice[40].

Rinviando alle opportune sedi per un'analisi delle singole disposizioni codicistiche[41] (peraltro ora abrogate per effetto dell'intervento del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50[42]), qui pare utile precisare il contenuto dei principi applicabili alla materia in esame, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale originata dal previgente Codice, tuttavia ancora attuale.

In particolare, il già citato principio di economicità impone con riferimento all'evidenza pubblica un'adeguata gestione delle risorse economiche ed umane, in tutte le fasi, al fine di evitare costi superflui. Esso implica, ad esempio, una corretta valutazione dei costi della prestazione oggetto di gara, nonché una scelta dell'oggetto del contratto sulla base di valutazioni anche di ordine economico. Quanto, invece, al principio di efficacia, la P.A. risulta vincolata nella definizione della procedura, che deve essere adeguata all'obiettivo prefissato, il quale a sua volta deve rispondere ad un'esigenza pubblica effettiva e non solo astratta. Diversa, invece, è l'attuazione del principio di efficacia da parte del privato che corrisponde sostanzial-

---

[40] G. Mastrandrea, *La legge delega per il recepimento delle direttive tra continuità e innovazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p. 118.

[41] Tra i tanti commenti: F. Caringella, M. Protto, *Codice dei contratti pubblici: commento articolo per articolo al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, Dike Giuridica, 2012; A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, CEDAM, 2012; M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010; M. Sanino (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: d.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, UTET giuridica, 2006.

[42] Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

mente alla corretta esecuzione del contratto e che si traduce in un proficuo apporto collaborativo dello stesso.

Infine, di non poco conto è il rispetto dei principi di correttezza e buona fede, che ricoprono un ruolo determinante, anche ai fini della responsabilità civile della P.A., nella valutazione della condotta del partner pubblico sia in fase di affidamento che di esecuzione. Sotto un altro profilo, con riferimento al rapporto collaborativo non può non venire in rilievo il principio di leale collaborazione tra pubblico e privato, che trova fondamento proprio nel principio di buona fede e che il diritto comunitario, nonché alcune normative speciali, hanno già posto a fondamento del rapporto collaborativo in senso lato, ivi comprendendo, quindi, anche il procedimento amministrativo ordinario[43]. A tal proposito, il principio di leale collaborazione deve "permeare, nell'attuale assetto ordinamentale, improntato ad accentuata sussidiarietà orizzontale, i rapporti tra privati e pubblica amministrazione"[44].

Non potendosi certamente offrire una panoramica esaustiva della Giurisprudenza intervenuta in più di un decennio di dibattito sui temi della contrattazione pubblica, si ritiene utile presentare alcuni spunti interessanti forniti dalla Giurisprudenza amministrativa, relativi proprio alla caratterizzazione del rapporto tra pubblico e privato e concernenti i principi generali sopra citati.

In tema di onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara, il fatto che tali clausole impediscano o rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, viola "i principi cardine delle procedure a evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della "par condicio" dei concorrenti"[45].

In tema di disciplina di gara, invece, "il principio della segretezza dell'offerta economica[46] è presidio dell'attuazione dei principi

[43] Così ad esempio il legislatore con la previsione degli oneri in capo all'amministrazione ex art. 10-bis legge 241/1990.

[44] Consiglio di Stato, sez. VI, 26/03/2010, n. 1761, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 3, 2010, p. 665.

[45] Consiglio di Stato, sez. VI, 08/02/2016, n. 510, in *Guida al diritto*, n. 11, 2016, p. 102.

[46] Principio che comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è inderogabilmente preclusa al seggio di gara la conoscenza,

di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., *sub specie* della trasparenza e della *par condicio* dei concorrenti, intendendosi, così, garantire il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e, in particolare, con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri con i quali quest'ultima viene valutata"[47].

Sempre sul principio di buon andamento, "nelle gare pubbliche il diritto di accesso ai documenti amministrativi, previsto dall'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, è esercitabile anche nei riguardi degli atti di diritto privato, atteso che l'attività amministrativa, soggetta all'applicazione dei principi di imparzialità e buon andamento, sussiste non solo quando l'Amministrazione esercita funzioni pubbliche e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali e provvede alla cura concreta di pubblici interessi mediante un'attività sottoposta alla disciplina dei rapporti tra privati"[48].

Interessante è, poi, la pronuncia secondo cui, in attuazione del *favor* riconosciuto alla partecipazione dei privati e dell'esigenza di semplificazione, principi particolarmente cari al legislatore comunitario del 2014 e già recepiti dall'ordinamento nazionale, "il soccorso istruttorio costituisce, non già una facoltà della stazione appaltante, bensì un doveroso ordinario *modus procedendi*, volto a superare i formalismi, in nome dei principi del *favor partecipationis* e di semplificazione". E tuttavia, "il potere di soccorso sancito dall'art. 46, co. 1, Codice dei contratti pubblici[49], sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di

diretta o indiretta, del valore dell'offerta economica, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica.

[47] TAR Bari (Puglia), sez. I, 10/02/2016, n. 147, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

[48] Consiglio di Stato, sez. IV, 28/01/2016, n. 326, in *Guida al diritto*, n. 10, 2016, p. 83.

[49] Ora riproposto in forma analoga all'art. 83 d.lgs. 50/2016.

clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti, non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal Regolamento di esecuzione e dalle leggi statali"[50]. A tal proposito, "in materia di partecipazione ad appalti pubblici, va mantenuta una distinzione netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara (sempre possibile), rispetto all'ipotesi di integrazione documentale, non ammissibile in quanto lesiva della fondamentale regola della *par condicio competitorum*; infatti, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita, ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara; invece, ove l'impresa concorrente abbia integralmente omesso di presentare la documentazione la cui produzione era richiesta a pena di esclusione, il rimedio della regolarizzazione documentale, di cui all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, non può trovare applicazione; di conseguenza, l'omessa allegazione di documentazione comprovante i requisiti riguardanti la capacità economico-finanziaria e la capacità tecnica previsti a pena di esclusione, non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, sicché non ne è permessa neppure l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara"[51].

Particolarmente delicata, al proposito, è poi la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in cui si ammonisce che il *favor partecipationis* non è un valore assoluto che consente l'ammissione in deroga di ogni

[50] TAR Roma (Lazio), sez. I, 21/01/2016, n. 715, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

[51] Consiglio di Stato, sez. V, 22/10/2015, n. 4869, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

partecipante privo di requisiti, in quanto la procedura selettiva dei partecipanti alla gara "deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell'obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente", e che "il principio della certezza del quadro delle regole e dei tempi della procedura di evidenza pubblica impone che i requisiti di partecipazione siano verificati in modo compiuto al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande ed impedisce un'ammissione condizionata, che si rifletterebbe negativamente sui valori dell'efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, subordinando l'aggiudicazione e la successiva stipulazione a fattori caratterizzati da profili di imponderabilità"[52].

In attuazione, poi, dei principi di trasparenza e correttezza, viene stabilito che "in sede di gara pubblica la pubblica amministrazione non può, mediante chiarimenti autointerpretativi, modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* della stessa, atteso che i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunge ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost."[53].

In attuazione del medesimo principio di trasparenza, "nelle gare pubbliche di appalto la predeterminazione, da parte della stazione appaltante, dei criteri di ammissione e aggiudicazione ha la funzione di evitare che appositi criteri confezionati 'ex post' possano determinare parzialità nelle operazioni, sicché l'integrazione da parte della Commissione giudicatrice degli elementi tecnici ed economici di valutazione stabiliti dalla 'lex specialis', è consentita solo a condizione che: a) non siano modificati i criteri di valutazione stabiliti da detta 'lex specialis'; b) non sia influenzata la preparazione delle offerte

[52] Consiglio di Stato ad. plen., 20/08/2013, n. 20, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 7-8, 2013, p. 1843.

[53] Consiglio di Stato, sez. III, 13/01/2016, n. 74, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

(per la previsione di elementi che, se fossero stati noti al momento della formulazione delle offerte, avrebbero potuto indurre i partecipanti al procedimento di evidenza pubblica ad una diversa articolazione delle offerte medesime); c) non siano introdotte discriminazioni a danno dei concorrenti; in sostanza ciò che, in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, 'par condicio' e trasparenza, è vietato, è l'introduzione di ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella 'lex specialis' ovvero la modifica di quelli in essa contenuti"[54].

Ed ancora, "nelle gare pubbliche l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'ascrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante"[55].

Con riferimento al requisito della moralità professionale di cui all'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. 163/2006[56], il Consiglio di Stato ha precisato che, al fine di apprezzare il grado di moralità dell'operatore economico, in applicazione del principio comunitario di proporzionalità, "assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'Amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano l'adeguata moralità professionale"[57]; viene così esplicitata l'esistenza di un interesse specifico della P.A. a collaborare con un partner privato adeguato anche sotto il profilo della condotta tenuta.

E in attuazione del principio di collaborazione tra pubblico e

[54] Consiglio di Stato, sez. V, 06/05/2015, n. 2267, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

[55] Consiglio di Stato, sez. V, 02/12/2015, n. 5454, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

[56] Ora parzialmente riformulato dall'art. 80 del nuovo Codice.

[57] Consiglio di Stato, sez. IV, 13/10/2015, n. 4711, in *Foro Amministrativo*, n. 10, 2015, p. 2507.

privato, l'interpretazione del bando di gara deve soggiacere "alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative". Così, "la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali contenute nel bando, esclude ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare pretesi significati, e preclude ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, con preferibilità dell'interpretazione che favorisca la massima partecipazione, piuttosto che quella che la ostacoli"[58].

In conclusione, la selezione giurisprudenziale qui presentata individua il nucleo essenziale dei principi applicabili al rapporto di collaborazione pubblico-privata, a prescindere dalla qualificazione contrattuale specifica. In sintesi, si possono riassumere nei principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza, par condicio, buon andamento, legalità, semplificazione, *favor partecipationis*, leale collaborazione, efficienza, tempestività, certezza, correttezza, non discriminazione e proporzionalità.

Nello specifico, risalta in particolare la stretta connessione tra l'andamento dell'amministrazione pubblica e la corretta attuazione dei principi di concorrenza e di trasparenza. Ove l'equilibrio del mercato viene rispettato e favorito, lì vi sono maggiori opportunità di raggiungimento dell'interesse pubblico e dell'efficacia amministrativa.

[58] Consiglio di Stato, sez. V, 23/02/2015, n. 848, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

2.1. *Il principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici*

Tanto l'attività amministrativa quanto l'attività negoziale della P.A. sono finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico[59].

Tuttavia, mentre nell'attività amministrativa l'esercizio del potere dell'Amministrazione trova la propria legittimazione nella norma che le attribuisce il potere e la propria conformità alla fattispecie legale nel raggiungimento in concreto delle finalità di pubblico interesse, il cui perseguimento è indicato dalla legge medesima, con riferimento, invece, all'attività negoziale dell'ente pubblico, gli obiettivi sono raggiungibili solo con l'accordo dell'altro contraente[60].

Pertanto, essendo necessario che l'attività contrattuale della P.A. risponda all'interesse pubblico, il perseguimento di tali meritevoli interessi deve avvenire nella e mediante la collaborazione con il privato, anche tramite l'adozione del procedimento di evidenza pubblica.

È, così, evidente che la finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici non può non incidere anche sulla contrattualistica pubblica e che la volontà contrattuale delle parti presenta sempre e comunque il condizionamento dell'utilità pubblica, seppur sia necessaria l'attenta ponderazione dell'interesse privato.

Si realizza un rapporto di scambio in cui il pubblico provvede ad assolvere ad un compito pubblico, ma utilizzando le prestazioni rese dal privato dietro corrispettivo o altra utilità[61]. Il contratto di appalto ed ogni altro contratto di collaborazione pubblico-privato sono accomunati dalla strumentalità del rapporto alla soddisfazione di interessi pubblici, direttamente o indirettamente, non incompatibili con la parallela soddisfazione di interessi privati che, comunque, non possono mai essere prevalenti. Tali interessi pubblici, frequentemente consistenti nel perseguimento delle finalità istituzionali del partner pubblico, non devono confondersi con gli interessi privati e

---

[59] Sul tema, si ricorda M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

[60] A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2010, pp. 555-600.

[61] G. Piperata, *Introduzione*, cit., p. 7.

tale distinzione deve trasparire fin dall'avvio della collaborazione[62], quale garanzia di trasparenza del rapporto.

La complessità del rapporto e della garanzia degli interessi coinvolti è evidente nel fatto che la fase di formazione dei contratti pubblici è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale. Il procedimento amministrativo è disciplinato da regole di diritto pubblico finalizzate ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico, anche quando la P.A. agisce mediante moduli convenzionali. Il procedimento negoziale, invece, è disciplinato da regole prevalentemente di diritto privato, finalizzate alla formazione della volontà contrattuale, che contemplano normalmente un invito della P.A. ad offrire, cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa P.A.[63]. Si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, tendenzialmente non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico, caratterizzato da un comportamento del soggetto pubblico che si presenta unitario e che, conseguentemente, non può che essere valutato nella sua complessità, anche ai fini dell'eventuale individuazione di una responsabilità civile. Pertanto, trattandosi di una condotta unitaria, ogni sua azione deve essere diretta al perseguimento dell'interesse pubblico ed in tale ottica esaminata.

A tal fine, il legislatore, in tema di appalti, ha previsto il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, che non ha carattere sanzionatorio (in caso di eliminazione dell'offerta sospettata di anomalia) e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in prospettiva della corretta esecuzione dell'appalto. Tale procedimento è, pertanto, "finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, ponendosi

---

[62] M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 65.

[63] Consiglio di Stato, sez. V, 15/07/2013, n. 3831, in *Diritto & Giustizia*, 9.9.2013.

l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta soltanto come effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza rispetto al fine da raggiungere"[64].

Il peso dell'interesse pubblico è tale che il partecipante a gara pubblica vanta una sola "mera aspettativa di fatto alla positiva conclusione della procedura che può essere interrotta, senza preventiva comunicazione dell'esercizio del potere di autotutela, fintantoché non intervenga l'aggiudicazione definitiva, cosicché diviene recessivo anche il dovere di ponderazione dell'interesse privato in confronto dell'interesse pubblico"[65].

Ciò perché la P.A. è titolare del potere, ex art. 21-quinquies legge 241/1990, di revocare per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo. Così, pertanto, "con riferimento ad una procedura di evidenza pubblica, è legittimo il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della Amministrazione"[66].

In tal senso, l'art. 81, co. 3, d.lgs. 163/2006 prevedeva che "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, in forza di un potere di carattere amplissimo, diverso da quello tecnico che compete alla commissione giudicatrice, che non risulta condizionato dalle decisioni della commissione stessa, ben potendo esse sempre disporre in merito al contratto con i loro 'poteri trasversali di controllo', con

[64] Consiglio di Stato, sez. VI, 10/11/2015, n. 5102, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

[65] Consiglio di Stato, sez. III, 26/02/2016, n. 791, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

[66] Consiglio di Stato, sez. III, 29/07/2015, n. 3748, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

conseguente possibilità per la stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione del contratto per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse"[67].

Sul punto, il nuovo Codice prevede che "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto", così riproponendo il testo previgente, ma precisando che tale facoltà debba essere "indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito"[68].

Ancora più particolare è la relazione tra pubblico e privato nell'ambito del rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, nell'ambito di un servizio pubblico essenziale, obbediente non già a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione di prestazioni assistenziali remunerate a tariffa a carico dell'erario. La natura peculiare di tale rapporto "impone al privato accreditato precisi doveri di leale collaborazione con l'Amministrazione ed amplifica l'ordinario dovere di diligenza e correttezza esigibile nei comuni rapporti obbligatori". "In altri termini, gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, ma sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria"[69].

Infine, anche "un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di

---

[67] Consiglio di Stato, sez. III, 25/02/2016, n. 749, in *Foro Amministrativo*, n. 2, 2016, p. 286.

[68] Art. 95, co. 12, d.lgs. 50/2016.

[69] Consiglio di Stato, sez. III, 22/01/2016, n. 207, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost". Ne consegue che "il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede, quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benché col minore possibile discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi"[70], sempre nell'osservanza dei principi generali più sopra analizzati.

Senza dubbio, l'attività contrattuale della P.A., ancorché eseguita in regime privatistico, è, comunque, attività d'interesse pubblico e la soggezione della P.A. alle regole di diritto comune non può significare completa svalutazione di ogni differenza tra le posizioni dei contraenti[71]. Peraltro, poiché l'interesse pubblico condiziona l'intera attività contrattuale della P.A., assumendo rilievo causale in tutte le sue fasi[72], non possono non esservi consistenti deroghe alla disciplina di diritto comune[73].

Tuttavia, il peculiare rapporto connesso ai contratti conclusi dalla P.A. non può che imporre l'applicabilità della clausola generale di buona fede e di correttezza, in particolare se si considera che l'interesse pubblico non coincide necessariamente con l'interesse soggettivo della singola amministrazione procedente, dovendosi realizzare, invece, un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco[74].

---

[70] Consiglio di Stato, sez. VI, 16/07/2015, n. 3571, in *Foro Amministrativo*, n. 7-8, 2015, p. 1987.

[71] In tal senso, M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1052 ss., p. 1062.

[72] Sulla rilevanza causale dell'interesse pubblico nella contrattazione della P.A., V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; ancora, sull'incidenza dell'interesse pubblico nei moduli negoziali pubblico-privati aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico, M. De Donno, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, Bononia University Press, 2015.

[73] Così, C. Franchini, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 95.

[74] Sul punto F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001.

Qualora, invece, non si applicasse l'obbligo di correttezza all'azione amministrativa, si rischierebbe di vanificare proprio quegli strumenti di collaborazione e di negoziazione tra pubbliche amministrazioni e privati, dei quali gli accordi previsti dalla legge n. 241 del 1990 sono testimonianza[75]. Sembra, così, profilarsi una nuova concezione dei rapporti tra cittadini e autorità pubblica (c.d. amministrazione partecipata o condivisa), "in virtù della quale la pretesa della regolarità dell'azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede"[76].

Concludendo, quindi, l'interesse pubblico ricopre un ruolo dominante anche nel complessivo e complesso rapporto di collaborazione pubblico-privato, ma l'attività della P.A. deve rispettare i canoni di correttezza e buona fede, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, compreso quello del partner privato.

Ed in ogni caso, quale che sia la disciplina applicabile, inevitabilmente in tutta l'attività negoziale della P.A. emerge sempre, direttamente o indirettamente, un profilo di funzionalizzazione, nonché l'esigenza che attraverso il contratto la pubblica amministrazione raggiunga il proprio fine istituzionale[77], potendo anche, altrimenti, risultare illegittima l'azione della P.A.

Si noti al proposito che peraltro, se da un lato il contratto non è strumento creato per la realizzazione del fine pubblico, lo è certamente il procedimento amministrativo presupposto, cui trae origine la legittimazione a contrarre.

2.2. *Il principio di sussidiarietà orizzontale*

Gli strumenti di collaborazione pubblico-privato realizzano massimamente il principio di sussidiarietà orizzontale[78], riconosciu-

---

[75] Così B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della p.a. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Il Corriere giuridico*, n. 12, 2012, p. 1498.

[76] Cassazione civile, sez. I, 10/01/2003, n. 157, in *Guida al diritto*, n. 27, 2009, p. 46.

[77] R. Dipace, *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 192.

[78] Sul punto, A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012.

to a livello comunitario come principio fondamentale della politica di coesione economica e sociale[79] e invocato dalla Dottrina italiana quale principio presupposto di larga parte delle riforme dell'ultimo ventennio[80]. In senso lato, si tratta di un principio che propone una cooperazione tra soggetti nel perseguimento di un obiettivo comune.

Tale principio rileva, ai fini del fenomeno partenariale, nella sua accezione orizzontale, che prevede sostanzialmente un arretramento dell'intervento pubblico ed una contemporanea espansione degli spazi riservati ai soggetti privati[81]. Si realizza un rapporto tra Stato e settore privato, per cui quest'ultimo interviene nello svolgimento di compiti pubblici o nella soddisfazione di esigenze pubbliche[82].

Il principio di sussidiarietà orizzontale, nell'ordinamento italiano, trova una sua traduzione solo a partire dalla legge 241/1990

---

[79] Sul principio di sussidiarietà comunitario: E. Cannizzaro, *Sussidiarietà e interventi di riequilibrio del mercato comune*, in A. Predieri (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1996; G. Gelauf, I. Grilo, A. Lejour, *Subsidiarity and economic reform in Europe*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2008; R. Condorelli, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione europea*, Catania, G. Maimone, 2005; A. Estella, *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002; P. Devine, Y. Katsoulacos, R. Sugden, *Competitiveness, subsidiarity and industrial policy*, London-New York, Routledge, 1996; S. Cassese, *L'aquila e le mosche, principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro Italiano*, n. 10, 1995, pp. 373-377; G.P. Orsello, *Il principio di sussidiarietà nella prospettiva dell'attuazione del trattato sull'unione europea*, Roma, Istituto italiano di studi legislativi, 1993. Sul principio riconosciuto oltre oceano, J.E. Fleming, J.T. Levy, *Federalism and subsidiarity*, New York, NYU press, 2014.

[80] Sul valore del principio di sussidiarietà: S. Stammati, *Il principio di sussidiarietà fra passato e presente*, in *Diritto e società*, n. 2/3, 2011, pp. 337-428; L. Grimaldi, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, Cacucci, 2006; G. Cimbalo, J.I. Alonso Pérez (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale: le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, Giappichelli, 2005.

[81] R. Dipace, *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, cit., pp. 77-78.

[82] G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici: l'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, CLUEB, 2002; Aa.Vv., *Sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2002, pp. 5-160.

e dalla riforma sanitaria introdotta dal d.lgs. 502/1992 (e successive modifiche)[83].

La positivizzazione della sussidiarietà quale principio generale dell'ordinamento è stata innanzitutto realizzata dalla riforma, operata dalla legge cost. 3/2001, dell'art. 118 Cost. in base al quale, al comma 4, "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Tuttavia, nonostante certamente tale articolo abbia il ruolo di "faro relativo", l'esplicitazione della sussidiarietà orizzontale, intesa come rapporto collaborativo tra le parti, non trova tuttora una precisa collocazione e si rinviene nelle singole discipline specifiche.

Non vi è dubbio, invece, che, seppur siano ricongiunti alla sussidiarietà orizzontale una molteplicità di strumenti e di fenomeni latamente connessi ad una partecipazione del privato, il principio in questione si realizza attraverso una ripartizione ottimale dei ruoli tra il pubblico ed il privato, considerato che l'aspetto più complesso è il raggiungimento di un equilibrio efficiente tra gli interessi coinvolti.

Il principio di sussidiarietà, nell'ampia accezione verticale ed orizzontale emergente dal citato art. 118 Cost., implica il necessario rispetto dell'autonoma iniziativa dei singoli, operanti sul territorio proprio in relazione ad attività di interesse generale[84].

E così, la Giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che la riforma del titolo V parte II della Costituzione del 2001 ha introdotto in modo esplicito nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà, per quanto qui interessa nel suo aspetto orizzontale, e "in ossequio a tale principio ha previsto che i soggetti pubblici debbano

---

[83] C. Bottari, *I soggetti erogatori privati e l'attuazione del principio di sussidiarietà*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; C. Bottari, *La tutela della salute tra solidarietà e sussidiarietà*, in C. Bottari, L.S. Rossi (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 21-29; G. Bonfreschi, *Principio di sussidiarietà orizzontale e gestione dei servizi sanitari*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 6, 2012, pp. 19-40.

[84] TAR Milano (Lombardia), sez. IV, 15/10/2015, n. 2170, in *Redazione Giuffrè* 2016.

favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"[85].

Il fine parrebbe, quindi, quello di consentire all'autorità pubblica "di concentrare la propria azione su obiettivi di importanza prioritaria e di interesse veramente generale, secondo il modello di integrazione di operatori pubblici e privati, in cui si concretizzano i principi di sussidiarietà orizzontale, adeguatezza, efficienza dell'azione amministrativa che hanno ormai trovato riconoscimento anche nella nostra Carta costituzionale"[86].

Così, "ai sensi del principio di sussidiarietà orizzontale, l'apporto dei singoli e delle formazioni sociali va valorizzato nell'ambito del procedimento, non solo in termini di mera collaborazione, ma anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa, per renderla più adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti"[87].

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ammonire che "la convergenza fra interessi imprenditoriali privati e interessi degli enti locali non è di per sé espressione di sussidiarietà orizzontale, principio che va piuttosto riferito ai fenomeni tipici della cittadinanza societaria, laddove si evidenziano attività di interesse generale a cura di soggetti, utenti e agenti al medesimo tempo, operanti nella propria comunità di base"[88].

E, così, proseguiva concludendo che "il principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, co. 4, Cost., costituisce il criterio propulsivo, in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Ciò trova riscontro in una visione secondo cui lo Stato ed ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui, co-

[85] TAR Brescia (Lombardia), sez. I, 10/12/2008, n. 1739, in *Foro Amministrativo TAR*, n. 12, 2008, p. 3281.

[86] TAR Roma (Lazio), sez. I, 10/03/2006, n. 1890, in *Foro Amministrativo TAR*, n. 3, 2006, p. 964.

[87] TAR Genova (Liguria), sez. I, 11/05/2004, n. 747, in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, p. 1330.

[88] Consiglio di Stato, atti norm., 03/09/2003, n. 1440, in *Giur. it*., 2004, p. 716.

loro che ne fanno parte, liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal "sociale" e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte. Sotto il profilo economico, ciò si traduce nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli"[89].

In altre parole, la sussidiarietà orizzontale opera promuovendo la partecipazione del privato nella cosa pubblica, nell'interesse pubblico di raggiungere un maggiore efficientamento del servizio e dell'amministrazione pubblica in senso lato.

3. *Le fonti delle obbligazioni della pubblica amministrazione*

L'evoluzione della gestione della cosa pubblica ha prodotto un arcipelago di fonti di obbligazione della pubblica amministrazione, intendendo i rapporti collaborativi tra la P.A. ed i privati variamente costituiti.

Per quanto concerne le linee di tendenza dalle quali muove la progressiva riforma della funzione pubblica, si può fare riferimento ai seguenti orientamenti: a) in primo luogo, allo sviluppo dell'amministrazione cd. negoziata o per accordi, che muove, in via generale, dalla legge 241/1990; b) alla tendenza verso la c.d. liberalizzazione e, ancora più, alla c.d. privatizzazione della gestione di molteplici servizi pubblici e dello svolgimento di altre attività in dominio della P.A.; c) alla forte enfatizzazione, nei fatti, dello strumento contrattuale (in forme più o meno inedite) per comporre e conciliare l'interesse pubblico con quello privato; d) all'invadenza del diritto comunitario, che ha in alcuni casi condotto alla distorsione di tradizionali e rilevanti istituti del diritto amministrativo[90].

---

[89] Consiglio di Stato, atti norm., 06/03/2002, n. 1354, in *Foro Amministrativo CDS*, 2002, p. 2607.

[90] I. Franco, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11, 2014, p. 1129.

I rapporti di collaborazione tra il pubblico e il privato si distinguono innanzitutto per il grado di prevalenza nel rapporto rispettivamente del diritto pubblico e del diritto privato. Così, si distingue tra accordi amministrativi, contratti ordinari e contratti speciali, nonché contratti di diritto pubblico o ad oggetto pubblico[91], questi ultimi talvolta sovrapposti agli accordi amministrativi.

Gli accordi amministrativi ex art. 11 legge 241/1990 sono eminentemente retti dal diritto pubblico; nei contratti ordinari (nei quali la qualità di ente pubblico del contraente non influisce in alcun modo[92]) la disciplina di riferimento è quella dettata dal Codice civile, mentre nella vasta gamma di contratti speciali le relative vicende sono principalmente riconducibili ad una fase retta dalle norme del diritto pubblico e ad un'altra, grosso modo, ordinata dalle regole del diritto comune. Invece, i contratti ad oggetto pubblico sono i contratti che non possono che essere conclusi da amministrazioni pubbliche, in quanto collegati a provvedimenti amministrativi che ne costituiscono complemento necessario: si distinguono ulteriormente in contratti accessivi a provvedimenti, contratti ausiliari di provvedimenti e contratti sostitutivi di provvedimenti; secondo Giannini, i contratti ad oggetto pubblico costituirebbero una figura generale, individuabile "ogni volta che vi sia un aspetto patrimoniale, nell'esercizio di potestà pubbliche, che possa formare oggetto di disciplina negoziata e regolabile mediante obbligazioni; non è necessario che vi sia una norma che ogni volta facoltizzi l'amministrazione pubblica al contratto"[93].

La modulazione, sotto tale profilo, della relativa disciplina ha dato spazio all'immaginazione del legislatore e della prassi nell'individuazione di strumenti più o meno elaborati, cui la P.A. può fare ricorso per la soddisfazione dei suoi bisogni e per l'esercizio delle prestazioni di cui si deve far carico l'amministrazione, nel suo ruolo di garante di servizi pubblici.

Si assiste, quindi, all'incombenza sull'attività della P.A. di un

---

[91] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 356.

[92] Si pensi ai contratti per piccole quantità di materiale di consumo necessarie ai fini dell'immediata soddisfazione di un'esigenza degli uffici, piccole manutenzioni dei locali o interventi di assistenza estemporanei.

[93] M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 429.

diritto ibrido, caratterizzato da elementi eterogenei che richiedono una continua opera di coordinamento.

Sebbene si sia diffusa la convinzione che la normativa italiana, a partire dalla legge 241/1990, abbia inteso esprimere un favore assoluto per gli strumenti di diritto privato quale opzione principale della P.A., invero nulla di ciò si rinviene nelle discipline interne e tanto meno, come già osservato, nel diritto comunitario. Non pare vi sia neppure una crisi del ruolo dell'amministrazione pubblica, che mantiene un ruolo dominante nell'esercizio delle sue funzioni.

È vero, invece, che l'autorità pubblica deve osservare una disciplina particolare ove decida di servirsi del mercato e così optare per i diversi tipi di partenariato e di rapporti collaborativi con il privato. Effettuata eventualmente la scelta per il modello collaborativo, l'ente pubblico potrà prediligere l'istituto più confacente alla realtà economica dell'operazione da realizzare o alla consistenza degli assetti organizzativi eventualmente già esistenti[94].

Ciò che, tuttavia, accomuna gli strumenti della P.A., tanto tradizionali quanto recenti, è l'esigenza di un'amministrazione strutturata e qualificata per affrontare i peculiari procedimenti di formazione del rapporto, nonché l'esigenza di corrispondenza dei meccanismi alle regole vigenti, affinché tali strumenti possano efficacemente raggiungere gli obiettivi posti, nel rispetto dei principi di efficienza e proporzionalità dell'agire amministrativo.

L'evidenza pubblica, propria del procedimento che tende alla conclusione di un contratto con la P.A., costituisce una modalità obbligatoria a prescindere dalla tipologia di contratto individuato, salvo la diversa formulazione del procedimento applicabile.

Tale procedura ad evidenza pubblica risulta necessaria al fine di rendere il contratto compatibile con il fine pubblico. L'amministrazione, infatti, in tale fase è chiamata a valutare l'idoneità dello strumento negoziale al conseguimento del fine pubblico e ad operare una scelta imparziale del partner privato. E tramite tale procedura, che si deve svolgere in applicazione dei principi generali dell'a-

---

[94] F. Cortese, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato: oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, CEDAM, 2013, p. 35.

zione amministrativa, l'attività contrattuale della P.A. viene ricondotta alla funzionalizzazione pubblica. Ciò sempre in ossequio, appunto, dei principi imprescindibili cui deve informarsi l'attività amministrativa, consensuale o autoritativa che sia; tra questi rilevano in particolare i principi di giustizia sostanziale, di ragionevolezza, di conformità alle regole dell'organizzazione amministrativa, quali condizioni di legittimità della stessa funzione amministrativa[95].

In altri casi, invece, è la stessa normativa applicabile che individua lo specifico interesse pubblico, al cui perseguimento viene vincolata la stipula del contratto.

In ogni caso, l'applicazione di tali meccanismi consente proprio di tradurre il contratto in strumento di azione amministrativa. E perché ciò avvenga, occorre una valutazione finalistica dell'operazione negoziale, con la quale le parti hanno voluto conseguire un determinato assetto di interessi che, per essere accettato dall'ordinamento, deve essere meritevole di tutela[96].

L'aspetto peculiare della materia in esame è rappresentato dal fatto che tradizionalmente l'attività funzionalizzata delle pubbliche amministrazioni è espressa tramite provvedimenti autoritativi, che, in base al principio di legalità, possono essere adottati solo se previsti dalla legge.

Tale ricostruzione tradizionale, come anche il primato del provvedimento amministrativo, è stata messa in crisi proprio dall'emergere dell'attività consensuale delle amministrazioni, esercitata mediante contratti e accordi tra le pubbliche amministrazioni ed i privati[97].

Se da un lato non si ritiene si possa parlare di crisi del ruolo dello Stato[98], certamente dall'altro è evidente come gli strumenti consensuali abbiano assunto una posizione di rilevante mezzo alternativo al tradizionale provvedimento per la cura degli interessi pubblici. Ciò anche in ragione dell'ibridazione progressiva del diritto e dell'at-

---

[95] Fondamentale nucleo individuato da F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1950, p. 26.

[96] R. Dipace, *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, cit., p. 195.

[97] Così R. Dipace, *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, cit., p. 197, che ricorda la nozione di attività consensuale in F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 45.

[98] Inteso come pubblica amministrazione che, comunque, agisce per curare un interesse pubblico.

tività amministrativa cui l'interprete assiste, a volte contribuendo, altre volte passivamente.

4. *Brevi osservazioni sugli accordi ex art. 11 legge 241/1990*

Sebbene tradizionalmente la dottrina avesse già individuato moduli pattizi coinvolgenti amministrazioni e privati[99], solo con la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo vennero disciplinati gli accordi amministrativi tra P.A. e privato, distinti tra accordi integrativi e accordi sostitutivi di provvedimento.

Come già anticipato nell'introduzione del presente capitolo, gli accordi integrativi sono quelli conclusi "con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale" e, appunto, integrarne l'enunciato, mentre quelli sostitutivi sono quelli introdotti "in sostituzione" del provvedimento stesso.

L'art. 11 legge 241/1990, nella sua prima versione pubblicata, prevedeva che gli accordi dovessero essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto e che ad essi si applicassero, ove non diversamente previsto, i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili. Inoltre, stabiliva che gli accordi sostitutivi di provvedimenti fossero soggetti ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti e che ne fosse consentito l'uso solo nei casi previsti dalla legge.

Infine, introduceva una specifica ipotesi di recesso unilaterale dell'Amministrazione "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse", salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo per gli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. A sottolineare, poi, un aspetto che si è rivelato in Dottrina particolarmente importante, la norma prevedeva che "le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo [fossero] riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"[100].

---

[99] G.D. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, voce dell'Enc. Giur. Treccani, IX, Torino, 1988.

[100] Tale comma venne abrogato ed inglobato nel d.lgs. 104/2010 all'art. 133, co. 2, lett. a), n. 1, nonché confermato dalla Giurisprudenza amministrativa:

Nella prima versione dell'articolo, il legislatore limitava l'affermazione dell'attività consensuale della P.A., limitando, come detto, gli accordi sostitutivi ai casi previsti dalla legge. In tal modo, l'amministrazione non era legittimata a poter usare il negozio giuridico ogni volta che l'avesse ritenuto opportuno[101].

Successivamente, invece, la legge 15/2005, introduceva modifiche rilevanti alla legge sul procedimento amministrativo, ivi compreso il testo dell'art. 11, sul quale interveniva sopprimendo l'inciso che relegava gli accordi sostitutivi ai soli casi previsti dalla legge.

Prevedeva solo che, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi, sostitutivi o integrativi che siano, la stipulazione dell'accordo deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

In questo modo il responsabile del provvedimento veniva dotato della scelta operativa circa lo strumento più idoneo alla composizione degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, ferma restando la necessaria preventiva autorizzazione dell'autorità competente, che in ipotesi poteva coincidere con la stessa amministrazione promotrice interessata alla conclusione dell'accordo.

L'accordo, quindi, diventava uno strumento idoneo a soddisfare le esigenze pubbliche di cooperazione col privato e, generando obblighi, anche patrimoniali, si avvicinava alla nozione di contratto[102], salvo che per la sua natura di atto conclusivo di un procedimento amministrativo e per il disequilibrio tra le parti, rafforzato dalla previsione del recesso unilaterale di cui sopra.

Difatti, l'interprete deve tenere presente che, "anche quando si avvalga di strumenti alternativi all'attività di carattere provvedimen-

---

"ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2, c.p.a. soggiacciono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra Pubbliche amministrazioni" (Consiglio di Stato, sez. IV, 17/12/2014, n. 6164, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014).

[101] Sul punto, criticamente, G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988.

[102] In tal senso M.G. Vivarelli, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione*, cit., p. 412.

tale, l'Amministrazione non perde il potere autoritativo di gestione dell'interesse pubblico (e può, quindi, anche disporre la revoca della volontà espressa nell'accordo, previo indennizzo), ferma restando tuttavia l'applicazione – per l'interpretazione e la disciplina di eventuali accordi, integrativi o sostitutivi del provvedimento – dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni, in quanto compatibili"[103]. L'accordo rappresenta, infatti, uno strumento sostitutivo del modello autoritativo provvedimentale classico.

Ad ogni modo, l'accordo così individuato rientra a pieno titolo tra le fonti di obbligazione in senso tecnico della P.A.

Sulla natura dell'accordo, molto si è scritto[104], senza una definizione unanimemente condivisa, probabilmente per l'estrema varietà di interessi componibili con gli accordi e il conseguente diverso atteggiamento delle parti.

In linea tendenziale l'accordo si distingue dal contratto del privato con la P.A. disciplinante gli aspetti patrimoniali di un rapporto ad oggetto pubblico, in relazione al quale il momento discrezionale della funzione si è già esternato in un provvedimento, sicché il negozio si trova, di regola, in un rapporto di accessorietà o ausiliarità.

Diversamente, "gli accordi con i quali il privato (ad esempio, al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia su suoli di sua proprietà) si obbliga a determinati comportamenti nei confronti della P.A. o compia determinate rinunzie, rientrano nello schema del cosiddetto modulo convenzionale nel procedimento strumentale all'emissione del provvedimento amministrativo di cui trattasi. Tali accordi, pertanto, non assumono autonoma rilevanza rispetto al detto provvedimento, che resta l'unica fonte di regolamento degli interessi in conflitto, modellando il proprio contenuto in relazione alle precorse convenzioni, con la conseguenza che i presunti vizi di queste non possono farsi valere con i mezzi di tutela utilizzabili con

---

[103] Consiglio di Stato, sez. VI, 18/12/2012, n. 6474, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 12, 2012, p. 3289.

[104] Tra tanti, D. Corletto (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; R. Morea, *Gli accordi amministrativi tra norme di diritto privato e principi italo-comunitari*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003.

riguardo all'attività negoziale e che la rimozione del regolamento suddetto necessariamente presuppone l'impugnazione del provvedimento stesso"[105].

Di pari tenore è la considerazione secondo cui "gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati si differenziano dai contratti di diritto comune innanzitutto per l'inerenza, sotto il profilo dell'oggetto, al contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sua sostituzione, dovendosi, pertanto, verificare la titolarità in capo all'Amministrazione di discrezionalità amministrativa circa l'oggetto specifico dell'accordo, vale a dire il potere di determinare in più modi l'assetto degli interessi in gioco nella prospettiva del miglior perseguimento dell'interesse pubblico"[106].

Sebbene in più occasioni l'accento sia stato posto sulla privatizzazione dell'accordo in ragione dell'applicazione della disciplina civilistica, è stato sottolineato in Giurisprudenza che "l'art. 11 L. 241/1990 non rende applicabili agli accordi della pubblica amministrazione le norme del Codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i 'principi', con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità, sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto, delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei 'principi' (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti, senza per ciò stesso escludere la stessa applicazione di nome in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi possa riconoscersi una natura prettamente contrattuale"[107].

Pertanto, non si può sostenere una reale sovrapposizione tra accordi e contratti, nonostante indubbiamente gli elementi dell'accordo richiamino strutture contrattuali.

In particolare, la struttura dell'accordo viene individuata in elementi necessari di origine in parte pubblicistica, in parte civilistica.

---

[105] Cassazione civile, sez. I, 15/04/1992, n. 4572, in *Giust. civ.*, n. 1, 1992, p. 2037.

[106] TAR Perugia (Umbria), sez. I, 05/05/2014, n. 238, in *Foro Amministrativo*, n. 5, 2014, p. 1564.

[107] Consiglio di Stato, sez. IV, 03/12/2015, n. 5492, in *Foro Amministrativo*, n. 12, 2015, p. 3081.

Essi vengono riconosciuti nel consenso delle parti, nell'oggetto, nella forma scritta e nel perseguimento del pubblico interesse.

Tuttavia, l'aspetto che si ritiene maggiormente caratterizzante, anche per isolare una distinzione rilevante tra contratto e accordo, è il legame con il procedimento amministrativo.

Difatti, se nella procedura per contratti ad evidenza pubblica la deliberazione dell'amministrazione contraente ha rilevanza interna, quale momento di determinazione della volontà dell'ente, negli accordi il provvedimento amministrativo assume rilievo nella fase di negoziazione dell'accordo e non rappresenta un mero presupposto processuale, ma assurge ad elemento dell'oggetto del negozio.

Ciò nondimeno, l'accordo si caratterizza per il necessario coinvolgimento di profili diversi da quelli patrimoniali, ed in particolare per l'implicazione dell'esercizio del potere amministrativo che, con interessante formula descrittiva, viene qualificato come bene sottratto alla comune circolazione giuridica[108]. Ed in ogni caso l'accordo deve essere concluso nel perseguimento dell'interesse pubblico, comunque preminente[109].

5. *I contratti pubblici ai sensi del previgente Codice, d.lgs. 163/2006*

Dopo la privatizzazione dell'attività amministrativa, parzialmente avviata dall'introduzione degli accordi di cui al precedente paragrafo, l'ordinamento amministrativo nazionale venne profonda-

[108] E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 599-600.

[109] Tale esigenza di tutela dell'interesse pubblico pare, peraltro, confermata anche dalla previsione dell'obbligo di pubblicazione di cui all'art. 23 d.lgs. 33/2013, così come recentemente modificato dall'art. 22 d.lgs. 97/2016, secondo cui le pubbliche amministrazioni devono pubblicare ed aggiornare ogni sei mesi gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti, "con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di: (…) d) accordi stipulati dall'amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche, ai sensi degli articoli 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241". L'esigenza di trasparenza, infatti, viene avvertita maggiormente ove l'interesse pubblico sia suscettibile di essere leso.

mente stimolato dall'avvento del d.lgs. 163/2006, quale Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, in abrogazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 "Legge quadro in materia di lavori pubblici". A seguire poi i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono stati regolati dal d.p.r. 207/2010 (regolamento di esecuzione e attuazione del Codice), oltre ad una serie di altri atti normativi, primari e secondari, per specifici settori, con l'effetto che sino al 2016 il Codice ha subito la modifica da parte di 52 atti normativi nazionali e 6 regolamenti comunitari.

La letteratura sulle disposizioni contenute nel d.lgs. 163/2006 è stata rilevantissima e particolarmente fiorente[110] ed ha accompagnato la disciplina nelle sue evoluzioni sino al recente decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che ha sostituito il precedente Codice, in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

L'analisi del d.lgs. 163/2006 non può prescindere dalla citazione della delega contenuta nella legge comunitaria 2005, legge 18 aprile 2005, n. 62, all'art. 25.

La legge delega affidava al Governo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE e della direttiva 2004/18/CE, imponendo alcuni principi e criteri direttivi, invero particolarmente limitati.

In particolare il Parlamento richiedeva la redazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, in coordinamento anche con le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del

[110] Tra i tanti commenti: F. Caringella, M. Protto, *Codice dei contratti pubblici*, cit.; A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, cit.; M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010; M. Sanino (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici*, cit., 2006.

Trattato istitutivo dell'Unione Europea. Inoltre, proprio in attuazione dei principi generali comunitari, veniva posto l'accento sulla semplificazione delle procedure di affidamento, sul contenimento dei tempi e sulla massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Veniva, infine, prescritto il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto delle direttive, prevedendo la dotazione in capo all'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale ed autonomia organizzativa, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione.

Inoltre, veniva evidenziata l'esigenza di adeguare la normativa alla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02, che aveva deciso che l'art 30, n. 1, della direttiva 93/37/CEE, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dovesse essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso, così richiedendo l'attenzione ai requisiti qualitativi. Difatti, tale ridotto margine di discrezionalità dei legislatori nazionali rappresentava una garanzia di concorrenza selettiva fondata proprio sulla qualità dell'offerta.

Su tali presupposti veniva, quindi, predisposto ed emanato il d.lgs. 163/2006, anche Codice dei contratti pubblici.

Nonostante, ora, la disciplina sia stata superata dal nuovo Codice introdotto dal recente d.lgs. 50/2016, si ritiene qui utile sviluppare alcune osservazioni sulla disciplina che, nonostante le inevitabili lacune e inefficienze di un primo intervento codicistico, ha permesso di accelerare enormemente il dibattito sul settore della contrattazione pubblica, consentendo anche l'affinamento della Giurisprudenza amministrativa ed ordinaria sul tema. In particolare, alcune considerazioni sui principi generali e i rapporti coi privati paiono d'obbligo.

Come specificato all'art. 1, il d.lgs. 163/2006 compose la disciplina relativa ai contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiu-

dicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere, così riunificando sotto un solo tetto molteplici fattispecie contrattuali.

La creazione di un testo per la prima volta unitario ed organico rispose certamente agli obiettivi di semplificazione imposti dalla legge delega citata, mentre l'ulteriore obiettivo di flessibilità degli strumenti giuridici veniva realizzato tramite la previsione di tipologie di procedura di affidamento ulteriori a quelle tradizionali allargate e ristrette, ossia strumenti organizzativi e negoziali, come il dialogo competitivo, che consentano una maggiore interazione della P.A. con i privati.

Veniva introdotto, quindi, almeno nelle intenzioni, una disciplina unitaria, organica e semplificata di norme disciplinanti le procedure di affidamento nei contratti pubblici di rilevanza comunitaria, sull'esempio del *Code de marchés publics* francese.

Inoltre, intervenendo sul tema del partenariato istituzionalizzato, il Codice disponeva che, nei casi in cui le norme vigenti consentissero la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato dovesse avvenire con procedure di evidenza pubblica. La disposizione, quindi, esclude l'ammissibilità generale del ricorso al modello della società mista, ma ne vincola la legittimità al previo espletamento di apposita gara per la selezione del partner e l'affidamento dell'attività operativa.

A tal proposito si è espresso anche il Consiglio di Stato, in funzione consultiva, precisando che "il ricorso al modello della società a capitale misto pubblico e privato[111] è ammissibile nel caso in cui essa non costituisce, in sostanza, la beneficiaria di un 'affidamento diretto', ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al 'socio operativo' della società; l'amministrazione deve, comunque, motivare in modo adeguato perché sì avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato, dovendo inoltre sussistere (oltre

[111] Distinto dallo strumento dell'*in house* poiché, nella società mista, l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude "in radice" la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti "in house".

alla specifica previsione legislativa che ne fondi la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006) garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza: in particolare, appare possibile l'affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara"[112].

Qualora, invece, si mancasse di espletare le procedure ad evidenza pubblica, si verificherebbe un contrasto con i principi comunitari, realizzandosi una scelta basata sul mero *intuitu personae*, elusiva dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Tuttavia, l'oggetto principale del Codice previgente è rappresentato senz'altro dal contratto della P.A., relativo all'acquisizione di lavori, servizi e forniture. Ricollegandosi alle conclusioni in precedenza effettuate per gli accordi, il contratto si differenzia da questi ultimi in quanto è caratterizzato dall'irrilevanza dell'interesse pubblico in ordine al regime di validità del negozio e dall'insensibilità, in linea di massima, del rapporto contrattuale nei confronti delle variazioni dell'interesse dell'amministrazione parte contraente[113].

Tuttavia, l'interesse pubblico, come detto, rileva sul piano del procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione. La cura dell'interesse pubblico diventa elemento essenziale del procedimento amministrativo origine del contratto ed alla soddisfazione di tale interesse contribuisce l'evidenza pubblica, intesa quale esplicitazione e manifestazione dell'iter decisionale dell'amministrazione, che deve avvenire nel rispetto dei principi applicati all'azione amministrativa ed a quelli comunitari, particolarmente incisivi nella materia dei contratti pubblici.

---

[112] Consiglio di Stato, sez. II, 18/04/2007, n. 456, in *Il Foro Italiano*, n. 12, 2007, p. 611.

[113] E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 615.

A tal proposito, la Giurisprudenza ha individuato opportunamente i rapporti tra le parti, frequentemente regolando la portata dell'interesse pubblico rilevante.

In primo luogo, la libertà di ogni pubblica amministrazione di scegliere, in via generale, se la tutela dell'interesse pubblico richieda di affidare un determinato progetto, rinviarne la realizzazione o, piuttosto, non procedere affatto, necessariamente implica nel caso concreto, da parte della stessa, un apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti[114]. Ciò in particolare se si considera che lo *ius variandi* ha tradizionalmente contraddistinto l'attività amministrativa di impronta latina, rappresentando il nucleo distintivo della contrattazione pubblica.

L'incidenza dell'interesse pubblico è evidente, ad esempio, nella previsione secondo cui, dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente, l'amministrazione mantiene "il potere di revoca per documentate e motivate esigenze di interesse pubblico, anche consistenti in un diverso apprezzamento dei medesimi presupposti già considerati, in ragione delle quali sia evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa: è sufficiente al riguardo che non risulti illogica né illegittima, per manifesta abnormità o travisamento dei presupposti di fatto, la decisione di perseguire una strada diversa"[115].

E difatti, come già ricordato in precedenza, il partecipante a gara pubblica vanta una mera aspettativa di fatto alla positiva conclusione della procedura, mentre l'amministrazione è legittimata ad interrompere la procedura in autotutela, risultando preminente l'interesse pubblico anche in rispetto al dovere di ponderazione dell'interesse privato[116].

Diverso, invece, è l'atteggiamento dell'istituto della revoca in autotutela dell'appalto dopo l'aggiudicazione definitiva, ove la verifica della legittimità dell'atto di revoca deve passare attraverso

---

[114] Consiglio di Stato, sez. V, 07/08/2015, n. 3889, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015.

[115] TAR Catania (Sicilia), sez. IV, 29/02/2016, n. 614, in *Foro Amministrativo*, n. 2, 2016, p. 500.

[116] Consiglio di Stato, sez. III, 26/02/2016, n. 791, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

un'attenta disamina della motivazione del provvedimento, quale fondamentale elemento di riscontro, mediante l'analisi delle ragioni giustificative del corretto esercizio della pubblica potestà e la chiara indicazione di un preciso e concreto interesse pubblico[117].

Tuttavia, come anticipato, l'interesse pubblico si realizza in particolar modo nello stesso bando di gara e forma parte necessaria del successivo contratto. Infatti, la determinazione del contenuto del bando di gara, in ordine alle prestazioni delle parti, costituisce espressione di un potere discrezionale in base al quale l'amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare[118]. Conseguentemente, la discrezionalità dell'attività negoziale della P.A. impone che le scelte così operate, ampiamente discrezionali, si sottraggano al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non precostituire situazioni di privilegi.

E parimenti, costituisce precisa attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., il potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare – proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara – gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto e tangibile perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare[119].

In aggiunta all'evidente impatto dell'interesse pubblico sul contratto e sulle procedure in generale, il d.lgs. 163/2006 si è occupato di fissare alcuni specifici parametri, principalmente di estrazione comunitaria, declinati all'interno dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 stesso.

---

[117] TAR Campobasso (Molise), sez. I, 12/02/2016, n. 73, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2016.

[118] Consiglio di Stato, sez. V, 17/07/2014, n. 3770, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014.

[119] Consiglio di Stato, sez. IV, 13/04/2005, n. 1698, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 4, 2005, p. 1078.

Così, dunque, l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Inoltre, l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel Codice.

La norma individuava, così, i principi ispiratori dell'attività contrattuale della P.A. finalizzata all'affidamento ed all'esecuzione, ponendoli a copertura anche dei contratti non inclusi nell'ambito di applicazione del Codice. Si tratta di un elenco di principi non tassativo, a tutela tanto della qualità delle prestazioni e dell'interesse dell'amministrazione, quanto dell'interesse del privato ad una procedura corretta.

Quanto ai principi di economicità ed efficacia, nella disciplina specifica, si intende la garanzia del razionale impiego delle risorse, quale espressione dell'art. 97 Cost. Tali principi si contrappongono ai principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza rispetto ai quali risultano recessivi in caso di conflitto, in virtù della forte preferenza del legislatore e della giurisprudenza comunitaria verso il mercato e la sua tutela. In ogni caso, i principi sopra citati rappresentano un parametro di coerenza del concreto esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione.

Quanto, poi, al principio di concorrenza, applicabile anch'esso anche ai settori esclusi, esso costituisce strumento di garanzia di equilibrio nel mercato e per il mercato. In particolare, la tutela della concorrenza si traduce nella disciplina relativa alle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento, ai criteri di aggiudicazione, nonché nell'individuazione dei poteri di vigilanza sul mercato degli appalti. D'altronde, l'intero procedimento di aggiudicazione del contratto pubblico, caratterizzato da modalità idonee a garantire al massimo grado l'imparzialità della scelta e la concorrenzialità fra gli aspiranti, è imperniato sulla concorrenza, intesa quale espressione del principio di imparzialità[120].

[120] S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, CEDAM, 2002, p. 25.

Ad esso connesso e funzionale è il principio di trasparenza citato dal legislatore che si sostanzia nel rispetto delle regole che, in materia di affidamento di appalti pubblici e salvo ipotesi eccezionali, impongono il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ed è strumentale al perseguimento della libera concorrenza[121], nonché inscindibile dal principio di pubblicità che consente la verifica della reale attuazione di quest'ultimo e della correttezza dell'attività amministrativa.

Alla tutela di tali principi (trasparenza e concorrenza) vennero dedicati in particolare le disposizioni relative alle specifiche tecniche[122], ai criteri di valutazione[123], nonché all'istituzione dell'AVCP[124], poi ANAC, dotata di poteri effettivi anche di annullamento della procedura di aggiudicazione.

La portata dei principi, esposti dal primo comma dell'art 2 qui esaminato, consente di intuire come tali disposizioni possano condizionare il contenuto dei successivi commi, nonché dell'intero corpo normativo, rappresentando un nucleo essenziale, precettivo e logico, direttamente ed immediatamente applicabile.

Il secondo comma, invece, statuisce il primato delle esigenze pubblicistiche, rivelando che "il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente Codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile". Si tratta dell'attuazione della clausola ambientale e sociale, presente tanto nelle direttive 2004 quanto in quelle successive del 2014, che consente una valutazione discrezionale all'amministrazione che non contempli solo aspetti di opportunità economica, ma che interpreti la complessità degli interessi pubblicistici in gioco. Ciò sempre e comunque nel rispetto della proporzionalità e sostenibilità dell'azione amministrativa.

L'articolo in esame, poi, conclude con il richiamo alla disciplina amministrativa generale e al Codice civile, per quanto opportuno.

---

[121] Consiglio di Stato, sez. VI, n. 362/2007, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 1, 2007, p. 226.

[122] Art. 68 d.lgs. 163/2006.

[123] Art. 83 d.lgs. 163/2006.

[124] Art. 6 d.lgs. 163/2006.

Difatti, prevede al terzo comma che, per quanto non espressamente previsto, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici debbano espletarsi nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 241/1990 ed in particolare dei principi di cui all'art. 1 della legge citata, intesa quale norma sussidiaria.

Invece, il comma quarto, per quanto non espressamente previsto, relativamente all'attività contrattuale dei soggetti di cui al citato articolo 1, opera un richiamo alle disposizioni del Codice civile ed in particolare ai suoi principi, considerato che, una volta perfezionato il contratto con il partner privato, il rapporto dovrebbe essere di massima governato da una tendenziale parità delle parti.

Di non poco conto, anche alla luce della successiva tendenza comunitaria già sviluppata nel precedente capitolo, sono le integrazioni intervenute successivamente sull'articolo 2 in commento.

Difatti, il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 214/2011, aveva disposto l'introduzione dei commi 1-bis e 1-ter all'art. 2, secondo i quali nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Ed inoltre, la realizzazione delle grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, deve garantire modalità di coinvolgimento delle piccole e medie imprese. Tali integrazioni normative risultano particolarmente affini ad uno degli obiettivi del legislatore comunitario che con le direttive del 2014 ha inteso incentivare fortemente la partecipazione delle PMI e la suddivisione in lotti[125].

Anche l'intervento del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, si colloca nella stessa direzione, aggiungendo al comma 1-bis l'ulteriore previsione secondo cui "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese". E di pari rilievo è la modifica dello stesso comma 1 bis, intervenuta con d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98,

[125] Così, infatti, direttiva 2014/24/UE, considerando n. 78.

in base alla quale "nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti".

Risulta, così, evidente dalla norma esaminata l'esigenza fondamentale di tutela della concorrenza cui l'intero sistema normativo aspira.

Altra disposizione fondamentale nell'economia del Codice del 2006 è rappresentata dall'art. 3, intitolato "Definizioni". Tale norma precisa il significato attribuito alle principali espressioni adottate all'interno del Codice ed introduce le principali definizioni degli istituti cui fa riferimento nel testo. Nonostante, poi, sia risultata necessaria un'opera di aggiornamento giurisprudenziale, nonché un adeguamento alla terminologia comunitaria, parzialmente differente, il legislatore, come ormai frequentemente d'uso, svolse mediante l'art. 3 un'attività di interpretazione autentica preventiva circa il contenuto di locuzioni tutt'altro che scontate.

Sicuramente, anche tale sforzo definitorio è stato finalizzato agli obiettivi di organicità e sistematicità del Codice.

Le definizioni più significative sono, probabilmente, quelle legate all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina. Tra quelle maggiormente degne di nota, si può osservare la sostanziale equiparazione terminologica tra appalti e concessioni, seppur diversificati da non irrilevanti peculiarità. La contrattualizzazione della concessione implica il venir meno dei poteri speciali di autotutela di carattere pubblicistico, confinando il ruolo della P.A. all'organizzazione ed alla vigilanza sull'esecuzione della concessione.

Gli "appalti pubblici" sono definiti come contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Invece, le concessioni sono definite come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto, eccezion fatta per il corrispettivo della prestazione privata. Le "concessioni di lavori pubblici" sono, infatti, definite come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la

progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano 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. Parimenti, la "concessione di servizi" è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Se la nozione di concessioni di lavori risultava già recepita nell'ordinamento italiano mediante la legge 109/1994, la definizione delle concessioni di servizi compare per la prima volta nel diritto italiano nel d.lgs. 163/2006, in attuazione della direttiva 2004/18/CE, sebbene poi l'art. 30 del Codice escludesse tale ultima fattispecie dall'ambito di applicazione della disciplina, con la residua applicabilità dei soli principi generali.

In ossequio alla nuova terminologia comunitaria il d.lgs. 163/2006 procedeva, quindi, definendo le procedure di affidamento, distinguendole in aperte, ristrette, dialogo competitivo e procedure negoziate.

Sinteticamente, le "procedure aperte" sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta, mentre le "procedure ristrette" sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, secondo le modalità stabilite dal Codice. Ricompreso tra le procedure "innovative", di matrice maggiormente negoziale, il "dialogo competitivo" viene introdotto quale procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare, mentre le "procedure negoziate" sono le procedure in cui le stazioni appaltanti con-

sultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

La fisionomia dell'articolo 3 non mutò significativamente sino all'intervento del d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152: con riferimento alla figura del partenariato pubblico-privato, il nuovo comma 15-ter dell'art. 3 del d.lgs. 163/2006 (introdotto ad opera dell'art. 2 d.lgs. 152/2008 e integrato successivamente dal d.l. 1/2012) disponeva che "i 'contratti di partenariato pubblico-privato' sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico-privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico-privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi".

Come si vede, a parte la fattispecie del "contratto di disponibilità" (comunque rientrante nel genus degli strumenti consistenti nell'apporto di finanziamenti privati alla realizzazione di opere, servizi pubblici *et similia* e successivamente introdotto al co. 15-bis dall'art. 44 d.l. 1/2012[126]), si tratta di figure contrattuali tutte già previste e disciplinate singolarmente nel medesimo d.lgs. 163/2006, cosicché l'unica utilità recata da questa nuova previsione normativa sembra consistere nell'avere accomunato il menzionato "grappolo"

[126] Il "contratto di disponibilità" è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

di strumenti contrattuali preesistenti in un'unica figura, una sorta di "famiglia contrattuale", allo scopo di dettare una normativa applicabile uniforme.

Ciò che rileva, invece, è senz'altro l'ultimo inciso, secondo cui alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat, chiarendo così la ragione della fortuna e della promozione di tali strumenti nell'economia delle amministrazioni nazionali. Si tratta, infatti, di forme di collaborazione tra le amministrazione pubbliche e le imprese private che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio, permettendo alla sfera pubblica di beneficiare del *know-how* e del capitale privato, ovviando, così, ai limiti posti dal vincolo di bilancio.

Tale novello comma consentì di recepire, almeno parzialmente, i risultati della consultazione avviata in sede comunitaria dal Libro Verde 2004 della Commissione.

Proseguendo in questa breve analisi dei punti salienti, contenuti nel Codice previgente, che hanno retto il rapporto tra P.A. e privato, una posizione peculiare non può che ricoprirla l'art. 11, rubricato "fasi delle procedure di affidamento", che traduce l'obiettivo di uniformità delle procedure di affidamento, a tutela del principio di semplificazione, nonché di trasparenza nei confronti degli interessati.

A tal proposito, il comma 2 dispone che "prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte". Tale determinazione a contrarre ha valore di atto amministrativo, ad ogni effetto, e la P.A. ne può disporre la revoca *ad nutum*. Si tratta dell'ultima necessaria fase endoprocedimentale amministrativa nella quale il privato non partecipa. Tuttavia, ricopre senz'altro un ruolo particolarmente rilevante ai fini del rapporto con il partner, in quanto realizza il momento dell'espressione della volontà e si pone come presupposto necessario della gara.

La fase di gara, poi, è retta dai principi di concorrenza effettiva e di buon andamento e si conclude con l'aggiudicazione definitiva. Tuttavia, il rapporto con il privato non si conclude in tale momento, con-

siderato che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'aggiudicazione diviene efficace solo dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti nel bando e da tale momento decorre il termine entro cui deve essere stipulato il contratto, a conclusione della procedura ad evidenza pubblica, fatti salvi i vincoli al perfezionamento del rapporto contrattuale, c.d. *stand still period*.

Se fino alla conclusione del contratto, l'interesse pubblico rileva consentendo l'esercizio dei poteri in autotutela della P.A. nei casi previsti, l'interesse pubblico incide particolarmente nel rapporto tra la P.A. ed il partner privato anche ove si garantisce che la P.A. contratti con imprese sane ed affidabili e che le procedure di affidamento si concludano in tempi certi e predeterminabili[127].

Nel sistema allora delineato dall'art. 38 d.lgs. 163/2006, gli obblighi dichiarativi ivi contemplati e le conseguenze di carattere espulsivo che derivano da dichiarazioni obiettivamente non corrispondenti al vero, restano soggetti a un regime di carattere rigidamente oggettivo e rispondono al prevalente interesse pubblico di assicurare che i partecipanti alle pubbliche gare siano dotati di requisiti soggettivi adeguati. Allo stesso modo, l'obbligo di assicurare il possesso di tali requisiti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è volto a garantire in modo adeguato il rispetto del generale principio della *par condicio* fra i partecipanti[128].

Inoltre, è proprio in tale disposizione che, individuando i requisiti dei partner, viene posto un primo e fondamentale canone anticorruttivo, escludendo ogni soggetto che non dia sicurezze in termini di affidabilità e probità.

Si tratta di un meccanismo di tutela, mediante il quale il legislatore vuole evitare che l'Amministrazione avvantaggi coloro i quali abbiano dimostrato attraverso la loro condotta di non essere "in sintonia" con i valori e le regole dell'ordinamento[129]. Si tratta di una

---

[127] TAR Roma (Lazio), sez. III, 21/01/2016, n. 644, in *Foro Amministrativo*, n. 1, 2016, 160.

[128] Consiglio di Stato, sez. VI, 07/08/2015, n. 3910, in *Foro Amministrativo*, n. 7-8, 2015, p. 1997.

[129] C. Contaldi La Grotteria, *I requisiti soggettivi di moralità professionale*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, Egea, 2012, p. 182.

misura amministrativa "diretta ad evitare la situazione di pericolo e di allarme sociale che deriverebbe dalla stipulazione di contratti pubblici con soggetti che abbiano dimostrato la propensione a violare la legge penale"[130].

Infine, sia permesso un breve accenno ad alcuni specifici istituti contenuti nel Codice del 2006, che rispondono ad obiettivi di maggiore partecipazione e competitività nel mercato e nella procedura.

Si fa riferimento, a tal proposito, all'istituto dell'avvalimento, al ricorso al subappalto, nonché alle modalità di partecipazione del privato nella fase progettuale dell'appalto pubblico.

Con riferimento all'avvalimento, il legislatore ha voluto recepire un istituto di chiara matrice comunitaria[131], seppur con un approccio fortemente diffidente rispetto a quanto espresso in sede europea. Difatti, se a livello comunitario era riconosciuta un'ampia libertà di forma, il legislatore italiano decise di vincolare il ricorso all'avvalimento a requisiti soggettivi e rilevanti adempimenti formali. Si tratta, in sostanza, di un istituto che consente di far partecipare ad una gara d'appalto soggetti privi, in proprio, dei necessari requisiti per la stessa partecipazione, avvalendosi della capacità tecnico-organizzativa di un'altra impresa.

Tuttavia, il legislatore italiano predilesse un orientamento maggiormente cauto, dimostrando un timore verso l'istituto, piuttosto che un riconoscimento della connessa opportunità di maggiore competitività. La preoccupazione era quella che partecipassero soggetti, in origine esclusi per la carenza dei requisiti soggettivi, favorendo così fenomeni di infiltrazione criminale[132]. Così l'art. 49 introduce al primo comma la possibilità di ricorrere a tale istituto, vincolandolo, poi, alla presentazione di una serie di dichiarazioni elencate al successivo comma 2. Ferma la sostanziale irrilevanza del vincolo intercorrente tra impresa ausiliaria ed impresa beneficiante dell'avva-

---

[130] Consiglio di Stato, sez. V, 16/06/2003, n. 3380, in *DeJure*, 2003.

[131] Previsto normativamente solo dalle direttive del 2004, ma già in precedenza riconosciuto dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia, di cui tra tante CGE, 14/04/1994, causa C-389/92, *Gulmann Ballast Nedam Group* e CGE, 02/12/1999, causa C-176/98, *Holst Italia Spa*, in *curia.europa.eu*.

[132] D. Bezzi, *Profili applicativi dell'avvalimento*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, cit., p. 264.

limento, l'istituto senz'altro rappresenta un utile strumento di promozione della concorrenza.

La medesima diffidenza manifestata dal legislatore italiano si rinviene con riferimento all'istituto del subappalto, diffidenza confermata anche dal legislatore del 2016. L'art. 118 del Codice disponeva che i soggetti affidatari dei contratti fossero tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto, e poneva altresì il divieto di cedere il contratto stesso, a pena di nullità. In via generale, quindi, il Codice manifestava il suo timore per infiltrazioni criminali, ponendo un divieto che esprime la diffidenza verso il partner, salvo poi prevedere eccezioni anche rilevanti. In particolare, ove sia espressamente consentito il subappalto per le prestazioni di cui al bando di gara, viene previsto l'obbligo in capo ai concorrenti di indicare all'atto dell'offerta, quindi già in sede di gara, i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare, fermo il rispetto dei limiti di importo massimo subappaltabile.

Tale strumento risulta particolarmente importante qualora non sia stato possibile sviluppare un raggruppamento di imprese, proprio al fine di consentire la partecipazione alla gara ad imprese di minor dimensione, ferma la responsabilità dell'appaltatore circa l'esecuzione del contratto, anche per quanto compiuto dal subappaltatore.

Infine, quale strumento partecipativo particolarmente caro al legislatore comunitario del 2014, il rapporto tra P.A. e partner privato si può sviluppare anche in fase di progettazione, con conseguente apporto di competenze specifiche private, ferma, comunque, la possibilità che la progettazione formi parte della prestazione oggetto dell'appalto[133].

La regola fissata dall'art. 90 d.lgs. 163/2006 era la progettazione interna, ma lo stesso articolo 90, al comma 6, prevedeva la possibilità di esternalizzare tale fase, tramite contratti d'appalto di servizi di ingegneria. Le ragioni che consentono l'impiego di soggetti esterni alla stazione appaltante nella redazione dei progetti, risiedono nell'opportunità di acquisire un apporto tecnico per una maggiore

[133] Così dispone l'art. 53 d.lgs. 163/2006 individuando tipologie ed oggetto dei contratti.

efficacia dell'appalto, impiegando, così, conoscenze tecniche in relazione alle quali la P.A. sarebbe sprovvista o inadeguata[134].

La partecipazione esterna nella definizione della fase progettuale poteva altrimenti essere promossa mediante il ricorso al concorso di progettazione, ex art. 99, ed al concorso di idee, ex art. 108.

In ogni caso è evidente che gli strumenti di cui sopra, possono raggiungere l'efficienza massima, mediante l'adozione della procedura negoziata, fermo l'onere di adeguata motivazione ed il rispetto della *par condicio*, anche in relazione ai successivi appaltatori affidatari dell'esecuzione del progetto.

In generale, poi, quale che sia la modalità di cooperazione prescelta, resta sempre ferma l'applicazione del generale principio di leale collaborazione nei rapporti tra amministrazione e privato, che grava sulla stazione appaltante anche nel corso del procedimento di evidenza pubblica[135].

E parimenti, nei procedimenti concorsuali selettivi finalizzati alla scelta del contraente, all'obbligo dell'amministrazione appaltante di comportarsi nel rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità, postulati dall'art. 97 Cost., corrisponde l'onere dei concorrenti di comportarsi con diligenza e buona fede, e cioè in modo da non arrecare un inutile aggravio alla controparte con atteggiamenti o pretese che obiettivamente non sono utili o funzionali rispetto all'interesse perseguito che, sebbene pubblico, può essere effettivamente soddisfatto soltanto attraverso la leale collaborazione e cooperazione di tutte le parti, pubblica e privata, interessate[136].

---

[134] Art. 90, co. 6, d.lgs. 163/2006: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento".

[135] Consiglio di Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4663, in *Foro amministrativo CDS*, n. 9, 2013, p. 2589.

[136] Consiglio di Stato, sez. IV, 23/09/2004, n. 6215, in *Foro Amministrativo CDS*, 2004, p. 2546.

5.1. *Nuove forme di collaborazione?*

Tra le forme collaborative più sviluppate, all'interno di quelle già segnalate in precedenza e citate, anche se incidentalmente, dal Codice del 2006, vi sono senza dubbio i contratti di sponsorizzazione, il contratto di disponibilità, il project financing, oltre all'ormai affermato contratto di concessione.

Per economia espositiva qui non si potrà esaurire la trattazione dei singoli istituti, anche in virtù delle inevitabili evoluzioni provenienti dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016.

Si tenterà, invero, di procedere all'individuazione delle principali peculiarità degli strumenti in esame, la cui evoluzione ha interessato l'ultimo decennio.

Premesso che non vi è alcuna normativa organica e che ogni istituto è stato citato e regolamentato anche da discipline settoriali[137], nell'insieme si tratta di istituti accomunati dalla ripartizione in varia forma dei rischi, connessi all'oggetto del contratto[138] ed alla fruibilità del prodotto dello stesso, tra l'ente pubblico ed il partner privato.

Quanto alla concessione, si tratta di un atto amministrativo con cui la pubblica amministrazione consente al concessionario l'uso di risorse e/o l'esercizio di attività non disponibili da parte dei privati e riservate ai pubblici poteri. Si ha una concessione quando in base al titolo l'operatore assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione[139]. Come già specificato dall'art. 3, co. 12, d.lgs. 163/2006, la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi con-

[137] Si pensi alla sponsorizzazione nel settore dei beni culturali.

[138] In merito al ruolo del rischio, ad esempio G. Taglianetti, *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo: dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

[139] Consiglio di Stato, sez. V, 18/06/2015, n. 3120, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2015; sulla distinzione in parola, A. Carullo, *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4, 2014, pp. 701-738.

siste unicamente nel diritto di gestire e sfruttare economicamente il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo; entrambi sono, quindi, riconducibili allo schema generale di cui all'art. 1321 c.c., differenziandosi per il fatto che in un caso l'Amministrazione riceve direttamente dal contraente privato servizi strumentali ai propri fini, mentre, nell'altro, detto contraente eroga i servizi alla collettività in sostituzione dell'ente pubblico; entrambi, quindi, hanno una causa data dalla funzione economico-sociale dello scambio che con essi si attua tra le parti contraenti, dovendosi escludere che detto scambio possa in concreto non verificarsi, come avviene, lecitamente, per i contratti aleatori[140].

Sebbene l'atto di concessione, nei casi meno complessi e sostanzialmente privi del *quid pluris* negoziale, risulti un provvedimento amministrativo unilaterale, tale provvedimento amministrativo può essere anche affiancato da un c.d. contratto accessivo alla concessione, che regola il rapporto patrimoniale che si viene a instaurare fra l'amministrazione concedente ed il concessionario.

Tuttavia, nei casi più complessi e che qui interessano maggiormente, soprattutto in ipotesi di concessioni di servizi pubblici o di opere pubbliche, la concessione consiste in un contratto che ha la doppia finalità di concedere e di regolare gli aspetti patrimoniali.

Il Codice Appalti del 2006 dedicava ampio spazio alle concessioni di lavori pubblici (artt. 142-151), relegando la concessione di servizio pubblico ad una breve comparsata all'art. 30 che, ferma l'applicabilità di alcuni principi generali, escludeva lo strumento dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice stesso.

Ciò nondimeno, rispetto a quest'ultimo "escluso", anche la procedura di gara finalizzata all'affidamento di concessione di servizi pubblici, ancorché non soggetta all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, doveva in ogni caso ispirarsi ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità vigenti nell'ordinamento dell'Unione Europea che, in alcuni casi, trovavano espressa traduzione in disposizioni contenute proprio nel Codice dei contratti

[140] Consiglio di Stato, sez. V, 11/10/2013, n. 4979, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 10, 2013, p. 2799.

pubblici, la cui applicazione alla concessione di servizi, sebbene non espressamente prevista dal citato art. 30, si estende anche a questa, risultandone strumento essenziale[141]. Infatti, nelle gare pubbliche, anche se informali, le concessioni di servizi possono tuttora essere affidate solo all'esito di una procedura caratterizzata dalla predeterminazione dei criteri selettivi[142]. E pure la concessione di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico da parte di privati, deve avvenire previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica[143].

La normativa specifica varia frequentemente a seconda della materia interessata e subisce l'azione integrativa ed essenziale del contratto e delle condizioni concordate tra le parti. E, d'altra parte, il rapporto Amministrazione/concessionario non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Codice civile, le quali, se certamente possono trovare applicazione in quanto applicabili o espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò potrebbe significare quanto disposto dal più volte citato art. 11 legge 241/1990 in materia di "accordi" tra privati e pubblica amministrazione; in tale contesto, l'applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e, dunque, una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate[144].

Quanto sopra risulta ora aggiornato ed implementato dall'introduzione del nuovo Codice, con riferimento alle disposizioni di cui alla Parte III, artt. 164-178 d.lgs. 50/2016, che ha unificato le concessioni di lavori, servizi e forniture e chiarito che si tratta di contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al sogget-

---

[141] Consiglio di Stato, sez. V, 30/04/2014, n. 2249, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014.

[142] Consiglio di Stato, sez. V, 02/10/2014, n. 4913, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014.

[143] Consiglio di Stato, sez. V, 05/12/2014, n. 6029, in *Redazione Giuffrè amministrativo* 2014.

[144] Consiglio di Stato, sez. IV, 03/12/2015, n. 5492, in *Foro Amministrativo*, n. 12, 2015, p. 3081.

to privato, il che implica che non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, accogliendo l'invito del legislatore comunitario[145].

A fianco della concessione di lavori, un altro strumento utile per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche è il project financing, istituto di respiro anglosassone, mutuato dal settore privatistico-commerciale[146], ed introdotto inizialmente dalla legge Merloni ter, agli artt. 37-bis e ss. legge 109/1994, sotto la denominazione di concessione di costruzione e gestione con promotore.

Tale strumento, come poi definito dall'art. 153 d.lgs. 163/2006, consiste nella promozione di un'opera pubblica da realizzarsi mediante concessione di costruzione e gestione, ad iniziativa pubblica o privata; se ad iniziativa di un soggetto privato, il promotore deve essere dotato di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali definiti dal succitato art. 153[147]. Come per la concessione, anche per la finanza di progetto il nuovo Codice 2016 è intervenuto, dedicando allo strumento l'art. 183, che sostanzialmente ricalca il testo dell'art. 153 del Codice previgente.

La procedura di project financing risulta articolata in due fasi, distinte, ma strettamente connesse: la scelta del promotore, caratterizzata da ampia discrezionalità amministrativa per l'accoglimento della proposta, proveniente talvolta dal promotore stesso, alla stregua della già effettuata programmazione delle opere pubbliche, con gara preliminare per la valutazione comparativa delle diverse offer-

---

[145] G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/Ue*, cit.

[146] N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. Sul concetto di project financing, G. Fidone, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, Luiss University press, 2006; G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; M. Ricchi, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2006, pp. 567-582; F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca impresa società*, n. 3, 2003, pp. 479-488; M.G. Vivarelli, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione*, cit.

[147] Consiglio di Stato, sez. V, 26/06/2015, n. 3237, in *Foro Amministrativo*, n. 6, 2015, p. 1708.

te, seguita da eventuali modifiche progettuali e da rilascio della concessione, ovvero da una ulteriore fase selettiva ad evidenza pubblica (secondo le regole nazionali e comunitarie) fra più aspiranti alla concessione in base al progetto prescelto, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti; è, dunque, configurabile una fattispecie a formazione progressiva, il cui scopo finale (aggiudicazione della concessione, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore[148].

Il project financing, in sostanza, è volto alla realizzazione di interventi di una certa entità, mediante il concorso di risorse pubbliche e private; tale risultato, per lo più perseguito con l'impiego dello strumento della concessione di costruzione e gestione, sul piano procedurale è attuato mediante il coordinamento di una pluralità di modelli negoziali i quali, ancorché teleologicamente connessi in vista del raggiungimento del predetto risultato economico, conservano la propria autonomia. All'interno di tale cornice appaiono chiaramente distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima costituisce una vera e propria gara, soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il project financing in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e, quindi, entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore[149].

Una posizione particolarmente interessante è, poi, ricoperta

[148] Consiglio di Stato, sez. V, 14/04/2015, n. 1872, in *Foro Amministrativo*, n. 4, 2015, p. 1073.

[149] Consiglio di Stato, ad. plen., 15/04/2010, n. 2155, in *Foro Amministrativo CDS*, n. 4, 2010, p. 801.

dal contratto di sponsorizzazione, ed in particolare dal contratto di sponsorizzazione passiva, in cui la P.A. ricopre il ruolo di sponsorizzato ed il privato quello di sponsor.

Sebbene le normative di settore incidano fortemente sulla caratterizzazione dello strumento della sponsorizzazione[150], il Codice del 2006 tentò di mettere ordine in materia, dedicando a tale istituto l'art. 26.

Si tratta di una rilevante forma di attrazione di fondi privati che, rispetto alle erogazioni liberali, presenta l'indubbio vantaggio di consentire un ritorno di immagine per lo *sponsor* e di garantirgli un vantaggio commerciale, grazie alla pubblicità, rispetto ai suoi concorrenti, privi della stessa visibilità[151]. Nel settore dei beni culturali, ad esempio, si assiste a sponsorizzazioni, da parte di privati, del bene culturale, ovvero di contratti attraverso i quali il privato, a fronte di un corrispettivo (frequentemente in denaro), acquisisce il diritto, in varie forme, di utilizzare a proprio vantaggio il nome o il segno distintivo (immagine, simbolo, ecc) di un certo bene culturale, ad esempio, associandolo a quello di un prodotto o di una operazione imprenditoriale o viceversa collocando il proprio nome o segno distintivo in prossimità del bene culturale o all'interno di iniziative promozionali ad esso collegate.

Secondo tale istituto, peraltro, la parte che consente l'uso della propria immagine (denominata *sponsee*) è tenuta ad osservare un

---

[150] Ed in particolare nell'ambito dei beni culturali; al proposito, T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati: il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Padova, CEDAM, 2012.

[151] Sull'approfondimento della nozione di sponsorizzazione: M. Mattalia, *Il contratto di sponsorizzazione*, in T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati*, cit.; M. Cammelli, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, in *Aedon*, n. 1, 2010; F. Mastragostino, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *Aedon*, n. 2, 2009; G. Manfredi, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, n. 1, 2014; L. Starola, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, in *Aedon*, n. 1, 2010; R. Rossotto, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in *Aedon*, n. 1, 2010; S. D'Andrea, *Contratto di sponsorizzazione*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 38, 2013; G. Ferrari, *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, n. 1, 2011; F. Salvati, *La sponsorizzazione come modalità di gestione indiretta dei beni culturali*, in *Giur. merito*, n. 1, 2013; M. De Paolis, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Azienditalia*, n. 3, 2014; M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

comportamento specifico (tradizionalmente, di *pati*) nei confronti del contribuente (*sponsor*), che si traduce nel favorire la diffusione dei segni distintivi del finanziatore o il trattamento dei segni distintivi del finanziato, obbligo del tutto assente in ipotesi di mecenatismo.

L'applicazione del contratto di sponsorizzazione nel settore delle funzioni pubbliche ha avuto una prima fase di sviluppo con l'intervento della legge 223/1990 e della legge finanziaria 1998, tramite cui venne superato l'orientamento politico e giurisprudenziale contrario alla stipulazione da parte dell'amministrazione in qualità di *sponsee*, ferma restando la reale sussistenza di un effettivo risparmio di spesa e l'assenza di qualsiasi conflitto di interessi, nonché il necessario perseguimento di interessi pubblici.

Come detto, a riprova del rilievo che assunse tale istituto, il d.lgs. 163/2006 dedicò un apposito articolo ai contratti di sponsorizzazione delle P.A.[152], seppur privo di particolare contenuto identificativo.

Si tratta di una particolare fattispecie del contratto in esame, secondo cui la pubblica amministrazione è il soggetto sponsorizzato e lo sponsor privato offre un corrispettivo consistente in lavori pubblici, servizi o forniture alla P.A., e non nell'erogazione di una somma di denaro, come da ipotesi tradizionale nel contratto

---

[152] Art. 26 d.lgs. 163/2006 (Contratti di sponsorizzazione). In particolare tale articolo prevedeva che:

"ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente Codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor per importi superiori a quarantamila euro, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto.

2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto.

2-bis. Ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali si applicano altresì le disposizioni dell'articolo 199-bis del presente Codice".

privatistico[153]. La P.A. ne trarrebbe, quindi, un risparmio di spesa per prestazioni, che altrimenti avrebbe dovuto sostenere dietro incarico a fornitori o appaltatori.

Quanto allo specifico settore dei beni culturali, l'art. 26 d.lgs. 163/2006 prevedeva quale corrispettivo anche interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti alla tutela del d.lgs. 42/2004.

L'applicazione settoriale del contratto di sponsorizzazione trova, però, la sua espressione più compiuta nell'art. 120 del Codice dei beni culturali, intitolato "Sponsorizzazione di beni culturali"[154]. Le disposizioni contenute nel sopracitato articolo sono applicabili ad

[153] Cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 31/07/2013, n. 4034, in *Diritto & Giustizia*, 23.9.2013: "Quando la P.A. diviene 'parte' di un contratto di sponsorizzazione (come specificamente previsto in materia di beni culturali, a norma dell'art. 120 d.lg. n. 42/2004) e la sponsorizzazione non comporti alcun onere finanziario per l'Amministrazione stessa, l'accordo – non qualificabile come contratto passivo – non è assoggettato alla disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici, pur restando applicabili i principi del trattato, in materia di scelta della controparte e più in generale in tema di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità", come disposto dall'art. 27 c. contr. pubbl. appunto per i contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti (2004/18/Ce e 2004/17/Ce), ma non anche ai principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione Europea. Dal punto di vista meramente processuale, quindi, ai contratti in questione non risulta applicabile il rito abbreviato, di cui all'art. 119 c.p.a. (d.lg. n. 104/2010), stante la tassativa elencazione delle fattispecie ivi previste, che appaiono riferite sotto il profilo in esame all'affidamento di lavori, servizi e forniture, implicanti prestazioni di natura onerosa per l'Amministrazione, con impiego di risorse pubbliche fornite dai contribuenti".

[154] Articolo 120 d.lgs. 42/2004:

"1. È sponsorizzazione di beni culturali ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante. Possono essere oggetto di sponsorizzazione iniziative del Ministero, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di altri soggetti pubblici o di persone giuridiche private senza fine di lucro, ovvero iniziative di soggetti privati su beni culturali di loro proprietà. La verifica della compatibilità di dette iniziative con le esigenze della tutela è effettuata dal Ministero in conformità alle disposizioni del presente Codice.

2. La promozione di cui al comma 1 avviene attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo, in forme compatibili con il carattere artistico o storico, L'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare, da stabilii con il contratto di sponsorizzazione.

iniziative di pubbliche amministrazioni, nonché ad iniziative di persone giuridiche private senza fine di lucro e ad iniziative di soggetti privati su beni di loro proprietà. Tali iniziative possono provenire, per espressa previsione, da Stato, regioni ed altri enti pubblici territoriali, i quali possono agire nell'ambito delle proprie competenze. Rilevante è notare che il corrispettivo pagato dallo sponsor, in questa ipotesi, possa consistere in beni, servizi e denaro.

Questa tipologia di sponsorizzazione può sovrapporsi al caso disciplinato dal d.lgs. 163/2006, nell'ipotesi in cui il contributo integri una delle tipologie di prestazione regolate dallo stesso Codice dei contratti pubblici. In tal caso dovranno essere applicate al contratto di sponsorizzazione culturale anche le norme dettate da quest'ultimo, in aggiunta alle norme proprie del Codice dei beni culturali, ed in particolare i principi in tema di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Per questa ipotesi, il d.l. 5/2012 ha inserito due disposizioni specifiche, segnatamente all'art. 26, co. 2, e all'art. 199-bis[155] d.lgs. 163/2006, relativi al nodo certamente più significativo della scelta del contraente[156].

Tale continuo riordino della disciplina rende palese l'interesse del legislatore per il contratto di sponsorizzazione nel settore qui analizzato, ma rivela, altresì, una confusione ancora non composta con riferimento ai principi ad esso applicabili per la ricerca dello sponsor, incertezza che crea ed ha creato non poche difficoltà applicative alle amministrazioni pubbliche ed ai vari interlocutori.

---

3. Con il contratto di sponsorizzazione sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce".

[155] Art. 199-bis d.lgs. 163/2006 (Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor), inserito dall'art. 20, co. 1, lett. h), d.l. 9 febbraio 2012, n. 5. Al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali integrano il programma triennale dei lavori di cui all'art. 128 d.lgs. 50/2016 con un apposito allegato che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare sponsor per il finanziamento o la realizzazione degli interventi. A tal fine provvedono a predisporre i relativi studi di fattibilità, anche semplificati, o i progetti preliminari.

[156] Per un approfondimento della nuova disciplina per la scelta dello sponsor si rinvia a: M. Mattalia, *Il contratto di sponsorizzazione*, cit.

Anche il legislatore del 2016, nel nuovo Codice, ha dedicato spazio al contratto di sponsorizzazione, individuandone la regolamentazione all'art. 19[157], prevedendo una disciplina semplificata, unica per i contratti di sponsorizzazione sia nel settore dei beni culturali sia negli altri settori.

Anche il contratto di disponibilità, originariamente introdotto dall'art. 44, co. 1, lett. d), d.l. 1/2012, è stato oggetto di attenzione da parte del d.lgs. 50/2016 che, riproponendo la definizione già contenuta all'art. 3, co. 15-bis, d.lgs. 163/2006[158], all'art. 3, co. 1, lett. hhh) lo ha definito come il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo, ossia di un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità

[157] Art. 19 d.lgs. 50/2016 (Contratti di sponsorizzazione):

"1. L'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a quarantamila euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80.

2. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi".

[158] Sulla nozione di contratto di solidarietà in base alla normativa previgente, F. Gambardella, *Contratti pubblici e politiche di liberalizzazione: il contratto di disponibilità*, in *Nuove autonomie*, n. 2, 2014, pp. 273-315; G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro Amministrativo TAR*, n. 3, 2012, pp. 1039-1070.

dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

Se, precedentemente, la sua regolamentazione nel Codice previgente era contenuta all'art. 160-ter, il legislatore delegato del 2016 vi ha dedicato l'art. 188. La caratteristica che rende tale strumento parte della categoria PPP, è la previsione per cui l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto dovrà determinare le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti e, salvo diversa determinazione contrattuale, 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, saranno a carico del soggetto aggiudicatore.

Un'ultima osservazione sugli ambiti di attuazione del rapporto di collaborazione pubblico-privato.

Con riguardo all'attuazione del principio di sussidiarietà specificamente nell'erogazione dei servizi pubblici, il settore sanitario resta tuttora un banco di prova fondamentale della sinergia tra pubblico e privato, mediante il meccanismo dell'accreditamento[159], introdotto dal d.lgs. 502/1992, poi riformato parzialmente con il d.lgs. 229/1999, e fonte di peculiari modelli cooperativi. Si tratta, infatti, di una delle prime traduzioni effettive dei citati principi generali dettati dall'art. 1 legge 241/1990.

Per comprendere come il sistema di garanzia ed erogazione delle prestazioni sanitarie rientri a pieno titolo nell'ampio fenomeno collaborativo tra pubblico e privato, occorre riferirsi principalmente a quanto disposto agli artt. 8 e 8-bis d.lgs. 502/1992, che rivelano, tuttavia, nelle modifiche intervenute nel 1999, un cambio di rotta in contrasto con la tendenza comunitaria.

---

[159] Sul ruolo del privato nel servizio sanitario, tra i più recenti, E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 2, 2004, pp. 151-177; P. D'Onofrio, *L'accreditamento nel sistema socio-sanitario: profili giuridici*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 1, 2012, pp. 37-44; C. Bottari (a cura di), *La disciplina degli acquisti di servizi e beni nelle aziende sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; C. Bottari, *I soggetti erogatori privati e l'attuazione del principio di sussidiarietà*, cit.; C. Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, Giappichelli, 2018.

Specificamente al comma 5 dell'art. 8 d.lgs. 502/1992 G.U. era precisato che "l'unità sanitaria locale assicura ai cittadini l'erogazione delle prestazioni specialistiche, ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio ed ospedaliere contemplate dai livelli di assistenza secondo gli indirizzi della programmazione e le disposizioni regionali". Inoltre, veniva stabilito, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale e di concorrenza piena che caratterizzava l'intento legislativo, che "allo scopo [l'A.U.S.L.] si avvale dei propri presidi, nonché delle aziende di cui all'art. 4 [ossia aziende ospedaliere e presidi ospedalieri], delle istituzioni sanitarie pubbliche, ivi compresi gli ospedali militari, o private, ad integrazione delle strutture pubbliche, e dei professionisti con i quali intrattiene appositi rapporti fondati sulla corresponsione di un corrispettivo predeterminato a fronte della prestazione resa, con l'eccezione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta".

Pertanto, veniva realizzato un sistema concorrenziale pieno, all'interno del quale gli utenti potevano indifferentemente affidarsi ai presidi pubblici o a quelli privati.

In tale rapporto formalmente paritario entra prepotentemente l'art. 8-bis (introdotto dall'art. 8, co. 4, d.lgs. 229/1999), recante "Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali".

La novella introduce un sistema profondamente diverso, vincolato ad accordi contrattuali di volta in volta stipulati dalle Regioni e dalle A.U.S.L., nei quali viene, peraltro, definito "il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza" (art. 8-quinquies, co. 2, lett. b), d.lgs. 502/1992).

Difatti, ai sensi dell'art. 8-bis co. 1, "le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1, avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8 quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8 quinquies".

L'art. 8-bis prosegue, poi, specificando che "i cittadini esercita-

no la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L'accesso ai servizi è subordinato all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale".

In tal modo la libera scelta dei cittadini viene inevitabilmente limitata da quanto concordato a livello regionale, evolvendosi in una "libertà condizionata".

Quale ulteriore precisazione dei commi precedenti, vengono indicati, poi, al comma 3, i presupposti procedurali per la partecipazione nell'erogazione delle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta. Allo scopo, infatti, "la realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8 ter, dell'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 8 quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8 quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività socio-sanitarie".

Si realizza, così, un sistema di erogazione delle prestazioni fortemente vincolato alla pianificazione regionale, partecipato da strutture pubbliche e private, anche tramite presidi non A.U.S.L., ma nei limiti degli accordi contrattuali ex art. 8-quinquies d.lgs. 502/1992, in un rapporto in cui le Regioni e, per esse, le A.U.S.L. assumono un ruolo di contraenti con soggetti ulteriori rispetto a quelli già ad essi facenti capo.

L'accreditamento si traduce, infatti, in uno strumento di selezione dei soggetti erogatori finalizzato ad ottenere un miglioramento continuo della qualità delle prestazioni, dell'efficienza dell'organizzazione, dell'uso delle risorse e della formazione[160], affidando la responsabilità del servizio offerto al partner privato, in capo al quale permane, comunque, il rischio operativo.

In conclusione, l'analisi sopra proposta, senza alcuna presunzio-

[160] C. Bottari, *I soggetti erogatori privati e l'attuazione del principio di sussidiarietà*, cit., pp. 431-432.

ne di completezza, ha voluto illustrare alcuni dei punti salienti connessi all'evoluzione del rapporto di collaborazione tra l'amministrazione pubblica ed il privato. Tale scenario non potrà che evolvere in seguito all'opera del legislatore, data l'impronta necessariamente dinamica del rapporto in esame, e, a tal proposito, sarà interessante osservare l'impatto, anche in termini propositivi, del già citato d.lgs. 50/2016, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici.

6. *La legge delega 11/2016 per il recepimento delle direttive di quarta generazione*

Prima di inoltrarsi nel commento del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessioni, d.lgs. 50/2016, pare importante svolgere alcune osservazioni circa i presupposti e l'iter di adozione del testo, che spesso cattura i tratti salienti delle riforme.

L'iter di recepimento è stato avviato su iniziativa del Consiglio dei Ministri, con disegno di legge delega presentato il 18 novembre 2014 al Senato, avente ad oggetto la delega all'adozione di un decreto legislativo per il recepimento delle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 e la realizzazione di un nuovo Codice organico dei contratti di appalto e di concessione, in virtù dell'obbligo di recepimento entro il 18 aprile 2016 in capo agli Stati membri UE.

L'iter legislativo di delegazione si concludeva con approvazione definitiva al Senato solo in data 14 gennaio 2016 e con la pubblicazione della legge delega n. 11/2016 del 28 gennaio 2016 (G.U. n. 23 del 29 gennaio 2016), recante delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

In virtù della legge 11/2016 il Governo è stato delegato ad adottare, entro il 18 aprile 2016, tale decreto legislativo di riordino e

recepimento, nel rispetto dei principi e criteri fissati nella legge delega, la cui analisi consente forse di individuare, meglio che nel decreto delegato, il quadro d'insieme della riforma. Già nell'estensione della delega si rinviene la prima peculiarità, considerando che la delega contenuta nella legge 52/2005 (relativa al Codice previgente) individuava solo 4 brevi criteri direttivi ad uso del legislatore delegato, mentre la legge delega in esame presenta ben 59 criteri specifici, con contenuti peraltro ampiamente sviluppati e dettagliati.

In generale, le direttrici della legge delega si muovono su 5 punti: certezza giuridica, trasparenza, pubblicità, semplificazione e snellezza.

Inoltre, vengono posti in luce alcuni aspetti strategici: efficientamento della spesa pubblica, vigilanza sull'esecuzione degli appalti, professionalizzazione delle stazioni appaltanti ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato.

In primo luogo, la delega impone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, c.d. divieto di "gold plating" (art. 1, co. 1, lett. a), a garanzia dell'intento comunitario di raggiungere una disciplina uniforme sul territorio comunitario ed evitare che gli interventi nazionali inseriscano regole aggiuntive, ulteriori rispetto alle prescrizioni definite in sede europea. Il *favor* comunitario in questa occasione è stato esplicitamente rivolto alla tecnica del c.d. copy out, ossia alla modalità di recepimento con il quale il legislatore si limita a quanto strettamente necessario rispetto all'impianto normativo europeo[161]. In termini generali, la propensione per tale modalità recettiva consente di limitare l'iper-regolamentazione nazionale, creare condizioni maggiormente omogenee tra le discipline degli Stati membri ed agevolare conseguentemente l'attività delle imprese interessate a partecipare a gare in più territori nazionali, ridurre i fenomeni di scorretto recepimento delle direttive e tendere alla riduzione del fenomeno del contenzioso amministrativo, frequentemente originato proprio da problemi di errato recepimento o di coordinamento tra le discipline nazionali e la disciplina europea.

Viene delegata l'adozione di un unico testo normativo denomi-

[161] F. Sciaudone, *Le nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p. 17.

nato "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplinate dalle tre direttive, in sostituzione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 163/2006, garantendo in ogni caso l'effettivo coordinamento e l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina, anche in riferimento, tra l'altro, al coordinamento con le disposizioni in materia di protezione e tutela ambientale e paesaggistica, di valutazione degli impatti ambientali, di tutela e valorizzazione dei beni culturali e di trasparenza e anticorruzione, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative, nel rispetto dei principi del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (lett. b). Viene, pertanto, richiesta particolare attenzione ai profili di coordinamento, proprio per soddisfare l'esigenza di armonizzazione della materia, già manifestata nelle direttive comunitarie.

Viene, inoltre, prescritta la previsione di specifiche tecniche nei criteri di aggiudicazione di un appalto, nelle condizioni di esecuzione del medesimo, nonché nei criteri per la scelta delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tali da assicurare l'accessibilità da parte di persone con disabilità, conformemente agli standard europei (lett. c), il tutto per accrescere la partecipazione dei cittadini e dei privati in genere alle gare.

Particolarmente rilevante è l'indicazione circa un'effettiva ricognizione ed un riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, finalizzati ad una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative vigenti ed un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti (lett. d), utile per superare le antinomie e le criticità del precedente complesso normativo, generato anche dall'eccessiva stratificazione normativa, e per ridurre conseguentemente il contenzioso. All'intento di riduzione del contenzioso è dedicata anche la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, mediante la disciplina del ricorso alle procedure arbitrali (lett. aaa).

Parimenti viene richiesta la semplificazione ed il riordino del quadro normativo vigente, allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici ed i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara ed alla realizzazione delle opere pubbliche (lett. e), anche attraverso il fedele recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive (lett. f). Nella medesima direzione si pone la pretesa di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia, che siano ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza ed imparzialità della gara (lett. g).

Connessa agli obblighi comunitari di digitalizzazione della P.A.[162], viene richiesta la semplificazione, armonizzazione e progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione (lett. i). Tale aspetto rappresenta forse la sfida maggiore per il legislatore nazionale di oggi e futuro: raggiungere obiettivi di concorrenza e trasparenza mediante l'efficientamento del sistema informatico ed informativo.

Viene delegata, inoltre, la previsione di una specifica disciplina per i contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza, in deroga alla disciplina ordinaria, che contemperi tali esigenze con i principi comunitari (lett. m) e viene prescritta l'individuazione chiara dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto

[162] Si pensi al proposito al regolamento UE n. 910/2014, c.d. Regolamento sull'identificazione elettronica e i servizi fiduciari (eIDAS) che realizza un nuovo quadro giuridico europeo per interazioni elettroniche sicure in tutta l'Unione Europea (UE) fra aziende, cittadini e autorità pubbliche e che entrerà in vigore il 1 luglio 2016.

di recepimento delle direttive e del decreto di riordino, in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (lett. n).

Come già anticipato nelle osservazioni svolte sul tema, il legislatore viene delegato al riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali[163], ivi inclusi quelli di sponsorizzazione (lett. o).

In attuazione dei principi che devono informare la disciplina in esame, viene disposta la previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale (lett. p), nonché l'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d'interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (lett. q). Per poter ottenere tali obiettivi viene rimarcata l'esigenza di individuazione espressa delle ipotesi di ricorso, in via eccezionale, alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara, per contro prevedendo poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme con finalità anticorruttiva. A tutela del sistema complessivo viene posta la garanzia della trasparenza degli atti ed il rispetto della regolarità contributiva, fiscale e patrimoniale dell'impresa appaltatrice.

Sempre a tutela della trasparenza e legalità delle procedure, viene, poi, prescritta la chiara definizione dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria (lett. r), la revisione della disciplina in materia di pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara, in modo che avvenga tramite strumenti di pubblicità di tipo informatico, nonché la definizione di indirizzi generali da parte del Ministero delle infrastrutture, d'intesa con l'ANAC, al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara (lett. s). A necessario completamento di tali obiettivi, viene richiesto il rafforzamento delle funzioni dell'Autorità

[163] Al proposito, recentemente, P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2016, p. 1014.

nazionale anticorruzione (lett. t), ancor più protagonista nel piano riformatore che vuole favorire la trasparenza, a scapito della burocratizzazione, e promuovere, quindi, la funzione di vigilanza a garanzia del procedimento.

In applicazione della semplificazione procedurale, viene, inoltre, prevista la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti (garantiti dall'opportunità del soccorso istruttorio e dell'integrazione della documentazione formale) e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti (lett. z), con possibilità di utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE)[164], nonché la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti attraverso anche la revisione dell'attuale sistema AVCpass (lett. aa).

Quanto all'efficientamento della procedura, viene richiesta la revisione dell'organizzazione delle amministrazioni appaltanti e del ruolo delle centrali di committenza e di aggregazione della domanda (lett. bb, cc e dd)[165].

A tutela, invece, della trasparenza viene richiesta l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera (lett. ee).

Di estremo interesse, data l'importanza nel dibattito generatosi nell'ultimo decennio sui criteri di aggiudicazione e la decisa presa di posizione comunitaria, è il favore espresso per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), in virtù del quale vanno espressamente regolati i criteri per il residuale ricorso al criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta (lett. ff)[166]. L'accentuazione dell'importanza dell'aspetto qualitativo si rinviene, quindi, nella classificazione come eccezionale del ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Si noti che la direttiva 2014/24/UE prevedeva la facoltati-

---

[164] Strumento cui, peraltro, viene attribuito un ruolo primario dalla direttiva 2014/24/UE, art. 59.

[165] Particolarmente favorevole alla centralizzazione della committenza, in sede di analisi della direttiva, F. Di Lascio, *La nueva contratación pública. "compra pública innovadora. en particular, las centrales de compras"*, in M. Almeida Cerreda, I. Martín Delgado (a cura di), *La nueva contratación pública*, cit.

[166] Sul criterio di aggiudicazione, direttiva 2014/24/UE, considerando n. 90.

vità del recepimento dell'abolizione del criterio del massimo ribasso, consentendo al legislatore nazionale di mantenere tale parametro nei casi di appalti non particolarmente complessi, nei quali la valutazione potrebbe essere efficacemente effettuata sulla base del solo prezzo, così semplificando la procedura di aggiudicazione[167].

Sulla scia dell'orientamento condiviso dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, viene richiesta la garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, mediante l'assicurazione, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, della valutazione comparativa tra più offerte e prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti (lett. ii).

Diversamente da quanto avvenuto nell'impianto regolatorio del 2006, ora il legislatore delegato viene invitato a dedicare attenzione alla disciplina della fase esecutiva e dei rapporti tra i vari attori coinvolti in tali operazioni.

Principalmente viene prevista la creazione di un sistema di monitoraggio e controllo, mediante il rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica ed intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, nonché per le verifiche e i controlli relativi all'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative e alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana, prevedendo un adeguato sistema sanzionatorio nei casi di controlli lacunosi ovvero di omessa vigilanza (lett. ll).

Nell'ottica di una maggiore efficacia non solo della procedura, ma anche dell'appalto stesso, il legislatore delegato è stato chiamato a valorizzare la fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica

[167] Così P. Sestito, *Relazione sul recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici*, cit., p. 11.

e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione ed il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione elettronica ed informativa per l'edilizia e le infrastrutture, limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato[168], tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo (lett. oo). Viene altresì richiesta l'esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, nonché, con riferimento all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, nella chiara ottica di favorire l'elemento qualitativo.

Fondamentale esigenza è, poi, quella di operare riassetto, revisione e semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto ed al grado di rischio ad esso connesso, nonché al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati (lett. qq). Si tratta di un ulteriore obiettivo di semplificazione, con attenzione al principio generale di proporzionalità ed all'imprescindibile interesse pubblico.

Viene, poi, prevista la revisione del sistema di qualificazione degli operatori (lett. uu) e della disciplina in materia di avvalimento (lett. zz), anche mediante la predisposizione di strumenti di garanzia della legalità e del leale rapporto di collaborazione tra partner privato e pubblico. Con riferimento all'esecuzione dell'appalto, la delega richiama anche l'introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto (lett. rrr).

Il *favor partecipationis* caratteristico delle direttive 2014 e l'attenzione alle PMI sono, invece, tradotti alla lettera ccc) con riguar-

[168] Ossia l'appalto avente per oggetto congiuntamente la progettazione e l'esecuzione.

do al miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura ed ingegneria ed agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo, in particolare, che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise, siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese, nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori ed i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti. Questo è certamente uno degli obiettivi principali e più ambiziosi del nuovo corpo normativo, che in via trasversale si rinviene nell'intero progetto.

Questione particolarmente cara al riformatore di spirito comunitario riguarda la valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale (lett. ddd), da tenere in considerazione anche ai fini dei criteri di aggiudicazione.

A tutela, poi, della garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici ed i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, viene prescritta l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti (lett. eee).

Particolarmente innovativo, alla luce di quanto osservato nei precedenti capitoli, è il nuovo impulso al fenomeno del partenariato pubblico-privato, resosi necessario dopo le critiche subite dalla precedente disciplina, in parziale controtendenza sia con il legislatore comunitario (che non ne ha fatto alcun cenno) e i legislatori di altre nazioni che, come si vedrà, in più occasioni hanno rinunciato alla regolamentazione dell'istituto, accogliendo la più recente interpretazione di mera modalità operativa. A tal proposito la delega ha previsto la razionalizzazione e l'estensione delle forme

di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, nonché la riduzione dei relativi tempi procedurali attraverso la predisposizione di studi di fattibilità e l'individuazione di incentivi all'utilizzo di tali forme partenariali, anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, sempre ferma la garanzia di trasparenza e pubblicità degli atti (lett. ss e tt).

Parallelamente, viene prevista la disciplina organica della materia dei contratti di concessione mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri per le concessioni per i settori esclusi[169], introducendo altresì criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, nonché al rischio operativo, ritenuto essenziale per l'effettività della partnership (lett. hhh).

Infine, poi, la delega raccomanda l'individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza, rotazione e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea, anche attraverso la sperimentazione di procedure e sistemi informatici già adoperati per aste telematiche (lett. nnn). A tal proposito prescrive l'adozione di norme idonee a promuovere modalità e strumenti telematici, nonché procedure interamente telematiche d'acquisto, che garantiscano il soddisfacimento dell'obiettivo del miglior rapporto qualità/prezzo piuttosto che l'indicazione di uno specifico prodotto (lett. ooo).

Ora, poiché il contenuto della delega non pare certo di poco rilievo e la riforma attuata dal legislatore delegato richiederà sicuramente un importante rafforzamento istituzionale e strutturale, obiettivamente pare inattuabile e retorica la disposizione di cui al comma 13, che prevede che dall'attuazione della legge delega non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e che le amministrazioni interessate devono provvedere agli adempimenti di rispettiva competenza con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Il che è asso-

[169] Cfr. artt. 10-17, titolo I, capo I, sez. II, direttiva 2014/23/UE.

lutamente impossibile e concettualmente errato, se si pensa che una delle criticità delle procedure d'appalto e della contrattazione pubblica in genere è proprio la carenza strutturale della pubblica amministrazione, in particolare in termini di formazione ed informatizzazione degli Uffici.

La delega, in conclusione, ha invocato un intervento del legislatore delegato che armonizzasse l'intera disciplina, ponendo quali punti essenziali la semplificazione delle procedure e la revisione dei criteri di aggiudicazione, nonché l'adeguamento dell'intera struttura amministrativa alle esigenze della concorrenza su base europea.

Successivamente, in virtù della delega di cui alla legge 11/2016 qui illustrata, il Consiglio dei Ministri riteneva di procedere all'emanazione di un unico decreto legislativo di recepimento e riordino ed in data 3 marzo 2016 deliberava lo schema di decreto legislativo.

Su tale schema, il Consiglio di Stato, sezione consultiva per agli atti normativi, nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, presentava il suo parere n. 855/2016, esprimendosi in via sostanzialmente favorevole al testo dello schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione".

In tale parere il Consiglio di Stato, sottolineando la delicatezza della materia, evidenziava, con abilità di sintesi, che nell'ottimale disciplina dei contratti pubblici occorre coniugare apertura del mercato, flessibilità e semplificazione burocratica con la tutela dei valori di trasparenza e la lotta alla corruzione e criminalità organizzata.

Constatava, invece, che, con riferimento alla disciplina previgente, nel corso degli anni si sono sovrapposte norme e regimi transitori, con conseguente incertezza delle regole, aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, soprattutto piccole e medie, con susseguente necessità di interventi interpretativi del giudice amministrativo[170] e dell'ANAC.

Con il proposito di armonizzare la disciplina, il Consiglio di Stato ha esortato l'Esecutivo affinché il Codice sia tempestivamente se-

[170] Come si è tentato di evidenziare anche attraverso la selezione di pronunce del Consiglio di Stato, inserite nell'analisi della disciplina, la produzione giurisprudenziale è stata notevolissima e la sola adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha reso 48 decisioni in funzione nomofilattica dal 2010 al 2016.

guito da atti attuativi chiari, tempestivi, coordinati tra loro, e le stazioni appaltanti abbiano maggiore discrezionalità, ma siano poche, ben organizzate e qualificate, ammonendo che, se vengono aumentati gli appalti sotto soglia, in ragione della suddivisione in lotti, e se le regole del sotto soglia vengono rese più flessibili, conseguentemente occorrono controlli rigorosi ed una tutela giurisdizionale efficace.

In merito al contenuto dello schema di decreto, poi, ritenendo derogabile il divieto di *gold plating*, invitava il Governo a valutare, in certi ambiti, la possibilità di una disciplina di maggior rigore a tutela di fondamentali valori: principalmente in tema di appalti sotto soglia, subappalto e contratti esclusi.

Tra le osservazioni più rilevanti formulate nel parere, con riguardo alle disposizioni più rilevanti dell'articolato normativo, il Consiglio di Stato richiedeva maggiore chiarezza e coerenza nelle definizioni di cui all'art. 3, un migliore coordinamento tra l'*in house* e la disciplina sulle società pubbliche, nonché un aggiustamento in tema di semplificazione degli affidamenti sotto soglia e dei contratti esclusi, che potrebbe tradursi in una riduzione eccessiva di concorrenza e trasparenza, prevedendo che alla gara informale siano invitati almeno cinque concorrenti.

Il Consiglio, inoltre, ha sollecitato il legislatore affinché l'obiettivo, innovativo e centrale, della riduzione del numero delle stazioni appaltanti, attraverso la loro qualificazione e centralizzazione obbligatoria, sia perseguito con determinazione, mediante una celere adozione degli atti attuativi, e salvaguardando meglio le piccole e medie imprese nei confronti della grande committenza (con riferimento agli artt. 37-41 dello schema del decreto[171]).

Sulla procedura di affidamento ha prescritto, poi, che il preferenziale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non sia vanificato da fughe elusive nel criterio del prezzo più basso, e sia garantito per tutti i servizi a contenuto intellettuale (art. 95), e che il principio di tendenziale separazione tra progettazione e esecuzione non sia eluso mediante contratti atipici di partenariato pubblico-privato (art. 180), in genere delimitando le deroghe potenzialmente

[171] La numerazione degli articoli è rimasta sostanzialmente inalterata tra lo schema e il decreto legislativo pubblicato.

elusive (quale, ad esempio, quelle alla gara pubblica in caso di eventi di protezione civile e per gli appalti nei settori speciali), affinché sia chiaro e definito il regime derogatorio. In merito ai settori speciali, in particolare, giudicava corretta l'estensione di disposizioni di maggior rigore a tutela della trasparenza, della partecipazione e della concorrenza, ma richiedeva un chiarimento circa l'ambito della disciplina applicabile alla fase di esecuzione (artt. 114 ss.).

Quanto ai fenomeni di collaborazione diversi dall'appalto, il Consiglio di Stato concludeva prescrivendo che nelle concessioni il rischio sia l'effettivo elemento differenziale dall'appalto (artt. 164, 165) e che nella cornice generale del partenariato pubblico-privato risultino chiari la definizione, l'ambito, la portata del rischio e l'ambito della progettazione a carico del partner privato (art. 180).

In conclusione dell'iter descritto, visto il parere del Consiglio di Stato ed acquisiti i pareri delle competenti commissioni parlamentari, in data 15 aprile 2016 il Consiglio dei Ministri deliberava ed approvava il decreto legislativo.

6.1. *Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessioni, d.lgs. 50/2016: un nuovo rapporto di collaborazione tra pubblico e privati?*

Come anticipato, in virtù della delega ricevuta il legislatore delegato ha optato per l'adozione di un unico decreto, tanto di recepimento che di riordino, entro il termine fissato del 18 aprile 2016, nell'intento di garantire la massima certezza del diritto.

È stato, così, pubblicato il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 19 aprile 2016, ed entrato in vigore il 20 aprile 2016[172].

[172] Tra i primi commenti R. De Nictolis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2016, p. 503; C. Contessa, *Dalla legge delega*

Il Codice così adottato pare in prima analisi un buon compromesso tra il recepimento puro e semplice delle direttive 2014, richiesto dal divieto di *gold plating*, e l'adeguamento alla struttura amministrativa italiana.

Presenta, come si vedrà, numerose novità, tra le quali paiono subito evidenziarsi la disciplina relativa alla fase esecutiva dell'appalto ed al suo controllo, la disciplina specifica in tema di concessioni di lavori e di servizi e la caratterizzazione dell'elemento del rischio operativo, nonché la disciplina delle forme di partenariato pubblico-privato. Altrettanto significativi paiono gli accenti sull'elemento qualitativo dei progetti e sull'idea progettuale, il *favor partecipationis* di matrice comunitaria (specialmente destinato alle PMI), la informatizzazione della procedura ed il rilievo di procedure che favoriscono la cooperazione con il partner privato, quale ad esempio il partenariato per l'innovazione.

Il testo del Codice è certamente articolato, ma apparentemente ben suddiviso, secondo un ordine logico che si auspicava non venisse compromesso dalle inevitabili manipolazioni future, ma che già a metà 2017 ha subito integrazioni, correzioni ed abrogazioni parziali rilevanti. In particolare, la materia ha già assistito all'intervento del decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e della c.d. "manovrina", d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con legge 21 giugno 2017, n. 96, nonché di diverse Linee Guida ANAC, oltre al Parere del Consiglio di Stato n. 782 del 30 aprile 2017.

Come indicato dall'art. 1, co. 1, si tratta di un Codice che disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione. Inoltre, offre una disciplina, seppur non esaustiva, anche delle altre forme di collaborazione pubblico-privato, a beneficio tanto delle amministrazioni quanto dei potenziali partner privati. E tale contenuto non pare di poco rilievo, considerata l'incertezza prodotta dalla esigua disciplina previgente, pur valutando la caratte-

---

al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità, in *giustamm.it*, n. 4, 2016; Mastragostino F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2017, cit.; F. Caringella, *I nuovi contratti pubblici*, in *Il sistema del diritto amministrativo*, vol. 3, Roma, Dike Giuridica, 2017.

ristica libertà di forma attribuita al fenomeno partenariale. Proprio per la copertura, negli intenti, a 360° del fenomeno della contrattazione pubblica, come suggerito anche dal Consiglio di Stato nel parere 855/2016, il Codice si autodefinisce come "decreto che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture" (art. 3, co. 1, lett. uuuu).

Tra le definizioni fornite dall'art. 3, massimamente trasposte dal Codice previgente, alcune meritano rilievo.

Viene definito il rischio operativo (lett. zz), assurto ad elemento necessario dei contratti di concessione, quale rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si ritiene che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, 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 al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Si tratta di un elemento ritenuto fondamentale tanto in giurisprudenza comunitaria e nazionale, quanto nel parallelo dibattito legislativo e dottrinale.

Parimenti rilevanti ed innovative, ai fini dei modelli partenariali, vengono definite anche le altre forme di rischio, che possono/devono essere riconoscibili in capo al privato. Si distingue, così, il "rischio di costruzione"(lett. aaa), legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, ad inconvenienti di tipo tecnico nell'opera ed al mancato completamento dell'opera; il "rischio di disponibilità" (lett. bbb), legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; il "rischio di domanda" (lett. ccc), legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e, quindi, di flussi di cassa.

Connessa all'individuazione di tali rischi è anche la definizione del contratto di partenariato pubblico-privato (lett. eee), decisamente più caratterizzato rispetto all'incerta definizione contenuta

all'art. 3, co. 15-ter, d.lgs. 163/2006. Si tratta, quindi, di 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 connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

Proseguendo nell'analisi del decreto, l'art. 4, in analogia all'art. 27 d.lgs. n. 163 del 2006, dispone che l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del nuovo Codice, deve, comunque, avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, sulla scia del costante orientamento giurisprudenziale in materia, già illustrato in precedenza.

In merito alla principale alternativa al fenomeno collaborativo tra pubblico e privato, l'art. 5, recependo gli artt. 12 e 13 dir. 2014/24/UE, art. 28 dir. 2014/25/UE e art. 17 dir. 2014/23/UE, esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli affidamenti *in house* effettuati nell'ambito del settore pubblico e le ipotesi di partenariato pubblico-pubblico. Tuttavia, trattandosi di ipotesi derogatoria all'evidenza pubblica, il Codice precisa i presupposti necessari ai fini della qualificazione dell'in house e della conseguente esclusione, in linea con quanto previsto dalla legislazione italiana in materia di società a partecipazione pubblica e con quanto espressamente previsto nelle citate direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/25/UE, e, cioè, quando sono soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata, nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di

cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità ai Trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

La norma risulta innovativa rispetto alle previsioni vigenti, nella parte in cui prevede l'eventualità della partecipazione di capitali privati, seppur minoritaria, e recepisce, così, la disciplina europea, anche sulla scorta della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, nel parere n. 298/2015 in materia di requisiti costitutivi dell'*in house providing*, aveva considerato, relativamente alla partecipazione di capitali privati, la direttiva europea come *self-executing* e, pertanto, direttamente applicabile[173].

Si prevede, inoltre, che il nuovo Codice non si applichi, qualora sussistano tutte le condizioni precedenti, anche nel caso dell'*in house rovesciato*, ossia quando la persona giuridica controllata aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente controllante e nel caso dell'*in house a cascata,* ossia quando la persona giuridica controllata aggiudica ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

Il Codice, poi, prosegue con l'esplicitazione delle varie ipotesi di esclusione oggettiva dall'ambito di applicazione, sino all'art. 20.

Interessante, tra queste, è l'esclusione dei contratti di sponsorizzazione di cui all'art. 19, che propone una disciplina unica e semplificata per tali contratti, in base alla quale l'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a € 40.000, con esclusione dei contratti di sponsorizzazione aventi ad oggetto beni culturali, cui non si applica tale limite, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso. Trascorsi i trenta giorni il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse. Infine,

[173] Consiglio di Stato, sez. II, parere 30/01/2015 n. 298, in *Diritto & Giustizia*, 9.3.2015.

viene previsto che, nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi e/o le forniture direttamente a sua cura e spese, la stazione appaltante verifichi il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia, e non trovino applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. Si prevede, inoltre, che la stazione appaltante impartisca opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere e/o forniture ed alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi.

Il Codice, poi, prosegue con alcune disposizioni in materia di pianificazione, programmazione e progettazione agli artt. 21-27, ispirate all'attuazione del principio di trasparenza.

Gli articoli da 28 a 34 si occupano, poi, di prevedere i principi comuni in materia di modalità di affidamento, di chiaro respiro comunitario, in larga parte disciplinando analogamente a quanto già previsto nel d.lgs. 163/2006. Oltre al principio di trasparenza dell'amministrazione (art. 29), il Codice prevede che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, garantiscano la qualità delle prestazioni e si svolgano nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (art. 30). Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità, con le modalità indicate nel Codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice stesso, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Alcune osservazioni: in primo luogo viene posto l'accento sull'aspetto qualitativo delle prestazioni e, unitamente ai principi già ampiamente accostati all'attività amministrativa, viene accentuato il ruolo della correttezza nell'esecuzione, finalizzata ad una crescente attenzione verso la fase attiva del rapporto. Inoltre, interessante è il

richiamo esplicito alle esigenze sociali, ambientali e sanitarie, quali presupposti di deroga alla primazia del principio di economicità.

Si apre, poi, la Parte II del Codice in tema di contratti di appalto per lavori, servizi e forniture.

In attuazione delle direttive 2014, riproducendone fedelmente la disciplina, agli artt. 35 e 36 il legislatore delegato ha individuato le soglie di rilevanza comunitaria e i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti ed alcune disposizioni relative ai contratti sottosoglia.

Così, le disposizioni del Codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo è pari o superiore alle soglie seguenti: a) € 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; b) € 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III, con la precisazione che, se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII; c) € 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, con la specificazione che tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII; d) € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Viene, altresì, precisato che il Codice si applica anche ai contratti pubblici nei settori speciali il cui valore è pari o superiore alle soglie seguenti: a) € 5.225.000 per gli appalti di lavori; b) € 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) € 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

L'articolo 36, invece, dispone che, in attuazione dei criteri di delega contenuti nelle lettere g), ff) e ii), l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, c.d. contratti sotto soglia, avvengano nel rispetto dei principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi,

nonché nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese[174]. Individua, inoltre, le ipotesi in cui risulta consentito procedere all'affidamento mediante procedure diverse da quelle ordinarie, che costituiscono la regola.

Gli articoli da 37 a 43 recano norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, con particolare attenzione alla disciplina relativa all'aggregazione ed alla centralizzazione delle committenze[175]. Interessante, ai fini del rapporto con il privato, è la previsione di cui all'art. 42, secondo cui le stazioni appaltanti devono prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione, nonché

---

[174] In particolare, anche nell'espletamento di tali procedure, le stazioni appaltanti devono garantire, in aderenza:

a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;

b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo cui sono preordinati;

c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;

d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;

e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido ed agevole alle informazioni relative alle procedure;

h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza ed idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;

i) al principio di rotazione, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese.

Così, l'ANAC in *Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti*, in tema di *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici* (Linee guida pubblicate ai fini della consultazione in data 28 aprile 2016, in *http://www.anticorruzione.it/*).

[175] In merito alle stazioni appaltanti, F. Cortese, *L'ambito soggettivo di applicazione*, e J. Bercelli, P. Novaro, *I principi sull'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti. Il principio di trasparenza e il diritto di accesso*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici; recepisce, così, la normativa relativa al conflitto di interesse di cui agli artt. 24 dir. 2014/24/UE, 42 dir. 2014/25/UE e 35 dir. 2014/23/UE.

Inoltrandosi, poi, nel commento del titolo III relativo all'affidamento, immediatamente si rinvengono le disposizioni comuni alle procedure di affidamento, agli articoli da 44 a 53, in tema di digitalizzazione, qualificazione degli operatori, nonché di raggruppamenti e consorzi.

All'art. 51 prevede, poi, uno dei capisaldi della nuova disciplina, ossia la lottizzazione degli appalti, in base alla quale, in recepimento dell'art. 46 dir. 2014/24/UE, viene fissato, quale regola generale, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, l'obbligo di suddividere degli appalti in lotti funzionali, ed il conseguente obbligo di motivazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica.

Prosegue, poi, disciplinando, agli articoli da 54 a 58, le norme di utilizzo di tecniche e strumenti per gli appalti elettronici aggregati[176]. Quale fondamentale strumento di accelerazione e semplificazione delle procedure, stabilisce, a tal proposito, l'art. 58 che, ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrano a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, nel rispetto delle disposizioni di cui al Codice. Fermo restando che l'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara. Al proposito, data l'inevitabile complessità tecnica della procedura, è intervenuta (in attuazione del comma 10 dell'art. 58) la Circolare

[176] Nel merito delle procedure elettroniche, S. Cresta, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2016, p. 981.

dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) n. 3 del 6 dicembre 2016, recante "Regole Tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra sistemi telematici di acquisto e di negoziazione", pubblicate in G.U. n. 304 del 30 dicembre 2016.

Segue, poi, il Capo II, definendo, agli articoli da 59 a 65, le procedure di scelta per il contraente nei settori ordinari[177].

In particolare, l'articolo 59 recepisce integralmente l'art. 26 dir. 2014/24/UE, individuando le procedure di scelta del contraente: aperte, ristrette, partenariati per l'innovazione previa pubblicazione di un bando o un avviso di indizione di gara, nonché, procedure competitive con negoziazione e dialoghi competitivi. Si stabilisce, inoltre, che gli appalti relativi ai lavori sono affidati, di regola, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo concernente i livelli della progettazione, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati, e nel contempo dà certezza al rispetto dei tempi e dei costi previsti. Nel merito dell'articolo, è intervenuto il decreto correttivo d.lgs. 56/2017 introducendo il comma 2-bis, disponendo che "al fine di evitare pratiche elusive", nei casi in cui sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili[178], le Amministrazioni possono ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo, ma devono riprodurre nella sostanza le condizioni contrattuali originarie.

Rimarchevole è, poi, la disciplina all'art. 65 del partenariato per

---

[177] Al proposito, D. Senzani, *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

[178] Ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4, che in base alla versione successiva al d.lgs. 56/2017 recitano:

"3. Fermo restando quanto previsto all'articolo 83, comma 9, sono considerate irregolari le offerte: a) che non rispettano i documenti di gara; b) che sono state ricevute in ritardo rispetto ai termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara; c) che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse.

4. Sono considerate inammissibili le offerte: a) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi; b) che non hanno la qualificazione necessaria; c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto".

l'innovazione[179], quale metodo innovativo della pubblica amministrazione, certamente da valorizzare, attuativo di uno dei principi cardine della Strategia Europea 2020 "ricerca e innovazione", in recepimento dell'art. 31 dir. 2014/24/UE. Si tratta di una nuova procedura, non prevista nel previgente d.lgs. 163/2006, che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano farvi ricorso nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi, e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano, non possa, in base ad una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti ed i partecipanti. La peculiarità di questa procedura si rinviene nel fatto che nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono fissare i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa.

Data la finalizzazione della procedura ad un prodotto anche qualitativamente superiore, gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, al fine di ottenere un prodotto finale innovativo che meglio corrisponda alle proprie esigenze. Per adeguare il prodotto alla richiesta pubblica, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori hanno poi la facoltà di negoziare le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, tranne le offerte finali, per migliorare il contenuto del partenariato. Fermo, infine, il rispetto del principio di proporzionalità, la procedura viene strutturata in *steps* successivi, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, con la previsione di obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere. In base agli obiettivi raggiunti, infatti, l'amministrazio-

[179] Tra i primi commenti circa tale procedura, S. Fantini, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2016, p. 955.

ne aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione, nei termini previsti.

Il Codice, poi, prosegue nel riordino della disciplina, individuando agli articoli da 66 a 76 le modalità di svolgimento delle procedure per i settori ordinari, nonché agli articoli da 77 a 93 le modalità di selezione delle offerte.

Successivamente, poi, gli articoli da 94 a 105 recano norme tese a disciplinare l'aggiudicazione relativa agli appalti dei settori ordinari, interessanti specialmente con riguardo ai criteri di aggiudicazione dell'appalto.

A tal ultimo proposito, l'art. 95 recepisce l'art. 67 dir. 2014/24/UE, ed affida netta preferenza all'offerta economicamente più vantaggiosa, che è individuata seguendo un approccio costo/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo valutato in relazione a criteri ambientali, qualitativi o sociali connessi all'oggetto dell'appalto. Si tratta certamente di uno degli aspetti che connotano la finalità di utilizzare in maniera strategica gli appalti, in quanto la preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa si accompagna a nuove modalità per la sua individuazione, comunque strettamente connessa all'elemento qualitativo. A tal proposito, in parziale disarmonia con l'animo della riforma, il d.lgs. 56/2017 è intervenuto estendendo la facoltà di ricorrere al criterio del minor prezzo ai lavori di importo pari o inferiore a € 2.000.000, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo, ipotesi di fatto molto ampia e rilevante nel panorama degli appalti pubblici.

Quanto, poi, alle condizioni ed alle modalità di esecuzione relative ai contratti di appalto[180], l'art. 102 prevede il rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali. La fase esecutiva è oggetto anche dell'art. 105, che disciplina l'introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto,

[180] Sul tema si veda A. De Michele, *La stipulazione e l'esecuzione del contratto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

prevedendo che, seppur l'esecuzione in proprio sia la regola, sia consentito il ricorso al subappalto nei limiti previsti dall'articolo stesso. Al proposito le Associazioni di categoria e l'ANCE in prima fila hanno criticato aspramente i limiti imposti (ed in particolare quello del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture) in quanto di fatto limitativi della concorrenza e penalizzanti per molte imprese che in tal modo sono spesso impossibilitate a partecipare alle gare, non potendo garantire autonomamente l'esecuzione in proprio del 70% dell'appalto. Sul punto l'ANCE ha inoltrato un esposto alla Commissione Europea denunciando che tali limiti sarebbero posti in violazione delle direttive (che non prevedevano alcun limite al subappalto), con conseguente richiesta di avvio della procedura di infrazione. Nonostante l'esposto e la prima risposta da parte del direttore generale per il mercato interno della UE, Lowri Evans, che ha evidenziato come le norme sul subappalto contenute nel nuovo codice degli appalti e non risolte dal decreto correttivo siano in contrasto con le norme e la giurisprudenza UE, il legislatore italiano non è ancora intervenuto per rimuovere tale limitazione[181].

Interessante è, poi, l'introduzione dell'art. 106, recante la disciplina di modifica di contratti durante il periodo di validità, considerato che la fase di esecuzione del contratto e, in particolare, l'aspetto delle possibili modifiche contrattuali, viene affrontata per la prima volta dal legislatore sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, consentendo che i contratti di appalto e gli accordi quadro possano essere modificati senza l'espletamento di una nuova procedura d'appalto in quattro specifiche ipotesi, introducendo il concetto di modifica sostanziale.

Il Titolo VI della Parte II del Codice viene, poi, dedicato ai regimi particolari di appalto, disciplinando gli appalti nei settori speciali (Capo I), appalti nei servizi sociali (Capo II), appalti nel settore dei beni culturali (Capo III), concorsi di progettazione (Capo IV), servizi ricerca e sviluppo (Capo V), nonché in appalti e procedure in specifici settori (Capo VI).

[181] Non risulta, tuttavia, a febbraio 2018 ancora avviata alcuna procedura di infrazione al proposito. Peraltro, recentemente, il TAR Lombardia, sez. I, con sentenza n. 28 del 05/01/2018, ha rimesso la questione di conformità dell'art. 105 all'art. 71 dir. 2014/24/UE alla Corte di Giustizia UE.

Segue, poi, la Parte III, particolarmente interessante ai fini della presente analisi, in quanto disciplina organicamente il fenomeno collaborativo tra pubblico-privato più rilevante e conosciuto: il contratto di concessione[182].

La Parte III disciplina, infatti, i contratti di concessione, recependo integralmente la direttiva 2014/23/UE, mediante una regolamentazione unitaria in materia, unificando le concessioni di lavori e servizi e chiarendo, altresì, che si tratta di contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al soggetto privato, il che implica che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

In particolare, l'art. 165 definisce i contratti di concessione, qualificandoli come i contratti in cui la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Detti contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo, riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni del mercato incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Il Codice sembra sottolineare che la gestione del concessionario debba essere a favore dei terzi, strutturandosi, così, la concessione in un rapporto trilaterale, che in sostanza parrebbe escludere le concessioni per le c.d. opere fredde[183].

In particolare, la norma prevede che l'equilibrio economico finanziario rappresenti il presupposto per la corretta allocazione dei rischi. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in se-

---

[182] In merito all'evoluzione dell'istituto, interessante è la disamina proposta da G.F. Cartei, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2016, p. 939. Inoltre, G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., pp. 167 ss.

[183] Così, G. Greco, nell'intervento dal titolo *I contratti di concessione*, al Convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, tenutosi il 23 maggio 2016 presso la SPISA, Bologna.

de di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo, consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

La disciplina della concessione è, poi, dominata dal principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, nonché di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Tuttavia, il Codice impone che la stazione appaltante delinei un piano economico finanziario, preliminare alla delibera a contrarre, piano che può essere revisionato qualora si verifichino fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario stesso, revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio.

In generale, il Codice prevede uno strumento flessibile che, però, richiede valutazioni (specificamente in relazione alla ripartizione dei rischi) ed operazioni che non tutte le amministrazioni sono in grado di compiere; pertanto, non potrà che venire in soccorso il ruolo di eventuali linee guida e delle centrali di committenza, maggiormente strutturate e specializzate.

Segue, infine, la Parte fortemente innovativa del Codice, ossia la Parte IV in tema di partenariato pubblico-privato e contraente generale.

L'art. 179 stabilisce genericamente che alle procedure di PPP e contraente generale si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili, richiamando poi anche la Parte II in quanto compatibile.

Le discipline specifiche sono, invece, contenute nei singoli titoli, che innovano ed individuano la regolamentazione distintiva. Vengono, così, dedicate discipline peculiari, suddivise per macro aree,

relativamente al partenariato pubblico-privato (Titolo I, artt. 179-191), all'affidamento in house (Titolo II, art. 192-193), a sorpresa inserito nella Parte intitolata al partenariato, ed, infine, al contraente generale (Titolo III, artt. 194-199).

La norma particolarmente innovativa, anche in rapporto alla disciplina previgente, è contenuta all'art. 180. In coerenza con la disciplina comunitaria e con quanto previsto dal Libro Verde della Commissione Europea e del dibattito già esaminato, il nuovo impianto normativo disciplina, per la prima volta in modo organico, l'istituto del c.d. "partenariato pubblico-privato", quale forma di sinergia tra poteri pubblici e privati, con il precipuo scopo di finanziare, costruire o gestire infrastrutture o fornire servizi pubblici, come enfaticamente considerato dal Consiglio dei Ministri nella relazione illustrativa dello schema del decreto.

Il vantaggio principale si individua in ipotesi di realizzazione di progetti particolarmente complessi ed innovativi, ove la cooperazione con i privati consente all'amministrazione di aumentare le risorse a disposizione ed acquisire soluzioni innovative, senza incidere sul bilancio. La nuova disciplina prevede che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano provenire non solo dal canone riconosciuto dall'ente concedente, ma anche da qualsiasi altra forma di contropartita economica, quale, ad esempio, l'introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.

Per la prima volta si distingue il ricorso al PPP per la realizzazione delle c.d. "opere a freddo" e "opere a caldo", a seconda che le stesse siano o meno dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito.

L'articolo si occupa, altresì, di disciplinare l'allocazione dei rischi e l'equilibrio economico finanziario. In particolare, viene riconosciuto che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico deve comportare l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera. La rilevanza del rischio, nell'ambito della disposizione in esame, deve essere valutata conformemente a quanto previsto dalla disciplina europea, secondo cui il rischio operativo di natura economica deve es-

sere legato alla gestione dei lavori e/o servizi oggetto del contratto e deve essere trasferito in capo al soggetto privato, in modo effettivo e sostanziale. Con il contratto di partenariato pubblico-privato, inoltre, sono, altresì, disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico. Viene riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di versare un canone all'operatore economico, che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi, sempre ferma restando la necessaria effettiva sussistenza di un rischio in capo al partner privato. Sul punto è intervenuto il d.lgs. 56/2017 modificando parte del comma 4, precisando che "se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore", tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico, così caricando il privato del rischio di eventuali inadempimenti allo stesso riconducibili.

La disposizione chiarisce che la corretta allocazione e distribuzione dei rischi trova presupposto nell'equilibrio economico finanziario, inteso come la compresenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Ed in ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Tale ultima precisazione è particolarmente rilevante in quanto fissa un parametro prima non previsto, ossia il fatto che il rischio deve essere maggiormente addossato in capo al partner privato. Sul punto, viene recepito l'orientamento contenuto nella nuova versione del SEC '95, pubblicata da Eurostat ad ottobre 2012, che individuava le differenti forme di finanziamento pubblico nell'apporto

di capitale di rischio (*equity*) o di capitale di credito (finanziamento bancario), oltre che nelle altre tradizionali forme di contribuzione pubblica in conto capitale. In tutti questi casi, il SEC '95 prevede che, quando il costo del capitale è prevalentemente coperto dalla pubblica amministrazione (in misura superiore al 50 per cento), questa assuma la maggioranza dei rischi e l'*asset* vada contabilizzato *on balance*. Anche le garanzie, ove assicurino l'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal privato, e unitamente al contributo pubblico, superino il 50 per cento del costo dell'opera, determinano la contabilizzazione dell'*asset on balance*[184]. Il trattamento contabile delle forme pure di PPP consente, quindi, di non considerarle, almeno in astratto, quali forme di indebitamento, ferma l'esigenza che il corretto inquadramento di ciascuna operazione di PPP debba scaturire da una valutazione delle singole fattispecie[185].

Quanto alla procedura di affidamento nei PPP, l'art. 181 prevede che la scelta dell'operatore economico avvenga con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo, senza ulteriore disposizione, in attuazione della tendenziale libertà di procedura. Inoltre, dispone che, salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedano all'affidamento dei contratti, ponendo a base di gara il progetto definitivo ed uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice ed operatore economico, così rimarcando nuovamente il ruolo dominante della ripartizione dei rischi.

La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e all'intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione, idonei a verificare la convenienza del ricorso a forme

[184] Così Corte dei Conti, deliberazione n. 161/PAR/2013 del 31/10/2013, in *http://www.corteconti.it/*.

[185] Corte dei Conti, sezioni Riunite, deliberazione n. 6/2013 del 23/05/2013, Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica, in *http://www.corteconti.it/*.

di partenariato pubblico-privato, in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto. Anche con riferimento ai PPP viene stabilita un'attività di controllo sull'attività ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice, verificando, in particolare, la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti, alla cui verifica il partner è tenuto a collaborare.

Seguono, poi, la disciplina della finanza di progetto, analoga a quella previgente come già osservato nel precedente capitolo, nonché la regolamentazione delle Società di progetto. A seguire poi la disciplina circa la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, ed il contratto di disponibilità.

Infine, l'articolo 192 introduce un regime speciale per gli affidamenti *in house*, con particolare attenzione all'elenco istituito presso l'ANAC, relativo alle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, quale precipuo strumento di trasparenza.

Infine, l'articolo 194 interviene disciplinando l'affidamento unitario a contraente generale, mediante il quale l'ente aggiudicatore affida ad un soggetto, dotato di adeguata esperienza nella realizzazione di opere, nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori. Per tale fattispecie, l'articolo 195 prevede le modalità di aggiudicazione degli affidamenti a contraente generale, precisando che il ricorso alla scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale, deve essere motivata dalla stazione appaltante in ragione della complessità dell'opera e di altre esigenze, al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità.

Conclude, poi, il Codice con le disposizioni finali e transitorie, relative al contenzioso ed alla *governance* in materia di contratti pubblici.

Dall'analisi ed illustrazione sopra proposta emerge un quadro positivo, spiccatamente evolutivo, della futura contrattazione pubblica, che rivela (ed auspica) un ruolo forte della pubblica

amministrazione, e, tuttavia, richiederà un nuovo incisivo intervento sulla struttura della P.A. per far sì che le procedure possano fungere da ingranaggi ben oliati della macchina amministrativa.

Le prime analisi del nuovo testo, in senso critico, hanno evidenziato alcune lacune, che, tuttavia, non andrebbero configurate in quanto tali, ma come spazi di discrezionalità e di "creatività" ad uso della stazioni appaltanti[186], anche, ad esempio, in tema di requisiti di ammissione, partecipazione ed aggiudicazione[187]. Difatti, dal quadro normativo disegnato dal legislatore, emerge una responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche, ad immagine del tradizionale sistema britannico. Per tali ragioni, a parte gli interventi correttivi per meri errori materiali, è auspicabile che gli interventi successivi del legislatore, al fine di mantenere la suddetta impostazione, non vadano a proceduralizzare nel dettaglio, soddisfacendo preoccupazioni di "coprire" presunte carenze. Tuttavia, saranno inevitabili future correzioni a seguito delle verifiche dell'efficacia della disciplina e del riscontro delle stazioni appaltanti nella prassi, in particolare mediante lo strumento della Verifica di impatto regolatorio (VIR)[188].

Un'ultima osservazione.

Il Codice affida all'Autorità Nazionale Anticorruzione la definizione, tramite proprie linee guida, di numerosi aspetti della disciplina e delle procedure regolamentate nel Codice stesso[189],

---

[186] Così A. Manzioni, nell'intervento dal titolo *Introduzione al nuovo Codice dei contratti pubblici*, al Convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, tenutosi il 23 maggio 2016 presso la SPISA, Bologna.

[187] Sulla complessa autonomia in tema di scelta dei requisiti, critico M. Clarich, nell'intervento dal titolo *I criteri di aggiudicazione*, al Convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, tenutosi il 23 maggio 2016 presso la SPISA, Bologna, in cui ha sottolineato l'esigenza in ogni caso che a fronte della discrezionalità nell'individuazione dei criteri non manchi mai la predeterminazione ed un meccanismo di verifica, al fine di non veder lesa la concorrenza effettiva.

[188] Si fa riferimento all'istituto disciplinato dall'art. 14 legge 246/2005 "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005" e dal Dpcm n. 212/2009 "Regolamento recante disciplina attuativa della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)".

[189] Così, ad esempio l'art. 36, co. 7, che prevede l'adozione di linee guida stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure relative ai contratti sotto soglia; l'art. 80, co. 13, circa i mezzi di prova sufficienti a dimostrare le circostanze di esclusione; l'art. 83, co.

attribuendo un ruolo particolarmente delicato ad atti non legislativi, né regolamentari[190]. Si ritiene che tali linee guida, nel progetto del legislatore, non andrebbero a rappresentare una mera azione di supporto, ma con ogni probabilità rappresenteranno uno strumento a tutela della P.A. in sede di contenzioso, quasi a formare una giustificazione procedurale dell'operato amministrativo[191]. Ed anzi,

---

2 e 10, sui requisiti di selezione e di valutazione; l'art. 84, co. 2, su standard e controlli; l'art. 111, co. 1, sull'attività del direttore dei lavori; l'art. 181, co. 4, circa le modalità di controllo dell'attività dell'operatore nei PPP; l'art. 197, co. 4, sui requisiti del contraente generale. E sul ruolo dell'ANAC nel nuovo scenario, si veda G. Piperata, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, e F. Mastragostino, E. Trenti, *La risoluzione delle controversie*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit.

[190] A ciò si aggiungano più di 200 funzioni di vigilanza, affidate nel Codice all'ANAC, con particolare riferimento all'attività di controllo sui contratti e sui requisiti e qualificazioni delle imprese. L'ANAC, in sostanza, emerge dal nuovo Codice come una "superamministrazione", alla quale sono affidati compiti di vigilanza, di regolazione e di amministrazione.

[191] L'ANAC, peraltro, si è già messa all'opera sviluppando alcune linee guide attuative, già pubblicate sul sito istituzionale (*http://www.anticorruzione.it/*) al fine di promuovere consultazioni su alcuni aspetti particolarmente complessi, contenuti nel Codice. A febbraio 2018, risultano pubblicate ed approvate le seguenti 8 linee guida (poi peraltro aggiornate al d.lgs. 56/2017):

Delibera n. 950 del 13 settembre 2017 - Linee guida n. 8, recanti "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili";

Delibera n. 235 del 15/02/2017 - Linee guida n. 7, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016";

Delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 - Linee guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice";

Delibera n. 1190 del 16 novembre 2016 - Linee guida n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici";

Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 - Linee guida n. 4, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici";

lo stesso art. 211 attribuisce espressamente all'ANAC la facoltà di adottare pareri di precontenzioso.

In particolare, si nota come all'art. 213, co. 2, d.lgs. 50/2016 viene previsto che l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisca la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi, e favorisca lo sviluppo delle migliori pratiche.

Al proposito, dato il dibattito sorto intorno al tema, è intervenuto il decreto correttivo, procedimentalizzando al co. 17-bis la procedura di adozione delle linee guida (e degli altri c.d. strumenti di regolazione flessibile) e aggiungendo ulteriori competenze in capo ad ANAC.

Il d.lgs. 56/2017 è intervenuto altresì abrogando il tanto criticato comma 12 dell'art. 214, che consentiva al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di adottare linee guida interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme contenute nel Codice.

Il nuovo Codice disegna, così, un sistema di attuazione delle disposizioni in esso contenute che supera il regolamento di esecuzione ed attuazione, in favore di un sistema basato sulla *soft-regulation*, ed in particolare sulle "linee guida". Le maggiori preoccupazioni già espresse sotto tale profilo riguardano soprattutto la loro qualificazione e la loro vincolatività, ancora non chiarita in sede legislativa[192], nonché il possibile contrasto tra la premessa

---

Delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016 - Linee guida n. 3, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni";

Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee guida n. 2, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa";

Delibera n. 973 del 14 settembre 2016 - Linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria".

[192] Critico in tal senso M.P. Chiti nell'intervento dal titolo *Il quadro delle fonti di disciplina dei contratti pubblici: in particolare, le linee guida*, al Convegno

codicistica di semplificazione e snellezza e la successione di numerosi provvedimenti attuativi. Ed invero, la questione del ruolo delle linee guida è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, all'esito del quale, in generale, parrebbe potersi concludere che debbano essere considerate fonti di diritto (e come tali vincolanti) le linee guida per le quali sia previsto il recepimento mediante atto normativo, quale ad esempio un decreto ministeriale; diversamente, qualora non vengano recepite ed incorporate da fonti normative, si tradurrebbero in mere fonti comportamentali[193], prive di autonoma vincolatività. Sul punto, un qualche strumento interpretativo è ora fornito mediante il regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, adottato con provvedimento del 15 febbraio 2017[194].

Tra linee guida e altri atti di secondo livello, previsti nel Codice, si possono, ora, individuare circa 50 atti attuativi, ragion per cui l'obiettivo di una regolamentazione sintetica e unitaria, chiaramente conoscibile, rischia, così, di perdersi nella moltiplicazione degli atti attuativi[195].

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, tenutosi il 23 maggio 2016 presso la SPISA, Bologna.

[193] Si pensi a tal proposito alle linee guida in materia sanitaria, oggetto di un prevalente orientamento giurisprudenziale che ne ha escluso la forza vincolante, in particolare ritenendo che "le linee guida non costituiscono fonte di regole cautelari la cui inosservanza può, di per sé fondare un addebito di colpa, stante che in tema di responsabilità medica le linee guida possono svolgere un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico, ma, avuto riguardo all'esercizio dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative, né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente" (così Cass. Pen., sez. IV, 18/06/2013, n. 39165, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, n. 1, 2014, p. 45).

[194] S. Tuccillo, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative.(Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *federalismi.it*, n. 6, 2017.

[195] Critici in merito al ruolo delle Linee guida, C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* e D. Sammarro, R. Rolli, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in *giustamm.it*, 2016; R. De Nictolis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 503. Per evitare la sovrapproduzione normativa sarà certamente fondamentale garantire un'adeguata pubblicità degli stessi atti di soft law.

Tale timore è stato ulteriormente espresso in Dottrina in seguito alle modifiche introdotte dal decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56[196] ed alle successive esigenze di ulteriori correzioni.

In particolare, tra i tanti temi affrontati il decreto correttivo, in vigore dal 20 maggio 2017, interveniva abrogando l'art. 211, co. 2, del Codice, in tema di raccomandazioni ANAC vincolanti[197], in tal modo suscitando l'immediata reazione negativa delle parti sociali, che riconoscevano nel ruolo dell'ANAC una possibile soluzione per il decongestionamento del contenzioso amministrativo in tema di appalti.

A fronte dell'iniziale coinvolgimento del Consiglio di Stato, da parte del Governo, in tale abrogazione, in virtù di alcune considerazioni espresse nel parere 855/2016 e richiamate dallo stesso Consiglio nel parere 782/2017 (sullo schema decreto correttivo), peraltro, il Consiglio di Stato, chiariva in un immediato comunicato stampa (21 aprile 2017) di non aver "chiesto la soppressione dell'art. 211 comma 2, ma una semplice riformulazione per renderlo coerente con la legge delega e con la Costituzione, salvaguardandone l'efficacia. Una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge 287/1990, che avrebbe condotto a un rafforzamento dei poteri dell'ANAC e a una tempistica più stringente nell'attività di controllo. Inoltre avrebbe dotato l'Autorità anticorruzione di uno strumento anche più efficace della sanzione economica conseguente all'inosservanza della 'raccomandazione non vincolante'".

A fronte del dibattito conseguente, in seguito alle pronte

---

[196] Per una compiuta analisi della materia alla luce del correttivo d.lgs. 56/2017, F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, cit.

[197] Così, il comma 2, ora abrogato: "2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo (di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000), posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 (del presente codice). La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".

rassicurazioni del Governo sulla riparazione della lacuna, interveniva il legislatore in sede di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito in legge 96/2017, introducendo i commi 1-bis, 1-ter e 1-quater all'art. 211 del Codice, ponendo parziale rimedio alla precedente abrogazione e riproponendo un ruolo di intervento nei casi di irregolarità di un provvedimento di una stazione appaltante, anticipando l'eventuale impugnazione giudiziale.

7. *Osservazioni conclusive sugli strumenti di partenariato nel panorama italiano*

Oltre agli accordi amministrativi, ai contratti di appalto e di concessione sopra illustrati, come visto, l'attività negoziale della P.A. si è progressivamente composta di altri rapporti e contratti, anche atipici, variamente riconducibili alla nozione di partenariato pubblico-privato.

L'imporsi del partenariato come categoria giuridica è una chiara manifestazione della fine del bipolarismo pubblico-privato, alla quale è conseguita una nuova definizione del ruolo dei soggetti pubblici. Queste modalità di azione mettono in discussione alcune delle nozioni più tradizionali del diritto pubblico, come quella di legalità e di tipicità dell'azione amministrativa.

In questo nuovo paradigma di azione vengono in rilievo il negoziato in luogo del procedimento, la libertà delle forme in luogo della tipicità, lo scambio in luogo della ponderazione[198] ed il negozio atipico diventa strumento funzionale alla cura degli interessi pubblici[199].

A tal proposito, un contratto atipico, espressione di autonomia negoziale, non è estraneo all'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato, che l'Amministrazione è abilitata a svolgere, pur nell'osservanza delle regole procedurali pubblicistiche circa la formazione della volontà negoziale e l'individuazione del contraente, per rispettare i parametri di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97

[198] S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma, Laterza, 2002, pp. 133-134.
[199] R. Dipace, *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici*, cit., p. 188.

Cost. Il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti – anche attraverso l'esternalizzazione di alcuni servizi – non richiede, quindi, necessariamente, il ricorso a forme contrattuali tipiche disciplinate dalla legge, ma può all'occorrenza essere modulato in termini particolari, eventualmente misti, benché col minore possibile discostamento, rispetto ad analoghe fattispecie tipizzate e, comunque, nel rispetto dei concorrenti parametri legislativi[200].

Tuttavia, la scelta dell'amministrazione di ricorrere all'apporto del privato adottando un modello partenariale, non va esente da criticità.

Le criticità possono insorgere, innanzitutto, quando la scelta per un determinato istituto non trovi, nella realtà sottostante, un quadro fattuale di riferimento idoneo, oppure in tutti i casi in cui l'amministrazione non sia adeguatamente attrezzata per fronteggiare i passaggi che la disciplina prevede[201]. Tale questione, come visto, è stata oggetto di particolare attenzione nelle direttive comunitarie del 2014 e nell'ambito de loro recepimento, ove è stata espressa a più voci l'esigenza di formazione ed adeguamento strutturale degli operatori.

Inoltre, le difficoltà riscontrate dal PPP sono dovute all'episodicità del loro ricorso ed all'assenza di una tradizione applicativa sufficientemente diffusa, quanto meno nel panorama italiano.

Conseguentemente, anche l'imprevedibilità applicativa, dovuta alla scarsa chiarezza normativa (ove la norma sia presente), non ha contribuito alla diffusione dello strumento.

Così, in pratica, proprio il punto di forza dello strumento partenariale, ossia la sua malleabilità e atipicità, è stato avvertito con sfavore e diffidenza. Si tratta, forse, di uno strumento non pienamente compreso neppure dal legislatore del 2006 e non sufficientemente promosso in una strategia condivisa da parte degli enti interessati. Certamente non è stato affiancato da un'adeguata struttura amministrativa.

Sicuramente, però, l'incomprensione maggiore è sorta in rela-

---

[200] Consiglio di Stato, sez. VI, 16.07.2015, n. 3571, in *Foro Amministrativo*, n. 7-8, 2015, p. 1987.

[201] F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, cit., p. 50.

zione alla definizione normativa del fenomeno, allora contenuta unicamente nel già citato art. 3, co. 15-ter, d.lgs. 163/2006, che ha introdotto una descrizione fortemente generale e dal contenuto eccessivamente ampio, senza fornire alcun cenno al regime che sovrintende alle relazioni tra i soggetti, parti del rapporto. Incertezza che ha impedito di ordinare la categoria, peraltro solo esemplificativamente congiunta ad alcuni specifici strumenti.

Ora, ben diverso discorso va improntato in virtù dell'introduzione del d.lgs. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici, che al partenariato pubblico-privato dedica l'intera Parte IV (condivisa con l'affidamento *in house* e contraente generale)[202]. In particolare, contiene una quanto mai opportuna definizione, superando, così, il ruolo di semplice recettore delle direttive comunitarie, dedicando al fenomeno gli articoli da 179 a 191, subito dopo aver dedicato ampio spazio alle concessioni (Parte III, artt. 164-178) ed all'intrigante partenariato per l'innovazione (art. 65 e richiami diffusi, quale variante procedurale).

Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. eee), d.lgs. 50/2016, il contratto di partenariato pubblico-privato è 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 connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.

L'art. 180 d.lgs. 50/2016, poi, individua gli elementi essenziali del contratto di partenariato, che andrebbe tuttavia ancora declinato al plurale mancando invero un modello unitario. Anche da una prima analisi del nuovo testo normativo, non pare possibile distinguere specifiche tipologie di PPP, ma emerge un contenitore molto

[202] Per una trattazione approfondita del tema del PPP nel nuovo Codice dei contratti pubblici, G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, cit.

ampio ed aperto, privo di distinzioni tipiche. Al proposito, la flessibilità torna a ricoprire un ruolo fondamentale, nella convinzione che la staticità dei contratti possa essere nemica del risultato cercato. In generale, dalla nuova disciplina emerge una categoria giuridica complessa, caratterizzata dal bilanciamento tra la tutela della finanza pubblica, da un lato, e l'esigenza di maggiore flessibilità operativa ed innovatività gestionale dei progetti, dall'altro.

Nel nuovo contratto di partenariato pubblico-privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'assegnazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera[203].

Inoltre, rappresenta certamente un tratto distintivo del nuovo PPP disciplinato dal Codice la precisazione, nell'ottica dell'effettivo trasferimento dei rischi, secondo cui "il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio", deve dipendere "dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante"[204]. Viene così posto ulteriore accento sull'importanza della fase preliminare e del procedimento valutativo interno della P.A., prevedendo in sostanza l'impossibilità per l'Amministrazione di colmare ex post gli eventuali disavanzi di gestione[205].

Nella tipologia dei contratti di PPP rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di

---

[203] Tuttavia, l'allocazione del rischio in capo potrà avere come conseguenza un restringimento della concorrenza, considerato che in questa fase di crisi della liquidità privata, pochi operatori privati saranno in grado di assumersi il rischio con proprie risorse. Così autorevolmente ritenuto da M. Dugato, nell'intervento su *Le nuove regole sui contratti pubblici e le opportunità per l'innovazione*, al Seminario *Il partenariato pubblico-privato alla luce delle nuove direttive europee*, tenutosi il 24 giugno 2016 presso il Rettorato dell'Università di Pisa.

[204] Così il comma 3 dell'art. 180 d.lgs. 50/2016.

[205] Così, G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, cit., p. 155.

disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche indicate nell'art. 180.

Un aspetto controverso riguarda la scelta della procedura di affidamento, che pare lasciata nella disponibilità della P.A., in ossequio al generale principio di libertà di procedura, espressamente invocato dalla direttiva 2014/23/UE in relazione alle concessioni. La procedura deve, comunque, essere ad evidenza pubblica, così definitivamente statuendo l'applicazione di tutti i principi generali degli appalti anche ai PPP, come d'altronde già stabilito in sede di dibattito comunitario.

E sotto il profilo della procedura si combatterà, forse, la battaglia più complicata, in quanto la semplificazione e la libertà dell'amministrazione in tal senso sono sicuramente requisiti fondamentali per il successo dello strumento di PPP.

Ora, in conclusione, è evidente che il partenariato abbia ricevuto una forte tipizzazione da parte del nuovo Codice, con la conseguenza che il PPP italiano risulta più dettagliato rispetto a quello dipinto in sede comunitaria. Si tratta di un contratto caratterizzato da lunga durata e complessità, nonché dalla allocazione prevalente dei rischi in capo al privato, quale elemento inevitabile ed indefettibile. Al proposito, il legislatore ha però previsto che il permanere dell'equilibrio economico iniziale debba essere serio, effettivo ed inalterato.

Pertanto, è necessario che il piano economico e finanziario sia credibile dall'origine, consentendo al privato di sapere quali rischi debba sopportare e cosa sia compreso nel contratto. Così, nella formulazione di ogni forma di collaborazione pubblico-privata (compresa la concessione), appare sempre più fondamentale la fase di valutazione preliminare del rapporto, a tutela tanto del privato quanto della PA, al fine di evitare che le parti si trovino davanti ad una mera scommessa al buio.

Capitolo III

LA COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATA NEGLI STATI MEMBRI UE: ANALISI COMPARATISTICA

Sommario: 1. Premessa all'analisi comparatistica. – 2. L'origine della moderna cooperazione tra pubblico e privato: la contrattazione nel Regno Unito e i *public-private partnerships*. – 3. La *contratación pública* spagnola. – 3.1. Il contratto di *colaboración público-privada*. – 4. La contrattazione pubblica francese: nuovi sviluppi. – 4.1. Alcune osservazioni sul *partenariat public-privé*.

1. *Premessa all'analisi comparatistica*

Come abbiamo avuto modo di verificare, il 2016 si è rivelato un anno particolarmente "caldo" con riferimento alla riforma della contrattazione pubblica.

Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE hanno affidato agli Stati membri il compito di recepire le nuove disposizioni e il nuovo orientamento europeo in tema di contrattazione pubblica entro il 18 aprile 2016.

Il che consente all'interprete, allo studioso, all'operatore del settore, di osservare come hanno operato i "vicini" in parallelo.

Per tale ragione si ritiene utile svolgere alcune osservazioni sul nuovo diritto dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'evoluzione dei modelli di collaborazione pubblico-privato, come elaborate dai legislatori nazionali. Per ragioni di affinità linguistica e di familiarità con i rispettivi ordinamenti, l'analisi viene di seguito indirizzata a Regno Unito, Spagna e Francia.

2. *L'origine della moderna cooperazione tra pubblico e privato: la contrattazione nel Regno Unito e i* public-private partnerships

L'analisi comparata non può prescindere dall'osservazione dell'ordinamento che, seppur singolare nel panorama europeo e recentemente protagonista di una svolta separatista, ha senz'altro rappresentato l'origine del moderno sistema di collaborazione tra il pubblico ed il privato nella contrattazione: il Regno Unito.

Nel Regno Unito, già dal 1980, il ricorso ai contratti da parte del governo centrale assunse un ruolo di particolare importanza, proponendosi quale fondamento per l'articolazione di nuove formule di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato[1].

I contratti pubblici vennero introdotti per strutturare relazioni giuridiche tra la pubblica amministrazione e i fornitori di servizi privati, al fine di consentire l'erogazione efficiente dei servizi, con una modulabile ripartizione delle responsabilità, mediante nuove forme che fossero coerenti e proporzionate rispetto alle esigenze della *governance* pubblica.

In tal senso, progressivamente il legislatore britannico e l'amministrazione pubblica britannica cominciarono ad abbandonare, con riferimento alla prestazione di servizi pubblici, il modello della gestione diretta, a favore di prestazioni affidate al settore privato ai fini di ottenere maggiori efficienza e competenza, che caratterizzavano il privato in diversi settori[2].

Su tale presupposto, venne introdotto l'istituto del *public-private partnership*, quale accordo tra settore pubblico e privato, mediante il quale la gestione del servizio pubblico veniva affidata al privato, relativamente ai settori delle attività di interesse pubblico che non erano ancora state privatizzate. Pertanto, da un lato nel Regno Unito si ebbe la privatizzazione di settori pubblici rilevanti, tra cui dagli anni '70 quelli concernenti estrazione del carbone, ferrovie, servizi

---

[1] Così, T. Endicott, *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 582.

[2] Sulla ricostruzione della riforma dell'amministrazione britannica, tra i più recenti: P. Craig, *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 2008; T. Endicott, *Administrative law*, cit.; W. Wade, C. Forsyth, *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

telefonici, acqua, elettricità e gas, e, dall'altro, si procedette ad affidare mediante i PPP ai privati la gestione delle attività residue non privatizzate, secondo un piano di riforma dell'amministrazione pubblica, teso alla sottoposizione dei settori aventi contenuto economico alle regole di mercato, dimostrando una grande fiducia nell'iniziativa privata.

Lo Stato si rese conto della necessità di mantenere, comunque, un controllo sui settori privatizzati e vennero istituite diverse Autorità pubbliche di vigilanza (*non-departmental public bodies* - NDPB), al fine di prevenire abusi di posizioni di mercato e di proteggere il settore pubblico da ogni sorta di carenza del servizio.

Il fenomeno dei PPP in UK si è realizzato mediante diverse formule, la più rilevante delle quali è la *private finance initiative* (PFI), introdotta nel 1992 al fine di coinvolgere il settore privato nella progettazione, costruzione, finanziamento e gestione di infrastrutture pubbliche e che avrebbe, poi, portato a conclusione positiva più di 700 progetti, secondo recenti analisi che hanno, tuttavia, rilevato il concreto rischio di perdita di importanza di tale strumento, in ragione dell'inefficienza e della mancanza di trasparenza che ora caratterizzano la procedura di PFI[3]. Al proposito, si noti come il PFI nel Regno Unito non sia retto da norme di carattere legislativo, ma piuttosto regolamentari in puro stile *common law*. Pertanto, anche la gestione e l'adeguamento di tali istituti sono dipesi prevalentemente dalla capacità delle amministrazioni pubbliche di individuare forme adeguate alle esigenze particolari.

Le caratteristiche del mercato del settore privato esercitano una forte incidenza sulle imprese per massimizzare l'efficienza e sfruttare appieno le opportunità di business. Ed il successo dei PPP consente al settore pubblico di accedere alla disciplina, abilità e competenza del settore privato. Tuttavia, il PPP, per avere successo, deve mantenere flessibilità ed essere condotto dal principio di trasparenza.

L'introduzione del PFI ha rivoluzionato il sistema inglese, nel

[3] Her Majesty's Treasury, *A new approach to Public-Private partnerships*, dicembre 2012, *https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf*.

quale la collaborazione con il privato era precedentemente fondata sul *public procurement* tradizionale[4].

Il *public procurement* era (ed in massima parte è) caratterizzato da progettazioni e costruzioni a breve termine, individuazione dettagliata delle caratteristiche del progetto da commissionare, nonché dall'assunzione dei rischi dei ritardi nella costruzione e del superamento dei costi. Inoltre, è l'autorità pubblica a remunerare l'operatore economico e coprire ogni costo, peraltro non prevedendo alcun accordo o garanzia circa la manutenzione dell'infrastruttura.

La PFI si caratterizza, invece, per essere un contratto a lungo termine (20/30 anni) che prevede la progettazione, la costruzione, il finanziamento e, a volte, la manutenzione della struttura. L'individuazione delle caratteristiche della struttura diviene parte dell'attività del privato, di cui si sfrutta al meglio l'innovazione. Inoltre, aspetto particolarmente importante, il partner privato detiene parte del rischio di ritardi nella costruzione e superamento dei costi, quale incentivo per la corretta consegna in termini di tempo e costi. Inoltre, tutti i costi sono inclusi in un pagamento "unitario", che è fissato per tutta la durata del contratto e non è dovuto fino a quando la costruzione non è completa ed i servizi non hanno raggiunto il livello concordato. I costi di costruzione sono finanziati da parte del mutuatario del settore privato, ed i costi sono ammortizzati lungo la durata del progetto. Infine, il pagamento è collegato alla prestazione, nel senso che può essere operata una riduzione qualora i servizi non rispondano alle esigenze contrattuali.

Il confronto tra le due soluzioni portò grande interesse verso il fenomeno partenariale e verso il partner privato, consentendo un minor peso sul bilancio pubblico ed una rilevante acquisizione di maggiori competenze per il committente pubblico.

Il fenomeno del PPP[5], invece, ingloba il PFI[6] e ora individua una

---

[4] Riconducibile al concetto italiano di appalto pubblico.

[5] Sul PPP si vedano, tra tanti, I. Harden, *The PPP handbook*, Bristol, Jordan, 2002; S.P. Osborne, *Public-Private contracting state*, Buckingham, Open University Press, 1992; D. Grimsey, M.K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005.

[6] Sulle caratteristiche del PFI, si veda l'ottima ricostruzione operata in M. Hernando Rydings, *La colaboración público privada: fórmulas contractuales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 57-91; inoltre, R.

categoria generica di collaborazioni tra pubblico e privato, caratterizzata da metodi più flessibili in termini di finanziamento e sfruttamento delle infrastrutture e dei servizi pubblici, con il fine primario di sviluppare il mercato. Mediante la relazione di partenariato vennero, così, istituite nuove iniziative (tra cui la National Lottery), nelle quali la P.A. decide il servizio da fornire, le aziende formulano un'offerta per il contratto di servizio, la NDPB assegna la licenza e regola l'attività dell'operatore aggiudicatario.

Parallelamente allo sviluppo del PFI, si è insediato nell'ordinamento britannico l'istituto della concessione, che si distingue dagli altri istituti di PPP britannici per il fatto che la remunerazione del concessionario proviene dagli utenti dei servizi o delle infrastrutture, mentre negli altri contratti di collaborazione la retribuzione sarà soddisfatta dall'amministrazione pubblica.

In generale, l'introduzione e l'evoluzione di tutta una serie di nuove modalità di erogazione di servizi vengono riuniti, tuttora, nel complessivo concetto di *new public management*, introdotto già dal governo Thatcher negli anni '80.

Nel XXI secolo, si assiste ora ad un bilanciamento della gestione dell'interesse pubblico secondo una tripartizione ormai consolidata: privatizzazione dei servizi che possono essere privatizzati, esternalizzazione mediante contratti pubblici e PPP di ciò che non può essere privatizzato, nonché creazione di partenariati pubblico-pubblico (*internal contracting*), mediante accordi tra pubbliche amministrazioni, qualora non sia possibile esternalizzare[7].

Ora, svolte le premesse introduttive all'ordinamento britannico[8], risulta interessante osservare il nuovo panorama della collabo-

---

Thomas, *Private finance initiative-goverment by contract*, in *European public law*, n. 4, 1997, pp. 519-525; E. Nieto Garrido, *La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido: de private Finance Initiative a Public Private Partnerships*, in *Revista de Administración Pública*, n. 164, 2004, pp. 389-406.

[7] T. Endicott, *Administrative law*, cit., p. 590.

[8] Sulla contrattazione pubblica in UK, si veda tra gli altri A. Ruiz Ojeda, G. Marcou, J. Goh, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino unido y España (elementos comparativos)*, Madrid, Civitas, 2000; A.C.L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2001; E. Nieto Garrido, *El new public management y el gobierno a través de contratos en Reino Unido*, in *Revista de Administración Pública*, n. 162, 2003, pp. 391-417; e,

razione pubblico-privata in Regno Unito, a fronte del recepimento delle direttive comunitarie di quarta generazione, operato mediante il Public Contracts Regulations 2015[9] del 04/02/2015 e il più recente Concessions Contracts Regulations 2016[10] del 11/03/2016.

Il Public Contracts Regulations 2015 (PCR 2015) attua la nuova direttiva sugli appalti del settore pubblico (2014/24/UE)[11], che prevede regole modernizzate per gli appalti di beni, servizi e lavori superiori a determinate soglie da parte delle autorità pubbliche e riformula le disposizioni dovute alle direttive ricorsi (direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE), sui rimedi e sulle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici, come attuate dal Regno Unito nel Public Contracts Regulations 2009.

Come già osservato nell'operato del legislatore italiano, anche il legislatore britannico ha sposato la tecnica del *copy out* dove possibile, consistente, come ricordato, nell'attenersi alla formulazione della disciplina come contenuta nella legislazione UE.

Il legislatore britannico ha sottolineato l'esigenza di procedere velocemente al recepimento delle direttive nella convinzione di voler sfruttare il prima possibile la flessibilità che caratterizza il nuovo corpus normativo, con la prospettiva di sviluppare la crescita economica del e nel mercato[12].

La nuova disciplina sugli appalti pubblici viene identificata come uno strumento di semplificazione e modernizzazione del settore degli appalti, alla cui regolamentazione è dedicata l'intera Parte 2 del PCR, prevalentemente sul calco esatto della direttiva 2014/24/UE[13].

La Parte 3, invece, ri-recepisce sostanzialmente la direttiva sui

più recentemente, A.C.L. Davies, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

[9] The Public Contracts Regulations 2015, Her Majesty's Stationery Office (HMSO) GU 2015 n. 102, UK Statutory Instruments.

[10] The Concession Contracts Regulations 2016, Her Majesty's Stationery Office (HMSO) GU 2016 n. 273, UK Statutory Instruments.

[11] La precedente direttiva 2004/18/CE era stata invece recepita dal The Public Contracts Regulations 2006.

[12] Così in Cabinet Office in HMSO, *Explanatory memorandum to the public contracts regulations 2015*, GU 2015 n. 102, punto 7.

[13] La parte 1 invece è costituita da 2 articoli concernenti le premesse generali e le definizioni.

ricorsi nel settore pubblico, che introduce le procedure di ricorso e dei rimedi disponibili per violazione delle norme sugli appalti, adeguando le misure previgenti alla nuova disciplina in esame che sostituisce il Public Contracts Regulations 2006 precedentemente in vigore.

Infine, la Parte 4 prevede disposizioni varie di attuazione della politica di contrattazione pubblica del governo per rendere il mercato più accessibile alle piccole e medie imprese, in particolare garantendo la pubblicità delle opportunità contrattuali e che le notizie in tema di aggiudicazioni siano accessibili in un unico portale pubblico, individuato nel National Contracts Finder Portal, e adeguando la disciplina sul pagamento dei corrispettivi contrattuali, limitando ulteriormente il ritardo del pagamento stesso. Questa parte non implementa obblighi comunitari, ma introduce ulteriori disposizioni di semplificazione, allo scopo di riunire la disciplina degli appalti pubblici in un unico atto.

La logica delle norme sugli appalti non è cambiata: gli appalti pubblici devono ancora essere assegnati in modo trasparente, garantendo la parità di trattamento dei partecipanti e dovendo rispettare una serie di requisiti procedurali.

Tuttavia, sono state introdotte anche modifiche sostanziali alle procedure.

Tra queste, sono stati adottati significativi miglioramenti alle norme procedurali, in base alle quali gli enti committenti hanno più libertà rispetto a prima di negoziare con i fornitori. Inoltre, la nuova procedura di "partenariato per l'innovazione" (*Innovation Partnership*) consente maggiore spazio per le idee più innovative, laddove il fornitore essenzialmente intende creare una partnership con l'autorità, per lo sviluppo di un nuovo prodotto o di un nuovo servizio[14]. Inoltre, rilevante è la previsione secondo cui lo scarso rendimento nell'esecuzione di contratti pubblici precedenti viene esplicitamente individuato come motivo di esclusione[15].

[14] Art. 31 PCR 2015.

[15] Art. 57, co. 8, lett. g), PCR 2015: "Contracting authorities may exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: … where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a pri-

Inoltre, viene sviluppata la disciplina degli appalti elettronici, promuovendo una semplificazione delle procedure che consenta una maggiore accessibilità.

Sono, poi, previste nuove regole riguardo gli aspetti sociali ed ambientali, considerando peraltro che gli aspetti sociali, ora, in determinate circostanze, vanno presi in considerazione come elemento del procedimento valutativo.

Vengono, inoltre, previste migliori garanzie da eventi corruttivi, tra cui misure adeguate a risolvere e prevenire i conflitti di interesse individuabili durante le procedure di appalto, nonché limiti temporali[16] che regolano il periodo in cui i fornitori possono essere esclusi dall'appalto dalle amministrazioni aggiudicatrici (ad esempio, in caso di condanne per corruzione).

Vi sono, poi, misure migliorative di promozione della partecipazione delle PMI. Gli enti aggiudicatori sono incoraggiati a suddividere gli appalti in lotti per facilitare la partecipazione delle PMI[17], nonostante tale lottizzazione sia discrezionale in base a valutazioni di opportunità riservate all'ente.

È stato introdotto, poi, un limite di fatturato, per cui la committenza non potrà imporre requisiti relativi al fatturato dell'azienda per un importo superiore a due volte il valore del contratto. Infine, è stato introdotto un processo molto più semplice di valutazione degli offerenti, con un utilizzo maggiore delle autocertificazioni e dove solo il vincitore dell'appalto sarà tenuto a presentare vari certificati e documenti a dimostrazione dei propri requisiti[18].

Ciò che caratterizza il nuovo panorama procedurale in Regno Unito, come anche in Italia, è la maggiore disponibilità della procedura a beneficio della committenza, dotata di maggiore discrezionalità. In particolare, le nuove regole del PCR 2015 incoraggiano e consentono la consultazione preliminare del mercato, che dovreb-

---

or public contract, a prior contract with a contracting entity, or a prior concession contract, which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions".

[16] Art. 47 PCR 2015.

[17] Art. 46 PCR 2015.

[18] Sui criteri di selezione del partner, art. 56 (general principles in awarding contracts), art. 57 (exclusion grounds) e art. 58 (selection criteria) PCR 2015.

be consentire un migliore dettaglio degli appalti anche in termini di specifiche tecniche, risultati migliori e tempi di acquisizione più brevi.

Al fine di promuovere un efficientamento dei costi ed una riduzione della spesa pubblica, viene introdotto un criterio valutativo delle offerte nel calcolo dei costi sull'intero ciclo di vita del progetto[19], al fine di incoraggiare gli appalti più sostenibili o più virtuosi, che possono consentire un risparmio economico nel lungo periodo, anche apparendo più costosi riguardo al prezzo iniziale. Si tratta, in sostanza, di un'applicazione ulteriore del primato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (che richiede una valutazione complessiva, anche in termini qualitativi) rispetto al criterio del prezzo più basso[20].

Infine, in conclusione, il nuovo corpo normativo britannico promuove una serie di misure che dovrebbero consentire un approvvigionamento più veloce, una minore burocrazia ed una maggiore attenzione alla ricerca del partner e dell'offerta migliori. Dal lato dei fornitori, la procedura di gara dovrebbe divenire più veloce, più accessibile, meno onerosa e meno burocratica, mediante una competizione più efficace.

Il Concessions Contracts Regulations 2016 (CCR 2016), invece, recepisce la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Attua, inoltre, la direttiva 89/665/CEE sul coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, nonché la direttiva 92/13/CEE di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e di quelli che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, per quanto tali rimedi e procedure siano applicabili all'aggiudicazione dei contratti di concessione.

---

[19] Art. 68 PCR 2015.

[20] Sui criteri di aggiudicazione relativamente al progetto offerto, art. 67 (contract award criteria) PCR 2015.

Conformemente a quanto fatto nel recepimento della direttiva 2014/24/UE con il PCR 2015, anche in occasione del recepimento della direttiva concessioni nel CCR 2016 il legislatore britannico ha fatto ampio uso della tecnica di *copy out*, tentando, inoltre, un'armonizzazione con la disciplina degli appalti pubblici, al fine di evitare contraddizioni anche terminologiche, dovute al recepimento effettuato ad oltre un anno di distanza.

Il legislatore, nell'attuare la direttiva, sottolinea a più riprese l'esigenza di tale riforma per ricercare un quadro normativo più flessibile di quello dedicato ai contratti pubblici in genere, oltre all'evidente fine di promuovere i principi di trasparenza ed equo trattamento.

In particolare il corpus normativo prevede una definizione più chiara e precisa del contratto di concessione, in applicazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Il "contratto di concessione" di cui al CCR 2016, viene distinto in contratto di concessione di lavori e contratto di concessione di servizi[21].

Si distingue, quindi, la concessione di lavori quale contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto per mezzo del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o *utilities*[22] affidano l'esecuzione di lavori a uno o più operatori economici, il cui corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori che sono oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Per concessione di servizi si intende, invece, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto per mezzo del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o *utilities* affidano la fornitura e la gestione di servizi (diversi dall'esecuzione di lavori) ad uno o più operatori economici, la remunerazione dei quali consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi che sono oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Inoltre, entrambi i modelli concessori devono soddisfare i requisiti di cui al paragrafo 4 dell'art. 3, secondo cui l'aggiudicazione del

---

[21] Sulla definizione del contratto di concessione, art. 3 CCR 2016.

[22] Intendendo per *utilities*, nel senso individuato dalla normativa in esame, quelle imprese che generano, trasmettono, distribuiscono elettricità, acqua, gas dai propri impianti o da impianti di terzi, nonché erogano e gestiscono servizi di trasporto e servizi postali. Così, art. 5 e Schedule 2 CCR 2016.

contratto deve comportare il trasferimento al concessionario di un rischio operativo nello sfruttamento dei lavori o dei servizi che comprenda il rischio di domanda o di offerta oppure entrambi. Nondimeno, la parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione all'alea del mercato, ed in particolare ogni potenziale perdita stimata in capo al concessionario non deve essere solo nominale o trascurabile. A tal proposito, il legislatore considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo qualora, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti fatti o delle spese sostenute per realizzare i lavori o i servizi che sono oggetto del contratto di concessione.

La normativa viene, così, introdotta al fine di completare la regolamentazione dell'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni di servizi, sia nel settore pubblico sia nel settore dei servizi mediante *utilities*, particolarmente rilevanti nel panorama amministrativo britannico. Viene, altresì, recepita la obbligatoria pubblicazione delle concessioni nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, quando il valore del contratto è pari o superiore a € 5.225.000.

Vengono introdotte previsioni sostanziali per gestire la modifica ai contratti di concessione durante la loro esecuzione, in particolare quando ciò sia giustificato da circostanze impreviste, a tutela dell'interesse pubblico[23].

A tutela della trasparenza vengono istituiti alcuni obblighi per quanto riguarda i criteri di selezione e di aggiudicazione, rivolti alle amministrazioni aggiudicatrici ed alle *utilities* in sede di aggiudicazione delle concessioni[24]. In particolare, vengono introdotte norme che mirano a garantire che tali criteri siano pubblicati in anticipo e che siano oggettivi e non discriminatori. In generale, si tratta, comunque, di disposizioni meno rigide rispetto a quelle simili attualmente applicabili agli appalti pubblici in attuazione del PCR 2015 di cui sopra.

In applicazione di uno dei principi cardine del piano riformatore comunitario, ossia la libertà di scelta nella procedura, anche il

[23] Art. 43 (modification of concession contracts during their term) CCR 2016.

[24] Art. 38 (selection of and qualitative assessment of candidates) e art. 41 (award criteria) CCR 2016.

legislatore comunitario non prevede alcuna specifica procedura di aggiudicazione, ma definisce alcuni principi generali volti ad assicurare la trasparenza e la parità di trattamento, con particolare riguardo alla fase di negoziazione[25]. In particolare le amministrazioni aggiudicatrici e le *utilities* devono trattare gli operatori economici allo stesso modo e senza discriminazioni e devono agire in modo trasparente e proporzionato. Inoltre, la modulazione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non può essere fatta con l'intenzione di escludere la procedura stessa dal campo di applicazione della normativa o con il fine di favorire o penalizzare indebitamente taluni operatori economici o determinati lavori, forniture o servizi. Nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, le amministrazioni aggiudicatrici e le *utilities* non devono fornire, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni candidati o offerenti rispetto ad altri. In generale, quindi, le amministrazioni aggiudicatrici e le *utilities* devono agire per garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione del contratto di concessione e di esecuzione del contratto stesso.

A tutela, poi, della concorrenza, la previsione di norme, che garantiscano parità di accesso ed equa partecipazione in tutta la procedura di aggiudicazione della concessione, dovrebbe incoraggiare la partecipazione delle PMI. Allo stesso fine concorrerebbe anche un meccanismo più semplice di valutazione dei requisiti dei candidati, che preveda l'uso delle autocertificazioni dei fornitori ed in cui solo il vincitore della selezione sia tenuto a presentare i vari certificati e documenti a dimostrazione delle proprie qualifiche. Inoltre, l'espressa previsione dell'opportunità di costituire un consorzio di candidati consentirebbe l'apertura maggiore alle PMI, anche considerata la prevista possibilità per un candidato di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti ai fini della domanda di partecipazione alla gara.

La riforma introdotta con il Concessions Contracts Regulations 2016 è, in conclusione, finalizzata a sostenere le priorità del governo del Regno Unito in termini di crescita economica e riduzione del de-

[25] Art. 8 (principle of equal treatment, non-discrimination and transparency) CCR 2016.

ficit, rendendo il processo di aggiudicazione di contratti di concessione più aperto e trasparente ed allo stesso tempo più efficace per le imprese ed i committenti.

Anche il panorama britannico dell'amministrazione pubblica tramite contrattazione con il privato è, quindi, in pieno fermento, in particolare in ragione dell'ormai avvertita esigenza di rinnovamento di un sistema che, benché originariamente particolarmente innovativo e virtuoso, ormai accusa il passare degli anni.

Così, anche nella P.A. britannica, seppur spesso critica rispetto alla politica UE, il processo riformatore sollecitato dalle direttive 2014 è stato accolto di buon grado.

Tali considerazioni andranno necessariamente aggiornate in virtù delle eventuali conseguenze applicative del referendum del 23 giugno 2016, attraverso il quale l'elettorato britannico si è espresso a favore dell'uscita del Regno Unito dall'UE (Brexit), evento singolare nel suo genere e pertanto di incerta traduzione pratica, che potrebbe produrre effetti anche in relazione alla disciplina della contrattazione pubblica, soprattutto in termini di accessibilità delle imprese britanniche al mercato unico[26].

3. *La* contratación pública *spagnola*

Anche nell'ordinamento amministrativo spagnolo, alla forma tradizionale di regolamentazione dei rapporti giuridici da parte della P.A., rappresentata dagli atti amministrativi, si è progressivamente affiancato l'utilizzo di strumenti diversi quali gli accordi, le convenzioni ed i contratti, tanto con altri enti pubblici quanto con i privati.

In particolare, dalla fine del XX secolo si è assistito ad una progressiva crescita dell'attività negoziale della P.A. e del ricorso a collaborazioni tra pubblico e privato nel perseguimento di obiettivi di

[26] Si pensa ad esempio alle possibili conseguenze in termini di riconoscimento automatico della documentazione e condivisione dei processi telematici. Si precisa, al proposito, che alla data di ultima revisione del presente volume (febbraio 2018) la procedura negoziale di uscita del Regno Unito è ancora in una fase introduttiva, nonostante la data di uscita sia già programmata per marzo 2019.

interesse generale, parallelamente alla maturazione della consapevolezza dell'allora Comunità Europea circa l'importanza economica della contrattazione amministrativa e l'esigenza di regolamentazione del mercato.

La necessità di regolare il rapporto tra interesse generale ed esigenza di protezione del contraente privato dall'azione amministrativa ha condotto alla formulazione di una disciplina speciale dei contratti amministrativi che trova la sua prima traduzione compiuta nella Ley de Contratos del 1965[27], approvata con Decreto n. 923/1965[28].

Tale disciplina riordinò e modernizzò la materia. Il legislatore introdusse altre procedure per contratti specifici, accanto all'asta pubblica, precedentemente individuata quale unica formula di selezione del contraente nell'ambito di una gara d'appalto, e ridusse le occasioni di ricorso alla trattativa privata. Inoltre, sottopose gli appalti al regime speciale di diritto amministrativo, sottolineando le sue peculiarità rispetto alla contrattazione privata. A tal proposito, risultò evidente la decisione del legislatore spagnolo di optare per il modello francese del *contrat administratif*, scegliendo la strada della disciplina speciale[29].

La storia successiva della contrattazione spagnola, come del resto quella di tante altre discipline nazionali, è stata scandita dal diritto comunitario.

Il blocco di direttive di prima e seconda generazione trovò traduzione nell'ordinamento spagnolo attraverso la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas del 18 maggio 1995 n. 13/1995, poi modificata dalla Ley 53/1999. Successivamente il testo venne consolidato dal Real Decreto Legislativo 2/2000, quest'ultimo sviluppato dal Reglamento General approvato con Real Decreto 1098/2001

---

[27] Si tratta di un percorso evolutivo che in Spagna ha visto la sua prima tappa fondamentale il Real Decreto del 27 febbraio 1852, che intervenne imponendo nella contrattazione pubblica il meccanismo di aggiudicazione conforme ai principi di pubblicità e trasparenza.

[28] Sul relativo presupposto storico, R. Parada Vazquez, *Los origenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1962.

[29] S. Muñoz Machado, *Contratos del sector público, Tomo XIII, Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 22-23.

e poi modificato con Ley 13/2003. La disciplina assunse una complessità sempre maggiore, anche su impulso della Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che in alcuni casi condannò la Spagna per difetti di recepimento[30].

L'evoluzione della materia giunse, poi, al recepimento delle direttive di terza generazione mediante la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico (LCSP), poi consolidata dal Real Decreto Legislativo 3/2011, con il quale venne approvato il Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico (TRLCSP), al fine di riordinare il testo della Ley, già oggetto di numerose modifiche legislative[31].

Su tale impianto normativo ha, poi, operato nuovamente il legislatore comunitario mediante le direttive di quarta generazione, che ha richiesto un ulteriore sforzo di riforma, al momento non ancora compiuto.

Al proposito è intervenuta la Ley 40/2015[32] sul regime giuridico del settore pubblico (Ley de Régimen Jurídico del Sector Público - LRJSP), che ha disposto alcune modifiche al Real Decreto 3/2011 (TRLCSP), che sostanzialmente si suddividono in 2 ambiti:

a) i contratti di concessione di lavori pubblici e della gestione dei servizi pubblici, rispetto ai quali si modifica una questione specifica della procedura di aggiudicazione (articolo 150.2 del TRLCSP) e si introducono importanti riforme nel relativo regime economico, mediante la modifica degli articoli 254, 256, 271 e 288 del TRLCSP, e l'introduzione di due nuovi articoli (271-bis e 271-ter);

---

[30] In particolare CGE, 18/03/1992, causa C-24/91, *Commissione c. Spagna*; CGE, 17/11/1993, causa C-71/92, *Commissione c. Spagna*; CGE, 03/05/1994, causa C-328/92, *Commissione c. Spagna*; CGE, sez. VI, 15/05/2003, causa C-419/01, *Commissione c. Spagna*; CGE, sez. VI, 16/10/2003, causa C-283/00, *Commissione c. Spagna*; CGE, sez. II, 13/01/2005, causa C-84/03, *Commissione c. Spagna*, in *curia.europa.eu*.

[31] Sulla disciplina della Ley de Contratos del Sector Publico, tra i tanti, J.M. Gimeno Feliu, M.Á. Bernal Blay (a cura di), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014; L. Medina Alcoz, S. Díez Sastre (a cura di), *Los Contratos Públicos*, *Tomo XIV*, in M. Yzquierdo Tolsada (a cura di), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014; D. Blanquer, *La nueva Ley de Contratos del Sector Publico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

[32] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

b) la regolamentazione dei divieti di contrattazione, con riferimento ai quali vengono modificati gli articoli 60 e 61 del TRLCSP e vengono aggiunti l'articolo 61-bis e la nuova *decima disposizione transitoria*.

La principale novità introdotta dal LRJSP si rinviene nella disciplina degli effetti della risoluzione dei due contratti (di concessione di opere pubbliche e gestione dei servizi pubblici), introducendo le modifiche di cui agli articoli 271 e 288 ed i nuovi articoli 271-bis e 271-ter, in parziale attuazione della direttiva 2014/23/UE.

Inoltre, in attesa della riforma ora in corso, è intervenuto l'Orden HAP/2846/2015, del 29 dicembre 2015, con il quale sono state pubblicate le nuove soglie delle singole tipologie di appalti con effetto sulla contrattazione pubblica a partire dal 1 gennaio 2016[33].

Tuttavia, per il recepimento delle direttive 2014 in Spagna, il Governo ha elaborato un progetto preliminare di una nuova Ley de Contratos del Sector Público[34], approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 aprile 2015[35], ma il testo non aveva ancora iniziato il suo percorso parlamentare entro i termini fissati dalle Direttive.

Ebbene, essendo scaduto il termine per il recepimento della disposizione di cui disponevano gli Stati membri dell'Unione, era stato, comunque, osservato che molte disposizioni delle nuove direttive dovessero essere considerate come già operative nell'ordinamento nazionale spagnolo, in ragione dell'applicazione della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia o di norme che erano già in vigore per essere state contenute nella precedente generazione di direttive europee in materia di appalti pubblici e nella sua trasposizione in Spagna. E, a parte questo, le disposizioni di carattere vinco-

---

[33] In attuazione dei Regolamenti (UE) 2015/2340, 2015/2341 e 2015/2342 del 15 dicembre 2015, che modificano, rispettivamente, le direttive 2009/81/CE, 2004/17/CE e 2004/18/CE, per quanto riguarda le soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti. Sulle soglie di applicazione, seppur in stesura precedente a tale Orden e conseguentemente aggiornato, F.J.García Pérez, *Vigencia de la modificación de los umbrales de regulación armonizada de contratación pública*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 15.02.2016.

[34] Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público, 17/04/2015.

[35] Consejo Económico y Social, Sesión Ordinaria del Pleno 25 de junio de 2015, *Sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público*, in *Dictámenes del Consejo Económico y Social*, n. 8, 2015, pp. 1-22.

lante delle nuove direttive del 2014 sono immediatamente applicabili in base al principio dell'effetto diretto del diritto europeo[36], che consente ai soggetti privati di invocare direttamente il diritto europeo dinanzi alle Autorità giudiziarie, a prescindere dalla loro trasposizione nel diritto nazionale[37].

A prescindere da tali osservazioni, nel frattempo, con parere (*dictamen*) del 10 marzo 2016, il Consejo de Estado aveva approvato il parere obbligatorio, secondo le modalità previste dall'art. 21.2 Ley Organica n. 3/1980, che prevede tale funzione consultiva in caso di "progetti di leggi da adottare in esecuzione, conformità o sviluppo (…) del diritto comunitario"[38].

Con tale parere si concluse la procedura preliminare di elaborazione della norma, in attesa della sua approvazione come progetto di legge da parte del Consiglio dei Ministri e del successivo invio al Parlamento per la sua elaborazione.

Il Consejo de Estado, in uno studio dettagliato, evidenzia problematiche formali e sostanziali relative alla struttura del progetto e conclude sostenendo che "il progetto preliminare presenta una struttura artificiosa e complessa, la cui gestione e comprensione è difficile per un esperto in materia di contrattazione pubblica e straordinariamente difficile per chi non lo è, anche a scapito talvolta della certezza del diritto".

Il Consejo de Estado illustra alcune criticità della proposta di riforma, aventi specifica rilevanza. In particolare, viene segnalato che la disciplina degli accordi inter-amministrativi risulta eccessivamente rigida e preclude il suo utilizzo come strumento ordinario di collaborazione tra le amministrazioni pubbliche.

La configurazione dei contratti di servizi e di concessione di servizi e la soppressione del contratto di gestione dei servizi pubblici (inglobato nell'ultimo contratto citato) non assicurerebbe un siste-

---

[36] CGE, 05/02/1963, causa C 26/62, *Van Gend & Loos c. Nederlandse Administratis der Belastingen*, in *curia.europa.eu*.

[37] J.A. Moreno Molina, *Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 18/04/2016.

[38] Sul punto J.M. Gimeno Feliu, *Culminada la tramitación del nuevo texto de contratos del sector público con la aprobación del dictamen del Consejo de Estado*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 27/04/2016.

ma idoneo a garantire i principi di uguaglianza, universalità e continuità dei servizi di interesse pubblico o generale.

Inoltre, il mantenimento della regola secondo cui i contratti si perfezionano con la loro formalizzazione e non per il mero consenso delle parti, non risulterebbe adeguatamente giustificato e conserverebbe criticità che il progetto non risolve in modo soddisfacente.

Viene, poi, rilevato che il sistema di ripartizione della competenza ai sensi dell'art. 27 del progetto non risolve le difficoltà nella prassi osservate dalla Ley de Contratos del 2007, essendo preferibile il ritorno al modello tradizionale, che affida alla giurisdizione contenzioso-amministrativa le questioni concernenti gli atti disciplinati dal diritto amministrativo ed alla giurisdizione civile le azioni dei soggetti di diritto privato, osservando, inoltre, le criticità del nuovo regime del ricorso speciale in materia di aggiudicazione e contenzioso.

Nel merito della procedura di gara, occorrerebbe, inoltre, perfezionare alcuni aspetti della disciplina delle consultazioni preliminari all'aggiudicazione, al fine di evitare situazioni che possano falsare la concorrenza nella fase di selezione del contraente. Ha ritenuto, inoltre, necessario completare la disciplina riguardante il c.d. dialogo competitivo.

Parrebbe, inoltre, al Consejo che l'estensione delle prerogative riconosciute a favore dell'amministrazione in materia di contratti amministrativi, ai contratti privati, anche se sono soggetti a regolamentazione armonizzata, risulti priva di fondamento giuridico. E, inoltre, viene sollecitata l'introduzione nel progetto di una disposizione che imposti il termine massimo, per la conclusione dei procedimenti di risoluzione anticipata dei contratti, in un anno, nonché un sistema giuridico specifico per l'indennizzo dei danni causati a terzi da parte dei contraenti. Dovrebbero, altresì, essere introdotti nel progetto meccanismi specifici che consentano la correzione dei progetti di lavori elaborati e l'effettività delle attività di vigilanza, nonché articolare un sistema di responsabilità e sanzioni appropriato.

A seguito di tale parere, che sostanzialmente pone l'attenzione sul rispetto dei principi comunitari di concorrenza e trasparenza, nonché sull'osservanza del divieto di *gold plating*, il governo spa-

gnolo è stato chiamato a correggere il testo per la sua approvazione, dopo aver esaminato i solleciti pervenuti.

In conclusione, la riforma proposta dal legislatore spagnolo, seppur in ritardo rispetto ai termini concessi dalle direttive europee, pare tendere alla semplificazione, ma soprattutto all'uniformità della disciplina sul territorio nazionale[39]. In data 25 novembre 2016 il Consejo de Ministros ha presentato e trasmesso al Parlamento i due progetti di legge di trasposizione delle 3 direttive 2014[40], rimarcando gli obiettivi di maggiore trasparenza, migliore efficienza con il rafforzamento del concetto di qualità/prezzo e la lotta alla corruzione, con lo scopo finale di migliore la concorrenza nella contrattazione pubblica. In data 27 luglio 2017 la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados ha approvato il Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, sostanzialmente conservando il testo originario.

In data 27 settembre 2017 il Senado ha approvato il progetto di legge, con soli tre emendamenti rispetto al testo trasmesso dalla Camera. E recentemente, in seguito all'approvazione definitiva della Camera, in data 9 novembre 2017 è stata, infine, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dello Stato (BOE) la nuova Ley 9/2017[41].

La legge si compone di 347 articoli, distribuiti in un titolo preliminare con due capitoli e quattro libri rispettivamente composti da quattro, due, due e tre titoli. Comprende anche 53 disposizioni supplementari, quattro disposizioni transitorie, una disposizione derogatoria, sette disposizioni finali e quattro allegati. Come detto, la nuova Ley risulta strutturata in un titolo preliminare – dedicato alla raccolta di disposizioni generali – e quattro libri riguardanti: la

[39] A commento dell'anteproyecto, J.M. Gimeno Feliu, *Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 18/04/2015; J.A. Moreno Molina, *El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 20/04/2015; S. Muñoz Machado, *Contratos del sector público*, cit.; F.L. Hernández González (a cura di), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

[40] Referencia del Consejo de Ministros, 25/11/2016, in *http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/paginas/2016/refc20161125.aspx/#Contratacion*.

[41] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

configurazione generale degli appalti del settore pubblico e gli elementi strutturali dei contratti (libro I); la preparazione di contratti amministrativi, la scelta del contraente e l'aggiudicazione di questi contratti, così come l'effetto, la conformità e la cessazione di tali contratti (libro II); i contratti di altri enti del settore pubblico (libro III), e, infine, l'organizzazione amministrativa per la gestione delle aggiudicazioni (libro IV)[42].

Si tratta di un testo complesso e particolarmente sviluppato, al quale va affiancato anche il progetto di legge sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali, parallelamente approvato dal Consiglio dei Ministri spagnolo, in attuazione della direttiva 2014/25/UE[43], composto di 126 articoli[44].

La nuova disciplina sostanzialmente ricalca la disciplina del TRLCSP del 2011, non producendo particolari stravolgimenti nella disciplina già vigente, a parte che nella variazione della tipologia dei contratti[45]. Difatti, da un lato, nella Ley del 2011 figurano il contratto d'opera, di concessione di opere pubbliche, di gestione dei servizi pubblici, di fornitura, di servizi, nonché il contratto di collaborazione tra il settore pubblico e quello privato. Dall'altro, invece, nella nuova disciplina di recepimento delle direttive 2014, i contratti tipici vengo-

[42] Tra i più recenti interventi sulla nuova Ley: F.J. Vázquez Matilla, *La LCSP 2017: nueva visión de la contratación pública*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 10-13; F.J. Vázquez Matilla, *Claves de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 15-20; J.M. Gimeno Feliú, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 34-39; J.E. Candela Talavero, *Contratación pública. Novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *La administración práctica*, n. 1, 2018, pp. 45-54.

[43] Anteproyecto de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, 17 aprile 2015.

[44] Consejo Económico y Social, Sesión Ordinaria del Pleno 25 de junio de 2015, *Sobre el Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*, in *Dictámenes del Consejo Económico y Social*, n. 9, 2015, pp. 1-13.

[45] Per un utile confronto tra le discipline, si veda: *Ley de Contratos del Sector Público. Tabla de equivalencias entre el TRLCSP 2011 y la LCSP 2017*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 176-204.

no ristretti a appalto di lavori, contratto di concessione di lavori, appalto di servizi, contratto di concessione di servizi, appalto di fornitura e contratto misto. Il contratto di concessione di servizi risponde al medesimo regime giuridico che si applicava al contratto di gestione dei servizi pubblici[46]. Invece, scompare come contratto tipico il contratto di *colaboración público-privada*, principalmente in ragione del suo scarso utilizzo e quale conseguenza della considerazione secondo cui i principi che ispirano tale contratto, possono trovare applicazione utilizzando altri contratti tipici, ed in particolare il contratto di concessione. Peraltro, infatti, come vedremo brevemente, la disciplina della CPP rinviava al regime specifico previsto dal singolo contratto e non ad un regime speciale.

Tra le principali novità introdotte nella Ley 9/2017 vi è senz'altro l'unificazione del regime giuridico della gara, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'autorità aggiudicatrice. Sono, poi, individuabili novità in termini di semplificazione, che comportano una riduzione burocratica ed una maggiore agilità nella gestione/aggiudicazione del contratto.

Rispetto al TRLCSP viene mantenuta la formulazione degli artt. 1 e 2, in tema di finalità e ambito di applicazione, oltre al riferimento al principio di integrità ed alla menzione del Vocabolario comune dei contratti pubblici, approvato con regolamento CE n. 2195/2002.

In generale, nel testo viene favorita una maggiore trasparenza ed una migliore tipizzazione contrattuale.

L'art. 3 è riformulato per chiarire il concetto del potere aggiudicatore ed al comma 4 vengono inclusi nell'ambito soggettivo di applicazione anche i partiti politici, i sindacati e le organizzazioni imprenditoriali, qualora vi sia un finanziamento pubblico prevalente.

Quanto al rapporto tra contratti ed accordi, l'art. 6 pone maggiore attenzione al contenuto ed alla causa del rapporto piuttosto che alla natura dello stesso, peraltro recependo le istruzioni comunitarie in materia di affidamento in house. L'*in house* diviene ora "encargos a medios propios", e viene stabilito che, oltre a disporre

[46] J.L. Martínez-Alonso Camps, *Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

dei mezzi adeguati, il soggetto incaricato deve avere il 100% di capitale pubblico. L'impresa deve avere il carattere di "medio propio", ossia avere risorse sufficienti per assolvere il compito affidato e deve aver ricevuto l'autorizzazione dell'amministrazione aggiudicatrice controllante; inoltre, in nessun modo deve essere partecipata da una società privata e non può realizzare liberamente sul mercato più del 20% della sua attività.

Viene aggiornata la definizione di appalto di servizi conformemente al diritto dell'Unione europea e viene incluso il contratto di concessione di servizi, caratterizzato dalla necessaria previsione di un rischio effettivo in capo al concessionario. In generale, viene sottolineato il ruolo del rischio operativo quale elemento essenziale del contratto di concessione, per il quale viene previsto che la durata sia legata al tempo necessario per la copertura degli investimenti eseguiti.

Viene introdotta una specifica norma relativa alla lotta alla corruzione e prevenzione dei conflitti di interesse[47], mediante la quale si impone agli organi aggiudicatori di adottare le misure adeguate a contrastare le frodi, i favoritismi e la corruzione, nonché idonee a prevenire e risolvere in modo effettivo i conflitti di interessi che possano sorgere nei procedimenti di aggiudicazione (art. 64), oltre ad una nuova disciplina dei casi di esclusione e dei divieti a contrattare.

Viene previsto il favore verso le comunicazioni integralmente informatiche, nonché la previsione dell'autocertificazione e della pubblicità della procedura (anche attraverso la Plataforma de Contratación del Sector Público) come regole generali. Viene semplificato il procedimento aperto ed implementata la disciplina della procedura negoziata, oltre all'adeguamento della procedura di dialogo competitivo richiesta dalle direttive. Inoltre, in tema di innovazione e sviluppo, con l'obiettivo di favorire le imprese più innovative, viene introdotta la nuova procedura di partenariato per l'innovazione[48].

---

[47] Al proposito, M.B. López Donaire, *Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 48-54.

[48] Sul punto, P. Valcárcel Fernández, *La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación*, in *Con-*

Quanto agli accordi quadro, la possibilità di aggiudicare appalti basati su un accordo quadro sarà subordinata all'invio dell'avviso di formalizzazione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, entro trenta giorni dalla sua formalizzazione, nel caso in cui si tratti di contratti a regolamentazione armonizzata e sia stata effettuata la sua pubblicazione nel profilo dell'amministrazione aggiudicatrice, nonché nella Gazzetta Ufficiale dello Stato (BOE), nel caso di accordi quadro conclusi con l'Amministrazione generale dello Stato ed entità collegate che godono della natura di amministrazione pubblica. I contratti potranno, così, essere conclusi solo tra le parti originarie dell'accordo quadro.

Anche il legislatore spagnolo accetta il sollecito comunitario riguardo alle misure a favore delle PMI[49]. In particolare, viene introdotta la regola della ripartizione in lotti degli appalti, con la precisazione che, qualora non si optasse per la lottizzazione, risulterebbe necessaria una specifica motivazione di tale scelta.

Viene previsto lo sviluppo del sistema informatico, in modo che sia consentito alle imprese interessate di accedere ad ogni documento inerente la gara bandita e che sia possibile effettuare ogni notificazione mediante mezzi elettronici, che diventano lo strumento regolare di dialogo tra le parti.

Viene aggiornata anche la disciplina dei criteri di aggiudicazione ai sensi dell'art. 145, secondo cui tali criteri devono in ogni caso essere vincolati al contratto, devono essere formulati in maniera oggettiva, nel pieno rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, senza conferire all'amministrazione aggiudica-

---

tratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, n. 153, 2018, pp. 56-68.

[49] Al proposito, sull'attenzione alle PMI: J.M. Martínez Fernández, *Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 94-103; A. Fernández Ecker, *La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 82-85. Sulla ripartizione in lotti: M.J. Santiago Fernández, *División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 86-92.

trice una incondizionata libertà di scelta; inoltre, devono garantire che la valutazione delle offerte venga effettuata in condizioni di concorrenza effettiva. Sempre con riguardo ai criteri, viene evidenziato il ruolo dell'aspetto qualitativo dell'offerta, nonché della ponderazione dei criteri in fase di individuazione preliminare e di valutazione. Tra i criteri di aggiudicazione si devono tenere, inoltre, in considerazione la definizione ed il calcolo dei costi del ciclo di vita dell'incarico e delle offerte anormalmente basse, prefissando anche i criteri di spareggio.

Per quanto riguarda l'esecuzione dei contratti, si rinviene il nuovo regime di modifica del contratto[50], più restrittivo di quello previsto nelle nuove direttive comunitarie, la disciplina del subappalto e le misure di razionalizzazione tecnica della contrattazione, strutturate su due elementi, gli accordi quadro ed i sistemi dinamici di acquisizione, ponendo, altresì, in evidenza il nuovo regime della centralizzazione della committenza.

Viene, inoltre, regolamentata la disciplina della cessione dei contratti e degli accordi di modifica degli stessi, al fine di evitare frodi e sostanziali modifiche contrattuali. Viene introdotta, altresì, una disciplina sul riequilibrio economico delle concessioni di lavori e di servizi, ove consente e richiede la modifica del contratto[51].

Viene prevista una limitata autonomia nella definizione dei contratti da parte delle Comunidades Autonomas e delle Entidades Locales, come anche un regime speciale per i servizi diretti ai cittadini nel settore dell'istruzione, sociale e sanitario, caratterizzati da un più incisivo ruolo di vigilanza da parte delle P.A.

Dopo il libro II, dedicato alle singole tipologie contrattuali, viene previsto un apposito libro III per i contratti aggiudicati da altri enti del settore pubblico ed, in particolare, da altri enti aggiudicatori che non rivestono il ruolo di amministrazione pubblica, rispetto ai quali viene,

---

[50] Sul punto X. Codina García-Andrade, *La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 124-131; X. Codina García-Andrade, *La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 2015*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 141, 2016, pp. 32-40.

[51] Sul punto, M.A. Parra Lucán, *Riesgo imprevisible y modificación de los contratos*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2015.

però, soppresso il precedente obbligo di prevedere le "Instrucciones de Contratación", precedentemente richieste ad ogni ente quale pubblicità della regolamentazione dei rispettivi procedimenti di aggiudicazione, modifica giustificata dall'esigenza di uniformare la disciplina dell'aggiudicazione ad ogni livello di enti del settore pubblico.

Infine, nel libro IV viene introdotta una nuova disciplina sulla "Mesa de contratación"[52] (quale organo collegiale tecnico, di supporto alla singola amministrazione pubblica o ente del settore pubblico e che mira a garantire il corretto svolgimento della procedura di gara, al fine di ottenere l'offerta economicamente più vantaggiosa per la pubblica amministrazione o l'ente del settore pubblico, esaminando le offerte presentate in una gara d'appalto e proponendo all'amministrazione aggiudicatrice il candidato per l'aggiudicazione del contratto), nonché la regolamentazione degli organi di contrattazione delle Entidades Locales, della Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (che diventa Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado) e dell'obbligo di comunicare le informazioni a fini statistici e fiscali al Tribunal de Cuentas o al corpo della Comunidad autonoma, così come alla Commissione europea.

La riforma è certamente estesa e complessa e occorrerà attendere l'entrata in vigore (prevista dall'8 marzo 2018) per verificarne la portata concreta.

3.1. *Il contratto di* colaboración público-privada

Nell'ordinamento spagnolo, l'istituto del PPP europeo è stato introdotto con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP), su modello del *partenariat* francese[53], ed è attualmente tipizzato in termini identici nel Real Decreto Legislativo 3/2011, con il quale è stato approvato il Texto Refundido de la Ley de Con-

[52] Sul punto, M.C. Campos Acuña, *Incidencia de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público en el ámbito local: novedades en la mesa de contratación*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 160-165.

[53] Sostanzialmente riproponendo le definizioni contenute nell'*Ordonnance* n. 2004-559 sui contratti di partenariato.

tratos del Sector Público (TRLCSP). Precedentemente il fenomeno collaborativo era stato interessato solo dalla Ley de concesiones, Ley 13/2003, regolatrice del contratto di concessione di lavori pubblici, che venne, poi, incorporato nella Ley de Contratos del Sector Público.

Come detto, solo con la Ley 30/2007 venne introdotto il *contrato de colaboración público-privada*, che è risultato oggetto tanto di un acceso interesse da parte della Dottrina[54] quanto di uno scarso

[54] Tra i tanti contributi, spesso in senso critico, F. Dominguez Sampedro, *La eficiencia económica en las colaboraciones publico-privadas*, in *Revista Española de Control Externo*, n. 28, 2008; M.T. Brunete de la Llave, *Los contratos de colaboración publico privada en la Ley de Contratos del Sector Publico. Especial aplicación a las entidades locales*, Madrid, La Ley, 2010; C. Chinchilla Marin, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 132, 2006; A. de Alvaro Montero, B. Acha Besga, *La colaboración público-privada: el convenio de colaboración entre el sector público y el privado en la Ley de Contratos del sector público*, in *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*, Madrid, Aranzadi, 2009; J. de la Morena López, *Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, 2014, pp. 83-84; A. Dorrego de Carlos, F. Martínez Vázquez, J. Villarino Marzo (a cura di), *La colaboración público-privada*, cit.; F.J. Fernández Romero, *La colaboración público privada: su aplicación práctica*, Sevilla, Hispalex, 2013; P. Garcia Capdepon, *Los contratos de colaboración publico privada*, in *Revista española de la función consultiva*, n. 3, 2005; F. Garcia Rubio, *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Actualidad administrativa*, n. 10, 2009; L.S. Giraldes Gutierrez, *Alternativas, no complejas, a la colaboración público-privada para prestar servicios sin consolidar deuda. Consideraciones sobre los contratos atípicos en el momento actual*, in *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 158, 2014, pp. 147-178; J.V. González García, *Contrato de colaboración público-privada*, in *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006; J.V. González García, *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte: entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2010; F. Gutiérrez de Vera, *El desarrollo internacional de los contratos de colaboración público privada*, in *Revista de Obras Públicas*, n. 3555, 2014, pp. 15-20; M. Hernando Rydings, *La colaboración público privada: fórmulas contractuales*, cit.; B. Juliá, *La colaboración público privada vs. privatización*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 132, 2014, pp. 8-9; A. Menéndez Menéndez, *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2010; L. Míguez Macho, *Las formas de colaboración público-privada en el derecho español*, in *Revista de Administración Pública*, n. 175, 2008, pp. 157-215; A. Palomar Olmeda, Á. de Álvaro Montero, *La colaboración público privada: análisis avanzado de los pro-*

utilizzo nella prassi[55]. In particolare, il contratto di collaborazione pubblico-privata è stato definito all'art. 11 TRLCSP come un contratto complesso caratterizzato da elementi peculiari e tassativi[56].

---

blemas prácticos de esta modalidad contractual, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson, 2011; C. Ramió, *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Diputació de Barcelona, 2009; J. Ridao i Martín, *La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España*, in *Revista española de ciencia política*, n. 34, 2014, pp. 89-117; J. Ridao i Martín, *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras: revisión crítica y recomendaciones de mejora del marco regulador (contratación, financiación, fiscalidad, contabilidad pública y control externo)*, Barcelona, Atelier, 2012; F.J. Villar Rojas, *La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales*, in *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.

[55] Così, MHAP, Borrador de anteproyecto de ley de contratos del sector público, 17.04.2015, p. 36.

[56] "Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período 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:

a) 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.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) 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.

d) 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 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

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

Secondo tale norma sono contratti di collaborazione tra il settore pubblico ed il settore privato quelli in cui una pubblica amministrazione o un ente pubblico imprenditoriale o analogo organo delle Comunità Autonome affida ad un soggetto di diritto privato, per un periodo determinato, l'attuazione di un'azione globale ed integrata che – oltre al finanziamento di investimenti immateriali, opere o forniture necessari per il raggiungimento di determinati obiettivi di servizio pubblico o connesse con attività di interesse generale – comprenda una delle prestazioni indicate al comma 1 dello stesso articolo, tra cui la costruzione, l'installazione o la trasformazione di opere, la gestione integrale della manutenzione di strutture complesse, nonché ulteriori prestazioni di servizi relative allo sviluppo da parte della P.A. del servizio pubblico o di attività di interesse generale affidatele.

Inoltre, a tale tipologia contrattuale vennero dedicati anche gli artt. 134-136 nella Seccion 4ª[57], Capítulo II, Titulo I, Libro II, e artt. 313-315 nel Capítulo VI[58], Titulo II, Libro IV del TRLCSP.

A differenza della disciplina italiana allora vigente (d.lgs. 163/2006), in Spagna si è riscontrata, quindi, una traduzione apparentemente definita del concetto di collaborazione pubblico-privata di cui al PPP europeo, anche se pure in questa dimensione si è assistito all'estensione della nozione ad altri istituti contrattuali, nonché a forme di enti di economia mista. Tuttavia, in entrambi le discipline nazionali, l'obiettivo della collaborazione pubblico-privata restava quello della garanzia di servizi pubblici, rispetto ai quali le sole forze pubbliche appaiono insufficienti.

Ora si incontra, invero, un'inversione di tendenza. Se da un lato il legislatore italiano ha ritenuto di rimediare alla carenza totale di disciplina dell'istituto partenariale mediante il nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, agli articoli da 179 a 191, oltre alla disciplina del contratto di concessione, dall'altro il legislatore spagnolo, nella nuova Ley 9/2017 sopra analizzata, ha inteso sopprimere la figura del *contrato de colaboración público-privada*.

---

[57] Intitolata "Actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado".

[58] Intitolato "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado".

Di fatto, parrebbe permanere nell'ordinamento spagnolo il solo contratto di concessione, quale contratto tipico.

Tuttavia, siano permesse alcune osservazioni conclusive sulla previgente disciplina del contratto di *colaboración público-privada*.

Se, da un lato, la Dottrina spagnola ha ritenuto che il fenomeno della collaborazione pubblico-privata non potesse essere costretto in una definizione unitaria, in ragione della molteplicità di strumenti che si possono ricollegare a tale denominazione generica, ma fosse da considerare una categoria aperta, dall'altro lato il legislatore spagnolo nella Ley ancora vigente aveva tentato di delineare la tipologia, quantomeno nei suoi contenuti essenziali.

Ai sensi dell'art. 134 TRLCSP il contratto di *colaboración público-privada* è un contratto complesso, sotto il profilo tecnico, giuridico e finanziario, nonché sussidiario, nel senso che può intervenire solo a seguito di opportuna previa valutazione circa l'apporto di vantaggi significativi rispetto alle altre opzioni contrattuali, in termini di rapporto qualità/prezzo[59]; inoltre, viene richiesta la sussistenza di un trasferimento di rischi al privato. Quanto all'oggetto[60], non viene previsto un contenuto specifico e peculiare, ma viene consentita l'individuazione di una molteplicità di contenuti. Tale considerazione ha consentito alla Dottrina di ritenere che in realtà non si tratti di un nuovo contratto propriamente inteso, ma di una nuova tecnica contrattuale[61].

Secondo la previgente disciplina spagnola, proprio in ragione delle caratteristiche e della complessità del contratto stesso, la procedura di aggiudicazione da adottare in tale ipotesi è il dialogo competitivo, che consente naturalmente una maggiore gestione del contenuto del contratto, qualora quest'ultimo debba essere definito con l'apporto competenziale del privato.

Tale ultima considerazione è fondamentale, in quanto si comprende che è la procedura scelta ed il contenuto del contratto a delineare il rapporto di collaborazione pubblico-privata e non la previsione di un contratto specifico. Prevalentemente per tale ragio-

---

[59] Meccanismo riprodotto dal britannico *value for money test*.

[60] Il cui contenuto minimo è individuato all'art. 136 TRLCSP.

[61] A. Jimenez Diaz, *Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II)*, cit., p. 289.

ne, come detto, il legislatore, nella riforma ora tradottasi nella Ley 9/2017, ha ritenuto di eliminare la specifica fattispecie contrattuale, ritenendo sufficienti i contratti tipici residui[62].

4. *La contrattazione pubblica francese: nuovi sviluppi*

Proseguendo nell'analisi di un'altra fondamentale tradizione di diritto amministrativo, la disciplina della contrattazione pubblica francese[63] rappresenta il modello per gran parte degli Stati UE di civil law, che hanno da esso derivato le proprie normative nazionali, quali la Spagna e l'Italia.

In prossimità della citata scadenza per il recepimento delle direttive comunitarie del 2014, il Code de Marchés Publics (Décret n. 2006-975) era stato abrogato dalla Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015[64], con effetto a partire dal 1 aprile 2016. Tale settore era stato, peraltro, recentemente aggiornato dal Décret n. 2014-1097 del 26 settembre 2014, relativo a misure di semplificazione applicabili ai contratti pubblici[65].

La riforma della contrattazione pubblica, avviata dall'Ordonnance del 2015, è stata, poi, attuata mediante i decreti attuativi del 25 marzo 2016, ossia il Décret n. 2016-360[66], relativo ai marchés publics, ossia ai contratti pubblici in genere, ed il Décret n. 2016-

---

[62] Di tale parere S. Muñoz Machado, *Contratos del sector público*, cit., p. 100.

[63] Sulla disciplina generale della contrattazione pubblica si rinvia alle osservazioni svolte, tra gli altri, in M. Amilhat, *La notion de contrat administratif: l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014; P.L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2014; Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2015.

[64] Ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Tale *Ordonnance* (atto legislativo delegato e di produzione governativa) è stata a sua volta prevista dall'art. 42 Loi n. 2014-1545 del 20 dicembre 2014 relativa alla semplificazione amministrativa, *Loi n. 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives*.

[65] Décret n. 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplifications applicables aux marchés publics.

[66] Décret n. 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

361[67], relativo ai marchés publics de défense ou de sécurité, ossia ai contratti pubblici nel settore della difesa e della sicurezza[68]. In concomitanza agli atti normativi sopra citati, riguardo ad un parallelo livello di riforma, la Direction des Affaires Juridiques ha recentemente pubblicato una guida alla stipulazione dei contratti pubblici dematerializzati[69], finalizzata all'attuazione di una piattaforma di dematerializzazione, nonché all'acquisizione di certificati, antivirus e prestazioni di assistenza, connesse a tale procedura di rinnovamento della contrattazione pubblica.

Brevemente, in premessa, si noti che le tipologie contrattuali aventi contraente pubblico sono distinguibili, secondo la distinzione tradizionale francese, in *marchés publics* (contratti pubblici), *delegations de service public* (esternalizzazione), *concessions de travaux* (concessioni di lavori di diritto UE) e *contrats de partenariat* (PPP); tutte tradizionalmente caratterizzate dal rispetto della concorrenza nel corso della loro formazione, con la prevista eccezione dell'affidamento *in house*.

La riforma introdotta dall' Ordonnance n. 2015-899 ha previsto un nuovo quadro giuridico moderno che coinvolge l'intero ordinamento pubblico, unificando la normativa applicabile agli appalti pubblici, promuovendo l'accesso delle piccole e medie imprese (PMI), nonché promuovendo l'uso strategico degli appalti pubblici quale leva politica in materia di occupazione, innovazione e sviluppo sostenibile, in attuazione della Strategia Europa2020.

Per aumentare la certezza del diritto per gli investimenti pubblici, stimati in un valore totale di 90 miliardi di euro all'anno, l'Ordonnance chiarisce il quadro giuridico dei contratti complessi, tra cui i c.d. partenariati pubblico-privato, unificando i vari accordi contrattuali esistenti in favore di un singolo modulo, generico e trasversale.

---

[67] Décret n. 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

[68] Si consideri che in Francia il décret è un atto esecutivo a portata generale o individuale adottato dal Presidente della Repubblica o dal Primo ministro che esercita il potere regolamentare (art. 21 Constitution Française).

[69] DAJ, *Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés*, dicembre 2015. *http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/aide-passation-mp-demat/aide-passation-mp-demat.pdf.*

In particolare, l'Ordonnance interviene ribadendo i principi fondamentali della contrattazione pubblica, ossia la libertà di accesso agli appalti pubblici, la parità di trattamento dei candidati e la trasparenza delle procedure (art. 1). Questi principi, come già osservato tanto nell'analisi della disciplina comunitaria quanto di quella italiana, sono posti quale garanzia di efficienza degli appalti pubblici e di correttezza ed efficienza nella gestione dei fondi pubblici[70].

Inoltre, il nuovo corpo normativo definisce gli appalti pubblici, determina l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina e specifica i contratti che sono esclusi dal campo di applicazione.

Riconosce che le norme per gli appalti pubblici, con la procedura di assegnazione ad evidenza pubblica, costituiscono la regola di principio, anche al fine di facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici. Al fine, poi, di rendere più efficiente il sistema, disciplina il ruolo delle centrali di acquisto e di committenza.

Altra previsione, condivisa dalle altre discipline nazionali, è quella secondo cui le condizioni per l'affidamento e l'esecuzione di un appalto pubblico possono tener in conto profili ulteriori a quelli di economicità, ossia aspetti connessi all'innovazione, all'ambiente, ai servizi sociali e ad esigenze del mercato del lavoro, a condizione che siano profili coerenti con l'oggetto dell'appalto pubblico. Le procedure di aggiudicazione sono le medesime individuate in sede comunitaria (aperta, ristretta, negoziata e dialogo competitivo).

Viene semplificata ed armonizzata la regolamentazione relativa alla fase esecutiva degli appalti pubblici, che, come si è avuto modo di evidenziare, per la prima volta ricopre un ruolo fondamentale nella nuova disciplina dei contratti pubblici.

Come anticipato, il legislatore delegato francese stabilisce disposizioni specifiche per i contratti di partenariato e definisce lo sco-

---

[70] Così, art. 1 Ord. 2015-899:

"I. Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, 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.

II. Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les principes énoncés au I ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne".

po e la portata dei contratti di partenariato, caratterizzati nelle varie forme da una tendenziale flessibilità. Il legislatore, inoltre, introduce una specificazione delle procedure di aggiudicazione di contratti di partenariato. La nuova disciplina si occupa, inoltre, di prevedere le modalità di controllo e vigilanza sull'opportunità di finanze di progetto e di contratti di partenariato e sulle modalità di remunerazione del partner, al fine di limitare i rischi fiscali ed economici per l'ente pubblico.

Come anticipato, la riforma è stata, poi, continuata dai già citati decreti attuativi del 25 marzo 2016[71].

Il Décret n. 2016-360 sugli appalti pubblici è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica francese il 27 marzo 2016, in attuazione dell'Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015, e recepisce la componente normativa delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, completando l'unificazione, all'interno di uno stesso corpo normativo, delle norme in materia di appalti pubblici, nel rispetto delle specificità delle singole categorie di contratti.

Offrendo un quadro più moderno per gli attori del settore pubblico, il Decreto recepisce la maggior parte degli strumenti offerti dalle nuove direttive europee per promuovere l'accesso delle PMI agli appalti pubblici e promuovere l'uso strategico degli appalti pubblici come leva politica per l'occupazione, l'innovazione e lo sviluppo sostenibile, ottimizzando le politiche di acquisto. È intervenuto, infine, in tema di pubblicità e di contrattazione elettronica, oltre a disciplinare nel dettaglio i requisiti partecipativi, nonché le procedure dedicate ad appalti aventi oggetti peculiari.

Il Decreto è stato preceduto da una vasta consultazione pubblica

[71] Inoltre, recentemente sono stati adottati anche ulteriori provvedimenti integrativi, tra cui *Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics*; *Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics*; *Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique*; *Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique*; *Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques*; *Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.*

in autunno 2015, che ha portato a più di 300 contributi, e la sua pubblicazione si pone come traguardo (parziale) di un percorso di recepimento di due anni, che ha mobilitato tutte le parti interessate al settore pubblico. Come previsto dal medesimo Décret, la nuova disciplina si applica agli appalti per i quali la consultazione è stata avviata o l'avviso di gara d'appalto è stato trasmesso dopo il 1 aprile 2016. La disciplina così risultante, seppur apparentemente frammentata, ha consentito alla Francia di recepire la normativa comunitaria nei termini affidati agli Stati membri, ma è già, ora, all'esame del Parlamento la possibilità di procedere alla stesura di un nuovo Codice organico.

Quanto, infine, al Décret n. 2016-361 relativo alla stipulazione ed esecuzione dei contratti nel settore della difesa e della sicurezza, questo è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica francese il 27 marzo 2016, unitamente al Décret n. 2016-360, sempre in attuazione dell'Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015, in recepimento della direttiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di taluni appalti di lavori, di forniture e di servizi nei settori della difesa e della sicurezza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici/degli enti aggiudicatori. Seppur nel rispetto di tale direttiva, il decreto ha riproposto le disposizioni per i mercati della difesa e della sicurezza che erano contenute nella terza parte del codice degli appalti abrogato.

Relativamente, invece, al recepimento della direttiva concessioni 2014/23/UE è intervenuta l'Ordonnance n. 2016-65 del 29 gennaio 2016[72], relativa all'affidamento dei contratti di concessione, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 30 gennaio 2016, in attuazione dell'art. 209 della Loi n. 2015-990 del 6 agosto 2015 per la crescita, l'attività e le pari opportunità economiche[73]. Lo scopo esplicitato nell'Ordonnance è quello di semplificare e razionalizzare l'architet-

[72] Ordonnance n. 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession; tale settore era già stato in precedenza aggiornato dal Décret n. 2014-1341 in tema di contratti di lavori pubblici: Décret n. 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le décret n. 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

[73] Article 209 de la Loi n. 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

tura del diritto dei contratti di concessione, ricondotti alla categoria dei contratti amministrativi dall'art. 3.

L'art. 5 prevede che i contratti di concessione siano contratti stipulati in forma scritta, con i quali una o più autorità concedenti conferiscono l'esecuzione di lavori o la gestione di un servizio ad uno o più operatori economici, ai quali è trasferito un rischio legato al funzionamento della struttura o del servizio, in cambio sia del diritto di gestire la struttura o il servizio che costituiscono l'oggetto del contratto, sia di tale diritto accompagnato da un prezzo.

La parte di rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione ai rischi del mercato, in modo che tutte le eventuali perdite potenziali a carico del concessionario non debbano essere solo nominali o trascurabili. Il concessionario si assume il rischio operativo qualora, in condizioni normali, non sia garantito il recupero dell'investimento o delle spese che ha sostenuto, in relazione al funzionamento della struttura o del servizio.

Ricopre, quindi, il ruolo principale e fondamentale la concreta previsione del rischio operativo ed effettivo, come richiesto dalla direttiva comunitaria recepita.

Il legislatore si occupa, poi, dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della disciplina, nonché del contenuto e della procedura di aggiudicazione. In particolare, rinvia alla fonte regolamentare la disciplina delle regole di pubblicità e concorrenza.

In tema di esecuzione del contratto, poi, l'art. 52 prevede che, in attuazione del principio di trasparenza, il concessionario debba produrre una relazione annuale, compresi in particolare i conti, ripercorrendo tutte le operazioni connesse all'esecuzione del contratto di concessione, nonché un'analisi della qualità dei lavori o servizi. Inoltre, l'art. 55 prevede che modifiche alla concessione possano intervenire senza ulteriore procedura, qualora non modifichino la natura complessiva del contratto.

All'Ordonnance è seguito, poi, il decreto attuativo, Décret n. 2016-86 del 1 febbraio 2016 sui contratti di concessione, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 2 febbraio 2016[74]. Esso, nel prevedere le misure per l'attuazione, stabilisce le regole per l'assegnazione e l'e-

[74] Décret n. 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

secuzione di contratti di concessione in un quadro giuridico aggiornato, ponendo fine alla dualità delle norme procedurali interne per le concessioni di lavori e le concessioni di servizi pubblici.

L'art. 4, in tema di procedura di aggiudicazione, prevede che i documenti di gara necessari siano costituiti da tutti i documenti forniti dall'autorità concedente o ai quali essa si riferisce, per definire l'oggetto, le specifiche tecniche e funzionali, le condizioni per l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto di concessione, e il termine per la presentazione delle candidature e delle offerte e, se del caso, le condizioni di prezzo del servizio fornito agli utenti. Inoltre, gli articoli successivi si occupano della definizione della procedura di aggiudicazione specifica, compresa la deroga alla preliminare messa in concorrenza, precisando il regime di valutazione delle offerte; in particolare viene chiarito all'art. 25 che le offerte inadeguate o che non soddisfano i requisiti minimi e le specifiche dei documenti di gara, sono eliminate, e che è considerata inadeguata l'offerta che non è coerente con l'oggetto della concessione, perché non è chiaramente in grado, senza modifiche sostanziali, di soddisfare le esigenze dell'autorità concedente specificate nei documenti di gara. Infine, il Décret stabilisce all'art. 27 che l'aggiudicazione della concessione deve avvenire nel rispetto di criteri specifici non discriminatori. In ultimo, poi, disciplina ulteriormente la fase di esecuzione del contratto di concessione, soprattutto in relazione agli oneri di trasparenza.

Come previsto dall'art. 55 Décret n. 2016-86, tanto il Décret stesso quanto l'Ordonnance sono entrati in vigore il 1 aprile 2016. Tale articolo, peraltro, anticipa la previsione di 5 *arrêtés* (regolamenti) a completamento del testo della disciplina[75].

[75] Al proposito si individuano al momento i seguenti interventi integrativi: *Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession*; *Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique*; *Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique*; *Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques*.

4.1. *Alcune osservazioni sul* partenariat public-privé

In Francia, l'opportunità di creare una nuova tipologia di contratti pubblici, che rimediasse al vuoto esistente tra gli appalti pubblici ed i contratti concessori di servizi pubblici denominati *délégations de service public*, è dibattuta sin da metà degli anni '90[76]. Inizialmente previsto sotto forma di deroghe settoriali al Codice dei contratti pubblici, il *partenariat public-privé* divenne oggetto dell'Ordonnance n. 2004-559 del 17 giugno 2004, che creò i contratti di partenariato[77].

In precedenza, infatti, da un lato si individuava il *marché public*, quale contratto di diritto amministrativo concluso da parte di un ente pubblico con soggetti pubblici o privati, ove si esprime la logica del pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione in corrispettivo alla prestazione fornita, secondo la definizione fornita dal *Code de marchés publics*, senza che il fornitore sopporti alcun rischio. Invece, la *délégation de service public* è un contratto mediante il quale un soggetto di diritto pubblico affida la gestione di un servizio pubblico, di cui è responsabile, ad un affidatario pubblico o privato, ove la remunerazione è sostanzialmente legata al risultato di esercizio del servizio, e rappresenta la differenza fondamentale rispetto al *marché public*, unitamente al trasferimento del rischio.

Accanto a tali contratti vennero progressivamente individuati specifici contratti in deroga, ma la gamma di contratti amministrativi disponibili non era sufficientemente ampia da consentire l'indivi-

---

[76] F. Marty, S. Trosa, A. Voisin, *Les partenariats public-privé*, Paris, La Découverte, 2006, p. 91.

[77] Ordonnance n. 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, poi modificata dall'Ordonnance n. 2008-735 du 28 juillet 2004 sur les contrats de partenariat; su tale strumento, tra i tanti, F. Lichère, *Le projet de loi sur le contrats de partenariat: vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé?*, in *AJDA*, n. 3, 2008, pp. 123-127; D. Chang, *Contrats de collaboration public-privé. Un point de vue comparative*, Aix-en-provence, PUAM, 2011; D. Sadran, *Le partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique*, in *Revue Internationale des sciences administratives*, n. 2, 2004, pp. 253-270; F. Marty, *Le contrat de partenariat constitue-t-il une private initiative à la française?: le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique*, in *Revue Internationale de droit économique*, n. 2, 2006, pp. 131-150.

duazione nel diritto francese dei contratti di partenariato modellati su quelli sviluppati nei paesi anglosassoni, dove, paradossalmente, lo scarso sviluppo del diritto amministrativo aveva offerto un margine di manovra molto più ampio. La peculiarità del *contrat de partenariat public-privé* rispetto alle *délégations*, è che, mentre in queste ultime la remunerazione avviene sostanzialmente mediante un importo corrisposto dalla P.A., nel PPP la remunerazione proviene dall'utenza.

L'aspetto maggiormente d'interesse anche in Francia, relativamente a queste forme di collaborazione, è risultato certamente quello di consentire di evitare forme di indebitamento per finanziare opere pubbliche, ponendosi la costruzione a carico del partner privato, quale unico interlocutore dell'autorità pubblica. Nel 2014, la Commissione legislativa del Senato ha pubblicato un rapporto che critica la formula dei PPP, descrivendoli come "bombe ad orologeria"[78]. Si riferisce ad "effetti negativi soprattutto per le generazioni future", soprattutto a causa di "canoni" cui deve adempiere l'autorità pubblica, a volte per periodi molto lunghi. I senatori relatori sottolinearono anche l'effetto di estromissione di piccole e medie imprese da tale mercato partenariale, in quanto la loro capacità di investimento risulta limitata. E secondo i parlamentari, la maggior parte di questi contratti sono "razziati" dai maggiori gruppi di costruzione. Dello stesso avviso la *Cour des comptes*, in un rapporto a febbraio 2015 focalizzato sui PPP delle autorità locali: la Corte ha criticato i partenariati, utilizzati principalmente come "mezzo per superare i vincoli di bilancio che gravano sugli enti locali" mediante la previsione di assunzione di rischi in capo al privato. Tuttavia, nella prassi, i contratti sarebbero stati spesso firmati con condizioni troppo vaghe, che non proteggono a sufficienza le comunità locali e gli enti contraenti, che resterebbero, così, passivi di fronte ad eventuali circostanze negative. Di conseguenza, secondo la Corte: "l'accordo di partenariato non si rivela pienamente efficiente e può anche avere un impatto significativo sui bilanci a lungo termine". I comuni e le piccole struttu-

[78] Commission des lois, Senat, rapport d'information n. 733, 16 juillet 2014, *Les contrats de partenariat: des bombes à retardement?*, in *https://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-733-notice.html.*

re pubbliche, che utilizzano questi contratti, sono spesso mal equipaggiati giuridicamente per poter valutare i rischi e le conseguenze della sottoscrizione del partenariato.

Si consideri che l'art. 2 dell'Ordonnance del 2004, ispirata dalle riserve interpretative della decisione della Corte Costituzionale del 26 giugno 2003[79], prevedeva che non si potesse fare ricorso ad un contratto di partenariato se non in specifiche ipotesi che giustificassero la deroga al diritto comune, ragioni riferibili ad uno dei due criteri seguenti:

- la complessità del progetto, che non consentisse all'ente pubblico di definire compiutamente in autonomia i mezzi tecnici che potevano rispondere ai propri bisogni o che non permettesse di delineare l'organizzazione finanziaria o giuridica del progetto;

- l'urgenza, qualora si rilevasse il rischio di un ritardo pregiudizievole all'interesse generale, concernente la realizzazione di strutture pubbliche oppure l'esercizio di un servizio pubblico o l'esigenza di fare fronte ad una situazione imprevedibile.

Tali due criteri vennero poi integrati, per opera dell'art. 2 della Loi n. 2008-735 del 28 luglio 2008, da quello dell'efficienza economica, che autorizza la conclusione di un contratto di partenariato se è fonte di risparmio rispetto ad un altro modello contrattuale.

Questi tre criteri erano alternativi e non cumulativi e la presenza di uno di questi criteri era sufficiente a giustificare l'uso di un contratto di partenariato.

Ora, se da un lato il Conseil Constitutionnel ha in più occasioni legittimato il ricorso ad accordi di partenariato, si è, tuttavia, opposto alla sua estensione, affermando che il contratto di partenariato rappresenta una formula speciale di diritto comune ed, in quanto tale, il suo uso deve essere debitamente giustificato.

---

[79] Conseil Constitutionnel, décision n. 2003-473 26.06.2003, in *www.conseil-constitutionnel.fr*, sulle deroghe al diritto comune degli appalti pubblici, con riguardo alle ipotesi di partenariato, che vengono riservate a situazioni di urgenza e di complessità. Così, "les domaines d'application du contrat de partenariat sont réservés à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé".

Orbene, sulla linea delle considerazioni svolte in altri ordinamenti, il Senato individuò l'esigenza di riforma nella necessità di chiarimento dei criteri giustificativi del ricorso al PPP, nell'effettività dell'accesso delle PMI, nonché nella professionalizzazione della commessa pubblica.

L'Ordonnance del 2004 è recentemente stata abrogata dalla citata Ordonnance n. 2015-899, che è intervenuta ridisciplinando il contratto di partenariato[80]. Quale riforma terminologica, i vecchi "contrats de partenariat" diventano "marchés de partenariat" e, così facendo, vengono ricondotti alla categoria degli appalti pubblici/marchés publics, già sottoposti alla disciplina dell'Unione Europea. Quale conseguenza pratica di tale innovazione, diventa possibile, per esempio, utilizzare accordi quadro in materia di PPP. Inoltre, questi nuovi marchés de partenariat assorbono tutte le forme di PPP[81].

Secondo la nuova definizione di cui all'art. 67, un contratto di partenariato è un contratto pubblico che permette di conferire ad un operatore economico o ad un raggruppamento di operatori economici, un incarico avente per oggetto: 1) la costruzione, la trasformazione, la ristrutturazione, lo smantellamento o la distruzione di opere, attrezzature o beni immateriali necessari al servizio pubblico o all'esercizio di un servizio di interesse generale; 2) la totalità o parte del loro finanziamento. Il contraente del contratto di partenariato assicura la supervisione dell'operazione da eseguire.

Ai sensi del comma 2, l'incarico può, altresì, avere per oggetto: 1) la totalità o parte della progettazione di opere, attrezzature o beni immateriali; 2) lo sviluppo, la manutenzione, la riparazione, la gestione o la valorizzazione di opere, attrezzature o beni immateriali o una combinazione di tali elementi; 3) La gestione di un incarico di servizio pubblico o di prestazioni di servizi che contribuiscono all'esercizio, da parte dell'ente pubblico, della funzione di servizio pubblico di cui è incaricato quest'ultimo.

---

[80] Tale disciplina è contenuta alla *deuxième partie* (dispositions spécifiques aux marchés de partenariat), dall'art. 66 all'art. 90 Ordonnance n. 2015-899.

[81] In merito a tale modifica, Institut de Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication, *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

Ai sensi, poi, del terzo comma, il soggetto pubblico può dare mandato al partner di incassare, in suo nome e per suo conto, il pagamento dagli utenti delle prestazioni eseguite in virtù del contratto.

L'Ordonnance del 2015, al di là di tale definizione introduttiva, dedica l'intera seconda parte dell'atto al fenomeno partenariale, regolamentato dall'art. 66 all'art. 90, ferma l'applicazione della parte generale per quanto compatibile.

In particolare, l'art. 70 prevede che il contratto di partenariato debba fissare le condizioni mediante le quali sia stabilita la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico e quello privato.

L'art. 74 dispone, invece, in tema di valutazione e studi preliminari, prevedendo che la decisione di ricorrere ad un contratto di partenariato, quale che sia l'importo d'investimento, debba essere preceduta dalla valutazione della modalità di realizzazione del progetto, prevista al precedente art. 40. Inoltre, il committente deve realizzare uno studio di sostenibilità finanziaria che riguardi le conseguenze del contratto sulle finanze pubbliche e la disponibilità di finanziamenti.

Particolarmente interessante è la previsione di cui all'art. 75, in tema di condizioni di ricorso al partenariato, anche considerato il dibattito sviluppatosi precedentemente alla novella. Secondo tale norma, la procedura di aggiudicazione di un contratto di partenariato può essere avviata se il committente dimostra che, tenuto conto delle caratteristiche del progetto proposto, delle esigenze di servizio pubblico o della funzione di interesse generale di cui il committente è incaricato, oppure delle carenze e difficoltà osservate nella realizzazione di progetti simili, l'uso di tale contratto presenta un bilanciamento più favorevole, in particolare in termini economici, rispetto ad altre forme di realizzazione del progetto. Ciò, precisando che il criterio di pagamento differito non costituisce di per sé un vantaggio. Le modalità di definizione di questo bilanciamento sono fissate con decreto del Conseil d'Etat.

Diversamente da quanto ritenuto nella disciplina italiana, la remunerazione può provenire dal committente. Così, infatti, l'art. 83, in tema di remunerazione del partner privato, che prevede che la remunerazione dell'operatore sia oggetto di un pagamento da parte del committente, dopo il completamento delle operazioni previste in contratto per tutta la durata del contratto. Esso è connesso ad obiettivi di performance assegnati all'operatore per ogni fase del contrat-

to. Tuttavia, specifica la norma, i contratti di partenariato possono dar luogo a pagamenti a titolo di acconto o di anticipo.

Segue, poi, precisando che il contratto di partenariato stabilisce le condizioni alle quali le entrate provenienti dall'esercizio di attività connesse o dalla valorizzazione del patrimonio da parte dell'operatore vanno a ridurre l'importo della remunerazione corrisposta dal committente. Tale ultima previsione si avvicina maggiormente al modello partenariale maggiormente diffuso in dottrina, seppur non si possa non sottolineare che la prima forma di remunerazione individuata dal legislatore francese consiste proprio nel pagamento da parte del committente pubblico, così apparendo in contraddizione con la ripartizione del rischio, che secondo l'orientamento comunitario andrebbe assegnato prevalentemente all'operatore privato.

Dall'analisi della disciplina dedicata, si individua un contratto di partenariato non configurante una categoria, ma un contratto specifico, il cui dettaglio viene regolato dal contratto stesso, il quale regola l'oggetto, la remunerazione, la ripartizione del rischio in modo da consentire la modularità dell'istituto in base alle esigenze del committente.

Il tutto nel rispetto dei principi comunitari a tutela del mercato, salve alcune deroghe per partenariati sotto soglia. Ed anche in tale disciplina, compare l'esigenza di una maggiore professionalizzazione e di un supporto agli enti aggiudicatori.

Conclusioni

L'analisi proposta nel presente lavoro ha permesso di individuare i tratti fondamentali delle discipline adottate in sede comunitaria e in sede nazionale (con riferimento a Italia, Regno Unito, Spagna e Francia) relativamente alla contrattazione pubblica.

In particolare, le riforme successive al 2014 hanno evidenziato alcuni aspetti comuni ed alcune disarmonie, seppur l'intento dei legislatori fosse il medesimo, ossia il maggiore efficientamento della contrattazione pubblica e quindi della spesa pubblica.

Tuttavia, i legislatori hanno interpretato la riforma in maniere parzialmente distinte. Le maggiori differenze sono ricollegabili al fatto che se il legislatore comunitario ha avuto come obiettivo primario la maggiore partecipazione al mercato degli appalti e quindi la crescita della concorrenza nel mercato unico europeo, i legislatori nazionali hanno attuato le direttive del 2014 senza rinunciare al controllo pubblico sulla contrattazione.

Tuttavia, salvo qualche distinzione (ed in particolare la irrisolta diffidenza del legislatore italiano verso la piena concorrenza nel mercato), l'evoluzione delle discipline analizzate ha rimarcato da un lato una crescente apertura alla collaborazione con il privato, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, e dall'altro una rinnovata fiducia verso le amministrazioni aggiudicatrici in termini di libertà procedurale.

Al proposito, i limiti fissati dall'UE, e sostanzialmente recepiti di buon grado dagli Stati membri, pongono in capo alle amministrazio-

ni aggiudicatrici la libera scelta nella regolamentazione delle procedure e nell'adozione delle stesse, ma senza pregiudizio dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità, individuati quali essenziali baluardi della concorrenzialità del mercato e di efficienza dell'operato della P.A.

Ora, si è già osservato come il tema della contrattazione pubblica sia stato modellato dalle continue attenzioni del legislatore comunitario.

Dall'analisi effettuata è emerso un intento specifico del legislatore UE, non tanto di prevedere rigidi schemi dogmatici ed irrinunciabili istituti giuridici, bensì di voler sollecitare gli Stati membri a correggere le rispettive discipline nazionali, in piena autonomia, ma nell'assoluto rispetto dei principi fondamentali del mercato unico. In sostanza, la normativa europea appare tesa a predisporre principi a tutela dei partecipanti alle procedure e delle loro aspirazioni di concorrere nel mercato, senza dimenticare, tuttavia, il risvolto benefico sull'efficienza della P.A.

E sul punto si è già osservato come le Istituzioni europee in più occasioni abbiano puntualizzato che il diritto comunitario è neutrale per quanto riguarda la scelta degli enti pubblici di svolgere essi stessi un'attività economica o di affidarla a terzi, ma interviene qualora l'esercizio di una determinata attività viene aperto al mercato, con il coinvolgimento di terzi.

Fino all'ultima stagione riformatrice post 2014, l'attenzione primaria del legislatore, nazionale e comunitario, era rivolta alla lotta alla corruzione mediante la procedimentalizzazione degli appalti e la preventiva regolamentazione delle procedure, in modo da impedire deviazioni non verificabili delle procedure. Tuttavia, tale rigidità, fortemente restrittiva del potere decisionale della P.A., ha prodotto l'esigenza pratica di individuare deroghe, con l'immediata conseguenza del moltiplicarsi di settori esclusi e di eccezioni e di una stratificazione di misure dedicate, spesso a scapito dell'efficacia e della funzionalità agli obiettivi perseguiti.

Da tale situazione è sorta l'esigenza di snellire e semplificare le regole soprattutto procedimentali, nonché di favorire l'innovazione, promuovendo lo sviluppo di soluzioni nuove per le autorità aggiudicatrici e sfruttare rapidamente i vantaggi proposti dagli operatori

economici che, in peculiari settori, per primi introducono modelli o schemi operativi inconsueti.

Conseguentemente, la reazione legislativa degli ultimi anni si è concentrata sulla promozione della concorrenza tra gli operatori economici, nonché soprattutto sul perseguimento di obiettivi di semplificazione e maggiore flessibilità delle procedure d'appalto, quale nuovo strumento anticorruttivo e di efficientamento delle risorse pubbliche.

Al proposito sono intervenute le direttive comunitarie del 2014 imponendo agli Stati membri di non intervenire con eccessi di regolamentazione e di conservare la flessibilità delle procedure all'interno delle discipline di recepimento.

E difatti l'impianto complessivo delle direttive affida un ruolo maggiormente decisorio alle amministrazioni aggiudicatrici, riducendo i limiti e le "briglie" delle procedure di aggiudicazione, e capovolgendo il sistema ritenendo la semplificazione la regola e la maggior regolamentazione una deroga da motivare.

E la flessibilità ricopre un ruolo fondamentale anche nell'analisi concettuale del rapporto collaborativo tra pubblico e privato, ossia nel tentativo di individuare e distinguere le nozioni di "contratto", di "collaborazione pubblico-privata" o di "partenariato".

Tuttavia, è risultato impossibile riportare ad unicità tali nozioni, in ragione della diversa interpretazione fornita da legislatori e commentatori nazionali e sovranazionali, caso per caso riconducibili a definizioni più o meno estese.

Dal lato comunitario, l'obiettivo principale della produzione europea in tema di partenariato si è realizzato non tanto nell'individuazione di singoli strumenti e categorie contrattuali, quanto nella creazione di un ampio paniere di opzioni metodologiche, cui debbano essere applicati i principi fondamentali europei, allo scopo di garantire la tutela del mercato, ossia di non pregiudicare il gioco della concorrenza all'interno del mercato.

Dal lato nazionale, ciascun Stato membro ha la facoltà di valutare l'opportunità di definire un peculiare rapporto contrattuale con il privato, ma lo strumento in nessun modo può avere il fine di aggirare i vincoli di contenimento della spesa, anzi deve essere promosso in virtù di auspicati benefici microeconomici.

In senso astratto, è possibile definire la collaborazione pubblico privata, solo in alcuni casi coincidente con il concetto di partenariato, come una forma di cooperazione a lungo termine, disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto.

Se poi si considera che il successo del rapporto collaborativo o del PPP dipende soprattutto dalla completezza del quadro contrattuale del progetto e della sua fattibilità ed eseguibilità, risulta evidente l'importanza di una valutazione pertinente e di una ripartizione ottimale dei rischi tra il settore pubblico ed il settore privato, in funzione della capacità di ciascuna parte di assumersi tali rischi, nonché la possibilità di effettuare regolari controlli di valutazione delle prestazioni dei titolari di PPP. Tuttavia, è altresì evidente che, anche in tale ambito, occorra rispettare il principio di trasparenza mediante la previa individuazione dei meccanismi suddetti nei documenti di gara, consentendo così agli offerenti di tenerne conto nell'elaborazione delle proprie offerte.

Il successo del rapporto collaborativo richiede così una forte cooperazione tra le parti coinvolte nell'ideazione della proposta progettuale ed un maggior coinvolgimento privato nelle diverse fasi dell'appalto, tanto nella progettazione quanto nell'esecuzione.

E dall'analisi effettuata le diverse definizioni spesso si rivelano vuote di significato, in quanto l'unica definizione pertinente è quella reale, elaborata dalle parti, mediante la regolazione delle reciproche obbligazioni e responsabilità.

Dall'analisi svolta, pare evidente che la nuova riforma delle contrattazioni pubbliche nazionali, promossa e sollecitata dalle direttive comunitarie del 2014, abbia effettivamente prodotto una tendenziale armonizzazione delle regole della contrattazione amministrativa, almeno con riferimento ai contratti di appalto e di concessione, nelle discipline nazionali degli Stati membri osservati. Certamente, per poter confermare tale considerazione, necessariamente parziale, risulterà opportuno estendere l'analisi alle normative di recepimento adottate anche negli altri Paesi UE.

Per quanto concerne la comparazione tra gli ordinamenti osservati, si rinviene un processo di semplificazione delle procedure e di crescita della discrezionalità delle singole amministrazioni aggiudicatrici nella definizione delle procedure e del potere di avviare una trattativa ed una collaborazione attiva con i partner privati.

La parola chiave della nuova contrattazione pubblica parrebbe in effetti essere "libertà": libertà di concorrenza, libertà di procedura, libertà di accesso, libertà delle forme, libertà dei contenuti.

Sebbene la trasparenza e la lotta alla corruzione ed all'inefficienza siano rimaste gli obiettivi fondamentali della politica amministrativa comunitaria e nazionale, parrebbe definitivamente abbandonato il ricorso alla rigidità procedurale quale strumento prediletto. Ciò a beneficio di una maggiore discrezionalità e disponibilità dell'azione, nella consapevolezza che l'inefficienza cresce dove il meccanismo risulta contorto e farraginoso.

Gli interventi legislativi osservati nei precedenti capitoli, nelle versioni ora disponibili, paiono essere strutturati in modo analogo.

Varia, certamente, la propensione verso una normativa codicistica unitaria o una progressione di regolamentazioni specifiche e settoriali, ma il quadro d'insieme è paragonabile.

Anche in base alla rispettiva tradizione giuridica, si nota, invece, una differenza nella regolamentazione contemporanea dei contratti atipici, riconducibili al fenomeno partenariale, che ondeggia tra l'inquadramento come categoria e la classificazione come contratto specifico, ove peraltro il legislatore non abbia optato per la sua deregolamentazione.

La riforma ha coinvolto anche gli strumenti collaborativi non tradizionali, che tendenzialmente parrebbero emergere dal processo di ristrutturazione come modelli atipici, di libera interpretazione, il cui contenuto deve essere riempito dalle singole amministrazioni.

Probabilmente, invece, sono gli stessi contratti di appalto e di concessione che si sono avvicinati alle posizioni ed ai ruoli dei contratti generalmente riconducibili al fenomeno del partenariato: la libertà di scelta, la semplificazione procedurale, il partenariato per l'innovazione, sono tutti aspetti che la disciplina comunitaria ora recepita ha introdotto negli appalti. Nella concessione, invece,

oltre a tali elementi, è stato ben chiarito il peso della ripartizione dei rischi operativi effettivi.

Solamente la prassi consentirà, dunque, di verificare quali contratti reciteranno una loro parte nel panorama negoziale pubblico. La P.A. diventa, infatti, l'unico artefice dei propri strumenti giuridici.

Bibliografia

Aa.Vv., *Contratti pubblici*, Roma, AREL, 2013.

Aa.Vv., *I contratti nella pubblica amministrazione di fronte all'apertura ai mercati europei degli appalti pubblici di opere e forniture*, Roma, Formez, 1979.

Aa.Vv., *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992.

Aa.Vv., *Le iniziative di partenariato pubblico-privato in Emilia-Romagna*, Bologna, Unioncamere, 2009.

Aa.Vv., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2014, pp. 1135-1167.

Aa.Vv., *Partenariato pubblico-privato: condizioni giuridico-economiche ed esperienze comparate: finanziamento delle grandi opere*, Roma, AREL, 2007.

Aa.Vv., *Strumenti alternativi di partenariato pubblico-privato*, Trento, Provincia autonoma di Trento, Giunta, 2008.

Aicardi N., *Società miste ed evidenza pubblica "a monte"*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3, 2007, pp. 593-641.

Almeida Cerreda M., Martín Delgado I. (a cura di), *La nueva contratación pública*, Toledo, Red Internacional de Derecho Europeo, 2015.

Alpa G. (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

Alpa G., Conte G., Di gregorio V., Fusaro A., Perfetti U., *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

AMATO G., GUALTIERI R. (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, Passigli Editori, 2013.

AMILHAT M., *La notion de contrat administratif: l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

ANCORA F., *Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1990.

AREL OSSERVATORIO INFRASTRUTTURE, *Partenariato pubblico-privato: condizioni giuridico-economiche ed esperienze comparate: finanziamento delle grandi opere*, Roma, AREL, 2007.

BARBATI C., *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice Urbani)*, in MIGNONE C., PERICU G., ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1974.

BASSANINI F., *Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano*, in *astrid-online.it*, 2010.

BASSANINI F, GAROFOLI R., *Ammodernamento della Pubblica Amministrazione, Crescita e Competitività del Paese*, in *astrid-online.it*, 2013.

BASSI G., *I primi due decreti sulla "spending review": breve commento alle disposizioni sulle società pubbliche degli enti locali*, in *Appalti e Contratti*, n. 1, 2012, pp. 22 ss.

BASSI G., *Le società a partecipazione pubblica locale: nuovi aspetti di governance, organizzazione e gestione tra diritto comunitario e riforma nazionale dei servizi e del diritto societario*, Rimini, Maggioli, 2006.

BEATO P., VIVES A., *Esquemas publico-privados para la provisión de servicios e infraestructuras*, in *Presupuesto y gasto público*, n. 45, 2006.

BEATSON J., *Public and Private in English Administrative Law*, in *The Law Quarterly Review*, 1987.

BELLAMY C., CHILD G., *Common Market Law of Competition*, London, 1987.

BELLETTI M., *Fondamento costituzionale all'implementazione delle dinamiche della concorrenza, come elemento di contemperamento tra rispetto dell'equilibrio di bilancio e garanzia di adeguati livelli di solidarietà sociale*, in MEZZETTI L., FERIOLI E. (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, Bonomo Editore, 2018, pp. 579-596.

BENACCHIO G.A., COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la*

difficile ricerca di un equilibrio, Trento, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, 2008.

Benacchio G.A., Cozzio M. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, Egea, 2012.

Benacchio G.A., Cozzio M. (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Torriana (RN), EDK, 2010.

Benvenuti F., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM, 1996.

Benvenuti F., *Mondo economico e Pubblica Amministrazione*, in *La scienza e la teoria della organizzazione nella Pubblica Amministrazione*, 1960, pp. 423 ss.

Bermann G.A., Koch jr. C.H., O'Reilly J.T., *Administrative law of the European Union*, Chicago, American bar association, Section of administrative law and regulatory practice, 2008.

Bianchi M. (a cura di), *La pubblica amministrazione di fronte all'Europa: tre culture dello Stato a confronto*, Cesena, Il ponte vecchio, 1998.

Bilancia P., *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014.

Bilancia P., *La nuova Governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *federalismi.it*, n. 23, 2012.

Blanquer D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Publico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Bottari C., *I soggetti erogatori privati e l'attuazione del principio di sussidiarietà*, in Sesta M. (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 425-440.

Bottari C., *La tutela della salute tra solidarietà e sussidiarietà*, in Bottari C., Rossi L.S. (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 21-29.

Bottari C., *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, Giappichelli, 2018.

Bottari C., *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, Giappichelli, 2011.

Bottari C. (a cura di), *La disciplina degli acquisti di servizi e beni nelle aziende sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

Bottari C. (a cura di), *Terzo settore e servizi sociosanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, Giappichelli, 2013.

Bovis C., *EU public procurement law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2012.

Bovis C., *Public private partnerships in the European union*, New York, London, Routledge, 2014.

Brameret S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales: recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2012.

Brunete de la Llave M.T., *Los contratos de colaboración publico privada en la Ley de Contratos del Sector Publico. Especial aplicación a las entidades locales*, Madrid, La Ley, 2010.

Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *giustamm.it*, 2007, pp. 705 ss.

Camacho Cépeda G., *La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras. Examen del modelo reformulado por la Ley n. 20.410*, in *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 4, 2014, pp. 141-164.

Cammelli M., *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon*, n. 2, 2007.

Cammelli M. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999.

Cammelli M., Dugato M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

Campos Acuña M.C., *Incidencia de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público en el ámbito local: novedades en la mesa de contratación*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 160-165.

Candela Talavero J.E., *Contratación pública. Novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *La administración práctica*, n. 1, 2018, pp. 45-54.

Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Caranta R., *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 10, 2012, pp. 1131 ss.

Caranta R., Dacian Cosmin D., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2014, pp. 493 ss.

Caranta R., Gerbrandy A., *Traditions and change in European administrative law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011.

Caravita Di Toritto B., *Trasformazioni costituzionali nel "federalizing process" europeo*, in *federalismi.it*, n. 17, 2012.

Carbone P., *Le 'riserve' e le domande dell'appaltatore negli appalti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 2, 2014, pp. 185 ss.

Caringella F., *Il sistema del diritto amministrativo. 3. I nuovi contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2017.

Caringella F., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Roma, Dike Giuridica, 2012.

Caringella F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, Dike Giuridica, 2012.

Caringella F., Protto M., *Codice dei contratti pubblici: commento articolo per articolo al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, Dike Giuridica, 2012.

Caringella F., Protto M., *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo: commento organico al Codice e alle linee guida ANAC alla luce del Decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56*, Roma, Dike Giuridica, 2017.

Caringella F., Protto M. (a cura di), *L'appalto pubblico e gli altri contratti della p.a.*, Bologna, Zanichelli, 2012.

Cartei G.F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *giustamm.it*, 2010.

Cartei G.F., Ricchi M. (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Cartei G.F., Ricchi M. (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

Carullo A., Iudica G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, CEDAM, 2012.

Casares Marcos A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Madrid, Montecorvo, 2007.

Casavecchia M., *I contratti previsti dal codice degli appalti pubblici (d.lg. 163/2006). Parte generale*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 6, 2012, pp. 47-65.

Casetta E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.

Casetta E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 1993.

Cassagne J.C., *La «divisio» público privado: una dicotomía central de la contratación administrativa*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 141, 2016, pp. 48 ss.

Cassese S., *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2014.

Cassese S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2003, pp. 35-52.

Cassese S., *L'aquila e le mosche, principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro Italiano*, n. 10, 1995, pp. 373-377.

Cassese S., *L'influenza del Diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pp. 23 ss.

Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma, Laterza, 2002.

Cassese S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974.

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Roma, Laterza, 2015.

Cassese S., *Massimo Severo Giannini*, Roma, Laterza, 2010.

Cassese S., Perez R., *Manuale di diritto pubblico*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1995.

Cavallo Perin R., Racca G.M., *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2013, pp. 583 ss.

Cavino M., Mameli B., Pagani I., *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011.

Cerrina Feroni G. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011.

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000.

Cerulli Irelli V., *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, Giappichelli, 2002.

Cerulli Irelli V., *Diritto privato ed amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2011.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

Chang D., *Contrats de collaboration public-privé. Un point de vue comparative*, Aix-en-provence, PUAM, 2011.

Chinchilla Marin C., *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 132, 2006.

Chiti E., *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2012, pp. 783 ss.

Chiti M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999.

Chiti M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2013.

Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2005.

Chiti M.P., *Il Partenariato pubblico-privato tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, in *Roma e America - Diritto romano comune*, n. 29, 2010, pp. 69-77.

Chiti M.P., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la "governance" europea, i rapporti tra Stati membri, le Pubbliche Amministrazioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1, 2013, pp. 1 ss.

Chiti M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2009, pp. 1115 ss.

Chiti M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, CLUEB, 2003.

Chiti M.P., Greco G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.

Chiti M.P., Natalini A. (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Cintioli F., *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in *giustamm.it*, 2010.

Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2, 2016, pp. 71-92.

Clarich M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2009, pp. 253 ss.

Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

Codina García-Andrade X., *La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 124-131.

Codina García-Andrade X., *La nueva regulación de la modificación del*

contrato en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 2015, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 141, 2016, pp. 32-40.

Colombari S., *Le modalità trasparenti e non discriminatorie nelle alienazioni delle partecipazioni societarie dello Stato e degli enti pubblici*, in *giustamm.it*, 2009.

Comporti G.D., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2012, pp. 575 ss.

Concha Jarava M., *La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras*, in Segovia Brome A. (a cura di), *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra publica*, Sevilla, Hispalex, 2005.

Contessa C., Crocco D., *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, Roma, DEI, 2015.

Conticelli M., *Privato e pubblico nel Servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012.

Cormio P., *Blocco dei pagamenti della p.a.: chiarimenti interpretativi ed esigenze di coordinamento normativo*, in *Corriere tributario*, n. 47, 2011, pp. 3931-3936.

Craig P., *Administrative law*, London, Sweet & Maxwell, 2008.

Craig P., *EU administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

D'Atena A., *La pubblica amministrazione e l'Europa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 1995, pp. 107-128.

D'Onofrio P., *L'accreditamento nel sistema socio-sanitario: profili giuridici*, in *Sanità Pubblica e Privata*, n. 1, 2012, pp. 37-44.

Dallari F., *Disciplina dei ritardati pagamenti e contratti ad evidenza pubblica (Commento a d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 2, 2006, pp. 497-521.

Davies A.C.L., *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Davies A.C.L., *The Public Law of Government Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

de Alvaro Montero A., Acha Besga B., *La colaboración público-privada: el convenio de colaboración entre el sector público y el privado en la Ley de Contratos del sector público*, in *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*, Madrid, Aranzadi, 2009.

de la Morena López J., *Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, 2014, pp. 83-84.

De Maio G., *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2016, p. 744.

De Marzo G., *Ritardati pagamenti della p.a. tra abrogazione di norme e disciplina fiscale* (Commento a Cass. sez. civ. I 16 gennaio 2004, n. 532, Cass. sez. civ. I 20 gennaio 2004, n. 819), in *Il Corriere giuridico*, n. 5, 2004, pp. 627-631.

De Nictolis R., *Il rito degli appalti pubblici dopo il D.L. 90/2014*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11, 2014, pp. 1157 ss.

della Cananea G., *L'Unione europea: un ordinamento composito*, Roma, Laterza, 2003.

della Cananea G., *Lo stato debitore e il diritto europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2002, pp. 341-357.

della Cananea G., Dugato M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

della Cananea G., Franchini C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2013.

Di Giovanni A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012.

Di Gregorio V. (a cura di), *L'appalto privato e pubblico*, Torino, UTET giuridica, 2013.

Dipace R., *Il Partenariato Pubblico Privato e contratti atipici,* Milano, Giuffrè, 2006.

Dominguez Sampedro F., *La eficiencia económica en las colaboraciónes publico-privadas*, in *Revista Española de Control Externo*, n. 28, 2008.

Donati F., *Crisi dell'euro, "governance" economica e democrazia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2, 2013, pp. 337 ss.

Dorrego de Carlos A., Martínez Vázquez F., Villarino Marzo J. (a cura di), *La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público: aspectos administrativos y financieros*, Madrid, La Ley, 2009.

Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

Durviaux A.L., *La reforme des marches publics. Actes du colloque de la Commission Vie et droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Endicott T., *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Falcon G., *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2012, pp. 9 ss.

Falcon G., Marchetti B. (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa: problemi e prospettive: atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012*, Padova, CEDAM, 2013.

Fantini S., *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1, 2009, pp. 1 ss.

Fernández Ecker A., *La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 82-85.

Fernandez Farreres G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2012.

Fernández Romero F.J., *La colaboración público privada: su aplicación práctica*, Sevilla, Hispalex, 2013.

Ferrari G.F., Morbidelli G. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Il D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50: commentato articolo per articolo*, Piacenza, La Tribuna, 2017.

Ferrari G.F., Morbidelli G. (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, EGEA, 2013.

Fidone G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/Ue*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1, 2015, pp. 101-194.

Fiorentino L. (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica multilivello*, Bologna, Il Mulino, 2011.

Foà S., *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11, 2014, pp. 1147 ss.

Follieri E., *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme "Monti"*, in *giustamm.it*, n. 7, 2013.

Fracchia F., *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *giustamm.it*, 2010.

Fracchia F., Gili L., *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione: profili sostanziali e processuali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

Franchini C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, CEDAM, 1993.

Franchini C., *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, UTET giuridica, 2007.

Franchini C., Sciaudone F. (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove*

direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Franchini C., Tedeschini F., *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2009.

Franco I., *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, Milano, IPSOA, 2007.

Frier P.L., Petit J., *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2014.

Galán Galán A., C. Prieto Romero (a cura di), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, 2010.

Galetta D.U., *Garanzia linguistica e diritto amministrativo europeo: fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di cattiva traduzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2005, pp. 345-364.

Galetta D.U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2006, pp. 265-284.

Galetta D.U. (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, Torino, Giappichelli, 2014.

Gallo C.E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014.

Gallo S. (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni,* Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2014.

Garcia Capdepon P., *Los contratos de colaboración publico privada*, in *Revista española de la función consultiva*, n. 3, 2005.

Garcia De Enterrìa E., Fernandez Rodríguez T.R., *Curso de derecho administrativo*, *Vol. I*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2013.

García Pérez F.J., *Vigencia de la modificación de los umbrales de regulación armonizada de contratación pública*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 15.02.2016.

Garcia Rubio F., *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Actualidad administrativa*, n. 10, 2009.

Gardini G., *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2011, pp. 457 ss.

Garofoli R., Ferrari G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici: dopo il correttivo approvato con d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, Molfetta, Neldiritto, 2017.

Garofoli R., Ferrari G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, NelDiritto Editore, 2014.

Gaspari F., *Dalla grande dicotomia al partenariato pubblico privato*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 1, 2007, pp. 29-75.

Gaudemet Y., *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2015.

Gawronski P., *La Bce di fronte alla Grande crisi*, in *Il Mulino*, n. 5, 2014, pp. 795 ss.

Giacchetti S., *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, p. 513.

Giampaolino L., *La legislazione sui contratti pubblici e le misure per la ripresa economica*, in *giustamm.it*, n. 10, 2013.

Giampaolino L., *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in *giustamm.it*, n. 7, 2014.

Giannini M.S., *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986.

Giannini M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2003, pp. 979-988.

Gimeno Feliú J.M., *Culminada la tramitación del nuevo texto de contratos del sector público con la aprobación del dictamen del Consejo de Estado*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 27.04.2016.

Gimeno Feliú J.M., *Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 12.11.2014.

Gimeno Feliú J.M., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 34-39.

Gimeno Feliú J.M., *Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 18.4.2015.

Gimeno Feliú J.M. (a cura di), *Las nuevas directivas de contratación pública*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Gimeno Feliú J.M., Bernal Blay M.Á. (a cura di), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Giraldes Gutierrez L.S., *Alternativas, no complejas, a la colaboración público-privada para prestar servicios sin consolidar deuda. Consideraciones sobre los contratos atípicos en el momento actual*, in *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n. 158, 2014, pp. 147-178.

Gnes M., *Il pagamento dei debiti della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 2013, p. 687.

Gnes M., *La disciplina sui ritardi dei pagamenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2011, 821.

Gola M., Mastragostino F. (a cura di), *Forma e riforma dell'amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini. La l. n. 124/2015 e la sua attuazione*, Bologna, Bononia University Press, 2017.

Gómez-Ferrer Morant R. (a cura di), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid, Editorial Civitas, 2004.

González M.J., *¿A dónde va el sector público?: del estado de bienestar al bienestar con menos estado*, Madrid, Instituto de Estudios y Análisis Económicos, D.L., 1994.

González García J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte: entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

González García J.V., *Contrato de colaboración público-privada*, in *Revista de Administración Pública*, n. 170, 2006.

Gonzalez-Varas Ibanez S., *El derecho administrativo privado*, Madrid, Montecorvo, 1996.

Grasso G., *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

Grauso P., *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2004.

Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986.

Grimsey D., Lewis M.K., *The Economics of Public Private Partnerships*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2005.

Grossi P., *L'Europa del diritto*, Roma, Laterza, 2015.

Grüner G., *Nomine e remunerazione dei vertici delle società controllate dal Mef*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2013, pp. 1235 ss.

Gutiérrez de Vera F., *El desarrollo internacional de los contratos de colaboración público privada*, in *Revista de Obras Públicas*, n. 166, 2014, pp. 15-20.

Harden I., *The PPP handbook*, Bristol, Jordan, 2002.

Hartley T.C., *The foundations of European Union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, New York, Oxford University Press, 2014.

Hernández González F.L. (a cura di), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Hernando Rydings M., *La colaboración público privada: fórmulas contractuales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2012.

Hofmann H.C.H., Rowe G.C., Turk A.H., *Administrative law and policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Hofmann R., *Il principio di sussidiarietà*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 1-2, 1993, pp. 23 ss.

Huergo Lora A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, 1998.

Ibba C., *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Munus*, n. 2, 2011, pp. 427-447.

Iossa E., Antellini Russo F., *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in *Rivista Pol. Economica*, vol. 98, n. 3, 2008, pp. 125 ss.

Juan Lozano A.M., *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

Juliá B., *La colaboración público privada vs. privatización*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 132, 2014, pp. 8-9.

La Torre F., *Nuova direttiva europea in ordine ai ritardi di pagamenti della pubblica amministrazione*, in *L'amministrazione italiana*, n. 7-8, 2011, pp. 1020-1021.

Lamberti C., Villamena S., *Nuove direttive appalti: "sistemi di selezione" e "criteri di aggiudicazione"*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8-9, 2015, p. 873.

Lauria F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, UTET, 1991.

Libanora M., *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing: gli strumenti per rilanciare servizi pubblici e investimenti negli enti locali*, Milano, IPSOA, 2011.

Lichère F., *Le projet de loi sur le contrats de partenariat: vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé?*, in *AJDA*, n. 3, 2008, pp. 123-127.

Lichère F. (a cura di), *Partenariats public-privé: rapports du XVIII. congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

Linditch F., *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz, 2015.

López Donaire M.B., *Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 48-54.

Lopilato V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2010, pp. 1326 ss.

Lupo N., *La Conferenza interparlamentare sulla "governance" economica e finanziaria: la deludente attuazione dell'art. 13 del "Fiscal Compact"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 113 ss.

Maltoni A., *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. it.*, n. 7, 2014, pp. 1791 ss.

Mangiameli S. (a cura di), *L'ordinamento europeo. Volume III - Le politiche dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2008.

Mannori L., Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Laterza, 2013.

Mantini P., *Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e autonomie speciali*, in *giustamm.it*, n. 2, 2016, p. 19.

Mantini P., Panetta C., *I settori speciali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, n. 2, 2016, p. 14.

Marchetti B. (a cura di), *Pubblico e privato: oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, CEDAM, 2013.

Martín Bautista M.T., *El principio de libre competencia en la contratación pública: influencias, restricciones y defensas*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 142, 2016, p. 30.

Martin Mateo R., *Liberalización de la Economía. Mas Estado, menos Administración*, Madrid, 1988.

Martinez Marin A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990.

Martínez-Alonso Camps J.L., *Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 40, 2015.

Martínez Fernández J.M., *Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 94-103.

Martínez-Giralt X., *Colaboración público-privada en sanidad*, in *Cuadernos de Información económica*, n. 235, 2013, pp. 61-68.

Martin-Retortillo Baquer S., *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1988.

Marty F., *Le contrat de partenariat constitue-t-il une private initiative à la française?: le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique*, in *Revue Internationale de droit économique*, n. 2, 2006, pp. 131-150.

Marty F., Trosa S., Voisin A., *Les partenariats public-privé*, Paris, La Découverte, 2006.

Marzavoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

Massera A., *La pressione sul codice dei contratti pubblici* (Commento a d.l. 13 maggio 2011, n. 70), in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2011, pp. 1059-1066.

Mastragostino F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, Torino, Giappichelli, 2014.

Mastragostino F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del Decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, Giappichelli, 2017.

Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

Mastragostino F. (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

Mastragostino F., Dugato M. (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, Bononia University Press, 2014.

Mastragostino F., Piperata G., Tubertini C., *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

Mazzarolli L., Pericu G., Romano A., Roversi-Monaco F., Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005.

Mazzieri A., Napolitano G., Napolitano D. (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Napoli, Jovene, 2006.

Medina Alcoz L., Díez Sastre S. (a cura di), *Los Contratos Públicos*, *Tomo XIV*, in Yzquierdo Tolsada M. (a cura di), *Contratos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

Melis G., *Fare lo Stato per fare gli italiani. Ricerche di storia delle istituzioni dell'Italia unita*, Bologna, Il Mulino 2015.

Menéndez Menéndez A., *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2010.

Meoli C. (a cura di), *La convergenza tra pubblico e privato nell'amministrazione italiana*, Firenze, Noccioli, 1992.

Mercati L., *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, Giappichelli, 2009.

Merusi F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013.

Merusi F., *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2012, pp. 483 ss.

Merusi F., *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2000, pp. 499-514.

Micalizzi R., *L'accordo amministrativo può prevedere maggiori oneri a carico del privato* (Nota a TAR Milano sez. II 8 settembre 2011, n. 2193), in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2012, pp. 105-110.

Micossi S., Tosato G.L. (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo "Nel dubbio, per l'Europa"*, Bologna, Il Mulino, 2008.

Mignone C., Pericu G., Roversi-Monaco F. (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

Míguez Macho L., *Las formas de colaboración público-privada en el derecho español*, in *Revista de Administración Pública*, n. 175, 2008, pp. 157-215.

Morea R., *Gli accordi amministrativi tra norme di diritto privato e principi italo-comunitari*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

Moreno Molina J.A., *Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?*, in *Observatorio de Contratación Pública*, 18.04.2016.

Morrone A., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 79 ss.

Morrone A., *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, 3, 2014.

Muñoz Machado S., *Contratos del sector público, Tomo XIII, Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

Muñoz Zapata D., *Convenios de colaboración entre administraciones*

públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 131, 2014, p. 92.

Musumeci T.S. (a cura di), *La cultura ai privati: il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Padova, CEDAM, 2012.

Napolitano G., *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2012, pp. 461 ss.

Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

Napolitano G. (a cura di), *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Napolitano G., Mazzieri A., Napolitano D. (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Napoli, Jovene, 2006.

Natalini A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Nieto Garrido E., *El new public management y el gobierno a través de contratos en Reino Unido*, in *Revista de Administración Pública*, n. 162, 2003, pp. 391-417.

Nieto Garrido E., *La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido: de private Finance Initiative a Public Private Partnerships*, in *Revista de Administración Pública*, n. 164, 2004, pp. 389-406.

Nobile A., Spadaro A., *Le forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione: Stato, enti pubblici, enti locali, A.S.L.*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2009.

Nocera G., *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

Occhiena M., *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2013, pp. 521 ss.

Onofri P., *Politiche per attraversare la crisi*, in *Il Mulino*, n. 6, 2012, pp. 983 ss.

Osborne S.P., *Public-Private contracting state*, Buckingham, Open University Press, 1992.

Palomar Olmeda A., de Álvaro Montero Á., *La colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson, 2011.

Parada Vazquez R., *Los origenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1962.

Parejo Alfonso L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant Lo blanch, 2013.

Patroni Griffi F., *La Riforma del settore pubblico*, in *astrid-online.it*, 2012.

Pensabene Lionti S., *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007.

Perfetti L.R. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, IPSOA, 2013.

Pflueger Tejero E., *Aspectos más destacados de las nuevas Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE de Parlamento Europeo y del Consejo*, in *Revista española de la función consultiva*, n. 21, 2014, pp. 131-148.

Picozza E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3, 1992, pp. 1209 ss.

Picozza E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997.

Piñar Mañas J.L., *Crisis economica y crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo, Actas del XIX Congreso italo español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 2013.

Pioggia A., *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

Piperata G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, p. 963.

Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007.

Police A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008.

Protto M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti: studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, Giuffrè, 1997.

Ramió C., *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Diputació de Barcelona, 2009.

Recchia G., *Profili metodologici nell'attuazione amministrativa del diritto comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 1998, p. 1105.

Ricchi M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 2014, pp. 741-759.

Ridao i Martín J., *La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España*, in *Revista española de ciencia política*, n. 34, 2014, pp. 89-117.

Ridao i Martín J., *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras: revisión crítica y recomendaciones de mejora del marco regulador (contratación, financiación, fiscalidad, contabilidad pública y control externo)*, Barcelona, Atelier, 2012.

Rivosecchi G., *Il Trattato sul Mes e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2014, pp. 478 ss.

Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977.

Roversi Monaco F., *L'attività economica pubblica. La direzione e il controllo delle imprese pubbliche*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 1977, pp. 386-509.

Rubeo F., *P.P.P: partnership pubblico-privato per lo sviluppo urbano: metodo, strumenti, processi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2007.

Ruffert M., *Administrative law in Europe: between common principles and national traditions*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013.

Ruffert M., *Legitimacy in European administrative law: reform and reconstruction*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011.

Ruiz Ojeda A., Marcou G., Goh J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino unido y España (elementos comparativos)*, Madrid, Civitas, 2000.

Sadran D., *Le partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique*, in *Revue Internationale des sciences administratives*, n. 2, 2004, pp. 253-270.

Sainz Moreno F., *El principio de libre competencia como manifestación del orden publico económico*, in *REDA*, n. 24, 1980.

Saitta F., *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amministrativo*, n. 5, 2014, pp. 1643 ss.

Saitta F., *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici; l'autotutela della sta-*

zione appaltante tra norme (poche) e prassi, in *Il diritto dell'economia*, n. 2, 2014, p. 275.

Sajardo Moreno A., *La colaboración entre el sector público y el sector de entidades no lucrativas: posibilidades y límites de la oferta mixta de bienestar social*, Valencia, Universitat, Facultat de Ciènces Econòmiques i Empresarials, 1995.

Sambataro S., *Atti della pubblica amministrazione e processo amministrativo*, Padova, CEDAM, 2007.

Sanchez Moròn M., *Derecho Administrativo - Parte General*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.

Sandulli M.A., *L'eterna incertezza della disciplina dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del Paese? (la Commissione CE mette in mora lo Stato italiano per il Codice dei contratti pubblici)*, in *giustamm.it*, 2008.

Sanino M. (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: d.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, UTET giuridica, 2006.

Santamarìa Pastor J.A., *Principios de Derecho Administrativo General, Vol. I e II*, Madrid, Iustel, 2009.

Santiago Fernández M.J., *División en lotes: nueva configuración del objeto del contrato en la Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 86-92.

Schwarze J., *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

Schwarze J., *European administrative law*, London, Sweet and Maxwell, 2006.

Sciullo G., *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 2, 2009.

Sciullo G. (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, Bononia University Press, 2009.

Scoca F.G., *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

Scoca F.G., *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *giustamm.it*, 2013.

Seerden R. (a cura di), *Administrative law of the European Union, its Member States and the United States: a comparative analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012.

Senzani D., *Misure anticorruzione e discrezionalità della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Siragusa M., Scasellati Sforzolini G., *Il diritto della concorrenza italia-*

no e comunitario: un nuovo rapporto, in *Il Foro Italiano*, 1991, p. 253.

Sorace D., *L'amministrazione europea secondo il trattato di Lisbona - European administration according to the treaty of Lisbon*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2013, pp. 167-238.

Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992.

Sticchi Damiani S., Vetrò F. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, Giappichelli, 2010.

Teruel Lozano G.M., Pérez Miras A., Raffiotta E.C. (a cura di), *Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*, Murcia, Editum, 2015.

Tesauro G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2012.

Travi A., *In tema di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione di contratti pubblici*, in *Foro Italiano*, n. 3, 2012, pp. 81 ss.

Tucci M., *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri: aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, Giuffrè, 2008.

Tuccillo S., *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative.(Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *federalismi.it*, n. 6, 2017.

Usai S., *Il problema della velocizzazione dei pagamenti*, in *Appalti e Contratti*, n. 11, 2009, p. 63.

Valcárcel Fernández P., *La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2007, pp. 645-662.

Valcárcel Fernández P., *La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 56-68.

Vandelli L., *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Vandelli L., *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2012, pp. 845 ss.

Vázquez Matilla F.J., *Claves de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 15-20.

Vázquez Matilla F.J., *La LCSP 2017: nueva visión de la contratación*

pública, in *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 153, 2018, pp. 10-13.

Villar Rojas F.J., *La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales*, in *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.

Vinti S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, CEDAM, 2008.

Vivarelli M.G., *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione*, in *Appalti e Contratti*, n. 11, 2010, pp. 24-29.

Wade W., Forsyth C., *Administrative law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Ziller J., *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2006, pp. 285-300.

SOMMARIO

INTRODUZIONE V

CAPITOLO I
L'INQUADRAMENTO GENERALE DEL RAPPORTO DI COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATO E IL SUO SVILUPPO NELL'UNIONE EUROPEA

1. L'impulso dell'Unione Europea nella riorganizzazione della pubblica amministrazione 1
2. La costruzione della nozione di collaborazione pubblico-privata 5
   2.1. Sulla scia del Libro Verde del 2004 10
      2.1.1. L'obiettivo del Libro Verde 12
      2.1.2. Focus sul contenuto del Libro Verde 20
      2.1.3. La contemporanea introduzione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE 31
      2.1.4. Alcune osservazioni intermedie 38
   2.2. Il dibattito post 2004 40
   2.3. Sul patto di stabilità e crescita 47
   2.4. Sulla recente disciplina comunitaria in tema di contrattazione pubblica: le direttive 2014 c.d. di quarta generazione 56
      2.4.1. La direttiva 2014/23/UE 60
      2.4.2. Le direttive appalti: 2014/24/UE e 2014/25/UE 76
3. I principi dei Trattati 95
4. Alcune brevi osservazioni conclusive sul partenariato puramente contrattuale 102
   4.1. A parti invertite 105
5. Il partenariato istituzionalizzato: brevi osservazioni sopra il modello comunitario 107

Capitolo II
LA COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATA IN ITALIA

1. Brevi annotazioni introduttive circa la collaborazione pubblico-privata 111
2. Principi generali e vincoli costituzionali in materia di collaborazione pubblico-privata 120
   2.1. Il principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici 135
   2.2. Il principio di sussidiarietà orizzontale 140
3. Le fonti delle obbligazioni della pubblica amministrazione 144
4. Brevi osservazioni sugli accordi ex art. 11 legge 241/1990 148
5. I contratti pubblici ai sensi del previgente Codice, d.lgs. 163/2006 152
   5.1. Nuove forme di collaborazione? 170
6. La legge delega 11/2016 per il recepimento delle direttive di quarta generazione 183
   6.1. Il nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessioni, d.lgs. 50/2016: un nuovo rapporto di collaborazione tra pubblico e privati? 195
7. Osservazioni conclusive sugli strumenti di partenariato nel panorama italiano 219

Capitolo III
LA COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATA NEGLI STATI MEMBRI UE: ANALISI COMPARATISTICA

1. Premessa all'analisi comparatistica 225
2. L'origine della moderna cooperazione tra pubblico e privato: la contrattazione nel Regno Unito e i *public-private partnerships* 226
3. La *contratación pública* spagnola 237
   3.1. Il contratto di *colaboración público-privada* 249
4. La contrattazione pubblica francese: nuovi sviluppi 254
   4.1. Alcune osservazioni sul *partenariat public-privé* 261

Conclusioni 267

Bibliografia 273

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. Polacchini F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. Calcagnile M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. Villa E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. Vincieri M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. Casale D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. Ganarin M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. Laus F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2018
per i tipi di Bononia University Press