

Nuove modalità per la concessione di servizi e lavori nella P.A.

Criticità e soluzioni giurisprudenziali

 STUDIO LEGALE ADAMO

BERGAMO — MILANO

AVV. ENZO ADAMO

Partenariato Pubblico Privato: criticità ed opportunità

Il Partenariato Pubblico Privato crea forme di cooperazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un obiettivo di interesse generale



si generano sia **vantaggi** e nuove opportunità di guadagno (per la Pubblica Amministrazione, per il soggetto privato ed il cittadino) che **criticità**



esame della **giurisprudenza** disponibile in materia

La definizione Europea di Partenariato Pubblico Privato

Il P.P.P. è una **forma di cooperazione a lungo termine** tra **settore pubblico e settore privato**



finalità: espletamento di **compiti pubblici** (realizzazione di opere, gestione di servizi)



le **risorse** sono gestite congiuntamente ed i **rischi** suddivisi, sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner



secondo la Commissione Europea è uno **strumento per mobilitare investimenti pubblici e privati**, utile per favorire la **ripresa economica** ed i **cambiamenti strutturali** di lungo termine.

Le fonti disciplinari

Il P.P.P. è disciplinato

a livello
comunitario

a livello
nazionale

- **Libro Verde** della Commissione Europea del 2004;
- Comunicazioni interpretative del 2005 e del 2008 della Commissione Europea

Codice dei Contratti Pubblici
(D.Lgs. n. 163/2006)

art. 3, comma 15 ter

contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di **un'opera pubblica o di pubblica utilità**, o fornitura di un **servizio**, compreso il **finanziamento** totale o parziale a carico dei privati, con **allocazione di rischi** a termini degli indirizzi comunitari vigenti

Le forme di P.P.P.

Il Libro Verde della Commissione Europea distingue tra

**P.P.P.
contrattuale**

(Codice degli Appalti)



basato sullo strumento
giuridico del

**contratto di concessione di
costruzione e gestione**



la P.A. affida ad un privato, con
procedura ad evidenza pubblica,
progettazione, finanziamento,
realizzazione, gestione e manutenzione
opera pubblica e la gestione del
relativo servizio

**P.P.P.
istituzionalizzato**

(T.U.E.L.)



subordinato all'esistenza di
**una struttura societaria
detenuta dal partner
pubblico e dal partner
privato**, per assicurare la
fornitura di un'opera o di un
servizio a favore della
collettività

Gli strumenti di P.P.P.: focus sul Project Financing

Il **Project Financing** è una forma contrattuale di P.P.P.



è una **modalità di finanziamento strutturato**, che può essere utilizzato in alcune operazioni di partenariato per finanziare **un progetto infrastrutturale o un servizio**



operazione in cui il finanziatore considera il flusso di cassa e gli utili derivanti dalla gestione del progetto come garanzia per il rimborso del debito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale



- elevato coinvolgimento di finanziamenti provenienti dal settore bancario;
- ricavi della gestione dell'infrastruttura coprono costi di gestione, rimborso prestito e remunerazione del capitale

Gli strumenti di P.P.P.:

focus sulle concessioni di lavori pubblici

La **concessione di lavori pubblici** la forma contrattuale di P.P.P. più usata in Italia



è un contratto avente ad oggetto la **progettazione, costruzione e gestione di un'opera pubblica o di pubblica utilità**



corrispettivo del privato concessionario consiste nel diritto di gestire l'opera e i relativi servizi ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo o contributo pubblico



si differenzia dall'appalto di lavori pubblici perché **l'assunzione del rischio di gestione è sempre a carico del concessionario** (sia per opere c.d. calde che per opere c.d. fredde)



Gli strumenti di P.P.P.:

focus sulle concessioni di servizi

La **concessione di servizi** è un contratto che ha le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, tranne che il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo



concessione di servizi pubblici :

hanno ad oggetto una particolare attività, qualificata come servizio pubblico, gestita **in rapporto diretto con l'utenza**



concessione di servizi:

rapporto intercorre solo tra P.A. e gestore, **servizio è reso direttamente alla P.A.** concedente

si differenziano entrambe dall'**appalto** di servizi perché **l'assunzione del rischio economico di gestione è sempre a carico del concessionario**

Altri strumenti di P.P.P.

- **Locazione finanziaria di opere pubbliche:** contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori (es. contratto di leasing immobiliare in costruendo).
- **Contratto di disponibilità:** contratto con cui sono affidate, a rischio e spese dell'affidatario, costruzione e messa a disposizione in favore della P.A. di un'opera privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo.
- **Contratto di sponsorizzazione:** contratto con cui P.A. (*sponsee*) offre ad un terzo (*sponsor*) la possibilità di pubblicizzare marchi e prodotti in appositi spazi, dietro corrispettivo consistente in beni, servizi ed altre utilità;
- **Società a capitale misto privato e pubblico:** forma di P.P.P. istituzionalizzato, con cui si crea entità detenuta congiuntamente da pubblico e privato, dotata di personalità giuridica propria, finalizzata ad assicurare fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

La giurisprudenza ed il Partenariato Pubblico Privato

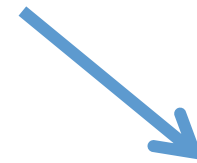
La giurisprudenza nazionale
(Corte di Cassazione; T.A.R.; Consiglio di Stato)
oscilla tra due diversi orientamenti



orientamento
conservatore



radicato al *favor* per la
Pubblica Amministrazione;
ribadisce l'assoluta
**preminenza dell'interesse
pubblico**

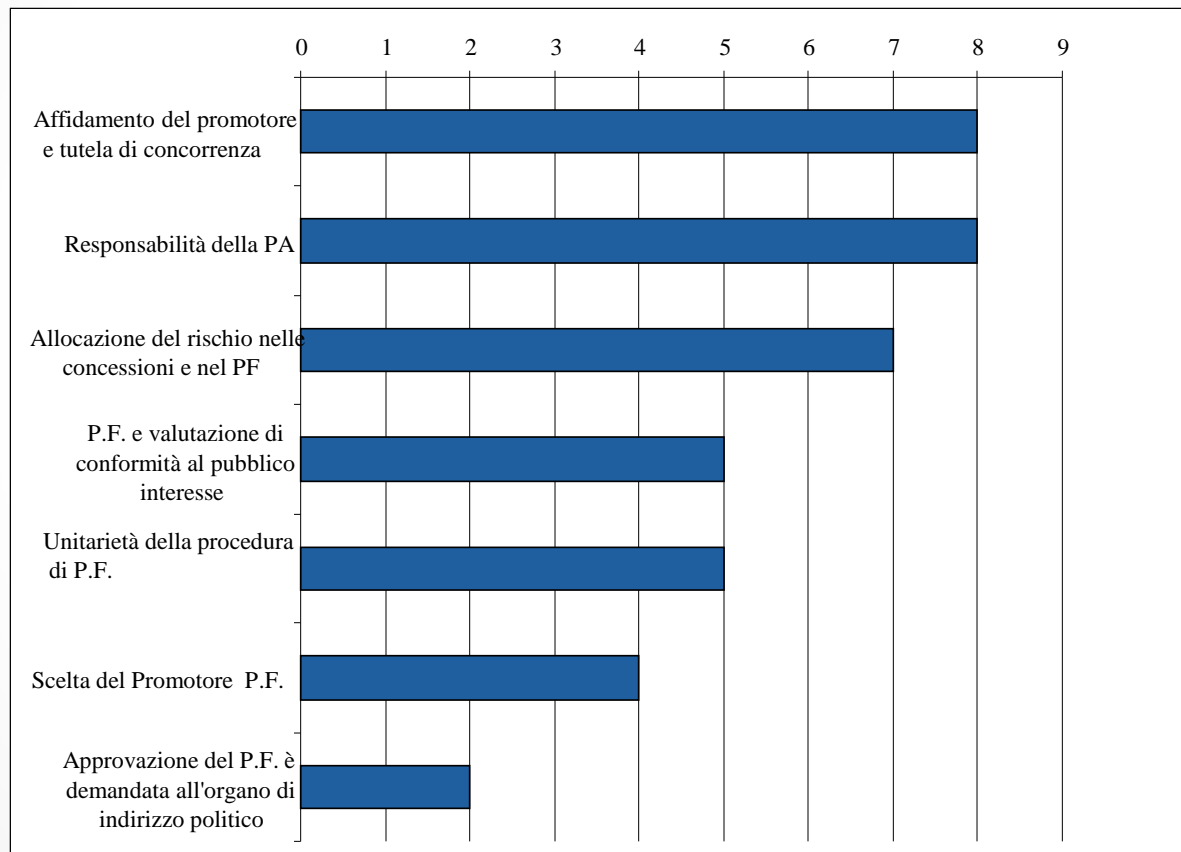


orientamento di
matrice
europeista



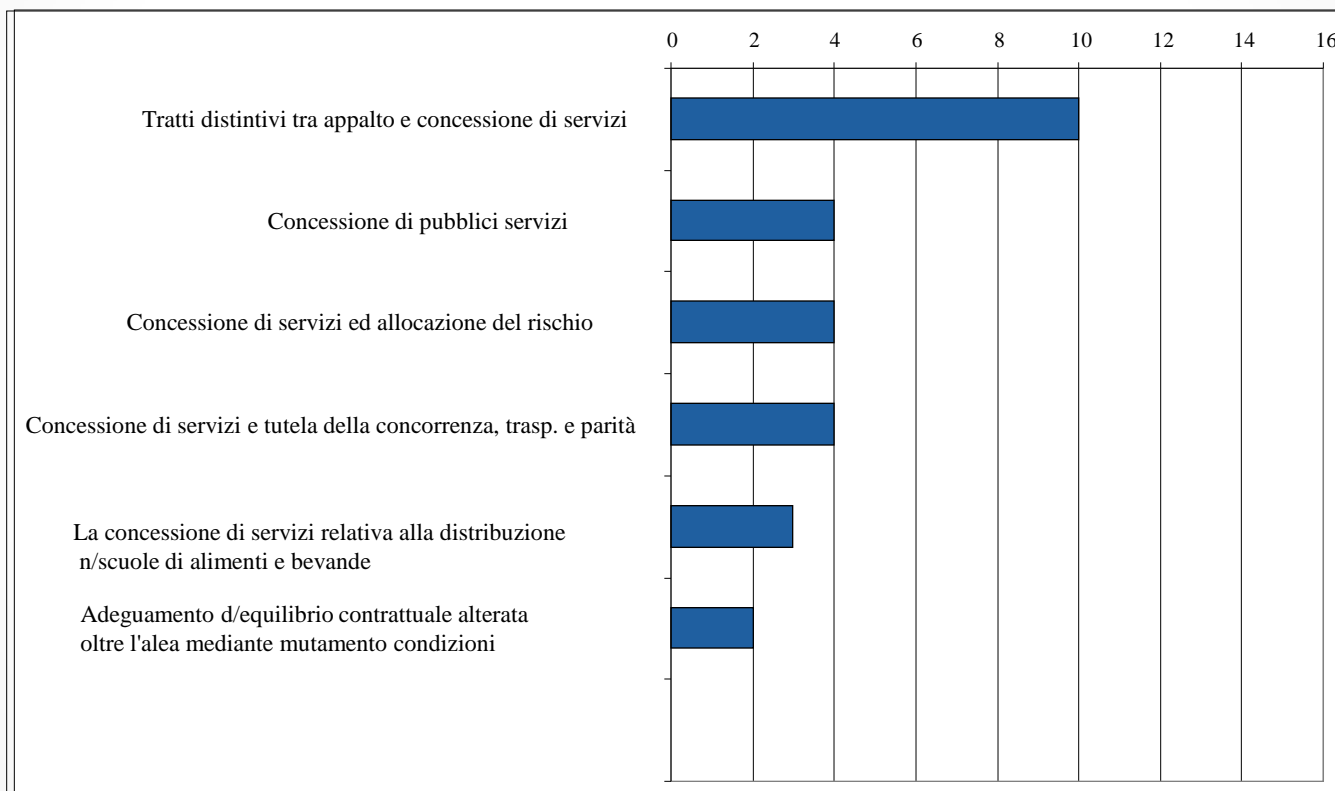
predilige l'applicazione dei
principi di stampo europeo
(es. parità di trattamento,
libera concorrenza, tutela
dell'affidamento e degli
interessi del privato)

Le criticità più frequenti emerse in giurisprudenza con riferimento al Project Financing



Nota: la ricerca è stata condotta analizzando le sentenze dei T.A.R. e del Consiglio di Stato pronunciate negli ultimi 4-5 anni in materia di partenariato pubblico privato, con particolare riferimento alle concessioni di servizi ed al project financing

Le criticità più frequenti emerse in giurisprudenza con riferimento alle concessioni di servizi



Focus: l'allocazione del rischio

Nelle concessioni di servizi e nel project financing elemento essenziale è la **traslazione del rischio**



secondo parte della giurisprudenza l'assenza della traslazione determina la **nullità del contratto per illiceità della causa** ex art. 1344 cod. civ.



è un **elemento costitutivo** dell'offerta presentata dal
• soggetto privato



gestionale, economico ed amministrativo (esposizione all'alea del mercato, al rischio di concorrenza, all'insolvenza, ai danni, etc.)



deve essere **posto in capo ai privati** •

Focus: la scelta del promotore nel project financing

Esiste un limite alla discrezionalità riconosciuta alla P.A. nella scelta del promotore?



secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 1315/2013) in materia esiste **amplissima discrezionalità amministrativa**, quindi impugnazione solo per vizi di incoerenza, irrazionalità ed illogicità



valutazione finalizzata esclusivamente alla verifica della rispondenza all'interesse pubblico della scelta stessa



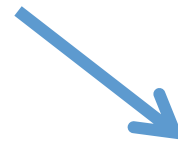
ma, secondo alcuni T.A.R., non si può ledere **legittimo affidamento e principio di buona fede**, pena la **responsabilità precontrattuale** (T.A.R. Genova, 1250/2013 e T.A.R. Campania 1233/2013)

Focus: il nuovo art. 38 D.Lgs. n. 163/2006

L'art. 38 Cod. App., modificato dal D.L. n. 83/2012, prevede l'**esclusione dalle procedure di affidamento** i soggetti che si trovano in fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo (salvo il concordato con continuità aziendale) o **quando sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni**



interpretazione della deroga è discordante



secondo T.A.R. Friuli Venezia Giulia vanno privilegiate esigenze di ***favor participationis***



ammessa partecipazione con mera istanza di ammissione al concordato preventivo

secondo T.A.R. Valle d'Aosta la deroga di cui all'art. 38 Cod. App. è di **stretta interpretazione** ed applicazione

Focus: la tutela del principio di concorrenza

La più recente giurisprudenza ha sottolineato l'esigenza di ottenere un **bilanciamento** tra interesse pubblico e tutela dei diritti degli operatori privati



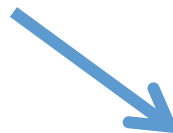
il principio di tutela della concorrenza viene individuato come principio cardine, posto **a presidio anche degli interessi della P.A.**, che gode di una platea di concorrenti più ampia



il **Consiglio di Stato**, Sezione Quinta, ha recentemente sottolineato che la normativa di matrice comunitaria, da cui deriva il principio di tutela della concorrenza, deve sempre essere rispettata nell'ambito della materia dell'affidamento delle concessioni di servizi (n. 873/2013)

segue: luci ed ombre in tema di concorrenza

Il rapporto tra partenariato pubblico privato e concorrenza può essere visto sotto un duplice profilo



genera **benefici**:

- realizzazione di opere competitive in tempi ridotti;
- utilizzo di expertise e professionalità diverse;
- minor aggravio di costi per la P.A.;
- opportunità di guadagno per i soggetti privati e generazione di nuove occasioni occupazionali

può creare **disfunzioni**:

- alterazione dei principi ordinatori della concorrenza;
- creazione di posizione dominante in capo ad impresa coinvolta in collaborazioni;
- erogazione e vendita di beni e servizi facilitata in favore di alcuni soggetti

Focus: l'opportunità delle opere fuori programmazione

L'art. 153, comma 19, D.Lgs. n. 163/2006, introduce un nuovo modello di **finanza di progetto ad iniziativa completamente privata**



i soggetti privati possono proporre alla P.A. interventi volti alla realizzazione di opere in concessione di lavori pubblici, **non inseriti nella programmazione triennale dell'Ente pubblico** (ex art. 278 Reg. Es. e Att. la procedura è estesa anche al settore dei servizi), con partecipazione incentivata dal riconoscimento di un **diritto di prelazione** in capo al promotore



la novella da un lato genera l'opportunità di stimolare l'attività della P.A., che giova dell'expertise e dei fondi del privato, dall'altro lato, secondo l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, può generare interferenze con l'attività propria della P.A.



Considerazioni Conclusive

L'analisi dei precedenti giurisprudenziali consente di affermare che si sta formando un nuovo approccio al partenariato pubblico privato, fondato su:

- un **maggior equilibrio tra interessi privati ed esigenze pubbliche;**
- elezione a principi cardine dei **principi comunitari** di parità di trattamento, libera concorrenza e trasparenza;
- applicazione anche alla P.A. dei principi di **legittimo affidamento e buona fede.**

Spunti Pratici

- instaurare un corretto **dialogo tra P.A. ed operatori privati**, privilegiando una equilibrata comparazione di interessi;
- **non limitare** le valutazioni preliminari all'analisi economico – finanziaria dell'operazione;
- prestare attenzione alla **corretta allocazione del rischio**;
 - considerare che il **principio di tutela della concorrenza, legittimo affidamento e trasparenza** sono principi cardine delle procedure.