

GIUSEPPE MANFREDI

## APPUNTI SUL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

SOMMARIO: 1. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO ANTE LITTERAM. 2. L’AFFERMAZIONE DEL PARTENARIATO CONTEMPORANEO. 3. SEGUE: IL PARTENARIATO NEL PRIMO E NEL SECONDO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. 4. PREGI E DIFETTI DEL PARTENARIATO. 5. IL PARTENARIATO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2023.

### *1. Il partenariato pubblico-privato ante litteram*

Quando si affronta il tema del partenariato pubblico-privato (ossia, se non vogliamo farci mancare il solito acronimo, il PPP), ci si imbatte quasi inevitabilmente in quella che potremmo definire come la retorica del partenariato, ossia la tendenza a enfatizzare l’innovatività di questo istituto, e i vantaggi che esso comporta rispetto agli altri sistemi di affidamento dei contratti pubblici<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. TRAVI, “Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria”, in: *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013, pp. 10-17, che già un decennio fa sottolineava l’enfasi con cui spesso viene affrontato l’argomento, e M. P. CHITI, “Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni”, in: *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G. F. Cartei, M. Ricchi, Napoli, 2015, pp. 3-25, che ha rilevato che il partenariato è stato accolto con entusiasmo dato che spesso è stato considerato come una panacea per una serie di limiti dell’azione della pubblica amministrazione.

Ad esempio, dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici del 2016 l'allora Ministro delle Infrastrutture in proposito aveva parlato di "una grande rivoluzione"<sup>2</sup>, ma si sa che anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti del 2023 non è raro sentire definire il partenariato come una nuova e/o grande sfida, o come una nuova e/o grande scommessa, *et similia*.

Vale però la pena di ricordare che, anche a prescindere dal fatto che il principale istituto ascrivibile al PPP, ossia la finanza di progetto, nel nostro ordinamento è stato legificato da oltre un quarto di secolo, pure in un passato più remoto vi sono state svariate forme di collaborazione pubblico-privato che avevano caratteri analoghi a quelli del partenariato contemporaneo.

Il quale secondo l'art. 174 del vigente codice dei contratti consiste in una "operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato"<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Come riferisce M. CERUTI, *Il partenariato pubblico-privato nella riforma del Codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?*, in: "Riv. trim. app.", 2017, p. 575.

<sup>3</sup> V. ad es. G. PIPERATA, "Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale", che non a caso a proposito della diffusione di forme di collaborazione tra privati e pubblica amministrazione verificatasi negli scorsi anni parla di "una vecchia novità", e M. DUGATO, "Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione", entrambi in: *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011, rispettivamente pp. 3-21 e p. 55-70. Sulla discussa nozione di partenariato cfr., fra i tanti, almeno F. CORTESE,

Il fatto che si riscontrassero delle collaborazioni con caratteri simili a quelli previsti da questa disposizione con ogni probabilità accadeva perché in passato ricorrere alla leva fiscale per “raggiungere un risultato di interesse pubblico” risultava anche più problematico di quanto non sia ora.

In società povere quali quelle dell’Europa preindustriale lo scontento che da sempre accompagna l’introduzione di nuove tasse poteva sfociare in rivolte da parte di coloro che si ritenevano ingiustamente vessati: accadeva sin dal medioevo, con sollevazioni popolari quali la *Jacquerie* francese e la *Peasant’s revolt* inglese; e anche nel periodo assolutista Luigi XIV rischiò di non salire al trono a causa della Fronde, che era iniziata con l’opposizione della nobiltà di toga all’aumento della pressione fiscale, e Luigi XVI perse ben più del trono perché aveva voluto convocare gli Stati Generali anche al fine di riformare il sistema tributario<sup>4</sup>.

Sicché anche per un governo non democratico in definitiva era molto meno rischioso finanziare il raggiungimento di “un risultato di interesse pubblico” facendo ricorso alla collaborazione volontaria dei privati.

Nell’età moderna un esempio colorito di quello che potremmo definire come partenariato *ante litteram* potrebbe essere considerata persino l’attività dei corsari: che in sostanza era un’attività non diversa da quella dei pirati, ma mentre questi erano, per così dire, dei predoni *freelance*, i corsari operavano legittimamente grazie alle lettere di corsa, ossia licenze rilasciate da uno Stato che consentivano loro di abbordare e saccheggiare le navi degli Stati nemici – ovviamente, a patto di riservare una parte del bottino allo Stato che aveva concesso la licenza.

In questo periodo la collaborazione pubblico-privato di maggior rilievo è però rappresentata dalle compagnie delle Indie: sono le pri-

---

“Tipologie e forme di collaborazione tra pubblico e privato”, sempre in: *La collaborazione*, cit., pp. 35-52 e ss., M. P. CHITI, “Il partenariato pubblico-privato”, cit., A. TRAVI, “Il partenariato pubblico-privato”, cit.; S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull’identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in: “Munus”, 2020, pp. 1-27.

<sup>4</sup> Delle rivolte trecentesche in Francia e in Inghilterra ha trattato recentemente A. BARBERO in *All’arme! All’arme! I priori fanno carne!*, Roma – Bari, 2023.

me vere e proprie società per azioni<sup>5</sup>, che per lo più venivano create su impulso di diversi Stati europei, che così concedevano a soggetti privati il monopolio sul commercio con questa o con quella parte del mondo, e spesso conferivano a questi soggetti anche l'esercizio di poteri pubblici che potevano essere amplissimi.

Tra le *companies* di maggior successo va ricordata in particolare la Voc, la Compagnia olandese delle Indie orientali, che all'inizio del Seicento aveva un valore pari a quasi 8000 miliardi di dollari odierni; e la Cio, la Compagnia inglese delle Indie orientali, che era titolare di potenti regie che le consentivano di "rivendicare la giurisdizione su tutti sudditi inglesi in Asia, battere moneta, costruire fortificazioni, promulgare leggi, muovere guerra, condurre una politica estera indipendente, istituire tribunali, comminare pene, imprigionare sudditi inglesi e fondare insediamenti..."<sup>6</sup>: e così essa fu tra i principali artefici della costruzione dell'impero britannico, dato che riuscì a conquistare l'intero subcontinente indiano, anche se consolidò il proprio potere corrompendo membri del parlamento e del governo inglese, e già in un noto processo di fine Settecento venne accusata da Edmund Burke di aver devastato tutta l'India per soddisfare la sua avidità.

Se poi vogliamo trovare degli esempi di partenariati *ante litteram* meno remoti nel tempo - e meno coloriti - potremmo ricordare un episodio che risale ai decenni seguenti all'Unità d'Italia.

Probabilmente è perché i bilanci statali erano gravemente deficitari, dato che il Regno d'Italia si era accollato i debiti degli stati preunitari (peraltro anche l'applicazione di una delle imposte pensate per ridurre il deficit pubblico, la tassa sul macinato, divenuta subito nota

---

<sup>5</sup> Non a caso le strutture di queste società vengono studiate tuttora dal diritto commerciale: v., ad es., lo scritto di G. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in: "Rivista di diritto societario", 2006, pp. 890-905, cortesemente indicatomi da Marco Antonioli.

<sup>6</sup> W. DARLYMPLE, *Anarchia*, Milano, Adelphi, 2022, p. 53. In proposito cfr. anche M. JASANOFF, *La Compagnia delle Indie. La prima multinazionale*, Milano, Il Saggiatore, 2012, *passim*.

come “la tassa sui poveri”, aveva provocato tumulti in tutto il paese)<sup>7</sup>, che la rete ferroviaria che collegò le diverse parti d’Italia venne realizzata principalmente tramite le concessioni ferroviarie previste dall’Allegato F della legge 2248 del 1865, che venivano rilasciate dallo Stato a società private finanziate in gran parte con capitali stranieri.

Queste concessioni venivano rilasciate su iniziativa del privato interessato, e in base a un progetto da questi predisposto, perché in proposito l’art. 244 dell’Allegato F prevede che “le domande di concessione della costruzione e dell’esercizio di una ferrovia pubblica dovranno essere accompagnate da una dimostrazione della sua pubblica utilità, dalla indicazione del modo col quale s’intenda provvedere alle occorrenti spese, dal calcolo presuntivo dell’importare di sua costruzione e primo stabilimento, e finalmente da quei piani, profili e disegni che sono necessari per potere pronunziare giudizio sulla regolarità tecnica del progetto, e sul grado di esattezza del calcolo suddetto. Il Ministero, secondo le circostanze, potrà anche richiedere dai postulanti la presentazione del calcolo presuntivo del costo dell’esercizio della ferrovia e quello del suo prodotto lordo, colla esibizione degli elementi statistici su cui questo sarà fondato”<sup>8</sup>.

E dunque secondo uno schema che ricorda quello dell’odierna finanza di progetto, perché l’iniziativa della realizzazione dell’opera pubblica spettava a un imprenditore privato.

## 2. *L’affermazione del partenariato contemporaneo*

Nel Novecento invece le collaborazioni pubblico-privato, pur non essendo scomparse (nell’ordinamento dei lavori pubblici italiano la

---

<sup>7</sup> Cfr. in proposito V. ZAMAGNI, *Perché il debito pubblico deve essere contenuto*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 281 ss., e, più ampiamente, *Bilancio e finanza pubblica. L’unificazione*, in: “Treccani on line”.

<sup>8</sup> Riguardo alle concessioni ferroviarie cfr. S. CASSARINO, “Ferrovie statali e ferrovie concesse all’industria privata (evoluzione legislativa e problematica)”, in: *I lavori pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, Vicenza, 1967, pp. 241-278.

concessione di costruzione e gestione era anzi divenuta un istituto di applicazione generale proprio a partire dall'inizio del secolo scorso<sup>9</sup>), per lungo tempo hanno perso una gran parte della importanza che avevano in passato, e sono state relegate in ambiti abbastanza marginali dell'azione amministrativa.

In un'ottica giuridica si potrebbe pensare che ciò sia accaduto perché risultava difficile conciliare queste collaborazioni con l'ideologia secondo la quale la pubblica amministrazione in genere deve agire solo impiegando poteri unilaterali e autoritativi: è quasi inutile ricordare le difficoltà che ha incontrato la scienza giuridica quando ha cercato di condurre entro gli schemi unilaterialistici e provvedimentali la concessione<sup>10</sup>, che non a caso negli anni Ottanta dello scorso secolo sarebbe stata definita come "il punto di crisi della nozione di imperatività, e, con essa, di quella del provvedimento amministrativo"<sup>11</sup>.

Ma ciò è avvenuto anche, e forse soprattutto, per una ragione che non ha a che fare con le ideologie giuridiche, ossia perché per una gran parte del Novecento delle collaborazioni pubblico-privato c'era meno bisogno.

L'economia e la società nel Novecento erano infatti divenute ben più ricche di quelle dei secoli precedenti, e quindi i governanti pote-

---

<sup>9</sup> Come ricorda ad es. G. ROEHRSEN, "I modi di gestione dei lavori pubblici (evoluzione legislativa e problematica)", in: *I lavori pubblici*, cit., pp. 285-302. Sulle vicende novecentesche della concessione è d'obbligo il rinvio all'ampio studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

<sup>10</sup> Sul vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura delle concessioni di inizio Novecento, v. ancora lo studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, cit., *passim*. Sulle ideologie anticotrattualiste nel diritto amministrativo sia permesso rinviare anche al ns. *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.

<sup>11</sup> D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, voce in: "Digesto delle discipline pubblicistiche", III, Torino, 1989, p. 3-45. Problema che come noto riguardo alla concessione di lavori e a quella di servizi è stato superato quando sulla scorta delle direttive comunitarie e unionali l'una e l'altra sono state ricondotte nel novero dei contratti di diritto privato: v. in proposito A. BOTTO, L. IANNOTTA, "La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno", in: *Negoziazioni pubbliche*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, cit., pp. 52-81 ss.

vano servirsi della leva fiscale con minori preoccupazioni rispetto al passato: e a partire dagli anni Venti era iniziato anche il fenomeno dello Stato imprenditore – il che peraltro aveva fatto sì che per lungo tempo nel nostro paese i concessionari delle principali infrastrutture fossero imprese in mano pubblica<sup>12</sup>.

Le cose però cambiano rapidamente a fine secolo, e per diversi fattori.

Tra questi un ruolo preminente lo hanno avuto senz'altro le preoccupazioni per la crisi fiscale dello Stato diffuse tra gli anni Sessanta e Settanta, quando si inizia a temere che i bilanci pubblici non riescano a far fronte alle crescenti pretese che vengono dalla società - timori che peraltro si ricollegano al più generale dibattito sulla crisi della democrazia iniziato nello stesso periodo, ove si paventava che i regimi democratici fossero destinati a entrare in crisi a causa del sovraccarico decisionale che veniva dall'eccesso delle aspettative riposte dai cittadini nell'operato delle istituzioni<sup>13</sup>.

Anche se all'epoca non mancava chi riteneva che la crisi fiscale venisse utilizzata come “una specie di formula ad effetto”<sup>14</sup> per favorire l'avvento di quello che oggi definiamo comunemente come neolibe-

---

<sup>12</sup> Come ha rilevato G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in: “Politica e diritto”, 1998, pp. 503-534.

<sup>13</sup> Sulla crisi della democrazia si veda almeno il rapporto per la Commissione Trilaterale di M. J. CROZIER, S. P. HUNTINGTON e J. WATANUKI, *La crisi della democrazia: rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, F. Anfeli, 1977, e sulla crisi fiscale almeno J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello stato*, Torino, Einaudi, 1977: studi che peraltro giungono a conclusioni ben diverse, dato che il primo voleva risolvere il problema tramite un recupero della c.d. governabilità nei paesi occidentali - e come noto ha contribuito a ispirare una serie di misure intese al rafforzamento degli esecutivi; mentre il secondo evidenziava il fatto che le pretese di interventi pubblici vengono anche dal mondo produttivo, e culminava in una critica al capitalismo.

<sup>14</sup> Così F. CAFFE', nella *Prefazione* a J. O'Connor, *op. cit.*, IX. Merita comunque di essere ricordato che l'esistenza del problema del sovraccarico decisionale delle democrazie non veniva negato neanche dagli studiosi che pure avversavano le conclusioni a cui giungeva il rapporto per la Trilaterale, quale ad es. A. WOLFE, *Ai confini della legittimazione. Le contraddizioni del capitalismo contemporaneo*, Bari, De Donato, 1981, spec. 479 e ss.

rismo, pare evidente che questi timori hanno contribuito a far tornare in auge l'idea di dare un sollievo ai bilanci statali impiegando forme di collaborazione con i privati per ottenere opere e servizi pubblici.

Alle tendenze neoliberiste si collega pure un altro fattore che ha favorito la rivalutazione delle collaborazioni con i privati, ossia la diffusione delle ben note teorie della *governance* che si è registrata a partire dagli anni Ottanta: secondo le quali le istituzioni pubbliche devono collocarsi su un piano di parità rispetto agli attori sociali, e, soprattutto, agli attori economici, e collaborare con essi<sup>15</sup>.

E si sa che nei paesi europei questa sorta di ritorno al passato è stato agevolato anche dalle regole contabili che vengono dall'Unione europea, le quali, a fronte del trasferimento in capo al *partner* privato del rischio operativo di un intervento realizzato tramite una collaborazione pubblico-privato, consentono di non contabilizzare questo intervento nei bilanci pubblici - se si preferisce, di non doverli registrare *on balance sheet*<sup>16</sup>.

Lo si rilevava già nel primo paragrafo del Libro verde della Commissione europea del 2004 sul partenariato pubblico-privato: anche se poi le istituzioni europee, dopo la consultazione pubblica avviata nel 2004, hanno rinunciato a dettare una disciplina del partenariato, e nella direttiva 23 del 2014 si sono limitate a normare in dettaglio le sole concessioni, le quali vengono impiegate correntemente in tutti gli Stati membri, e che in Europa costituiscono il principale strumento giuridico usato negli interventi di partenariato<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Su queste teorie v., tra i tanti, almeno M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, e R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in: "Rivista italiana di scienze politiche", 1999, pp. 3-21. Va segnalato che già nello scorso decennio non sono mancate considerazioni critiche sugli esiti di questa tendenza: cfr. in proposito almeno gli studi pubblicati nel n. 2, 2016 di *Parole-chiave* e nel n. 1, 2016 di *Ragion pratica*.

<sup>16</sup> Cfr. in proposito, da ultimo, V. MANZETTI, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di Eurostat e Codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in: "Bilancio Comunità Persona", 2023.

<sup>17</sup> V., per tutti, A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 68 e ss.



### 3. *Segue: il partenariato nel primo e nel secondo Codice dei contratti pubblici*

Il legislatore italiano invece ha fatto una scelta opposta.

Con tutta probabilità ciò è avvenuto perché i bilanci pubblici del nostro paese sono tornati a essere gravemente deficitari sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, tant'è che oggi il debito pubblico italiano è ancora uno dei più elevati dell'Unione europea. Il che peraltro oggi crea dei problemi anche maggiori di quelli che potevano verificarsi nel secolo scorso, dati i rigorosi vincoli di finanza pubblica che vengono fissati dall'Unione europea, e data la costituzionalizzazione dei principi dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico – anche se non può escludersi che a questa scelta abbia contribuito pure il fatto che, come noto, non di rado la nostra classe politica si appassiona a questa o a quella moda culturale.

Si sa che già negli anni Novanta del secolo scorso nel nostro ordinamento è stata introdotta una disciplina della tecnica finanziaria di origine britannica che viene definita come *project finance*, o come *project financing*, tramite le modifiche recate alla legge-quadro sui lavori pubblici 109/1994 dalla legge 415 del 1998.

Peraltro all'inizio di quel decennio il Ministero del Bilancio e il Cnel avevano preso in considerazione anche l'idea di dedicare a questa tecnica una disciplina autonoma<sup>18</sup>: ma questa ipotesi era stata scartata dal legislatore, che negli articoli che vanno dal 37-*bis* al 37-*nonies* inseriti dalla legge 415 nella legge-quadro invece aveva preferito innestare la disciplina del *project financing*, rinominato come finanza di progetto, in quella della concessione di opere pubbliche<sup>19</sup>, che, come s'è accennato più sopra, è un istituto che nell'ordinamento italiano dei lavori pubblici ha origini risalenti, dato che vi è previsto sin dall'Ottocento.

<sup>18</sup> Così S. AMOROSINO, R. SCIUTO, La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore, in: "Riv. giur. ed.", 1999, II, pp. 61-89.

<sup>19</sup> V. ancora S. AMOROSINO, R. SCIUTO, La disciplina, cit., loc. cit.

Sicché la finanza di progetto costituiva un nuovo procedimento di affidamento delle concessioni, o, se si vuole, una forma di *restyling* della concessione: che però non trovava e non trova nessun riscontro nelle direttive europee.

In questo secolo il legislatore ha poi deciso di normare la nozione di partenariato: tramite le modifiche recate dal d.lgs. 152/2008, nell'art. 3 del codice dei contratti pubblici del 2006 era stato inserito il comma 15-*ter*, che dettava la definizione della nozione dei contratti di partenariato pubblico privato.

Il primo periodo del comma 15-*ter* prevedeva che sono tali i “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”; e il secondo periodo che “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 ...”.

Peraltro sulla base di questa disposizione si poteva immaginare anche che la concessione (di lavori o di servizi) e la finanza di progetto, pur rientrando entrambe nel novero dei contratti di partenariato pubblico-privato, fossero due diversi tipi di contratti.

Il che nel codice del 2006 poteva sembrare confermato anche dalla diversa collocazione della disciplina della concessione e di quella della finanza di progetto, dato che la prima si trovava nel capo II, e la seconda nel capo III del titolo terzo della parte seconda del codice.

Il codice dei contratti del 2016 per certi aspetti sembrava poi marcare più nettamente una distinzione tra l’una e l’altra disciplina.

L'art. 180 del secondo codice dei contratti pubblici nel comma 8 dettava una formula analoga a quella impiegata dal d.lgs. 152/2008, perché prevedeva che nel novero dei contratti di partenariato “rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”.

Questo articolo era collocato nella parte IV del codice – che era intitolata *Partenariato pubblico-privato e contraente generale e altre modalità di affidamento* - nella quale prevedibilmente trovava posto anche la disciplina della finanza di progetto, dettata negli articoli 183-186.

Invece la disciplina delle concessioni - che pure l'art. 180 considerava come una *species* dei contratti di partenariato - non era collocata nella parte IV, bensì nella parte III, intitolata appunto *Contratti di concessione*: in modo decisamente incongruo, perché così le norme riguardanti una *species* di partenariato precedevano le norme dedicate al *genus*<sup>20</sup>.

Ovviamente si tratta di una tecnica legislativa non particolarmente felice: aggravata dal fatto che a ben vedere la disciplina del contratto di partenariato in sostanza si limitava a riprendere i contenuti di quella della concessione.

Il che con tutta probabilità è accaduto perché nella disciplina del partenariato dello scorso decennio il *project financing* pareva avere assunto un rilievo assolutamente centrale, e quasi una valenza simbolica degli assetti delle collaborazioni pubblico-privato auspicati dal legislatore – sappiamo bene che gli altri istituti, diversi dalle concessioni, che si sono voluti ricondurre al PPP, quali la locazione finanziaria di opere pubbliche e il contratto di disponibilità, in concreto hanno un'applicazione abbastanza limitata.

---

<sup>20</sup> Critiche alla tecnica legislativa che era stata impiegata per regolare il partenariato nel codice del 2016 sono venute da più parti, ma v. in proposito almeno S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, cit.

#### 4. *Pregi e difetti del partenariato*

Il rilievo centrale della finanza di progetto nell'ambito del partenariato pare dovuto al fatto che essa - a differenza della concessione, che ormai da secoli è prevista nell'ordinamento italiano come in quello degli altri paesi europei - costituisce un meccanismo pensato appositamente al fine di risultare attrattivo degli investimenti privati.

E' quasi inutile ricordare che, quando la proposta di realizzare un'opera o un servizio viene da parte di un'impresa che ha ideato il progetto di fattibilità e il piano economico-finanziario dell'intervento, è ben difficile che il contratto venga aggiudicato a un'impresa diversa: e che questo risultato è ulteriormente garantito dalle previsioni sul diritto di prelazione del promotore<sup>21</sup> - ciò che non a caso ha fatto dubitare della coerenza di queste previsioni con i principi in tema di concorrenza, e in passato ha recato a un ricorso della Commissione europea e a una temporanea soppressione della prelazione<sup>22</sup>.

Con tutta probabilità è per sottolineare la centralità della finanza di progetto che il legislatore aveva dunque voluto qualificarla come un istituto a sé stante rispetto alla consueta concessione - che invece era stata relegata in una diversa parte del codice del 2016, probabilmente per sottolinearne l'estraneità rispetto agli strumenti giuridici di collaborazione di origine più recente, che venivano considerati maggiormente attrattivi degli investimenti delle imprese.

Nondimeno a oggi gli istituti afferenti al partenariato non sembrano aver riscosso il successo sperato dal legislatore, se è vero che nel 2022 il valore delle operazioni realizzate tramite questi istituti si

---

<sup>21</sup> Cfr. ad es. G. GRECO, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in: "Riv. giur. ed.", 2003, pp. 143-150, e G. FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, *ivi*, 2006, pp. 77-107. Le vicende del diritto di prelazione del promotore da ultimo vengono ricostruite puntualmente da L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in: "Giorn. dir. amm.", 2024, pp. 253-263.

<sup>22</sup> Cfr. G. MARCHIANO, *Sul grado di interazione tra sistema giuridico e sistema economico: il caso del promotore nella finanza di progetto*, in: "Munus", 2012, pp. 339-380.

aggira sui 3-4 miliardi di euro, mentre quello degli appalti si avvicina ai 300 miliardi<sup>23</sup>.

Certo, è innegabile che per l'amministrazione il partenariato pubblico-privato può essere uno strumento di grande utilità.

E' notorio che la competizione concorrenziale costringe le imprese all'innovazione per poter crescere, e ancor prima per poter sopravvivere: per usare una definizione – decisamente enfatica, ma suggestiva – coniata da Schumpeter alla metà del secolo scorso, si tratta del “turbine della distruzione creatrice”<sup>24</sup>, perché il capitalismo è “un processo essenzialmente evolutivo”<sup>25</sup>, per cui le imprese devono andare sempre alla ricerca di nuovi prodotti, nuovi metodi di produzione, nuovi mercati, nuove forme di organizzazione, *etc.*

Giocoforza le imprese molto spesso hanno maggiore inventiva di quanta non ne abbia la pubblica amministrazione nell'ideare nuovi sistemi e nuove soluzioni per realizzare questo o quell'intervento.

Però non si può disconoscere che i partenariati comportano pure dei rischi non indifferenti, perché, sia per gli aspetti tecnici, sia per quelli contabili, sia per quelli contrattuali, queste “operazioni economiche” risultano decisamente più complesse degli appalti, e dunque sono più difficilmente gestibili da parte delle amministrazioni: e non si può neppure dimenticare che per contro di questa maggiore complessità a volte può giovare, a scapito del pubblico interesse e della pubblica amministrazione che deve tutelarlo, l'impresa che si trova a ideare e a progettare l'operazione in partenariato, dato che, per dirla

---

<sup>23</sup> Il limitato successo del partenariato viene riferito anche nella relazione del Consiglio di Stato sullo schema del terzo codice dei contratti pubblici. I dati che vengono riportati nel testo sono ripresi da A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in: “giustizia-amministrativa.it”. Cfr. in proposito anche V. DI NARDO, “I risultati del PPP in Italia: dall'esperienza empirica la proposta di linee guida per le convenzioni di concessione e gestione”, in: *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato, cit.*, p. 575 ss.

<sup>24</sup> J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Rizzoli, 2001, p. 84.

<sup>25</sup> J.A. SCHUMPETER, *op. cit.*, 82.

con una parafrasi di una considerazione di Mantellini, anche il ceto dei *partner* privati può essere accortissimo.

Non a caso nelle operazioni di partenariato molto spesso si è riscontrato il mancato trasferimento del rischio operativo dell'intervento in capo al privato: stando alle rilevazioni svolte dall'Istat, è per questa ragione che sempre nel 2022 nel nostro paese ben l'87% dei contratti di partenariato pubblico privato è stato riclassificato come *on balance* anziché *off balance*, e dunque è rimasto a carico dei bilanci pubblici, vanificando quello che dovrebbe essere uno dei principali vantaggi del ricorso a questi strumenti - peraltro le criticità di queste collaborazioni non sembrano essere un fenomeno solo italiano, dato che la Corte dei conti europea nella relazione del 2018 sui partenariati pubblico-privato ha segnalato che l'impiego degli strumenti in discorso crea diversi tipi problemi pure in altri paesi europei.

### *5. Il partenariato nel Codice dei contratti pubblici del 2023*

Rispetto ai due codici previgenti, il codice dei contratti pubblici emanato con il d.lgs. 36 del 2023 si segnala per essere stato formulato in modo più accurato anche per quanto riguarda il partenariato.

L'art. 174 del codice vigente infatti non annovera più la finanza di progetto tra i contratti di partenariato pubblico-privato, dato che nel terzo comma prevede che "Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela".

E la disciplina della finanza di progetto viene posta negli artt. 193-195, che compongono il titolo IV, intitolato *La finanza di progetto*, il quale è correttamente collocato nella parte II, rubricata *Dei contratti di concessione*, e dedicata appunto alla complessiva disciplina delle concessioni di beni e servizi, del libro IV del codice, a sua volta intitolato *Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni*.

Gli è che l'art. 193 configura la finanza di progetto come una procedura di affidamento delle concessioni, ove prevede che “gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi” (anche se poi l'art. 198 prevede che la procedura *ex* art. 193 può essere impiegata anche per “tutti i contratti di partenariato pubblico privato”, e che gli aggiudicatari di contratti di partenariato “possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo”), mentre l'art. 194 dispone che devono essere gestite dalla società di scopo ivi disciplinata le concessioni di valore superiore alla soglia di rilevanza europea che vengono affidate tramite questa procedura<sup>26</sup>.

Anche il codice vigente però non ha rinunciato a promuovere l'impiego del partenariato: né poteva esimersi dal farlo, dato che doveva attuare il criterio direttivo, dettato dalla legge-delega 78/2022, di rendere le procedure inerenti il partenariato pubblico-privato “effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione”<sup>27</sup>.

Certo, il codice non ha ripreso il contratto di partenariato tipico che era disciplinato - come s'è detto, in modo non particolarmente felice - dal codice dei contratti del 2016: ma a ben vedere una previsione in tal senso sarebbe stata del tutto inutile, dato che, vigente il nuovo codice, le amministrazioni ben possono valersi della possibilità di stipulare contratti atipici che è implicita nel principio di autonomia contrattuale sancito nell'art. 8 anche al fine di realizzare forme di partenariato<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in: “Giorn. dir. amm.”, n. 3, 2023, pp. 364-373.

<sup>27</sup> Peraltro in consonanza con quanto è stato previsto anche in ordine a parte degli interventi del Pnrr – per cui V. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del Pnrr*, in: “Diritto amministrativo”, n. 2, 2022, pp. 441-469.

<sup>28</sup> Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in: “Urb. e app.”, n. 3, 2023, pp. 285-298.

Ma l'attrattività per le imprese delle procedure in discorso voluta dalla legge-delega viene assicurata (e in modo decisamente più efficace di quanto non fosse nei primi due codici dei contratti) dando attuazione delle previsioni della direttiva UE 23/2014 che riguardano le concessioni.

In questo modo infatti vengono abbandonati i limiti quantitativi ai pagamenti della pubblica amministrazione a favore del concessionario (l'art. 165 del Codice del 2016 invece esordiva affermando che la maggior parte dei ricavi del concessionario deve venire dalla vendita dei servizi al mercato), che appunto non trovano riscontro della direttiva: e così viene meno la necessaria trilateralità delle concessioni, e il partenariato pubblico-privato ora risulta applicabile pure alle cosiddette opere fredde, che non producono reddito, e dunque vengono remunerate esclusivamente da parte della pubblica amministrazione concedente.

Per solito anche questi nuovi assetti normativi hanno pregi e difetti.

Da un lato essi possono favorire una più ampia diffusione del partenariato, ma dall'altro lato sono suscettibili di dar luogo a diversi problemi applicativi: e dunque rischiano di accrescere la difficoltà nel gestire le operazioni di partenariato a cui come s'è detto le pubbliche amministrazioni andavano incontro già in passato.

Gli è che in base alla disciplina del Codice vigente non pare facile stabilire quando si verifica quel trasferimento del rischio operativo che costituisce il *proprium* del partenariato<sup>29</sup>: e potrebbe risultare non facile neppure dare concreta attuazione al meccanismo abbastanza

---

<sup>29</sup> V. S. FANTINI, H. SIMONETTI, che in *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in: "Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d. leg. 31 marzo 2023 n. 36)", Città di Castello, 2023, p. 225, segnalano che in questo caso "il confine tra concessione (di lavori) e appalto (di lavori e di servizi) si fa davvero labile", e cfr. le interessanti considerazioni che riguardo alla direttiva del 2014 erano state fatte da G. F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in: "Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato", cit., pp. 23-48, e da F. GOISIS, *Il rischio economico quale "proprium" del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico "versus" visioni tradizionali*, in "Dir. amm.", 2015, pp. 743-766.



complesso del “sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all’operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell’opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione” che viene previsto nel quarto comma dell’art. 177.