

BENI PUBBLICI

collana a cura di FRANCESCO CLEMENTI

demanio e patrimonio pubblico

FCL07

SUSANNA ASCIONI

La procedura di **dismissione** del patrimonio pubblico immobiliare

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-97916-84-0

l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi», i PPP (Partenariati Pubblico - Privato) si collocano all'interno degli appalti con la funzione di sostituirsi alle tecniche tradizionali d'intervento pubblico facendo ricorso al finanziamento dei privati²⁴.

I PPP sono, pertanto, una risposta alla crisi finanziaria globale che ha portato alla necessità di reperimento di fondi in un mercato, quello privato, estremamente più competitivo e con il vantaggio per la pubblica amministrazione di vedere realizzate opere pubbliche senza l'impiego, in tutto o in parte, del denaro pubblico.

Il Libro Verde sui PPP²⁵, pur ammettendo la mancanza di una vera e propria definizione dei PPP, ha tentato di descriverli come: «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e 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»²⁶.

A livello nazionale, invece, il legislatore con il Decreto Legge n. 1 del 24 gennaio 2012 ha cercato di colmare la lacuna introducendo all'art. 3 del codice degli appalti pubblici il comma 15 ter che testualmente così recita: «Ai fini del presente codice, i

²⁴ L'esigenza alla base di questa tecnica di finanziamento, già ampiamente diffusa in ambito europeo, è illustrata nel Libro verde sul PPP della Commissione U.E., 2004 con tali parole: «In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del "know-how" e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore» (Commissione Europea, Libro Verde sul PPP, n.327,2004, in www.eur-lex.europa.eu, pag.3).

²⁵ COMMISSIONE EUROPEA, Libro Verde sul PPP, n.327 del 2004, in www.eur-lex.europa.eu.

²⁶ A livello europeo va segnalata altresì, la Comunicazione interpretativa della Commissione U.E. sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI) pubblicata sulla gazzetta ufficiale 2008, C 91 pag.4.

“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 1bis 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»²⁷.

Dagli articoli sopra citati emergono alcuni elementi tipici dei PPP che possono essere descritti in sintesi come:

- Intervento del privato nella realizzazione di opere pubbliche.
- Trasferimento del rischio del settore pubblico all’operatore privato. L’identificazione e l’allocazione dei rischi rappresentano due momenti essenziali del PPP, come sarà illustrato in seguito.
- Rispetto della qualità e del costo del servizio imposti dalla P.A.

²⁷ Ad una prima lettura di quest’articolo si evince come il legislatore faccia rientrare tra i PPP diverse tipologie contrattuali, tutte accumulate dall’aver ad oggetto una o più prestazioni, quali: la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, ovvero la fornitura di un servizio caratterizzate, inoltre, da un finanziamento totale o parziale a carico dei privati.

4.2. Utilità dei PPP

Come evidenziato in dottrina²⁸, la ricerca da parte della Pubblica Amministrazione di forme di collaborazione con il privato si è sviluppata negli anni a fronte di una carenza di risorse economiche e di competenze tecniche idonee a consentire la realizzazione e la gestione di opere pubbliche e di servizi di pubblica utilità. Tale esigenza di coinvolgimento del privato si è sviluppata soprattutto negli ultimi decenni in conseguenza della riduzione della spesa pubblica, anche con riferimento a quanto imposto dal Trattato di Maastricht del 1992. È evidente che in una tale situazione le Pubbliche Amministrazioni hanno sempre di più cercato di individuare sistemi alternativi che potessero consentire la realizzazione di opere pubbliche senza il coinvolgimento della finanza pubblica. Pertanto, la funzione economico - finanziaria rappresenta il fulcro dei PPP e le amministrazioni attraverso tale funzione intendono perseguire un duplice scopo:

1. Ridurre gli oneri per la finanza pubblica
2. Dislocare sui privati tutti i rischi dell'intera operazione, salvo quello politico - amministrativo - regolatorio che è di spettanza alla Pubblica Amministrazione²⁹.

Inoltre, oltre allo sgravio finanziario, sussiste un vantaggio operativo del ricorso al PPP rappresentato dall'accorpamento in un'unica procedura di tutte le fasi: ideazione, progettazione,

²⁸ M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, G. Giappichelli Editore, I edizione, 2010 pag. 738; E. ROBALDO, *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, I edizione, 2007, pag. 1356 - 1381; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, V edizione, 2012, pag. 1719 e ss; M. MARIANI, V.MENALDI, *Il project financing*, G.Giappichelli editore, 2012, pag. VII e ss; O. CUTAJAR, A. MASSARI, *Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza*, Maggioli Editore, II edizione, 2012 pag. 954 e ss.

²⁹ M. MARIANI, V. MENALDI, pag. XII.

realizzazione, gestione e manutenzione³⁰.

A livello europeo, la Commissione Europea ha dovuto affrontare sin dall'aprile 1999 le finalità delle crescenti forme di collaborazione tra la P.A. e i privati, al fine di arginare o quanto meno regolamentare, l'utilizzo di strumenti di partenariato di origine soprattutto anglosassone che rischiavano di incrinare i principi cardini della Comunità Europea, costituiti dalla libertà di concorrenza e dalla libertà di stabilimento; principi che vincolano la disciplina comunitaria sugli affidamenti dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture³¹.

In un primo momento, la Commissione Europea, anziché intervenire disciplinando la materia, si è limitata ad aprire procedure d'infrazione. Stante il perdurare da parte degli stati membri circa l'utilizzo di questi nuovi fenomeni di collaborazione, la stessa Commissione Europea ha dovuto prendere atto della diffusione in quegli anni del cosiddetto PFI (*Private finance initiative*). Tale percorso di riflessioni è iniziato con la Comunicazione interpretativa pubblicata il 29 aprile 2000 ed è proseguito con il Libro Verde della Commissione Europea del 30 aprile 2004 n.327 nonché con la Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, COM (2005) 569 definitivo del 15.11.2005, con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006 [2006/2043 (INI)] e da ultimo con la Comunicazione interpretativa della Commissione del 05.02.2008 C(2007)6661 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI)³².

³⁰ M. MARIANI, V. MENALDI, pag. XII.

³¹ M. MARIANI, V. MENALDI, pag. XII

³² M. CLARICH, pag. 738 nota n.2: «Sul tema del partenariato pubblico - privato: COMMISSIONE EUROPEA, *Guidelines for success full public - private partnership*, marzo 2003; Id., *Resource Book of PPP Case Studies*, giugno 2004, Corte Giustizia Ce decisione Eurostat sul trattamento contabile delle operazioni di PPP febbraio 2004; COMMISSIONE EUROPEA, *Green paper on PPP's an community law on public contracts and concession*, marzo 2004; da ultimo la comunicazione interpretativa della commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai

Con il Libro Verde del 30 aprile 2004 n.327 nell'individuare il Partenariato Pubblico - Privato in tutte quelle «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo dell'impresa che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio», la Commissione Europea ha riconosciuto l'utilità delle finalità dei PPP a supporto dell'attività della Pubblica Amministrazione e ciò al fine di ridurre la spesa pubblica mediante il coinvolgimento dell'operatore privato nel finanziamento e conseguente costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio³³.

In ogni caso come si evince dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 05.02.2008 C(2007)6661 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI): «Nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi,

partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI), Bruxelles, 5 febbraio 2008. In letteratura si rinvia tra gli altri a M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico - Privato*, Napoli, 2009; id., introduzione. *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato - pubblico - Privato*, atti convegno SPISA 29 luglio 2005; id., *il partenariato pubblico - privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; M. A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico - Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, atti convegno SPISA, 29 luglio 2005; E. IOSSA, F. RUSSO, *Il partenariato pubblico privato in italia*, in Riv. Pol. Ecom., 2008; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; B. RAGANELLI E G. FIDONE, *Public private partnerships and publicworks: reducing moral hazard in a competitive market*, in Riv. Merc. Fin e scienza fin, n.1, 2008».

³³ M. CLARICH, pag. 738, nota n.1: «Il libro verde del 1996 sugli appalti pubblici nell'Unione Europea (Commissione europea, Libro verde, gli appalti pubblici nell'Unione Europea: spunti di riflessione per il futuro, 27 novembre 1996), parla di una spesa annua per l'acquisto di beni e servizi da parte dei pubblici poteri pari all'11% del Prodotto interno Lordo dell'unione europea ed indagini più recenti evidenziano una crescita tra la metà degli anni novanta del secolo scorso e il 2003 che supera il 16% del PIL a livello comunitario e il 12,3% del Pil in Italia (M. Clarich - L. Fiorentino, *Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato in appalti pubblici e concorrenza*, progetto concorrenza di CONFINDUSTRIA, coordinato da I. Cipolletta - S. Micossi - G. Nardozi, 2006 par.1)».

ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia. L'obiettivo di tali disposizioni è permettere a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza».

Da quanto sopra esposto, ne consegue che, a livello europeo, la scelta sull'attuazione del PPP viene comunque rimessa alle Pubbliche Amministrazioni degli stati membri. L'unica preoccupazione a livello comunitario è stata quella di dettare le linee guida del fenomeno, nel rispetto dei principi di concorrenza, di parità, di trattamento e di tentare di «illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del *partner* privato e alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide e alle caratteristiche specifiche dei PPP»³⁴. Infatti, con la Comunicazione sopra citata³⁵, la Commissione ha ribadito in modo inequivocabile che l'attivazione di un PPP non può eludere il sistema concorrenziale: «il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni. In

³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sul PPP*, n.327 del 2004, in www.eur-lex.europa.eu.

³⁵ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione interpretativa della commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 05.02.2008 C(2007)6661, in www.ec.europa.eu.

effetti, la Corte di giustizia ha rilevato che la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione "interna" (*in-house*), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione».

4.3. Tipologie previste di PPP

Nel libro verde sul PPP della Commissione U.E., 2004³⁶, la Commissione Europea ha classificato i PPP in due tipologie: i PPP contrattuali e i PPP istituzionalizzati.

4.3.1. I PPP contrattuali

Detta tipologia di PPP è caratterizzata dal basarsi su accordi contrattuali tra vari soggetti di durata certa e lunga tale da permettere il recupero degli investimenti nell'ideazione ed esecuzione del progetto.

Una delle forme più conosciute è la concessione³⁷ ove il privato fornisce un servizio al pubblico in luogo ma sotto il

³⁶ Reperibile in www.eur-lex.europa.eu, pag. 9 e 18.

³⁷ Per ciò che concerne la concessione, occorre brevemente soffermarsi sul dibattito intorno alla sua natura giuridica che ha visto contrapporsi la rilevanza attribuita all'aspetto pubblicistico ovvero a quello privatistico dell'istituto, definendolo essenzialmente come contratto, provvedimento ovvero provvedimento - contratto. Posto che, come autorevole dottrina ha sostenuto (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261), rientrano sotto l'espressione di concessione una molteplicità di figure di provvedimenti che hanno come carattere comune «l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la

loro sfera giuridica». Il problema si è posto (G.P.CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustizia-amministrativa.it) essenzialmente con riguardo alle concessioni a privati di beni pubblici e nelle concessioni di servizi pubblici caratterizzati dalla compresenza di un provvedimento di concessione in cui l'amministrazione conserva il suo carattere di autorità nonché da una convenzione collegata al provvedimento che può essere contemporanea ovvero successiva alla concessione. Posto ciò, bisogna però tenere ben separati la natura giuridica dei due soggetti nonché gli scopi che essi intendono perseguire. Proseguendo secondo tale impostazione, nei primi anni in cui iniziò tale aspro dibattito sulla natura giuridica della concessione, Ranelletti (O.RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, p. 25. cit., p. 72) sostenne che i due negozi, seppure non si uniscano a formare un solo atto di natura contrattuale, consentono tuttavia di qualificare le concessioni come “atti amministrativi ad effetti bilaterali” (espressione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 435) e, da ultimo, negò la possibilità di contratti di diritto pubblico in queste ipotesi. Come autorevolmente sostenuto (G.RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli editore, 2012, p. 7) «L'utilizzo di concetti privatistici nell'opera del Ranelletti è più formale che sostanziale. La disciplina sostanziale dell'atto amministrativo viene condizionata solo in minima parte dal richiamo degli istituti e delle nozioni privatistiche». La dottrina successiva sviluppò le tesi unilaterali della concessione amministrativa. Cammeo (F.CAMMEO, *I monopoli comunali*, l'opera fu pubblicata nel biennio 1895-1896, nell'Archivio giuridico Serafini.) pose in evidenza gli interessi del concessionario rispetto a quelli dell'amministrazione e pertanto ricostruì il rapporto concessorio riconoscendo anche in capo al concessionario dei diritti (e non solo interessi o interessi legittimi come Ranelletti) nei confronti della amministrazione. Come autorevolmente sostenuto (G.RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli Editore, 2012) sebbene l'impostazione prospettata era «volta a tutelare la posizione della Pubblica Amministrazione e ad evitare che la stessa rimanesse vincolata al rispetto di concessioni preesistenti senza poter recedere unilateralmente», suddetta teoria riconobbe la possibilità che, per tutti i tipi di concessione amministrativa, potessero derivare «diritti soggettivi di natura pubblica per il concessionario» (M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, VII, *ad vocem*, p. 117.). Successivamente, giurisprudenza e pratica, si soffermarono proprio su queste ultime riflessioni, ponendo in rilievo il fatto che la qualificazione delle «obbligazioni pubbliche della pubblica amministrazione dovette cedere di fronte alle obbligazioni contrattuali» (M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, VII, *ad vocem*, p. 118.). Tale passaggio portò con sé fondamentali conseguenze anche sotto il profilo delle norme applicabili: dalla applicazione di alcune norme civilistiche sui contratti alle regole del codice civile sui contratti. Secondo altra teoria contrattualista il rapporto di concessione ha carattere contrattuale: la concessione (da intendersi come l'atto amministrativo concessorio) in sostanza non esiste, l'importanza fondamentale nella definizione del rapporto è attribuita soltanto al contratto. La concessione venne ricostruita nei termini di contratto di diritto pubblico da Giannini (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto*

amministrativo, I, Milano, 1950, p. 350) che attribuisce alle parti contraenti della concessione una posizione giuridica paritaria e gli effetti giuridici che ne conseguirebbero sarebbero l'incontro delle due volontà; le prestazioni, conseguentemente, sarebbero legate causalmente l'un l'altra. Detta ricostruzione pubblicistica del Giannini ricopre una importanza fondamentale nella ricostruzione dell'intero istituto della concessione di pubblici servizi. Si è a riguardo, da ultimo, sostenuto (G.RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli Editore, 2012, che rinvia allo scritto di F. ROVERSI MONACO, *Apertura dei lavori del convegno*, in F. ROVERSI MONACO, cit., p. 13.) che «le concessioni non sarebbero “concessioni”, ma atti di tipo organizzatorio con i quali la pubblica amministrazione affida a terzi un proprio ufficio». Alla teoria contrattualista si opposero gli anticontrattualisti, i quali sostennero che la concessione nascesse per volere della sola amministrazione; pertanto le dichiarazioni di volontà della amministrazione e del singolo si concreterebbero in due atti distinti e unilaterali: da una parte, quello dell'amministrazione assumerebbe la posizione di atto principale e regolativo del rapporto, mentre dall'altro, quello del privato, che a seconda che intervenga prima o dopo l'atto di concessione, assumerebbe rilievo come semplice presupposto o come condizione di efficacia del medesimo (La tesi è prospettata in E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, *ad vocem*, Milano, 1961, p. 373-374). Le differenti tesi si sono contrapposte nel corso degli anni fino all'intervento decisivo del diritto comunitario che ha posto fine a questo lunghissimo dibattito ed ha avuto un'importanza fondamentale nella ricostruzione dell'istituto. A tal proposito ricopre importanza fondamentale la 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 (in www.eur-lex.europa.eu) che dà per la prima volta una definizione di concessione di servizi all'art 1 par. 4 che è stata poi recepita all'interno dell'art 3 del Codice degli appalti pubblici. Detto articolo, infatti, al comma 12 definisce la concessione come “*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, in conformità all'articolo 30*”. Assistiamo quindi oggi, secondo autorevole dottrina (R. GAROFOLI E G. FERRARI, *Codice degli Appalti pubblici*, in nota all'art 30 sezione I - L'inquadramento p. 408, Tomo I, Nel diritto editore, V edizione, 2012), «all'abbandono dell'orientamento che postulava la concessione come provvedimento amministrativo, conflueno invece questa nel sistema contrattualistico delle pubbliche amministrazioni, con la conseguente depiticizzazione dei rapporti accessori (cfr. Cons.St.,sez. V, 1 luglio 2005, n.3672)». Tuttavia parte della dottrina, richiamando la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale la quale, confermando la legittimità della giurisdizione del giudice amministrativo per quanto riguarda le controversie relative alla concessione di pubblico servizio, in quanto connesse all'esercizio di un potere amministrativo, considera ancora oggi tali atti come atti in senso pubblicistico. Questo in ragione del fatto che le disposizioni della direttiva e del codice che qualificano la concessione come contratto non influirebbero sul precedente dibattito intorno alla sua natura giuridica. L'obiettivo della definizione data dalla direttiva non sarebbe quello di incidere sulla potestà organizzatoria degli

controllo del *partner* pubblico, nel quale la retribuzione è riscossa direttamente presso gli utenti e ove accompagnata da obblighi di servizio, da un contributo da parte dell'ente concedente³⁸.

stati membri bensì quello «di estendere anche alla scelta del concessionario i principi fondamentali in tema di contratti pubblici» (R. GAROFOLI E G. FERRARA, in nota all'art 30 sezione I - L'inquadramento p. 408, Tomo I).

³⁸ Anche il codice degli appalti all'articolo 30 prevede che la pubblica amministrazione sia tenuta a erogare un corrispettivo per consentire l'equilibrio economico-finanziario del gestore del servizio pubblico. Per altro tale obbligo è ormai consolidato anche a livello europeo, a seguito della posizione assunta dalla Corte di Giustizia con la famosa sentenza c.d. "Altmark" (Corte di Giustizia Europea, 24 luglio 2003, resa nel procedimento C - 280/00). Nel 1990 Altmark Trans GmbH aveva ottenuto contributi economici per il trasporto passeggeri su autobus nella circoscrizione di Stendal. Un'impresa concorrente avviava una controversia comunitaria affermando che «Altmark non avrebbe potuto sopravvivere senza le concessioni pubbliche che, pertanto, erano illegittime perché contrarie alle regole di mercato». La Corte Ue aveva chiarito che l'intervento dello Stato era ammesso «se i finanziamenti pubblici rappresentano la contropartita ad assolvere determinati O.S.P.». Stando alla sentenza, per stabilire la legittimità delle sovvenzioni devono ricorrere quattro requisiti: 1) l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico deve essere esplicitato chiaramente. Costituiscono obblighi di servizio pubblico: a) obbligo di esercizio e cioè di adottare tutte le misure atte a garantire un servizio di trasporto conforme a determinate norme di continuità, di regolarità e di capacità. Tale nozione comprende anche l'obbligo di mantenere in buono stato le linee, impianti e materiale; b) obbligo di trasporto; c) obbligo tariffario. 2) i parametri per l'assegnazione delle sovvenzioni devono essere definiti in modo "obiettivo e trasparente"; 3) i fondi non possono eccedere le somme necessarie all'impresa per coprire i costi originati dall'adempimento degli O.S.P.; 4) deve essere riconosciuto un margine di utile ragionevole per l'adempimento OSP. Qualora anche uno solo dei criteri fissati nella sentenza "Altmark" non sia soddisfatto, e siano presenti altri criteri in relazione agli aiuti di Stato, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato. Con il Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (entrato in vigore il 3 dicembre 2009), è stata recepita la sentenza pilota in materia di oneri di servizio pubblico e precisamente con l'articolo 6 e con l'allegato: Articolo 6 - Compensazioni di servizio pubblico 1. Tutte le compensazioni connesse a una *norma generale* o a un *contratto di servizio pubblico* sono conformi alle disposizioni di cui all'articolo 4, indipendentemente dalle modalità di aggiudicazione del contratto. Tutte le compensazioni di qualsiasi natura connesse a un contratto di servizio pubblico aggiudicato direttamente a norma dell'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 o 6, o connesse a una norma generale sono inoltre conformi alle disposizioni dell'allegato. 2. Su richiesta scritta della Commissione, gli Stati membri le trasmettono, entro tre mesi o entro un termine più lungo fissato nella richiesta stessa, tutte le informazioni che la Commissione reputa necessa-

rie per stabilire se le compensazioni erogate siano compatibili con il presente regolamento. ALLEGATO - Norme applicabili alla compensazione nei casi previsti nell'articolo 6, paragrafo 1 1. Le compensazioni connesse a contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente a norma dell'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 o 6, o le compensazioni connesse a una norma generale sono calcolate secondo le regole di cui al presente allegato. 2. La compensazione non può eccedere l'importo corrispondente all'effetto finanziario netto equivalente alla somma delle incidenze, positive o negative, dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico sulle spese e sulle entrate dell'operatore di servizio pubblico. Tali incidenze sono calcolate mettendo a confronto la situazione in cui l'obbligo del servizio pubblico è assolto con la situazione che sarebbe esistita qualora l'obbligo non fosse stato assolto. Per calcolare l'effetto finanziario netto, l'autorità competente segue il seguente schema: costi sostenuti in relazione ad un obbligo di servizio pubblico o a un insieme di obblighi di servizio pubblico imposti dall'autorità o dalle autorità competenti e contenuti in un contratto di servizio pubblico e/o in una norma generale, meno gli eventuali effetti finanziari positivi generati all'interno della rete gestita in base all'obbligo o agli obblighi di servizio pubblico in questione, meno i ricavi delle tariffe o qualsiasi altro ricavo generato nell'assolvimento dell'obbligo o degli obblighi di servizio pubblico in questione, più un ragionevole utile, uguale all'effetto finanziario netto. 3. L'assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico può avere un impatto sulle eventuali attività di trasporto di un operatore che esulino dall'obbligo o dagli obblighi di servizio pubblico in questione. Per evitare compensazioni eccessive o assenza di compensazione, nel calcolo dell'effetto finanziario netto devono pertanto essere presi in considerazione gli effetti finanziari quantificabili sulle reti dell'operatore in questione. 4. Il calcolo delle spese e delle entrate deve essere effettuato in conformità dei principi contabili e fiscali in vigore. 5. Allo scopo di aumentare la trasparenza e di evitare le sovvenzioni incrociate, quando un operatore di servizio pubblico presta sia servizi compensati soggetti a obblighi di servizio di trasporto pubblico sia altre attività, la contabilità dei suddetti servizi pubblici deve essere tenuta separata nell'osservanza almeno delle seguenti condizioni: - i conti operativi corrispondenti a ciascuna di tali attività economiche devono essere separati e la quota dei ricavi e dei costi fissi deve essere imputata secondo le vigenti norme contabili e fiscali, - tutti i costi variabili, un contributo adeguato per i costi fissi e un utile ragionevole connessi a eventuali altre attività esercitate dall'operatore di servizio pubblico non possono in nessun caso essere a carico del servizio pubblico in questione, - i costi originati dalla prestazione del servizio pubblico devono essere bilanciati dai ricavi di esercizio e dal versamento di somme da parte delle pubbliche autorità, senza possibilità di trasferimento di ricavi a un altro settore di attività dell'operatore di servizio pubblico. 6. Si deve intendere per «ragionevole utile» un tasso di remunerazione del capitale abituale per il settore, in un determinato Stato membro, che tiene conto dell'esistenza o della mancanza di rischio assunto dall'operatore di servizio pubblico a seguito dell'intervento dell'autorità pubblica. 7. Il metodo di compensazione deve promuovere il mantenimento o lo sviluppo: - di una gestione efficace da parte dell'operatore di servizio pubblico, che possa essere oggetto di valutazione obiettiva, e - della fornitura di servizi di trasporto di passeggeri di livello sufficientemente elevato. La Corte di Giustizia Ce (si veda: sezione II, n. 504

Un'altra forma è la realizzazione e gestione di un'infrastruttura (scuola, ospedale...) mediante PFI³⁹ nella quale la retribuzione del privato avviene mediante pagamenti regolari, fissi o variabili, ricevuti dal *partner* pubblico.

Il *Seventeenth Report of Session 2010 - 2012 Vol.1* della House of Commons Treasury Committee Private Finance Initiative⁴⁰ definendo che «In a typical PFI project, the private sector party is constituted as a Special Purpose Vehicle (SPV), which manages and finances the design, build and operation of a new facility», prosegue precisando che il finanziamento degli investimenti relativi al capitale iniziale (vale a dire il capitale necessario per pagare i costi di transazione, acquistare terreni e costruire le infrastrutture ecc) è costituito da una combinazione di capitale

del 7 maggio 2009) ha escluso che tale disciplina configuri un aiuto di Stato vietato dall'articolo 87, n. 1, Ce. I principi sopra esposti sono stati confermati anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5043/06 (resa nella causa tra Fontaneto Autoservizi Spa / Regione Piemonte e Provincia di Novara), il quale ha risposto positivamente al quesito posto per accogliere il ricorso e precisamente: «E' immediatamente applicabile la normativa comunitaria di cui al Regolamento CEE n. 1191/69, nel testo risultante dalle modificazioni introdotte con il Regolamento CEE n. 1893/91, a fronte di una disciplina interna che non prevedeva un metodo di compensazione effettiva e piena dei maggiori costi sostenuti in stretta correlazione con lo svolgimento del servizio nel rispetto degli obblighi imposti dalle autorità concedenti». Con altra sentenza del 2009 n. 4683 il Consiglio di Stato ha confermato tale impostazione ritenendo legittima la compensazione da parte degli enti locali per i servizi prestatati dalle aziende di Tpl, anche senza una formale richiesta di interruzione da parte di quest'ultime. Con la sentenza del 9 marzo 2010 n.1405 il Consiglio di Stato, sez. IV, ha ribadito che ferma la spettanza dei contributi di esercizio nella misura determinata in provvedimenti amministrativi formali, non può essere negata all'esercente il servizio pubblico la pretesa al ristoro dei costi effettivamente sostenuti in ragione dell'espletamento del servizio pubblico. Anzi, per il Consiglio di Stato, le norme di diretta efficacia sono applicabili negli ordinamenti nazionali nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, con efficacia retroattiva anche con riferimento ai rapporti per i quali i rimedi giurisdizionali interni risultino esauriti, trattandosi di interpretazione autentica; non osta pertanto a un nuovo ricorso giurisdizionale.

³⁹ Il libro Verde nel paragrafo 2.3 parlando di PFI vuole far riferimento alla *Private Finance Initiative*, britannica che permette la realizzazione di infrastrutture pubbliche con ricorso al finanziamento privato. Modello utilizzato più o meno fedelmente anche in altri stati membri come ad esempio in Germania per realizzare lo *Betreibermodell*.

⁴⁰ Reperibile in www.publications.parliament.uk, p.4.

sociale e capitale “a prestito” dai proprietari della SPV, insieme a prestiti di banche o di altri obbligazionari contraenti.

La pubblica autorità paga poi alla SPV una “unitary charge”, nel momento in cui la prestazione oggetto del contratto diviene fruibile ed essendo configurabile una sua riduzione (*to a limited degree*) in determinate circostanze: ritardo nella costruzione, servizi non rispettano gli standard contrattuali ecc. Cosicché il PFI non è altro che un modo «to transfer project risks from the public to the private sector».

4.3.2. I PPP istituzionalizzati

Questa seconda tipologia di PPP comporta la creazione di un'entità terza detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e privato che fornisce un'opera o un servizio. Queste tipologie di PPP permettono al *partner* pubblico di mantenere un forte controllo e una notevole influenza nello svolgimento delle operazioni tant'è che la creazione di un PPP istituzionalizzato può realizzarsi sia attraverso la creazione di un'entità terza detenuta congiuntamente dal settore pubblico e privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa già esistente. Con riguardo al PPPI occorre precisare che non essendo il rapporto giuridico di tipo contrattuale, è esclusa l'applicabilità della normativa europea sugli appalti pubblici nonché i principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, ovviamente nei limiti precisati tanto dalla normativa europea quanto dalla normativa nazionale.

La gestione dei servizi locali in Italia, negli ultimi anni, è stata conferita alle amministrazioni locali tramite il sistema dell'istituto dell'affidamento *in house*⁴¹. L'istituto dell' “*in house providing*” si

⁴¹ Comunicazione della Commissione n. 143 del 1998, Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea, reperibile in www.osservatorioappalti.unitn.it.

ritrova per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, qualifica gli affidamenti c.d. *in house* come «quelli aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata». La giurisprudenza comunitaria ha utilizzato l'espressione *in house* per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. La Corte di giustizia ha riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "autoprodurre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (c.d. affidamento *in house*)⁴². L'affidamento diretto è, pertanto, ammesso, in deroga alla procedura di normale evidenza pubblica, tutte le volte in cui un ente pubblico decida di avvalersi di una società esterna che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una sua *longa manus*: di qui la circostanza che induce ad affermare la mancanza di un rapporto di terzietà e quindi la natura non contrattuale del rapporto. La figura dell'*in house* si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati con rigore poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario imperniate sul modello della competizione aperta⁴³. Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore di utenti mediante proprie strutture organizzative senza dover ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato. Si è alla

⁴² Si ricordi che il modello *in house* si contrappone al modello di *outsourcing* in cui, invece, l'amministrazione si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio dell'attività amministrativa.

⁴³ Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2008, n. 456/2007; C.G.A.R.S., 4 luglio 2007, n. 719; Cons. Stato, sez. VI, 1514/07 nonché si veda: Corte Cost. sent. 439/20. Al riguardo è stato precisato che è legittima la scelta di un comune di gestire il servizio pubblico locale di igiene urbana attraverso una società a capitale interamente pubblico, piuttosto che esternalizzare il servizio affidandolo a trattativa privata (Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808).