

Parte I

IL QUADRO GENERALE

Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale

1.

di *Giuseppe Piperata*

SOMMARIO

1. Presente e passato della collaborazione tra pubblico e privato. – 2. Il paradigma collaborativo nello svolgimento di compiti pubblici: pluralità di strumenti e rapporti a differente intensità. – 3. La collaborazione tra pubblico e privato nel diritto e nelle politiche delle Istituzioni europee. – 4. La collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico interno. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

Presente e passato della collaborazione tra pubblico e privato

1.

La collaborazione tra il settore pubblico ed i privati è fenomeno noto e non recente, in quanto da sempre il diritto delle amministrazioni pubbliche contiene dinamiche e percorsi attraverso i quali coinvolgere operatori economici privati o singoli nella realizzazione di compiti non esclusivamente egoistici e di rilievo per la collettività.

Basta sfogliare le più recenti ricostruzioni della storia delle amministrazioni pubbliche italiane per trovare tracce di rapporti collaborativi tra pubblico e privato fin dagli albori dello «Stato a Pubblica Amministrazione»¹. Inoltre, le questioni teoriche sollevate da tali rapporti hanno assorbito molte delle energie spese dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di sistematizzare e completare i fondamenti del diritto amministrativo di uno Stato contemporaneo².

¹ Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001, 225 ss., e S. SEPE-L. MAZZONE-I. PORTELLI-G. VETRITTO, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, 2007, 60 ss., spec. a proposito dell'origine delle camere di commercio e dell'esercizio privato di funzioni pubbliche nel settore dell'assistenza da parte delle Ispab.

² Per una ricostruzione puntuale di tale dibattito, si rinvia a A. MALTONI, *Il conferimento di po-*

Ultimamente, i fenomeni collaborativi tra il pubblico e il privato sono tornati di grande attualità, vuoi perché il legislatore tende ad inserire nuovi strumenti di partenariato nei modelli innovativi di azione delle Pubbliche Amministrazioni, vuoi perché queste ultime sempre più spesso cercano il contributo del privato nella realizzazione di compiti altrimenti di loro esclusiva spettanza.

Rispetto al passato, gli strumenti di collaborazione più tradizionali sono stati maggiormente affinati e a questi molti altri sono stati aggiunti; si sono, poi, moltiplicate e intensificate le ipotesi collaborative, arrivando a volte ad assumere il valore di paradigma ordinario di azione delle amministrazioni pubbliche in un determinato settore di intervento; infine, alla collaborazione con il privato sono state aperte le porte di aree di intervento nella società, fino a poco tempo fa di esclusiva pertinenza pubblica.

Ciò si spiega anche alla luce del fatto che molte delle riforme che interessano le amministrazioni pubbliche e che ne stanno trasformando l'assetto trovano nel confronto fattivo con il privato uno dei punti di forza. A ben vedere, infatti, la modernizzazione del sistema amministrativo, italiano ma non solo, è stata impostata intorno ad alcune parole chiave, tra le quali troviamo il «contrattualismo», che sta ad indicare «tutte quelle strategie mediante le quali le Pubbliche Amministrazioni 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»³.

La collaborazione tra il pubblico e il privato, quindi, non è altro che una «vecchia novità»: il diritto e la prassi delle Pubbliche Amministrazioni ne hanno sempre conosciuto differenti manifestazioni, ma negli ultimi tempi tale fenomeno ha assunto una rilevanza prima non immaginabile.

Tra l'altro, tale fenomeno rappresenta uno snodo significativo attraverso il quale leggere e seguire i cambiamenti che stanno interessando le amministrazioni pubbliche italiane e i regimi giuridici che a differenti livelli ne delineano i caratteri ed il funzionamento. Del resto, come segnalato da attenta dottrina, «il procedere per associazione tra pubblico e privato è la caratteristica maggiormente

testà pubbliche ai privati, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2005, in part. 9 ss. Più recentemente, le punte più alte toccate dal dibattito sono puntualmente segnalate a proposito dei Maestri che hanno fondato e rafforzato la scienza del diritto amministrativo in Italia, da A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, Milano, 2009, *passim*.

³ G. CAPANO-E. GUALMINI (a cura di), *La pubblica amministrazione in Italia*, Bologna, 2006, 15 s.

indicativa della transizione tra gli ordinamenti di ieri e quelli di domani»⁴.

Si capisce, in tale prospettiva, l'interesse mostrato per le vicende della cooperazione tra pubblico e privato dal giurista e dall'interprete, attratti dalla possibilità di seguire il cambiamento che un tradizionale strumento è in grado di imporre ad una organizzazione complessa come la Pubblica Amministrazione, analizzarne le ricadute e, allo stesso tempo, verificare i condizionamenti e le modificazioni che, di ritorno, si riflettono sugli stessi percorsi collaborativi.

I settori delle opere pubbliche e dei servizi pubblici hanno rappresentato, in Italia, i "luoghi" all'interno dei quali si sono manifestate le prime dinamiche di cooperazione con i privati, fin dagli albori dell'amministrazione pubblica moderna. La concessione, da sempre istituto di matrice pubblicistica, è stata lo strumento che ha permesso di realizzare con i privati collaborazioni stabili per lo svolgimento di compiti pubblici o per concretizzare interventi complessi sul territorio⁵.

Anche il diritto comunitario, come si vedrà, ha privilegiato tali settori nella sua opera di valorizzazione e di inquadramento del fenomeno collaborativo tra pubblico e privato.

Oggi, però, soprattutto nel sistema amministrativo italiano la dinamica collaborativa non può essere considerata circoscritta ad un determinato settore, ma appare come un "fenomeno diffuso", nel senso che i meccanismi di cooperazione sono strumenti ordinari a disposizione degli operatori giuridici. Lo stesso sta avvenendo anche in altri Paesi, i quali condividono con l'Italia o l'appartenenza all'Unione europea o la tradizione amministrativistica⁶.

Ma la collaborazione non è l'unica dinamica che può spiegare una relazione tra pubblico e privato e rispetto alle altre dinamiche presenta un regime giuridico e caratteristiche peculiari. Essa, poi, ha delle ragioni precise che ne originano o intensificano la presenza, così come dispone di differenti strumenti attuativi previsti in sede comunitaria e nazionali. Inoltre, numerosi sono i problemi di carattere giuridico – ma non solo – che dalla collaborazione pubblico-privato derivano. Sono questi gli oggetti delle riflessioni che nelle pagine che seguono si tenterà di sviluppare.

⁴ G. BERTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994, 11.

⁵ Sulle concessioni amministrative è obbligato il rinvio al lavoro di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981. Per un inquadramento generale dell'istituto cfr. anche D. SO-RACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss., e da ultimo, B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1111 ss.

⁶ Con riferimento all'ordinamento spagnolo, cfr., ad esempio, i contributi presenti nel volume C. PRIETO ROMERO-A. GALÁN GALÁN (a cura di), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración*, Barcelona, 2010. Cfr. anche T. PROSSER, *Il Private Finance Initiative e gli altri recenti sviluppi in materia di appalti pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003.

Il paradigma collaborativo nello svolgimento di compiti pubblici: pluralità di strumenti e rapporti a differente intensità

2.

La collaborazione pubblico-privato è un fenomeno dalle molteplici sfaccettature, in quanto abbraccia dinamiche differenti, sempre basate su di una relazione più o meno intensa tra la Pubblica Amministrazione e soggetti privati.

Per collaborazione dovrebbe intendersi solo quel rapporto che genera una cooperazione – più o meno stabile – tra il pubblico ed il privato, quando su indicazione legislativa o per convenienza pratica gli interessi di entrambi si incrociano nello svolgimento in comune dell'attività di rilevanza pubblica. Tuttavia, la moltiplicazione delle ipotesi di relazione tra il pubblico ed il privato porta, a volte, il secondo ad intervenire influenzando l'attività istituzionale svolta dal primo, con la conseguenza che un rapporto impostato su altre basi può avere dei riflessi collaborativi sulle dinamiche generate.

Tale situazione è amplificata dal fatto che, oggi, la linea di confine tra pubblico e privato, tra i loro regimi giuridici e i loro campi di azione, è sempre più sfumata⁷. Dietro ad ipotesi collaborative si possono nascondere anche difficoltà a definire esattamente l'area di appartenenza di un determinato settore di intervento pubblico. È oggi in atto un profondo processo di ridefinizione della sfera pubblica rispetto a quella privata ed è frequente che si creino “zone grigie” dove i modelli cooperativi sono in grado di assicurare una compresenza di entrambi i soggetti. Si pensi, ad esempio, al rilancio della società mista nel settore dei servizi pubblici locali: in questo caso, non vi è solo la bontà di un modello organizzativo, ma una giustificazione può essere trovata anche nell'incertezza legislativa mostrata a proposito dell'attribuzione al pubblico o al privato del potere esclusivo di intervento in tali mercati.

Trova conferma nell'esempio fatto quanto affermato dalla dottrina a proposito della diffusione delle pratiche contrattuali di cooperazione tra pubblico e privato per lo svolgimento di compiti pubblici: «la contrattualizzazione delle politiche pubbliche rappresenta una via di mezzo tra lo Stato e il mercato. È un modo per risolvere i problemi pubblici senza fare ricorso all'autorità o alla legge, né agli automatismi del mercato, ma piuttosto attraverso l'aggiustamento consapevole degli interessi degli attori in gioco e la ricerca del consenso su obiettivi e strumenti comuni»⁸.

⁷ Su tali aspetti è obbligato il rinvio a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Sia consentito rinviare anche al mio, *La scienza del diritto amministrativo ed il diritto privato*, in L. TORCHIA-E. CHITI-R. PEREZ-A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 167 ss.

⁸ Così, L. BOBBIO, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in *Stato e mercato*, 2000, 135.

La recente tendenza all'esternalizzazione, poi, fornisce un'occasione per poter sfruttare i moduli cooperativi con l'obiettivo di alleggerire il pubblico di una serie di compiti che possono essere svolti con l'ausilio del privato, previo un suo coinvolgimento anche non necessariamente stabile⁹.

Per queste ragioni, le molte occasioni di contatto che hanno pubblico e privato danno vita a rapporti nei quali può essere presente una dinamica collaborativa. Quello che di volta in volta cambia è l'intensità di tale collaborazione. In altri termini, non solo quando il pubblico ed il privato scelgono di cooperare per portare avanti in comune un'attività di rilevanza per l'interesse della collettività si ha un percorso di collaborazione; lo stesso effetto, sia pur meno forte ed evidente, si può produrre anche in seguito all'instaurarsi di una relazione tra pubblico e privato basata su altra finalità ed eventualmente anche in assenza di tale relazione.

A ben vedere si potrebbe ipotizzare, in via del tutto esemplificativa, una scala articolata su tre livelli che cambiano a seconda dell'intensità della collaborazione che si instaura tra il pubblico ed il privato e a seconda del contesto che caratterizza il rapporto e che può essere di separazione, scambio o cooperazione.

La prospettiva della separazione è qui intesa nel senso che attività di interesse generale o amministrative vengono svolte autonomamente dai privati, con le Pubbliche Amministrazioni che sono tenute a riconoscere tale situazione, senza potersi in questa ingerire, se non al fine di favorirne lo sviluppo. Si tratta, come è evidente, di una vicenda che può essere ricondotta alla dinamica della sussidiarietà, anche se non si esaurisce in essa. Anche in alcuni casi di sostituzione del cittadino alla Pubblica Amministrazione (ad esempio, nelle ipotesi in cui opera l'autocertificazione) si potrebbero scorgere dinamiche collaborative¹⁰, così come nelle ipotesi di «coamministrazione»¹¹.

La relazione di scambio tra pubblico e privato, invece, implica che il primo provvede ad assolvere ad un compito pubblico, ma utilizzando le prestazioni rese dal secondo dietro corrispettivo o altra utilità. La dinamica è puramente negoziale e sinallagmatica, in quanto è sempre il soggetto pubblico che rimane ti-

⁹ A proposito delle esternalizzazioni si rinvia ai contributi presenti nel volume: C. MIGNONE-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, 2007, e a G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss. Una rassegna delle ipotesi di esternalizzazione cui l'amministrazione pubblica ricorre con più frequenza è presente in IRPA, *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. FIORENTINO-C. LA-CAVA, Rimini, 2007, e AA.VV., *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2009.

¹⁰ Cfr. M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2005, 247 ss.

¹¹ Ha parlato di «co-amministrazione», con riferimento ad un contesto molto più ampio e di riforma delle basi teoriche del diritto amministrativo, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 80; il tema è stato recentemente ripreso in chiave ricostruttiva anche da E. MAURO, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, Lecce, 2007, 65 ss.

tolare della attività e responsabile di quanto compiuto, anche se si avvale dei servizi del privato per portare a termine la sua missione. In questi casi, il paradigma di riferimento è prevalentemente quello degli appalti, ossia «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 come definiti dal presente codice» (art. 3, comma 6, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Il contratto di appalto, infatti, ha natura strumentale in quanto è utilizzato per soddisfare interessi pubblici, ma in via indiretta¹².

Analoga logica si può riscontrare nel concetto di strumentalità, che la recente legislazione in materia di società a partecipazione pubblica ha rilanciato soprattutto al fine di assicurare la concorrenza tra operatori economici ed impedire scambi poco rispettosi delle normative comunitarie (cfr., ad esempio, l'art. 13, decreto legge 4 luglio 2006, n. 223). La giurisprudenza ha precisato che «possono definirsi strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla Pubblica Amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività»¹³.

Si pensi, infine, anche a tutte quelle forme di convenzionamento tra Pubbliche Amministrazioni e imprese private (ad esempio, nel settore sociale con il c.d. terzo settore), che pur basandosi su rapporti di scambio generano dei rapporti collaborativi, i quali in parte giustificano un temperamento del principio di concorrenza¹⁴.

Infine, vi è il rapporto di cooperazione nel quale pubblico e privato non si limitano a scambiarsi utilità nello svolgimento di un'azione diretta a realizzare un intervento pubblico, bensì collaborano pienamente per il raggiungimento di tale obiettivo. In tali ipotesi cambia il ruolo del privato, in quanto egli contribuisce attivamente allo svolgimento di una attività che è diretta a realizzare interessi pubblici. In questa ipotesi, hanno un certo rilievo anche gli strumenti utilizzati per regolare i rapporti tra pubblico e privato, in quanto si tratta di istituti che coinvolgono direttamente il privato, il quale è tenuto a condividere con il pub-

¹² In questi termini, C. FRANCHINI, *L'appalto di lavori, servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino, 2010, 7.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766.

¹⁴ Su tali fenomeni si rimanda a P. MICHIARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005, *passim*.

blico l'iniziativa. Si tratta di strumenti diversi, che vanno da quelli consolidati e appartenenti alla tradizione amministrativistica (concessione; accordo; società) a quelli più innovativi (partenariato; strumenti atipici).

L'intensità della cooperazione e il modello di paradigma collaborativo non sono nella esclusiva disponibilità delle parti del rapporto, in quanto si tratta di elementi spesso definiti dal legislatore a seconda della particolare attività che si intende porre in comune o del settore in cui si vuole intervenire o dell'obiettivo che si vuole raggiungere. Nei capitoli che seguono del presente volume tutti questi elementi verranno analizzati alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti, dedicando particolare attenzione a quegli istituti attraverso i quali la collaborazione tra il pubblico ed il privato si realizza specialmente nei settori dei lavori, servizi e forniture. In questa parte introduttiva, invece, è necessario affrontare in termini generali e trasversali il fenomeno in questione, soprattutto richiamando la sua recente valorizzazione da parte del diritto comunitario e delineandone le caratteristiche fondamentali alla luce dell'ordinamento interno.

La collaborazione tra pubblico e privato nel diritto e nelle politiche delle Istituzioni europee

3.

L'interesse per il paradigma collaborativo tra pubblico e privato trova oggi ragione anche nel particolare favore manifestato per tale fenomeno dal diritto dell'Unione europea.

Più che parlare di collaborazione l'Europa preferisce utilizzare la locuzione *partenariato*: espressione molto ampia, dietro la quale si celano differenti dinamiche di cooperazione in grado di collegare l'azione di istituzioni e soggetti distinti. Nella prospettiva europea, inoltre, il partenariato è un vero e proprio principio che condiziona l'assetto organizzativo e le azioni delle istituzioni europee e delle Pubbliche Amministrazioni che con esse si relazionano¹⁵.

Il partenariato, quindi, implica una cooperazione che può essere realizzata con strumenti differenti e che può coinvolgere, in orizzontale, le stesse istituzioni europee, in verticale, istituzioni europee e istituzioni nazionali, globalmente, soggetti istituzionali pubblici e soggetti privati.

Quest'ultimo è il piano di analisi che maggiormente in questa sede ci interessa. Il partenariato pubblico-privato, a ben vedere, l'Unione europea lo valorizza prevalentemente in due prospettive.

Da un lato, il partenariato pubblico-privato rappresenta un importante strumento posto alla base della realizzazione di azioni comunitarie, in particolare dei

¹⁵ Sul partenariato come principio organizzativo del diritto europeo, cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2004, 290 ss.

progetti e percorsi finanziati nell'ambito dello svolgimento della politica di coesione sociale portata avanti dall'UE¹⁶. Ciò si coglie molto bene alla luce dell'ordinamento nazionale, il quale, in esecuzione dei progetti comunitari, ha introdotto, a partire dalla legislazione in materia di «programmazione negoziata»¹⁷, una serie di atti negoziali fonte di collaborazione pubblico-privato per la promozione dello sviluppo economico¹⁸. In tale contesto si affida ad un accordo di cooperazione tra pubblico e privato il compito di assicurare tutti quegli interventi diretti a realizzare la promozione dei territori e lo sviluppo economico degli stessi¹⁹.

Per altro verso, e più recentemente, il partenariato pubblico-privato è stato più volte preso in considerazione dalle istituzioni comunitarie, al fine di provare a dettarne una regolazione contenente linee guida, quantomeno per i settori degli appalti pubblici e delle concessioni²⁰. In tale contesto il termine viene utilizzato tecnicamente per indicare modelli di cooperazione tra amministrazioni pubbliche e privati imprenditori aventi ad oggetto il finanziamento o la realizza-

¹⁶ Come ricordano sia pur in un contesto più ampio, L. POLVERARI-R. MICHIE, *Il partenariato orizzontale: chimera, specchio per le allodole o reale strumento di policy?*, in *Riv. giur. mezz.*, 2010, 86.

¹⁷ Art. 2, commi 203-214, legge 23 dicembre 1996, n. 662.

¹⁸ Cfr., al riguardo, L. ZANETTI, *Gli strumenti di cooperazione funzionale nell'azione pubblica*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 513 ss. In argomento si vedano anche: A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000; R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 ss.

¹⁹ Anche la giurisprudenza nazionale ha segnalato l'importanza del partenariato in tale particolare campo di intervento: «in tema di procedure di assegnazione di fondi relativi ad un Progetto Integrato Strategico (nella specie, al Piano Integrato Speciale della rete ecologica regionale in Calabria), va ammessa la partecipazione di un partenariato quale particolare accordo di collaborazione tra più soggetti finalizzato allo sviluppo integrato di aree territoriali delimitate a livello *sub* regionale, in quanto tale istituto rientra nel più ampio *genus* dei patti territoriali introdotti dalla legge 7 aprile 1995, n. 104 recante misure per il Mezzogiorno e dal decreto legge 24 aprile 1995, n. 123 e definiti proprio come l'accordo tra soggetti pubblici e privati per l'individuazione ai fini di una realizzazione coordinata di interventi di diversa natura tendenti alla promozione dello sviluppo locale nelle aree depresse del territorio nazionale, in linea con gli obiettivi e gli indirizzi allo scopo definiti nel Quadro Comunitario di Sostegno» (T.a.r. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 23 luglio 2004, n. 1696).

²⁰ Cfr. Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004)327; Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043(INI))*, 26 ottobre 2006, A6-0363/2006; Commissione delle Comunità europee, *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, C(2007) 6661, Id., *Comunicazione, Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, 19 novembre 2009, COM (2009) 615 def.

zione di una infrastruttura o la gestione o la fornitura di un servizio o, più in generale, lo svolgimento di un compito pubblico. Come sottolineato dagli stessi organi comunitari, infatti, 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 o oppure tramite una propria impresa o con terzi del settore privato»²¹.

Inoltre, le collaborazioni prese a riferimento rappresentano un ambito circoscritto, in quanto, come precisato dal Libro Verde, rientrano nel concetto di partenariato le operazioni che presentano le seguenti caratteristiche: 1) una collaborazione di lunga durata, in quanto basata su di una cooperazione tra il pubblico e il privato per la realizzazione di un progetto; 2) il finanziamento del progetto garantito da parte dal settore privato; 3) la partecipazione del privato a tutte le fasi del progetto, mentre il pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; 4) trasferimento, in linea di massima, dei rischi del progetto in campo al *partner* privato²².

Anche se circoscritto a delimitate ipotesi collaborative, il partenariato europeo presenta ragioni giustificatrici comuni a qualsiasi altro modello di cooperazione pubblico-privato. A volte, infatti, il partenariato può essere la risposta ad una esigenza per il pubblico di acquisire utilità (risorse economiche o *know how*) dal privato, altre, invece, può essere la conseguenza della ritrazione del pubblico, con l'abbandono di ruoli operativi, da alcuni settori in precedenza gestiti direttamente.

In un primo momento, tali aspetti hanno fatto la fortuna delle formule partenariali, le quali si sono diffuse con un certo successo all'interno degli Stati membri. L'Unione europea non poteva, pertanto, rimanere indifferente rispetto ad un simile fenomeno. Ma i suoi ripetuti interventi in materia si giustificano anche sotto altre prospettive.

²¹ Parlamento europeo, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006.

²² Sul partenariato europeo si è scritto molto. Tra i tanti lavori si possono richiamare: R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, i contributi in G.A. BENACCHIO-M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Trento, 2008, 113 ss., M.R. ASSETTA, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto comunitario*, in G.A. BENACCHIO-M. COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Torriana (RN), 2010, 25 ss.; M. MATTALIA, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm.* – CDS, 2010, spec. 1259 ss., e, da ultimo, G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 2010.

In primo luogo, la Commissione ha più volte dettato regole di riferimento per il partenariato pubblico-privato in materia di appalti e concessioni pubbliche con lo scopo di fornire un minimo di certezza al quadro giuridico di riferimento e provare ad armonizzare i regimi giuridici, in modo da dare ordine a prassi nazionali che avevano sviluppato una pluralità di modelli differenti.

In secondo luogo, gli interventi regolativi comunitari sono funzionali anche alla necessità di affermare il principio di concorrenza come canone dogmatico di riferimento, onde evitare che la valorizzazione della cooperazione tra pubblico e privato vada a detrimento della logica competitiva nei rapporti tra operatori economici e tra questi e le Pubbliche Amministrazioni. L'Unione europea ha così voluto affermare che il partenariato, pur basandosi su condivisibili ragioni e pur dovendo essere oggetto di percorsi di promozione, comunque non può offrire scorciatoie rispetto alla costituzione di rapporti negoziali tra pubblico e privato fondati sulle regole della concorrenzialità.

Anche il Giudice italiano ha sottolineato tale conclusione, ricordando che qualsiasi ipotesi di partenariato (nel caso di specie le società miste) può essere perseguita, ma «nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di temperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza», anche perché altrimenti «si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni “*praeter legem*”, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di Giustizia», in quanto «il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche; esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico»²³.

Perseguendo tali obiettivi, le istituzioni comunitarie hanno evitato di classificare tutte le ipotesi di collaborazione pubblico-privato per lo svolgimento di compiti pubblici registrabili a livello di prassi nazionali, preferendo delineare, invece, due macro categorie: il partenariato di tipo contrattuale e quello di tipo istituzionale. La prima categoria racchiude tutte le ipotesi nelle quali la cooperazione tra pubblico e privato è affidata a formule contrattuali di collaborazione, ossia contratti di appalto, concessioni e altri modelli negoziali. La seconda, invece, ospita tutti quei modelli di cooperazione che implicano la costituzione di una entità diversa e partecipata, attraverso la quale i partner collaborano stabilmente allo

²³ Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1126 ss., con nota di G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*.

svolgimento dell'iniziativa pubblica. In questo caso, le formule sono quelle della società mista, della fondazione, dell'associazione.

In materia, un ruolo rilevante è stato svolto anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, chiamata in più occasioni ad intervenire su questioni riguardanti i modelli partenariali ammessi dal diritto comunitario. In generale, la Corte ha riconosciuto alle amministrazioni pubbliche la piena autonomia organizzativa nella scelta del modulo attraverso il quale adempiere ad un compito pubblico, nel senso che «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti (...), può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche (...), [oppure] è libera di (...) affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato»²⁴. Inoltre, i giudici di Lussemburgo hanno assicurato la loro opera interpretativa anche al fine di specificare alcuni elementi delle dinamiche collaborative del partenariato e chiarire alcuni dubbi operativi, come avvenuto, ad esempio, a proposito delle società miste e dell'applicazione a queste delle direttive comunitarie in tema di appalti²⁵.

Il fenomeno del partenariato pubblico-privato ha risentito della recente crisi che ha interessato l'economia e la finanza mondiale. Del resto, non poteva essere diversamente, considerato che i modelli partenariali implicano la collaborazione dei soggetti pubblici con operatori economici e, come visto, si basano prevalentemente su di una anticipazione finanziaria del privato a copertura dei costi dell'intervento pubblico. Tale situazione ha fornito l'occasione alla Commissione per intervenire nuovamente in materia, al fine di risolvere le principali criticità che hanno caratterizzato l'applicazione in concreto degli strumenti collaborativi²⁶. Ma soprattutto, l'Istituzione comunitaria è intervenuta con l'obiettivo di rilanciare e promuovere tali strumenti, individuando misure promozionali specifiche, fra le quali quella di aprire percorsi di cofinanziamento comunitario o canali privilegiati di accesso al credito e quella migliorare il quadro normativo di riferimento²⁷.

²⁴ Cfr. CGE, Sez. III, 22 dicembre 2010, in causa C-215/09, punto 31.

²⁵ Si v., ad esempio, CGE, Sez. III, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, in *Giur. it.*, 2010, 1194 ss., con nota di R. CARANTA, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privato*.

²⁶ Cfr. Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione, Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, cit.

²⁷ Per un commento alla Comunicazione, cfr. G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, pubblicato il 17 dicembre 2010, 6 ss.

La collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico interno

4.

Anche l'ordinamento nazionale, da sempre, regola forme di collaborazione tra pubblico e privato, le quali presentano come obiettivo quello di compiere in comune un intervento di rilevanza pubblica.

Come nell'ordinamento comunitario, in generale, il diritto italiano consente alle amministrazioni pubbliche di provvedere ad uno specifico compito direttamente in proprio o, in alternativa, affidandolo a terzi attraverso formule più o meno collaborative o, infine, mediante un modulo di cooperazione pubblico-privato.

Il legislatore italiano è intervenuto più volte al fine di fornire, un paradigma normativo a fenomeni collaborativi diffusi nella pratica delle Pubbliche Amministrazioni, o di regolare singoli strumenti di cooperazione, in generale oppure con riferimento a specifici settori; a sua volta, il Giudice amministrativo in più occasioni ha avuto modo di specificare i presupposti ed i contesti di riferimento per la corretta instaurazione di dinamiche collaborative tra il pubblico e il privato.

In tale prospettiva, si deve innanzitutto segnalare l'inserimento nel nostro ordinamento, ad opera dell'art. 3, comma 15-ter, d.lgs. n. 163/2006, del *contratto di partenariato pubblico privato*, istituito all'interno del quale convivono numerosi strumenti di collaborazione per lo svolgimento di compiti pubblici. Si tratta di una previsione disposta dal c.d. Codice dei contratti pubblici ai fini dell'applicazione dello stesso, ossia con riferimento ai mercati dei lavori, servizi e forniture pubbliche, ma è evidente che il suo impatto potrà riguardare anche altri settori di azione pubblica da organizzare secondo moduli di cooperazione con i privati.

In ogni caso, sulla base della disposizione ricordata, 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, 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».

Altro settore nel quale si devono registrare recenti interventi legislativi di regolazione di ipotesi e strumenti di collaborazione pubblico-privato è quello dei servizi pubblici, in particolare locali. Da molti anni tale settore ha valorizzato le forme di gestione basate sulla cooperazione pubblico-pubblico e pubblico-pri-

vato. La società mista pubblico-privato rappresenta lo strumento che più di ogni altro ha consentito di rilanciare la gestione di attività imprenditoriali, tradizionalmente a monopolio pubblico, e favorire l'incontro tra portatori di differenti esperienze e competenze operative.

Da tempo il nostro ordinamento presenta specifiche regole dettate per disciplinare il ricorso da parte delle amministrazioni, in particolare locali, all'organizzazione di compiti pubblici attraverso le società miste. Ultimamente, numerose previsioni legislative si sono succedute per regolare i caratteri di tali figure, in modo da adeguarne gli aspetti strutturali e funzionali ai principi del diritto comunitario e ai parametri del partenariato europeo e al fine di riequilibrare la loro presenza sui mercati rispetto a tutti gli altri operatori economici²⁸. Così, l'art. 23-*bis*, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133, ha previsto che le società miste possono essere incaricate dello svolgimento di un servizio pubblico locale, ma a condizione che siano state costituite selezionando il socio privato e con una gara avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Ma il modello della società mista non è solo una figura organizzativa valida per i servizi pubblici locali, ben potendosi utilizzare anche in altri settori di azione pubblica. Come ricordato dalla giurisprudenza, infatti, lo strumento delle società miste è previsto da norme «che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall'art. 1, comma 2, e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica»²⁹.

Del resto, già l'art. 29, legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002), aveva previsto per le Pubbliche Amministrazioni la facoltà di acquisire i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, in alternativa costituendo una società di diritto privato oppure affidandoli ad un privato scelto con gara. Condizione per poter far ciò è di ottenere conseguenti economie di gestione. Allo stesso tempo, diverse volte, anche il Giudice amministrativo ha ricordato che le scelte tra differenti modelli di gestione di un compito pubblico e soprattutto tra le scelte di internalizzazione, esternalizzazione o cooperazione pubblico-privato vanno effettuate previa valutazione comparativa delle alternative possibili nella prospettiva del principio costituzionale di buon andamento³⁰.

²⁸ Sulle caratteristiche delle diverse tipologie di società a partecipazione pubblica, tra le quali quelle miste, si soffermano ampiamente i diversi contributi presenti nel volume, M. CAMELLI-M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

²⁹ Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555.

³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

La società mista, pertanto, rappresenta uno dei principali modelli di partenariato pubblico-privato presente nel nostro ordinamento. Come è stato ricordato, infatti, «anche i “contratti” di partenariato pubblico privato possono essere manifestazioni consensuali di esercizio di potestà pubblicistiche; e non soltanto con riferimento alle concessioni, tipico provvedimento amministrativo che resta tale nel nostro sistema (pur avendo una diversa configurazione a livello comunitario, per finalità comunitarie), ma anche, ad esempio, con riferimento alle società miste»³¹.

Accanto, poi, alle previsioni generali, vi sono nel nostro ordinamento numerose ipotesi nelle quali vengono previste specifiche dinamiche di collaborazione pubblico-privato come strumenti cui affidare il buon esito di riforme dirette a trasformare settori oggetto di politiche pubbliche. Lo abbiamo più volte detto: da sempre, la collaborazione pubblico-privato ha un ruolo determinante nell'ambito delle attività finalizzate a fornire lavori, servizi e forniture per le amministrazioni pubbliche; altrettanto dicasi per la gestione dei servizi o lo svolgimento delle attività strumentali alle funzioni e ai compiti pubblici. Inoltre, altri settori hanno offerto al paradigma collaborativo uno spazio in cui crescere e dimostrare le sue potenzialità, ma anche i suoi limiti: è questo il caso, ad esempio, della sanità³².

Recentemente, però, il ricorso a formule di collaborazione pubblico-privato è stato promosso dal legislatore in altri campi, dove, in passato, gli spazi per un eventuale intervento del privato in chiave cooperativa erano assenti o molto ridotti. È il caso, ad esempio, del governo del territorio, nel quale sempre più spesso il privato collabora con il polo amministrativo titolare del potere di intervento, sia in una fase di pianificazione sia soprattutto nei processi di trasformazione del territorio, a volte anche attraverso strumenti di partenariato istituzionale, come le società di trasformazione urbana³³. Lo stesso è avvenuto a proposito dei beni pubblici, per i quali è stata pensata una politica di valorizzazione in parte affidata a strumenti di collaborazione con i privati³⁴. Ciò è evidente anche con riferimento ai beni culturali, dove il ruolo del pubblico e quello del privato si intrecciano e si affiancano nell'ambito delle attività di valorizzazione, gestione e promozione di tali beni³⁵.

³¹ T.a.r. Piemonte, Torino, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750. Ma cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672.

³² Cfr. N. AICARDI, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 1998, 497ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; F. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996; A. PIOGGIA-M. DUGATO-G. RACCA-S. CIVITARESE MATTEUCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008.

³³ Su tali aspetti sia consentito rinviare al mio *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. e app.*, 2011, n. 5. Cfr. anche P. MANTINI, *Il partenariato pubblico e privato in urbanistica e lavori pubblici*, in *Amministrare*, 1999, 1, 311 ss.

³⁴ Su tali politiche si sofferma ampiamente il recente lavoro di L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

³⁵ Cfr., al riguardo, alcuni contributi sul tema quali C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni cultu-*