

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVII – Nuova serie  
N.3/2018 (settembre-dicembre)

## INDICE

### **DOTTRINA**

- SIMONE PAJNO  
*Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali* 377
- CRISTIANO CELONE  
*L'ampio potere di regolazione dell'Autorità indipendente dei trasporti nel settore ferroviario* 411
- ALESSANDRO CIOFFI  
*Il conflitto d'interessi negli appalti pubblici. A proposito dell'art. 42 del Codice* 457
- RAFFAELE PICARO  
*Notazioni di ermeneutica contrattuale evocate dalla digitalizzazione dei processi costruttivi* 469
- VANESSA MANZETTI  
*La spending review immobiliare e la compensazione giudiziale. Riflessioni a margine dell'orientamento assunto dalla Corte dei conti* 513

CATERINA VENTIMIGLIA	
<i>Organizzazione e diritto alla salute, alla prova della regionalizzazione e dell'aziendalizzazione dei servizi sanitari</i>	533
CLARA NAPOLITANO	
<i>Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto</i>	563
GIACOMO DELLEDONNE	
<i>Riforme elettorali e partiti politici europei</i>	593
ALESSANDRO DI MARTINO	
<i>Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici: profili di apertura al mercato e novità in tema di esecuzione del contratto</i>	617

# Il *Social Impact Bond*: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto\*

di Clara Napolitano

SOMMARIO: 1. *Social Impact Bond* (SIB) e problemi d'apice. – 2. Soggetti e finalità generali del SIB. – 3. La scelta del contraente privato fra dialogo competitivo e procedura ristretta. – 4. La discussa natura giuridica del SIB. – 4.1. Differenze rispetto all'appalto di servizi. – 4.2. *Segue*: e alla concessione di servizi. – 5. Una tesi: il SIB quale esempio di partenariato pubblico privato (PPP). – 6. I tre elementi essenziali del partenariato pubblico privato. – 7. Il SIB nel prisma del PPP. – 7.1. Il rischio. – 7.2. L'equilibrio economico-finanziario. – 7.3. Il monitoraggio. – 8. Spunti per una nuova costruzione del SIB: due vie di diritto.

## 1. *Social Impact Bond* (SIB) e problemi d'apice

Il tema del *Social Impact Bond* (d'ora in avanti indicato anche con l'acronimo SIB o semplicemente *Bond*) e delle sue complessità applicative illustra bene la tensione teorica fra due sistemi: quello kelseniano, per il quale la norma discende dall'alto<sup>1</sup>; e quello romaniano, secondo cui, invece, è dal tessuto sociale che la norma prende vita<sup>2</sup>.

Il SIB pone anzitutto un problema di fonti del diritto: le quali – accade sempre più di frequente – annettono ai campi del diritto positivo prassi già esistenti e non di rado consolidate nell'uso<sup>3</sup>.

---

\* Relazione al convegno di Lecce del 17-19 maggio 2018 su *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*. Ringrazio gli organizzatori, Manolita Francesca e Carlo Mignone, per l'autorizzazione alla pubblicazione.

<sup>1</sup> La *Grundnorm* non è posta, ma presupposta; è sì «l'estremo fondamento» di validità della Costituzione e dell'ordinamento, ma «condizionato e, in questo senso, soltanto ipotetico». H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 217: «come norma suprema deve essere presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso».

<sup>2</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Milano, 1917. Sulla diffusione della tesi anche in altri ordinamenti, v. S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 177 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C. MIGNONE, *Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di welfare sussidiario*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2017, pp. 115 ss., secondo cui «la finanza a impatto sociale è un fenomeno che nasce dal basso» (p. 119): il che richiede per l'A. una previa ricognizione del modello emerso nella prassi oltreconfine.

D'altra parte, l'utilizzo di forme imprenditoriali private a scopo sociale è in linea con gli artt. 41 e 42 della nostra Costituzione, in ragione della «centralità nel sistema costituzionale del valore della persona umana e la conseguente funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali, proprietà ed

Gli ordinamenti stranieri<sup>4</sup> registrano infatti – come, in forma embrionale, anche l'Italia<sup>5</sup> – questo contratto di nuovo conio, innervato da complesse operazioni negoziali e connotato da effetti finanziari e sociali sicuramente innovativi, ma che non è stato ancora sufficientemente giuridificato<sup>6</sup>.

In generale, la possibilità per l'Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico anche con moduli consensuali è assunto che non merita certo dimostrazione. Resta tuttavia, riguardo al SIB, un profilo non privo di incertezze con riguardo all'individuazione dei modelli a mezzo dei quali può trovare utilizzo nel nostro ordinamento.

Questo strumento (anche) finanziario<sup>7</sup>, che ha il suo fulcro – come vedremo

---

impresa, alle situazioni esistenziali quali garanzia e promozione del pieno sviluppo della personalità dell'uomo»: così P. PERLINGIERI, *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. imp.*, 2/1989, pp. 207 ss., spec. p. 211.

Inoltre, sul rilievo che, nel nostro sistema, assume la funzione dell'impresa nella qualificazione dei processi di privatizzazione strutturale dei soggetti che erogano servizi di interesse generale v. M. FRANCESCA, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, pp. 173 ss.

<sup>4</sup> Sono noti i casi di studio, tra gli altri, del carcere di Peterborough nel Cambridgeshire (UK), dove il SIB concerneva la riduzione del tasso di recidiva della popolazione carceraria condannata a pena detentiva inferiore ai dodici mesi (c.d. *short-sentence offenders*); da lì il modello è stato replicato, sebbene con alcuni adattamenti, negli Stati Uniti per favorire la riduzione della recidiva tra i giovani detenuti della prigione di Rikers Island. Secondo quanto riportato da A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «Social Impact Bonds»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, pp. 69 ss., il Regno Unito conta quindici SIB in fase operativa, gli Stati Uniti quattro, l'Australia due, il Canada, l'Olanda, la Germania e il Belgio uno.

<sup>5</sup> In Italia si registra anzitutto l'elaborazione del TRIS (acronimo per *TITOLO di RIDUZIONE della Spesa pubblica*) di Napoli, primo SIB volto alla riduzione del problema rifiuti, che tuttavia non ha poi trovato uno esito concreto. A Torino è in corso di studio un SIB per la riduzione del tasso di recidiva dei detenuti della casa circondariale Lorusso e Cutugno.

<sup>6</sup> La sottoposizione di attività umane libere o convenzionali a regole formali – come riportato da M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, 4/2015, pp. 657 ss. – è «un fenomeno complesso, contrassegnato da una produzione normativa come risposta ad attese regolative intrinsecamente presenti nei vari “sistemi” sociali». In senso giuridico, il lemma è impiegato come «sinonimo di traduzione in formule giuridiche di nuove fattispecie (corrispondente alla vecchia sussunzione o qualificazione), come intervento legislativo su attività originariamente governate dall'autonomia negoziale, o come mezzo inteso a garantire maggiore democraticità delle decisioni, affidate a un'ampia maggioranza e pertanto sottratte a singoli o a gruppi prevaricatori» (cfr. G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche di economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/1999, pp. 725 ss., citato dalla stessa Ramajoli). In generale, v. anche M. RENNA, B. MARCHETTI (a cura di), *La giuridificazione*, vol. III, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *Studi a 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016.

<sup>7</sup> L'utilizzo innovativo della finanza a impatto sociale si registra soprattutto nei settori relativi all'esercizio dei diritti sociali e finanziariamente condizionati, per non frustrarne l'esercizio da parte dei meno abbienti. Cfr. L. IANNOTTA, *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale (debellare la povertà con il lavoro e l'imprenditorialità)*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2017, pp. 1571 ss.; sui diritti finanziariamente condizionati v. A. BRANCASI, *Diritto alla salute e contenimento della finanza pubblica*, in [www.fondazioneforensesfirenze.it](http://www.fondazioneforensesfirenze.it), 2016.

– in una particolare e articolata declinazione del rapporto tra la pubblica Amministrazione e i privati, resta ancora di discusso inquadramento nei contributi<sup>8</sup> che hanno cercato di assicurargli una “vestizione” di diritto italiano<sup>9</sup>.

## 2. *Soggetti e finalità generali del SIB*

Dobbiamo quindi domandarci quali siano le categorie di diritto pubblico – dunque recepite dal nostro legislatore e avallate dalla giurisprudenza<sup>10</sup> – che possano offrire una base regolativa per il SIB.

È opportuno partire da un dato sostanziale, dall’analisi – seppur rapida – del tipo negoziale<sup>11</sup> oggetto del nostro studio.

Il paradigma del SIB<sup>12</sup> può essere descritto nei termini che seguono.

---

Nella dottrina civilistica, v. l’approfondito contributo di S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 4/2009, pp. 1019 ss., circa l’emersione dell’interesse pubblico – correlata alla progressiva erosione di un interesse *superindividuale* – anche in istituti contrattualistici come le cc.dd. nullità di protezione.

<sup>8</sup> Incentrati soprattutto sui profili economici – di convenienza e rischio – per i privati investitori: v. per esempio G. PASI, *Credito e innovazione sociale: l’avvento di nuovi schemi negoziali nell’amministrazione delle carceri. La direzione suggerita dai Social Impact Bond*, in *Rass. econ.*, 1/2015, pp. 2017 ss.; ID., *I Social Impact Bond: nuovi schemi negoziali tra misurazione dell’impatto e finanza strutturata*, in F. MAINO, M. FERRARA (a cura di), *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2015, pp. 12 ss.

<sup>9</sup> Come nel pregevole studio di A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit.

<sup>10</sup> Sul ruolo della giurisprudenza nell’interpretazione delle fonti nel diritto amministrativo v. M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2015, pp. 683 ss.; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. amm.*, 2/2011 pp. 463 ss. Inoltre, sul tentativo della giurisprudenza d’imprimere certezza e fornire un criterio ordinante il sistema delle fonti anche nel diritto amministrativo e nella prassi delle Amministrazioni, v. da ultimo A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018.

<sup>11</sup> In via stipulativa, si parla qui di tipo negoziale solo per indicare la struttura del SIB che – come si vedrà – sfugge alla tipicità contrattuale: ciò, nella scia dell’insegnamento di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 124 ss., secondo cui il tipo contrattuale attiene alla struttura dell’atto, mentre la causa unicamente alla meritevolezza dell’interesse tutelato dall’ordinamento giuridico, corrispondendo alla funzione economico-individuale dell’atto attraverso cui le parti hanno inteso regolare propri, specifici e concreti interessi.

<sup>12</sup> G. PASI, *Credito e innovazione sociale*, cit., p. 209: «In estrema sintesi un *social impact bond* potrebbe essere definito come un accordo che ha quale proprio perno la pubblica amministrazione, disposta a condividere con gli investitori i risparmi ottenuti grazie al miglioramento di determinati *outcome* sociali. In altri termini ancora si può quindi dire che un *social impact bond* è un contratto con l’amministrazione pubblica, in cui quest’ultima si impegna ad effettuare un pagamento a fronte di un miglioramento dei risultati sociali tale da generare una riduzione dei costi complessivi della amministrazione pubblica medesima. Se l’obiettivo viene raggiunto, dunque alcuni risparmi futuri vengono generati, gli investitori ricevono il rimborso del capitale iniziale più un ritorno finanziario. Il ritorno è chiaramente commisurato al grado dei miglioramenti ottenuti, ossia dei risparmi generati per le casse del settore pubblico».

Uno o più investitori privati, coordinati da un promotore-intermediario, finanziano attività d'interesse sociale secondo un programma recepito in una convenzione conclusa con una p.A., la quale s'impegna a remunerare i servizi prestati nella sola ipotesi che l'attività abbia raggiunto gli obiettivi concordati in quell'atto bilaterale.

Attori *necessari* del programma sono – oltre alla p.A., al promotore-intermediario e agli investitori privati – il prestatore di servizi e un nucleo esterno e indipendente che deve valutare l'impatto sociale del servizio erogato.

Altri attori – solo *eventuali* – possono aggiungersi: un *advisor*; uno o più garanti dell'investimento; uno o più gestori degli strumenti di garanzia. Il moltiplicarsi degli attori determinerà – è evidente – l'aumento dei rapporti contrattuali e dunque la complessità dell'operazione.

Ciascuno dei soggetti coinvolti ha un ruolo ben definito.

a) La p.A. individua in fase di programmazione l'interesse pubblico<sup>13</sup> da conseguire e le aree d'intervento, concordando un programma con il prestatore di servizi e predisponendo la provvista finanziaria per remunerare l'investimento qualora gli obiettivi siano raggiunti.

b) Gli investitori privati forniscono il capitale iniziale, che sarà impiegato per il finanziamento dei servizi erogati nel programma: sono coloro che *rischiano* la perdita di quel capitale.

c) Il promotore-intermediario ha il delicato ruolo della gestione e del coordinamento degli attori, sia nel caso in cui l'accordo sia concluso su iniziativa della parte pubblica (e allora costui assume il ruolo di mero intermediario), sia che ciò avvenga su iniziativa del privato (che sarà, in tal caso, il reale promotore del SIB): reperisce i finanziamenti e individua il prestatore di servizi, remunerandolo direttamente con il capitale degli investitori per compensare i suoi costi di servizio.

d) Il prestatore di servizi ha un ruolo eminentemente operativo: si tratta generalmente di un'organizzazione del terzo settore (onlus, cooperative, fondazioni, *charities*, imprese sociali *etc.*) che fornisce appunto il servizio ed è pertanto direttamente responsabile anche della qualità dello stesso.

e) Il nucleo di valutazione è un soggetto *terzo* e *indipendente*, che ha il compito di verificare – attraverso strumenti di misurazione metrica quale, per esempio, il *Robust outcome metric*<sup>14</sup> – l'efficacia del programma di termini di impatto sociale

<sup>13</sup> M. IMMORDINO, A. CONTIERI, F. FRANCARIO, A. ZITO, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, II, Napoli, 2010; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove auton.*, 1/2010, pp. 69 ss.

<sup>14</sup> Sulla metodologia di calcolo e sui suoi riflessi circa l'impatto delle politiche, v. lo studio di C. MCPHAIL, H. R. MAIER, J. H. KWAKKEL, M. GIULIANI, A. CASTELLETTI, S. WESTRA, *Robustness Metrics: How Are They Calculated, When Should They Be Used and Why Do They Give Different Results?*, in *Earth's future*, 2018, <https://doi.org/10.1002/2017EF000649>.

In termini generali, la rilevazione statistica dell'impatto è il segmento finale dell'*impact investing*, categoria nella quale rientrano i contratti *pay-by-result* e quindi i SIB. Cfr. sul punto A. DEL

positivo: dall'esito della verifica dipenderà la remunerazione degli investitori da parte della p.A., la quale restituirà il capitale e corrisponderà una percentuale della spesa pubblica risparmiata.

A sua volta, il compito degli attori eventuali può così compendiarsi.

a) L'*advisor* ha una competenza tecnica di supporto alle figure pubbliche, qualora necessaria e non già posseduta dagli enti stessi e/o dal promotore-intermediario.

b) I garanti dell'investimento sono soggetti – fondazioni, banche – che assicurano agli investitori il rientro di almeno una parte del capitale: quindi parti di un contratto di fideiussione con il promotore-intermediario e gli investitori.

c) Ai gestori degli strumenti di garanzia, infine, spetta di ridurre il rischio in capo agli investitori, promuovendo forme di copertura di parte o di tutto il capitale investito. Le commissioni eventualmente previste sono erogate dall'intermediario, attraverso il capitale degli investitori.

Così configurato, il SIB parrebbe dunque presentare caratteristiche non troppo dissimili dal ben più sperimentato *project financing*<sup>15</sup>.

---

GIUDICE, *I Social impact bond*, Milano, 2015, p. 29: «La produzione di un impatto sociale è l'ultimo anello di una catena di valore distinta in cinque parti: l'identificazione delle risorse necessarie a un progetto (*input*); le attività operative (*activities*); l'erogazione del servizio (*output*); la misurazione dei cambiamenti (*outcome*); la verifica statistica dell'impatto dei cambiamenti dovuti alle attività (*impact*)». Per identificare correttamente in che cosa consista la misurazione dell'impatto si prenda il caso del SIB di Peterborough, il cui obiettivo era la riduzione del tasso di recidiva dei detenuti *short-sentenced*: si potevano distinguere le risorse impiegate (in termini economici e umani); le attività (prestate dall'operatore sociale); i detenuti trattati (*output*); la riduzione della recidiva (*outcome*); l'evidenza statistica dell'impatto sui detenuti delle attività erogate (*impact*).

In altre parole, la misurazione dell'impatto, sempre secondo Del Giudice, consiste in un «confronto statistico che possa in modo non ambiguo ricondurre l'effetto di riduzione della recidiva alle attività erogate. Quindi, ad esempio, attraverso l'osservazione di un campione di controllo di detenuti non trattati, si può verificare se la differenza della recidiva tra i due gruppi risulti statisticamente significativa» (ancora p. 29).

Il *Robust outcome metric* costituisce, però, solo una delle scale di misurazione dell'impatto sociale della prestazione: se ne annoverano altre, stante la difficoltà d'individuare parametri oggettivi misurabili che possano dare garanzia di riferimento per le (eventuali) remunerazioni finanziarie degli investimenti. Le scale si differenziano a seconda dei parametri prescelti, ai quali sono attribuiti valori e "pesi specifici" diversi: cfr. A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, pp. 31-32, che segnala IRIS, un'iniziativa di economisti per identificare le categorie d'indicatori sociali ed elaborare scale di misurazione dell'impatto: una delle quali – molto diffusa – è il *Social Return Of Investment* (SROI).

<sup>15</sup> Per G. PASI, *Credito e innovazione sociale*, cit., p. 213, il rapporto tra SIB e *project financing* s'inquadra in quello di specialità: «Le analogie tra i *social impact bond* e la finanza di progetto suggeriscono che tra queste due forme può esistere un rapporto di genere e specie. In effetti, in termini di definizione, di ruoli interpretati dai soggetti coinvolti e di processi di attuazione vi sono importanti sovrapposizioni tra i *social impact bond* e il *project financing*: infatti il fenomeno delle *public-private partnership*, di cui i *social impact bond* sono chiara espressione, era nato come evoluzione verso una più adeguata gestione del rischio all'interno del mondo della finanza di progetto, al fine di espandere i suoi confini verso nuovi *asset class*».

La p.A. non finanzia però un soggetto specifico, bensì un progetto complesso, che può essere sovvenzionato con la partecipazione del privato fin dalla sua elaborazione, anche qualora l'iniziativa non provenga dall'apparato pubblico.

A differenza del *project financing*, ancora, quel progetto non è in grado di generare flussi di cassa, ma è a c.d. remunerabilità condizionata: come detto, la p.A. remunererà gli investitori solo se l'azione avrà conseguito risultati positivi sul piano dell'impatto sociale. L'applicazione di questa condizione al rientro dei capitali investiti allinea gli interessi di tutti i partecipanti, affinché la "macchina" del singolo *Bond* ottenga i risultati d'interesse pubblico per cui è stata disegnata<sup>16</sup>.

Una struttura contrattuale siffatta, peraltro, fa sorgere una questione che merita d'essere affrontata in via preliminare rispetto a quelle circa le procedure di scelta delle parti private e la compatibilità con i contratti pubblici tipizzati nel Codice: si tratta della possibilità stessa d'esistenza nell'ordinamento italiano di questo negozio atipico sotto il profilo della sua compatibilità con le regole di contabilità pubblica delle pp.AA.

Il SIB – come già accennato – è un sottotipo dei contratti *payment-by-result*, nei quali il pagamento delle prestazioni da parte di un contraente è condizionato al raggiungimento di un peculiare risultato da parte dell'altro: il pagamento delle prestazioni è dunque incerto nell'*an*.

Nel caso specifico del SIB, quel pagamento è incerto non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum*: come detto, la p.A. si obbliga a pagare un'aliquota del risparmio di spesa pubblica per remunerare gli investitori, ma solo a patto che il servizio prestato abbia raggiunto un certo livello d'impatto sociale, soggetto a misurazione da parte del nucleo di valutazione terzo e indipendente.

---

Il *project financing* (o finanza di progetto), come noto, costituisce un particolare schema di realizzazione e gestione delle opere pubbliche o di pubblica utilità che si fonda sul coinvolgimento di operatori economici (e capitali) privati in fase progettuale, esecutiva e gestionale. Consiste in un finanziamento a lungo termine avente per oggetto un singolo progetto, la cui gestione è idonea a remunerare il capitale investito e a produrre nel tempo un cospicuo flusso di cassa.

Al centro dell'operazione è proprio l'investimento che i soggetti finanziatori decidono in favore di una società appositamente costituita (la c.d. società di progetto), confidando nella validità del progetto stesso e prescindendo dalla capacità patrimoniale del soggetto finanziato.

Con questo strumento si consente la copertura finanziaria di investimenti sulla base di un progetto ritenuto di pubblico interesse, della sua realizzazione e gestione e della sua attitudine a produrre reddito per un determinato periodo. In argomento v., tra gli altri, P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1987; G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Le tipologie contrattuali. IV*, Milano, 2008, pp. 2610 ss.; L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013; A. BLASINI, *La finanza di progetto tra diritto pubblico e diritto privato: alla ricerca di un adeguato modello di "accountability"*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2015, pp. 1315 ss.

<sup>16</sup> Così, A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit., p. 76, per il quale «attraverso la traslazione dall'amministrazione pubblica agli investitori (privati) del rischio economico del programma ed il meccanismo del pagamento (posticipato) sulla base dei risultati conseguiti (c.d. *pay for results*) si impone una distribuzione dei rischi del tutto confacente a massimizzare l'efficacia e l'efficienza delle azioni di intervento» (sempre p. 76).



Il SIB, insomma, muove dall'idea che gli investitori corrispondano la loro quota di capitale con l'obiettivo di ottenere, al termine del progetto e della prestazione del servizio, la parte economica del dividendo complessivo, che può infatti definirsi «misto»<sup>17</sup>: finanziario (la remunerazione da parte della p.A.) e sociale (l'impatto positivo sulla collettività).

Ora, abbiamo già visto che la componente “sociale” di questo dividendo è nello stesso tempo *condizione* e *misura* di realizzazione di quella “finanziaria”: la remunerazione è collegata al positivo impatto sociale.

Deriva da ciò la centralità che ricopre l'attività di misurazione, la cui scala di riferimento dev'essere predeterminata, quantificabile, riconoscibile e controllabile con dati certi: valutare se la prestazione di un servizio (per esempio, nel caso Peterborough la rieducazione e l'immissione nel mondo del lavoro dei detenuti *short-sentenced offenders*) abbia avuto o meno un impatto sociale positivo non può essere questione rimessa alla sensibilità diffusa di una determinata collettività. Al contrario, quella determinazione dev'essere misurabile, poiché da essa derivano conseguenze di tipo economico-finanziario.

In presenza di un impatto sociale positivo, occorre poi domandarsi se la remunerazione debba essere fissa oppure proporzionale al livello della ricaduta sociale.

Nel primo caso, il pagamento è incerto soltanto nell'*an*; nel secondo, è incerto anche nel *quantum*.

Quest'ultima ipotesi pone problemi di coerenza con l'ordinamento contabile italiano: le Amministrazioni, come noto, sono tenute alla redazione di bilanci pluriennali nei quali gli impegni di spesa per le obbligazioni che saranno adempiute e quindi estinte devono vincolare e destinare un importo *certo*<sup>18</sup> nell'*an* e nel *quantum*.

<sup>17</sup>A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 12, parla di «dividendo misto», il quale «consiste nell'individuare quei benefici sociali che un'attività di prevenzione è in grado di generare, quantificandone l'aspetto economico in termini di risparmio di spesa futura e utilizzando un'aliquota di questo risparmio per remunerare l'investitore che ha “scommesso” sulla riuscita di un progetto». In altre parole, quel dividendo è composto da un *financial return* e da un *social return*: il primo dipende dalla valutazione positiva del secondo (p. 30).

<sup>18</sup>Come ha puntualizzato A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, il bilancio previsionale degli enti pubblici svolge una duplice funzione: di previsione e di autorizzazione delle spese, le quali possono essere realizzate, nel corso dell'esercizio (inteso quale ciclo temporale della gestione), esclusivamente se previste appunto dal bilancio e in misura non superiore all'importo previsto, per ciascuna tipologia di spesa, dal bilancio stesso (cfr. p. 12).

L'impegno di spesa, a sua volta, è inteso quale «rilevazione contabile dell'insorgenza di un rapporto obbligatorio passivo» (sempre A. BRANCASI, *op. cit.*, p. 69): più propriamente «impegnare una spesa significa [...] vincolare per un corrispondente ammontare lo stanziamento di spesa ad una determinata obbligazione, impedendo così che alle relative risorse sia data una diversa destinazione; consentire, nel contempo, lo svolgimento delle ulteriori fasi dell'*iter* contabile necessarie per poter pervenire all'estinzione del rapporto obbligatorio» (p. 263). L'impegno di spesa si assume a seguito del perfezionamento dell'obbligazione, collocandosi nella fase attuativa dell'obbligazione stessa come atto autonomo che costituisce il vincolo sulle previsioni di bilancio dopo aver determinato gli elementi della spesa quali ammontare, destinatario e causa (p. 264).

Attesa, dunque, la *certezza* – o almeno la *prevedibilità* – che deve connotare la formazione di un bilancio, l'armonizzazione tra regole di contabilità pubblica e SIB può raggiungersi mediante la costruzione di un rapporto obbligatorio che preveda un criterio preciso – ancorché strutturato secondo scale di misurazione dell'impatto positivo – di determinazione del *quantum*: è insomma necessaria una individuazione pattizia – e *pluribus*<sup>19</sup> – del criterio con cui il nucleo di valutazione misurerà l'impatto sociale.

Muovendo lungo questa linea, non appare impossibile invalere le dinamiche finanziarie del SIB nel modello contabilistico italiano.

La disposizione di riferimento – l'art. 10, d.l. n. 118/2011<sup>20</sup> – stabilisce che il bilancio di previsione deve essere almeno triennale, con scorrimento e aggiornamento<sup>21</sup>.

---

L'intero ammontare dell'obbligazione deve essere imputato all'esercizio (e al relativo bilancio) in cui l'impegno è preso, indipendentemente da *quando* l'obbligazione dovrà essere adempiuta e si renderà necessario effettuare il relativo pagamento (*ibidem*).

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, nota 14.

<sup>20</sup> Si riporta per comodità di consultazione il testo vigente dell'art. 10, d.l. n. 118/2011.

«1. Il bilancio di previsione finanziario è almeno triennale, ha carattere autorizzatorio ed è aggiornato annualmente in occasione della sua approvazione. Le previsioni di entrata e di spesa sono elaborate distintamente per ciascun esercizio, in coerenza con i documenti di programmazione dell'ente, restando esclusa ogni quantificazione basata sul criterio della spesa storica incrementale.

2. A seguito di eventi intervenuti successivamente all'approvazione del bilancio, la giunta, nelle more della necessaria variazione di bilancio e al solo fine di garantire gli equilibri di bilancio, può limitare la natura autorizzatoria degli stanziamenti del bilancio di previsione, compresi quelli relativi agli esercizi successivi al primo. Con riferimento a tali stanziamenti, non possono essere assunte obbligazioni giuridiche.

3. Gli impegni di spesa sono assunti nei limiti dei rispettivi stanziamenti di competenza del bilancio di previsione, con imputazione agli esercizi in cui le obbligazioni passive sono esigibili. Non possono essere assunte obbligazioni che danno luogo ad impegni di spesa corrente:

a) sugli esercizi successivi a quello in corso considerati nel bilancio di previsione, a meno che non siano connesse a contratti o convenzioni pluriennali o siano necessarie per garantire la continuità dei servizi connessi con le funzioni fondamentali, fatta salva la costante verifica del mantenimento degli equilibri di bilancio;

b) sugli esercizi non considerati nel bilancio, a meno delle spese derivanti da contratti di somministrazione, di locazione, relative a prestazioni periodiche o continuative di servizi di cui all'art. 1677 del codice civile, imputate anche agli esercizi considerati nel bilancio previsione, delle spese correlate a finanziamenti comunitari e delle rate di ammortamento dei prestiti, inclusa la quota capitale.

4. Alle variazioni al bilancio di previsione, disposte nel rispetto di quanto previsto dai rispettivi ordinamenti finanziari, sono allegati i prospetti di cui all'allegato n. 8, da trasmettere al tesoriere.

4-*bis*. Il conto del tesoriere è predisposto secondo lo schema di cui all'allegato n. 17».

<sup>21</sup> Come tutti sanno, il bilancio può essere annuale (e copre un esercizio finanziario di regola coincidente con l'anno solare) o pluriennale (in tal caso riguarda più esercizi).

In via generale, il bilancio pluriennale può essere o meno scorrevole: la non scorrevolezza comporta che esso, una volta approvato, rimane in vigore per tutto il periodo a cui si riferisce, cosicché al suo spirare è necessario adottarne uno nuovo; la scorrevolezza sta invece a indicare che il bilancio pluriennale è adottato ogni anno, in modo che si aggiunga un nuovo esercizio a quelli già considerati.

La scorrevolezza può poi essere con o senza aggiornamento.

Al momento della stipulazione del SIB la p.A. dovrebbe dunque imputare all'esercizio corrente l'importo da remunerare agli investitori in caso di impatto sociale positivo, prescindendo dall'esercizio in cui l'obbligazione dovrebbe essere adempiuta.

E poiché le scale di misurazione sono graduate, la parte pubblica dovrebbe appostare somme pari alla misura *massima* dell'esborso prevedibile, ipotizzando dunque che l'impatto sociale positivo raggiunga il massimo livello possibile.

Così operando, nel successivo momento della valutazione i casi saranno pertanto due: se il progetto avrà generato un *impact* favorevole, la p.A. dovrà corrispondere un importo pari (o minore, ove il risultato sarà inferiore al livello massimo) alla voce appostata in bilancio; qualora invece il progetto non abbia raggiunto lo standard d'impatto sociale prestabilito, l'Amministrazione registrerà una sopravvenienza attiva, che potrebbe essere reinvestita – in un nuovo bilancio previsionale – in altri obiettivi pubblici o sociali<sup>22</sup>.

L'incertezza sull'*an* e sul *quantum* della remunerazione degli investimenti privati dev'essere compensata dalla previsione di una misura *massima* del pagamento da parte della p.A. e di una affidabile prevedibile scala di misurazione dell'impatto sociale. Solo così il rispetto delle regole di contabilità pubblica non sarà compromesso da una spesa "imprevista" nel caso si debba provvedere alla restituzione di capitale e interessi agli investitori privati a seguito di *impact* positivo del progetto.

### 3. La scelta del contraente privato fra dialogo competitivo e procedura ristretta

L'utilizzo del SIB da parte della p.A. comporta l'attivazione di una procedura a evidenza pubblica, donde un primo aspetto da esaminare: la scelta del contraente privato.

Si è autorevolmente sostenuto<sup>23</sup> che questa selezione possa avvenire

---

Nel primo caso, ogni anno – nell'adottare il nuovo bilancio pluriennale – oltre ad aggiungere un esercizio a quelli già considerati e a togliere l'esercizio già trascorso, si rideterminano le previsioni anche per gli esercizi comuni al precedente bilancio pluriennale.

Si ha invece scorrevolezza senza aggiornamento quando si aggiunge un ulteriore esercizio al precedente bilancio pluriennale, senza modificare le previsioni relative agli esercizi che questo già prendeva in considerazione (cfr. A. BRANCASI, *op. cit.*, pp. 71-72).

<sup>22</sup> Secondo A. DEL GIUDICE, *op. cit.*, la p.A. potrebbe utilizzare l'istituto dell'accantonamento a bilancio, sebbene questa soluzione sia foniera di problemi quanto al reinvestimento in diversa destinazione delle somme eventualmente non corrisposte dalla p.A. per insuccesso del progetto. Per uscire dall'*impasse*, l'A. richiama il più volte ricordato caso Peterborough, nel quale «il Ministero, nel predisporre il piano di rimborso del SIB, ha registrato contabilmente una sopravvenienza passiva (*contingent liability*) che, solo nel caso si verificassero le condizioni di pagamento, diventerebbe un costo effettivo da liquidare. Nel caso italiano, la pubblica amministrazione potrebbe prevedere un impegno di spesa che preveda la corresponsione del capitale e degli interessi pattuiti, nel caso si verificasse l'evento del raggiungimento dell'obiettivo pattuito, salvo poi trovarsi con una sopravvenienza attiva qualora tale obiettivo non fosse raggiunto» (p. 62).

<sup>23</sup> M. CLARICH, *Conclusioni*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, p. 292.

mediante la procedura di dialogo competitivo<sup>24</sup>: la cui caratteristica flessibilità è ordinata a «una continua interazione tra ditte partecipanti e stazione appaltante»<sup>25</sup>, sì da ridurre l'asimmetria informativa<sup>26</sup>, consentendo altresì di perseguire al meglio l'interesse pubblico individuato a monte dall'Amministrazione in sede di programmazione.

L'utilizzo del dialogo competitivo presenta vantaggi indubbi: consente all'Amministrazione di preselezionare gli operatori privati che concorreranno alla gara ponendovi a base un progetto che è il frutto, appunto, del confronto tra tutti i partecipanti.

In origine<sup>27</sup> questo procedimento – disciplinato dai previgenti artt. 3 e 58, d.lgs. n. 163/2006 – era ammesso in via eccezionale nei casi di appalti particolarmente complessi<sup>28</sup>, che rendevano inadeguato l'esperimento di una procedura selettiva “classica”: la peculiarità dell'appalto giustificava le interazioni prodromi-

<sup>24</sup> Secondo M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, 3/2018, pp. 625 ss., il dialogo competitivo è di difficile applicazione poiché se, per un verso, lascia il decisore pubblico di fronte a scelte più libere e ampiamente discrezionali, per altro verso è foriero di responsabilità erariale: ciò induce a preferire l'utilizzo di procedure standardizzate e più formalizzate rispetto a quelle più flessibili (p. 639).

Non dissimile la vicenda degli accordi *ex art.* 11, l. n. 241/'90: di «dungo abbandono» parla infatti P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2015, pp. 147 ss.

<sup>25</sup> Tar Friuli, Trieste, I, 15 novembre 2012, n. 420.

<sup>26</sup> A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit., p. 84.

<sup>27</sup> Il dialogo competitivo era invero una procedura ammessa in via eccezionale a causa delle interazioni tra stazione appaltante e privati con riferimento a tutti gli aspetti che sarebbero stati poi oggetto della gara d'appalto. Per esempio, Tar Lazio, I, 14 luglio 2015, n. 9383 ha ritenuto che «i chiarimenti e persino le integrazioni delle offerte possono essere chiesti in specifiche procedure quali il dialogo competitivo e la procedura negoziata, dove vi è un dialogo tra stazione appaltante e concorrenti e i chiarimenti e le integrazioni vengono chiesti a tutti i concorrenti, ma al di fuori di tali ipotesi non è prevista un'interlocuzione tra stazione appaltante e concorrenti nella fase di valutazione delle offerte». Circa la procedura tipizzata di presentazione delle offerte nelle procedure d'appalto v. il recente contributo di M. CALABRÒ, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2/2017, pp. 219 ss.

M. CAFAGNO, *Contratti pubblici*, cit., sottolinea che il dialogo competitivo è metodo «duttile» di selezione che «risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle conoscenze, anche per spronare scoperte e innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi e incerti» (p. 632).

La maggiore rigidità delle procedure a evidenza pubblica tipizzate non sottrae, tuttavia, l'Amministrazione al pericolo delle infiltrazioni mafiose, in merito alle quali v'è una corposa giurisprudenza: in proposito M. IMMORDINO, *Gli appalti pubblici tra documentazione antimafia ed esigenze di efficienza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2-3/2013, pp. 625 ss.

<sup>28</sup> L'appalto era considerato particolarmente complesso quando la stazione appaltante «non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi»; oppure «non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto» (art. 58, comma 2, d.lgs. n. 163/2006). Si doveva versare, insomma, in una obiettiva condizione d'incertezza operativa dell'Amministrazione.

che tra la stazione appaltante e le imprese che avrebbero partecipato alla gara (da indirsi in una fase successiva), si da colmare l'oggettivo *gap* informativo tra p.A. e privati nella definizione dell'interesse pubblico da soddisfare e nelle modalità attraverso le quali conseguirlo.

Col nuovo codice la procedura è divenuta di utilizzo ordinario<sup>29</sup>, «con l'effetto che le amministrazioni aggiudicatrici non sarebbero più limitate dalla necessaria valutazione sulla complessità dell'appalto: ciò non toglie che la necessità della negoziazione si giustifichi poi, di fatto e sovente, proprio in ragione della complessità dell'oggetto dell'appalto o del progetto o delle specifiche tecniche in vista del raggiungimento di determinati risultati»<sup>30</sup>. La nuova regolazione – *ex art. 64 del codice dei contratti* – consente il dialogo competitivo quando l'aggiudicazione richieda, per esempio, «soluzioni innovative»: sicché il SIB, che senza dubbio rientra in questo schema, potrebbe essere oggetto di aggiudicazione tramite il procedimento in esame.

Ancora, potrebbe ipotizzarsi il ricorso a una procedura ristretta di selezione del contraente privato<sup>31</sup>: la quale ha alla base un invito dell'Amministrazione alle imprese operanti sul mercato<sup>32</sup> e si svolge secondo la nota struttura bifasica per cui in una prima fase (di prequalificazione) la stazione appaltante, ricevute le domande di partecipazione, verifica il possesso dei requisiti di ammissione; mentre nella seconda avvia un confronto concorrenziale che si svolge come una procedura aperta, anche se soltanto con i soggetti ammessi.

Bisogna inoltre considerare un dato: e cioè che il SIB può anche essere

---

<sup>29</sup> Sebbene i dati statistici del triennio 2015-2017 dimostrino che in Italia questo strumento dialogico e flessibile non sia pressoché inutilizzato, a differenza di quanto accade in altri Paesi europei come Francia, Inghilterra e Germania. Cfr. l'analisi dei dati riportata da M. CAFAGNO, *Contratti pubblici*, cit., p. 633.

<sup>30</sup> R. DAMONTE, M. BERSI, *Commento all'art. 61*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017, p. 1058.

<sup>31</sup> *Ex art. 61, d.lgs. n. 50/2016. V. in proposito R. DAMONTE, M. BERSI, Commento all'art. 61, cit., pp. 1013 ss.*

<sup>32</sup> L'impresa che sia operante sul mercato e non sia stata invitata è peraltro legittimata a impugnare gli atti della procedura per l'illegittima esclusione. Cfr. Tar Lazio, Roma, I, 4 settembre 2018, n. 9145: «Per essere legittimati ad impugnare gli atti delle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, a cui non si è stati invitati, è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia al contrario necessario dimostrare di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risultarne aggiudicatari all'esito. In tal caso, infatti, l'impresa è titolare di un interesse qualificato e tutelato a contestare la scelta di una p.A. di procedere all'affidamento di un appalto di lavori, servizi o forniture, mediante procedura negoziata, giacché può essere azionato in sede giurisdizionale l'interesse strumentale a che l'Amministrazione, in seguito all'accoglimento del gravame e in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indica una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta, alla quale il ricorrente sia ammesso a partecipare, in condizioni di parità con gli altri operatori economici; ovvero anche a che alla procedura negoziata, come pure si pretende nel caso di specie, l'impresa stessa sia almeno invitata».

oggetto di una proposta-iniziativa da parte del privato. Il che non modifica i termini della questione, poiché l'Amministrazione è comunque obbligata a dare avviso pubblico circa la sua intenzione di scegliere un contraente per l'erogazione del servizio. Torna l'idea che il *Bond* possa essere considerato una *species* della più nota e diffusa finanza di progetto: l'osservazione trova invero il conforto del dato pratico, poiché le poche esperienze di SIB nel nostro ordinamento sono state impostate tramite il *project financing*.

Emerge qui un aspetto da tenere in debito conto: nel caso di SIB a iniziativa privata non è improbabile che il soggetto si faccia promotore dell'intera operazione contrattuale, identificando gli aderenti al *Bond*, e dunque anche il prestatore effettivo del servizio. Se l'Amministrazione indirà una gara ponendo a base d'asta quel progetto, le opzioni possibili per non eludere l'evidenza pubblica saranno due: o i soggetti privati costituiranno un operatore aggregato unico, per cui vi sarà presumibilmente un'unica procedura di scelta del soggetto con cui concludere il SIB. Oppure l'Amministrazione bandirà due procedure: la prima, con oggetto la scelta dell'intermediario-promotore<sup>33</sup> che intercetti i finanziamenti e si occupi della gestione del SIB; la seconda, con oggetto il servizio da affidare al prestatore effettivo.

In quest'ultimo caso non potrà essere lo stesso promotore a scegliere il prestatore d'opera, pena l'elusione dei meccanismi di trasparenza e di tutela della concorrenza. Il SIB avrebbe una strutturazione più semplice, poiché la p.A. affiderebbe a un soggetto scelto con gara la gestione finanziaria dell'operazione, mentre affiderebbe il servizio al prestatore, espletata una seconda, apposita procedura di scelta: l'erogazione, sebbene d'impatto sociale, sarebbe così possibile in seguito all'esperimento di procedimenti a evidenza pubblica già previsti dal codice dei contratti per l'affidamento di servizi a rilevanza economica<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Peraltro, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale – una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato – l'Amministrazione non è tenuta a esperire la procedura di gara, non essendosi ancora costituita in capo a quel promotore nessuna situazione di vantaggio. Si v. in proposito, *e plurimis*, Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820, con commento di D. CAMPUGLIANI, in *L'Amministrativista*, disponibile all'indirizzo <http://lamministrativista.it/articoli/news/sulla-dichiarazione-di-pubblico-interesse-della-proposta-presentata-dal-promotore>.

<sup>34</sup> Vero è che i servizi di cui generalmente i SIB si occupano hanno – come s'è visto – una destinazione a scopi di utilità sociale. Tuttavia la remunerazione del prestatore e il collegamento del pagamento di una *fee* a favore degli investitori al buon esito del servizio denotano il rilievo anche economico dell'operazione e dunque l'esclusione della totale gratuità dell'accordo, la quale consentirebbe invece di non applicare le norme del codice dei contratti pubblici. In questo senso si è, peraltro, orientato il Consiglio di Stato nel suo parere sulle procedure a evidenza pubblica da seguire nell'ambito del terzo settore (parere comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052), all'interno del quale non è possibile sottrarsi alle normazioni pro-concorrenziali se non in ipotesi tassative e restrittivamente intese.

Secondo il Consiglio di Stato, «L'iscrizione, ai fini euro-unitari, della natura imprenditoriale ad ogni attività di intrinseco rilievo economico incontra le sole esclusioni esplicitamente previste dallo stesso diritto

#### 4. *La discussa natura giuridica del SIB*

Esaminati sia il modello nei suoi profili essenziali, sia le possibili alternative nella procedura di scelta del contraente privato, possiamo adesso soffermarci

---

euro-unitario, che, concretando disposizioni eccezionali, sono da interpretarsi in forma tassativa. [...] mentre le direttive del 2004 escludevano pressoché *in toto* i servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, le direttive di nuova generazione del 2014 includono espressamente pure gli “*appalti di servizi sociali*”, in tal modo disvelando la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali. Si è pertanto passati dal regime di esclusione a quello di inclusione, con tutte le conseguenze del caso. Si deve, in proposito, evidenziare che il concetto europeo di “*appalto*” è sensibilmente più ampio di quello nazionale ed inerisce a tutti i “*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi?*” (cfr. Codice dei contratti pubblici, art. 3, lett. *ii*). Di regola, dunque, l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un “*appalto*”) che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario. Cionondimeno, al ricorrere di alcune condizioni la procedura di affidamento di servizi sociali disciplinata dal diritto interno non è soggetta alla regolazione di origine euro-unitaria. Ciò accade allorché: – la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo; – non tenda, neppure prospetticamente, all'affidamento di un servizio sociale; – la procedura disciplinata dal diritto interno miri sì all'affidamento ad un ente di diritto privato di un servizio sociale che, tuttavia, l'ente affidatario svolgerà a titolo integralmente gratuito (il punto sarà trattato più diffusamente *infra* in questo paragrafo e nei limiti ivi indicati). I primi due punti sono un corollario delle finalità del diritto europeo: questo, invero, tende all'apertura del mercato e, pertanto, non si protende per così dire all'indietro a disciplinare modalità di contatto fra Amministrazione e soggetti privati prive di carattere selettivo e non tese all'affidamento, neanche solo prospettico, di un servizio. Il terzo punto deriva dal fatto che il diritto europeo degli appalti si interessa dei soli affidamenti onerosi: non solo, infatti, dal punto di vista testuale è “*appalto pubblico*” ai fini europei esclusivamente il contratto a titolo oneroso, ma, in un'ottica sostanziale, lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi. In tal caso la gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo, il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr. art. 17 del codice del terzo settore). In tali casi si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore. Per questa linea, la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in *non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore. Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato*. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi».

L'ampia citazione è qui necessaria perché l'esclusione della gratuità del SIB fonda proprio sull'esistenza di un investimento remunerabile o comunque garantito (mentre il prestatore d'opera non gestisce mai il servizio in perdita, ma consegue sempre un risultato di pareggio). La remunerazione – sebbene futura e condizionata – che gli investitori possono ottenere denota la natura sostanzialmente onerosa del SIB: l'eventualità che la p.A. debba remunerare (sia pure *ex post*) il servizio prestato esclude dunque la gratuità dell'intera operazione e la fa soggiacere all'evidenza pubblica.

sulla natura giuridica del SIB e sulla sua eventuale sovrapposibilità ai modelli previsti dal codice dei contratti.

#### 4.1. *Differenze rispetto all'appalto di servizi*

Qualora intenda esternalizzare l'esecuzione di lavori, la fornitura di servizi o l'acquisto di forniture, la p.A. – com'è noto – può rivolgersi al mercato tramite due tipologie contrattuali: l'appalto e la concessione.

L'art. 3, comma 1, lettera ii), del codice definisce in generale gli «*appalti pubblici*» come «*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*».

In base alla successiva lettera vv), poi, la «*concessione di servizi*» è un «*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi [...] riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*».

Nell'appalto di servizi<sup>35</sup>, in particolare, il beneficiario della relativa prestazione è la stessa p.A., la quale corrisponde all'appaltatore un *prezzo predeterminato* a fronte della prestazione.

Nella concessione di servizi, invece, il beneficiario non è – o non è *in primis* – l'Amministrazione, bensì l'utenza pubblica, la quale in linea di principio paga una tariffa per fruire dei servizi stessi<sup>36</sup>. La concessione, inoltre, si differenzia dall'appalto poiché essa presuppone la traslazione in capo all'operatore economico *anche del rischio della gestione*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Si v. anche F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 14/2016, pp. 1 ss., il quale definisce il servizio pubblico come «la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti; esso è assunto dal soggetto pubblico con legge o atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività» (p. 5).

<sup>36</sup> Come rileva F. FRACCHIA, *Pubblico e privato*, cit., il servizio, quando gestito in concessione, dà luogo a un rapporto triangolare: «il concessionario deve svolgere il servizio rispettando il "ritmo" indicato dall'amministrazione» (p. 5). In giurisprudenza v., *ex multis*, Cons. Stato, V, 21 marzo 2018, n. 1811: «la giurisprudenza nazionale ha, dapprima, attribuito rilevanza alla struttura del rapporto, che intercorre tra due soggetti (stazione appaltante e appaltatore) nel caso dell'appalto di servizi ed invece tra tre soggetti (amministrazione concedente, concessionario ed utente) nel caso della concessione di servizi (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13), per poi indicare nel rischio economico l'elemento qualificante la concessione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624 e Cass. civ., Sezioni Unite, 20 aprile 2017, n. 9965)».

<sup>37</sup> La direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione, al *considerando* n. 18, stabilisce infatti che «la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore».

Si veda in questo senso la determinazione ANAC n. 10/2015: «ciò che caratterizza la



Il SIB sembra quindi non rientrare nell'appalto, atteso che in questa tipologia contrattuale l'Amministrazione *non* si assume alcun rischio di mercato per i servizi prestati<sup>38</sup>.

Resta, allora, da verificare se il SIB possa rientrare nel modello concessorio.

#### 4.2. Segue: *e alla concessione di servizi*

Un recente studio di fattibilità<sup>39</sup> ha in effetti ricondotto il SIB alla concessione di servizi.

---

concessione, sia essa di lavori che di servizi, differenziandola dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario. In assenza di alea correlata alla gestione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione, da inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o da cause di forza maggiore. Nella concessione, invece, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato. Pertanto, in assenza di un effettivo trasferimento del rischio in capo al concessionario, le procedure di aggiudicazione dovranno essere quelle tipiche dell'appalto e i relativi costi dovranno essere integralmente contabilizzati nei bilanci della stazione appaltante. La nuova direttiva europea, all'art. 5, comma 1, specifica con chiarezza che il contenuto necessario del contratto di concessione è il trasferimento del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o servizi al concessionario, cioè la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione. La parte del rischio trasferita al concessionario, in altri termini, deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Il rischio operativo espone il concessionario al rischio di perdite derivanti da squilibri che si possono generare sia dal lato della domanda (ad esempio, una domanda di mercato inferiore a quella preventivata) sia dal lato dell'offerta (la fornitura di servizi non in linea con la domanda di mercato). In altri termini, si ha un rischio operativo quando non è garantito nel corso dell'esecuzione il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario previsto in fase di affidamento». Cfr. anche S. MONZANI, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, in *Foro amm. CDS*, 1/2013, pp. 243 ss.

<sup>38</sup> Cfr. Tar Lombardia, I, 11 novembre 2016, n. 2090: «il pilastro principale che caratterizza tali meccanismi contrattuali [concessori, n.d.r.] è costituito dal rischio operativo, che ha natura economica ed implica la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, rischio che deve permanere in capo al privato che contrae con l'Amministrazione, dovendo quest'ultima rispondere della sola omissione nel monitoraggio dell'operazione (ad esempio nell'effettuazione dei controlli relativi alla qualità o ai ritardi della prestazione del concessionario), ma non delle componenti del rischio cosiddette di disponibilità, di offerta o di domanda, legate, cioè, le prime due rispettivamente nelle opere fredde e nelle opere calde alla *performance* del concessionario in relazione allo standard di qualità e di volume della prestazione rispetto a quello predeterminato nel contratto, e, la terza, alla domanda del mercato, soggetta, ad esempio, ad un calo di consumi».

<sup>39</sup> *L'applicazione di strumenti pay-by-result per l'innovazione dei programmi di reinserimento sociale e lavorativo delle persone detenute*, s.d., realizzato da Human Foundation e Fondazione Sviluppo e Crescita CRT, con l'apporto del Politecnico di Milano, dell'Università di Perugia e di KPMG. Il documento è disponibile all'indirizzo <http://humanfoundation.it/ita/info/45-l-applicazione-di-strumenti-pay-by-result-per-l-innovazione-dei-programmi-di-reinserimento-sociale-e-lavorativo-delle-persone-detenute/file.html>.

Tale sarebbe, in particolare, il contratto che l'Amministrazione conclude, previa evidenza pubblica, col privato o "soggetto attuatore", descritto come un *operatore aggregato* in quanto composto da promotore, investitori, prestatore del servizio. E poiché l'operatore aggregato annovera tra i suoi componenti anche gli investitori (gli unici soggetti che immettono capitale di rischio), l'alea grava in capo non alla parte pubblica, bensì sul privato.

In sostanza, il SIB – secondo la ricostruzione in esame – rientrerebbe nello schema concessorio per un dato *negativo*, l'assenza di rischio in capo all'Amministrazione.

Questa lettura appare corretta, ancorché parziale.

Data la fluidità del modello, non è infatti scontato che l'accordo sia sempre concluso con attori *tutti* astretti dal "vincolo aggregativo"<sup>40</sup>, potendo essere invece instaurati rapporti *singulatum*: evenienza non improbabile, in assenza di una norma che la vieti.

Ma poiché i soli soggetti esposti a rischio sono gli investitori (i quali però non erogano alcun servizio), l'unico contratto avente a oggetto il servizio stesso sarebbe stipulato con il fornitore, a sua volta remunerato da un soggetto terzo (dagli investitori, direttamente o tramite l'intermediario istituzionalizzato). La qual cosa, secondo la giurisprudenza<sup>41</sup>, non snaturerebbe comunque l'onerosità del contratto (onerosità da intendersi in senso *sostanziale* o *debole* e che può anche sfuggire alla sinallagmaticità tra prestazione e prezzo, laddove per esempio questa sia retribuita da un soggetto terzo<sup>42</sup>). A questo punto, però, il contratto tra p.A. e fornitore non rientrerebbe più nella concessione bensì – paradossalmente – nell'appalto, dato che quel fornitore è remunerato dagli investitori, vede garantita la copertura delle spese e consegue un pareggio di bilancio senza correre alcun rischio gestorio.

La lettura offerta dal citato studio di fattibilità, insomma, non sembra attagliarsi pienamente a tutte le declinazioni possibili del SIB.

<sup>40</sup> Peraltro non si comprende bene in quale forma, se contrattuale o istituzionalizzata, *ad instar* della società-veicolo nel *project financing*. V. in proposito M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi.it*, 3/2012, la quale sottolinea la difficoltà, nel contesto ordinamentale contemporaneo, di ricondurre a un unico *genus* un insieme di soggetti ibridi e di natura ancipite.

<sup>41</sup> Cfr. in proposito, *ex multis*, Cons. Stato, III, 4 ottobre 2017, n. 4631, la quale – nel caso di affidamento diretto di una fornitura a titolo gratuito a un soggetto che era remunerato con apposito finanziamento da parte di altro ente – non ha escluso l'onerosità dell'appalto e dunque la sua necessaria riconduzione ai parametri di trasparenza europei tramite procedura a evidenza pubblica. Sia consentito il rinvio, per un commento della decisione, a C. NAPOLITANO in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2017, pp. 1215 ss.

<sup>42</sup> Cons. Stato, III, n. 4631/2017, cit., distingue tra l'utilità finanziaria – legata al percepimento di un lucro – e l'utilità economica dell'appaltatore quale lecito elemento immateriale inerente «al fatto stesso del divenire ed apparire esecutore, evidentemente diligente, della prestazione richiesta dall'Amministrazione». Conseguenza di ciò «è la preferenza, nell'ordinamento dei contratti pubblici, per un'accezione ampia e particolare (rispetto al diritto comune) dell'espressione "contratti a titolo oneroso", tale da dare spazio all'ammissibilità di un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese), ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita e autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'Amministrazione appaltante».

Inoltre – pur volendoci attenere all'ipotesi più lineare di un accordo unico, stipulato tra l'Amministrazione e l'operatore aggregato (investitori, prestatore del servizio, intermediario) – il rischio che grava su quest'ultimo è sensibilmente diverso da quello che di regola grava sul concessionario. E questo emerge soprattutto dalla progressiva individuazione del *quid* della concessione da parte della Corte di giustizia, ad avviso della quale il baricentro funzionale di questo rapporto sta nella *gestione del servizio*, che dev'essere *remunerativo*. In altre parole, sul concessionario deve gravare un *rischio economico connesso all'attività imprenditoriale, legato cioè ai flussi di cassa che la gestione di quel servizio è in grado di generare*. Si tratta generalmente delle c.d. opere calde o *self-liquidating*, pagate dall'utenza (es. costruzione e gestione di autostrade), nelle quali l'uso del bene e il pagamento della tariffa generano flussi di cassa che remunerano il concessionario-gestore.

Ora, può sì accadere che la gestione del servizio dato in concessione generi flussi in nulla o solo in parte remunerativi: è il caso rispettivamente della concessione delle c.d. opere fredde (nelle quali è dominante la funzione sociale: la costruzione di scuole o di istituti penitenziari gestiti dal polo pubblico) o delle c.d. opere tiepide (nelle quali la gestione produce sì un flusso di cassa, ma è accompagnata da una contribuzione economica dell'Amministrazione). Ma il *proprium* della concessione – anche in tali ultime tipologie – consiste sempre nell'allocazione del rischio gestorio in capo al concessionario.

È questo il c.d. «rischio operativo»<sup>43</sup>, in forza del quale al gestore non dev'esser di regola garantito il recupero degli investimenti fatti o dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio in concessione. Esso discende, più precisamente, dall'esposizione all'alea di mercato, la quale consiste a sua volta nel fatto che – provenendo la remunerazione del servizio da soggetti terzi (i fruitori) rispetto all'Amministrazione – l'operatore economico può trovarsi nella situazione in cui i ricavi non coprono i costi<sup>44</sup>.

S'incontra qui un primo tratto distintivo fra SIB e concessione di servizi. Il rischio che il privato li si assume, infatti, non ha natura *stricto sensu* imprenditoriale, fondando invece sulla *rispondenza del progetto e del servizio prestato alle politiche pubbliche*. L'alea dell'operatore deri-

<sup>43</sup> Sul quale v. Part. 3, lett. *zzz*), codice dei contratti pubblici. Cfr., per la giurisprudenza europea, CGUE 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione c. Italia*.

<sup>44</sup> Cfr. CGUE 10 marzo 2011, C-274/09, *Strong Segurança S.A.*

Non assumono rilevanza i rischi legati a una cattiva gestione o a errori di valutazione da parte dell'operatore economico, i quali prescindono dal fatto che il contratto di servizio sia riconducibile alla tipologia dell'appalto ovvero a quella della concessione.

Cfr. in proposito CGUE, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A Sia*, nonché Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22, la quale ha precisato che «La definizione della concessione di servizi rinvenibile nell'art. 3, comma 1, lett. *m*)», d.lgs. n. 50 del 2016, [...] e la previsione di puntuali e cogenti regole procedurali per l'affidamento dei servizi in concessione consentono di ritenere, ormai, superate gran parte delle difficoltà definitorie e delle ambiguità regolative prodotte dalla scarsa disciplina preesistente», riconoscendosi nella traslazione del rischio operativo della gestione e nella direzione del servizio, nei confronti dell'utenza e non dell'Amministrazione, i tratti essenziali della concessione.

va, insomma, dalla possibilità che i servizi prestati non producano l'impatto sociale atteso dall'Amministrazione e quindi non conducano *a posteriori* ad alcun risparmio di spesa.

Questo profilo si collega al secondo tratto che differenzia il SIB rispetto alla concessione di servizi. L'oggetto del contratto – il servizio da gestire – *non è necessariamente remunerativo* in relazione al mercato; al contrario, la remunerazione del contraente è solo eventuale, è liquidata dalla p.A. ed è soggetta alle verifiche del controllo-qualità della prestazione.

L'alea del SIB, insomma, non è pienamente assimilabile a quella della concessione di servizi, poiché nel nostro caso il rapporto è tipizzato *ab imis* da un sinallagma tra una prestazione certa (il servizio) e una (la remunerazione da parte dell'Amministrazione) incerta nell'*an* e nel *quantum*<sup>45</sup>.

##### 5. Una tesi: il SIB quale esempio di partenariato pubblico privato (PPP)

Sembra pertanto più convincente quell'orientamento dottrinale che differenzia il SIB tanto dall'appalto quanto dalla concessione, considerandolo un «contratto aleatorio atipico di partenariato pubblico-privato»<sup>46</sup>.

Anche questa definizione desta comunque qualche perplessità.

Gli aspetti condivisibili emergono con nitidezza. Il SIB esibisce infatti i tratti essenziali del partenariato pubblico privato (PPP), come delineato negli artt. 3, comma 1, lett. *eee*) e 180<sup>47</sup> del codice dei contratti pubblici: normazione dalla quale si può

<sup>45</sup> R. NICOLÒ, *Alea(ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 1026.

<sup>46</sup> A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione*, cit.

<sup>47</sup> Per comodità di lettura, di seguito si riporta il testo dell'art. 3, comma 1, lett. *eee*) nonché dell'intero art. 180.

Art. 3, comma 1, lett. *eee*):

«contratto di partenariato pubblico privato' [è il] il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

Art. 180. (Partenariato pubblico privato):

«1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *eee*).

2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.

3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore

desumere in modo agevole che l'atipicità è elemento che connota la "galassia" qui in esame<sup>48</sup>. Questa ricostruzione garantisce la flessibilità degli strumenti negoziali<sup>49</sup>,

---

economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga *ex ante*. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.

4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.

5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita *ex ante*, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.

6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

7. Si applica quanto previsto all'articolo 165, commi 3, 4 e 5, del presente codice.

8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 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».

<sup>48</sup> Le pressanti esigenze di duttilità delle forme di contrattazione pubblico-privata sono percepite anche in ambiti diversi da quelli a rilevanza economica, per esempio nella gestione dei beni culturali. Sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali* (paper per il convegno AIPDA di Reggio Calabria del 4-6 ottobre 2018 su «Arte, cultura e ricerca scientifica»), disponibile all'indirizzo <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=42>.

<sup>49</sup> Per R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2017, pp. 27 ss., spec. p. 32, l'atipicità contrattuale è il punto di forza del partenariato, atteso il ruolo polifunzionale svolto dal privato. Senza poi dimenticare il dato, già evidenziato, per cui queste azioni pubbliche possono essere concluse anche in virtù

i quali restano comunque soggetti a logiche di funzionalizzazione<sup>50</sup> e richiedono quindi l'esperimento di procedure a evidenza pubblica.

D'altra parte, l'atipicità contrattuale è tendenzialmente compensata dalla tipizzazione dell'interesse pubblico: l'autonomia negoziale nell'amministrazione di interessi pubblici non può di certo essere intesa nel senso privatistico tradizionale<sup>51</sup> come libertà di scelta nel fine e nel mezzo, poiché il *fine* è predeterminato

di una pluralità di negozi giuridici tra loro connessi e sinergici, spesso connotati da elevata complessità.

<sup>50</sup> Cfr. F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4/2016, pp. 549 ss., secondo cui il rapporto tra diritto pubblico e privato nello svolgimento delle funzioni amministrative è da sempre problematico e contraddittorio, dato che «da sempre più frequente penetrazione dei moduli privatistici nell'azione amministrativa ha finito per determinare una reazione del legislatore che, al fine di tutelare interessi che sarebbero stati compromessi dall'applicazione delle sole regole del diritto comune, ha esteso singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente – e talvolta anche sostanzialmente – privati; l'opera di ripubblicizzazione è poi stata completata dalla giurisprudenza, che ha proceduto ad una complessiva riqualificazione pubblica dei soggetti privati, assoggettandoli al diritto amministrativo».

Per l'abbandono della logica rigidamente dicotomica in favore di quella, più realistica e funzionale, di coesistenza dei due diritti v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Roma, 2000, secondo cui, al fine di delineare l'ambito applicativo delle regole pubblicistiche, la natura giuridica dell'ente è fatto di per sé ininfluenza rispetto alle funzioni di cura di interessi pubblici, le nicchie in grado di determinare il regime dei relativi atti. G. ROSSI, *Le fattispecie miste pubblico-privato. Chiavi di lettura e questioni di metodo*, in *ridiam.it*, 2016 e in G. ROSSI, D. D'ALESSANDRO e D. PAPPANO (a cura di), *Il metodo e la teoria generale: nozioni elementari e gradazioni*, in corso di pubblicazione, applica a queste fattispecie miste il metodo gradualista, secondo il quale la disciplina a esse applicabile è dettata dall'elemento prevalente – pubblico o privato – volta per volta identificabile.

L'A. utilizza l'immagine della «pozzanghera giuridica», riferendola a fattispecie *ibride*: tali dal punto di vista organizzativo (ad esempio, le società miste), dell'attività (come gli accordi e le convenzioni), delle posizioni giuridiche (diritti privati solo apparentemente assoluti), le quali uniscono in sé profili di impossibile separazione («Come si può spiegare, ad esempio, una pozzanghera, l'acqua torbida, mischiata alla terra, senza avere da un lato la nozione dell'acqua e dall'altro quella della terra? Individuate le nozioni essenziali, queste si compongono tra loro secondo le varie gradazioni nelle quali l'una o l'altra è prevalente. Questo metodo trova applicazioni concrete nelle definizioni delle fattispecie miste che sono ora diventate sempre più numerose e consente alla giurisprudenza di fornire spiegazioni esaurienti a fenomeni nuovi», p. 273).

Rossi rifiuta generalizzazioni e semplificazioni, ritenute metodologicamente errate: «Può apparire singolare che, nel cercare chiavi di lettura di nuove fattispecie miste, derivanti dall'evoluzione dell'economia e del suo rapporto con il pubblico potere, le si individuino nelle elaborazioni scientifiche della dottrina risalente nel tempo, come in Italia Gian Domenico Romagnosi e in Germania Otto von Gierke. In entrambi il criterio della gradazione era chiaramente enunciato e applicato con proprietà. La spiegazione sta nel fatto che, collocati all'inizio della fase di sviluppo e di giuridicizzazione dei pubblici poteri e dei servizi pubblici ne coglievano più facilmente i profili essenziali, e che, non aderendo alle tesi hegeliane sulle quali si è fondata la dogmatica stato-centrica, e quindi partendo dal "basso" (la persona, i gruppi sociali) anziché dall'alto (lo Stato, la norma), usavano strumenti più adatti a comprendere i fenomeni articolati e dinamici come sono quelli che l'attuale scienza del diritto amministrativo deve indagare e capire» (p. 274).

<sup>51</sup> E sempre più oggetto di critica. Cfr. adesso F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno «diritto dello sviluppo economico»*, in *Pol. dir.* 3/2018, pp. 507 ss., il quale ricorda il pensiero di Rodotà teso a «rifiutare concettualistiche distinzioni erette tra pubblico e privato, fondate sull'acritica accettazione di un loro rigido confine presidiato da (contrapposte) sfere di autorità e libertà. Un atteggiamento

dal legislatore, e pertanto indisponibile in ossequio al principio di legalità, centrale anche quando la p.A. utilizzi moduli negoziali<sup>52</sup>.

mento, questo, che se non criticamente ridiscusso espone alternativamente la scienza privatistica a due differenti ordini di criticità. Da un lato, il rischio di venire marginalizzata alla mera disciplina delle “attività economiche minori” (quei “piccoli traffici” dell’individuo proprietario rispetto ai quali può forse ancora dirsi sufficiente la tecnica normativa incentrata sulla triade soggetto-bene-obbligazione plasticamente emergente già dalla struttura del *Code Napoléon*). Dall’altro, e con problematicità ancor più evidenti, di rendere il privatista un “guardiano notturno” di scelte che trovano altrove – nelle politiche del liberismo economico – la loro origine e forza giustificativa, e rispetto alle quali la tralattizia raffigurazione del diritto privato come area di libertà e autodeterminazione finisce per essere l’espedito retorico che giustifica la preclusione di qualsiasi intervento eteronomo, capace di porre argine a quelle “penetranti disuguaglianze di fatto che contraddicono la parità formale di situazioni ed il pari potere della volontà di ciascun individuo” (i passi del Maestro citati da Mezzanotte sono tratti da S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, pp. 9 ss., spec. pp. 10 ss.). Mezzanotte ricorda opportunamente anche gli sviluppi sostanziali della riflessione introno al principio di uguaglianza, e dunque le osservazioni di Bianca sulla necessità di intenderlo come «parità reciproca» tra gli individui e dunque in sé preclusivo della «possibilità di divisare regole, o di avallarne prassi interpretative, che possano dirsi manifestazione di un’unilaterale imposizione dell’autonomia di un soggetto rispetto ad un altro» (F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 510, che richiama C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, poi in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2002, p. 51).

<sup>52</sup> Ad avviso di R. DIPACE, *op. cit.*, il principio di tipicità non trova applicazione nel diritto contrattuale della p.A., poiché «la tipicità provvedimentoale e quella contrattuale operano su piani distinti, poiché le due categorie di atti non sono assimilabili» (p. 33). Secondo l’A., peraltro, nel diritto amministrativo la tipicità riguarda tanto il fine quanto il mezzo, l’interesse pubblico costituendo la “causa” di uno specifico provvedimento. Nel contratto, invece, la causa e il tipo hanno ruoli diversi: i privati possono perseguire i loro interessi – purché meritevoli *ex art.* 1322 c.c. – sia con strumenti tipici che atipici. Il tipo negoziale non esprime la causa del negozio.

Questa ricostruzione induce la giurisprudenza a ravvisare nell’assenza di causa del provvedimento un motivo d’illegittimità-annullabilità e non di nullità. Cfr. Cons. Stato, IV, 24 aprile 2016, n. 2202: «Anche dopo l’inserimento nel vigente sistema amministrativo dell’art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha codificato la nullità “strutturale” del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio può essere in concreto ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l’inesistenza dell’oggetto; in particolare, con riferimento all’ipotetico difetto della causa, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, questo nella teoria del provvedimento amministrativo, laddove lo si identifichi con l’insussistenza dell’interesse pubblico che esso dovrebbe perseguire, costituisce una ordinaria ipotesi di annullabilità del provvedimento amministrativo, *ex art.* 21-*octies* comma 1, della stessa l. n. 241 del 1990, *sub specie* di eccesso di potere; e ciò discende non solo dalla peculiarità della patologia del provvedimento amministrativo rispetto a quella del negozio giuridico, nella prima essendo del tutto prioritario e prevalente l’aspetto “funzionale” (ossia la finalizzazione del provvedimento a un interesse pubblico), ma anche dall’eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo e rilevanti quali cause di annullabilità». Sulla ricostruzione della causa quale elemento essenziale del provvedimento cfr. A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell’atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018, e la bibliografia ivi riportata; più in generale, sul tema della nullità, M.R. SPASIANO, *Perduranti profili di incertezza in ordine alla figura dell’atto amministrativo nullo per mancanza degli elementi essenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2/2017, pp. 631 ss.

Ma anche l'ipotesi di inalveare il SIB nello schema di partenariato recepito dal codice dei contratti suscita – come si diceva – alcuni dubbi, non pienamente sopiti neppure volendosi riferire al PPP atipico di cui all'art. 180, comma 8, del codice: norma che richiede comunque la presenza degli elementi essenziali del partenariato – tipologie di rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio – che nel SIB sembrano assenti o, quanto meno, articolati in modo dissonante rispetto al modello di diritto positivo.

Passiamo dunque a trattarne.

## 6. I tre elementi essenziali del partenariato pubblico privato

La difficoltà concerne generalmente il *rischio*<sup>53</sup>, che nel partenariato assume aspetti peculiari, puntualmente individuati dal Giudice amministrativo nelle loro articolazioni e specificazioni<sup>54</sup>.

---

Sull'interpretazione del provvedimento, cfr. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. 1. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012.

<sup>53</sup> Secondo G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, pp. 599 ss., «costituisce caratteristica dei contratti in esame il trasferimento del rischio all'operatore privato non solo nel momento genetico del rapporto negoziale, ma, altresì, per tutta la durata della loro esecuzione. Nei contratti in cui la pubblica amministrazione risulta l'acquirente principale dei servizi può verificarsi, tuttavia, che l'operatore privato, siccome libero da ogni preoccupazione legata ai processi selettivi del mercato, possa perdere interesse, in mancanza di meccanismi di incentivo o di controllo, a svolgere l'attività secondo i necessari criteri di attenzione alla qualità ed ai costi del servizio. In tal senso, pertanto, la verifica della permanenza dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera secondo la natura del contratto non può limitarsi ad un'operazione preliminare alla conclusione del medesimo, ma giustifica l'adozione, quale forma di garanzia del rispetto della disciplina contrattuale, di un'attività di controllo e monitoraggio durante l'intera esistenza del rapporto contrattuale». Sottolinea l'A. che i profili del rischio campeggiano nella disciplina dei contratti di PPP «tanto da plasmare oggetto, contenuto e sorte del rapporto contrattuale».

<sup>54</sup> Tar Lombardia, IV, 9 febbraio 2018, n. 386: «Il partenariato pubblico privato – la cui nozione è contenuta nell'art. 3, lettera eee) del d.lgs. 50/2016 – trova la sua disciplina di dettaglio negli articoli 179 e seguenti del medesimo decreto legislativo e segnatamente nell'art. 180 e secondo il comma 8 di quest'ultimo la finanza di progetto (disciplinata dall'art. 183 del codice dei contratti pubblici) è compresa nella figura del contratto di partenariato pubblico privato; inoltre ai sensi dell'art. 180, comma 3, il contratto di partenariato implica il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, sotto il triplice profilo del rischio di costruzione, del rischio di disponibilità e del rischio di domanda dei servizi resi (la nozione di queste tre figure di rischio si trova nell'art. 3 già sopra citato, rispettivamente alle lettere aaa, bbb e ccc); parimenti, nella concessione di servizi (si veda per la definizione l'art. 3, lettera vv del codice), risulta essenziale il trasferimento in capo al concessionario del "rischio operativo" (sul quale, si veda l'art. 3, lettera zz del codice), il che implica che in condizioni operative normali non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione del servizio in concessione; in definitiva il trasferimento del rischio – nelle sue varie tipologie – in capo all'operatore economico privato assume quindi un rilievo fondamentale ai fini della qualificazione di un accordo fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico, quale partenariato pubblico privato/concessione oppure quale appalto di servizi».



Dal punto di vista strutturale – come appena accennato – il PPP si connota per tre elementi essenziali e identificativi: la traslazione del rischio sul privato, l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione (inteso quale convenienza economica dell'intervento nel periodo di durata del contratto<sup>55</sup>), il monitoraggio sulle operazioni al fine del mantenimento dell'alea in capo al privato.

Quanto al primo elemento identificativo, sono tre – ai sensi dell'art. 180, comma 2, del codice – le tipologie di rischio oggetto di quella traslazione, definite dall'art. 3, lett. *aaa*), *bbb*) e *cc*).

Più nel dettaglio, il rischio di costruzione *ex* art. 3, lett. *aaa*) è legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico compreso il mancato completamento dell'opera (rischi amministrativi, espropri, forniture, aumento costi, progettazione errata, *etc.*).

Il rischio di disponibilità di cui all'art. 3, lett. *bbb*) deriva invece dalla capacità, da parte dell'operatore economico, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume sia per standard di qualità previsti (manutenzione non prevista, obsolescenza tecnica, *etc.*).

Infine, il rischio di domanda – art. 3, lett. *cc*) – dipende dalla variabilità in diminuzione dei volumi di richiesta del servizio che il contraente deve soddisfare, donde la contrazione dei flussi di cassa.

A questi rischi tipizzati possono aggiungersene altri. Per esempio, il rischio normativo, inteso quale cambiamento della normazione in corso d'opera che costringa l'operatore privato a modifiche progettuali o nell'esecuzione e che, pertanto, determini aumenti dei costi; il rischio finanziario, connesso al mancato reperimento delle relative risorse, all'aumento dei tassi di interesse ovvero al mancato rimborso di una o più rate di finanziamento<sup>56</sup>; il rischio di valore residuale, nell'ipotesi di restituzione, alla fine del rapporto contrattuale, di un bene di valore inferiore alle attese<sup>57</sup>; il c.d. rischio di commissionamento, qualora l'opera non riceva il consenso da parte di altri soggetti pubblici o della collettività, con conseguenti ritardi nella realizzazione della stessa; il rischio amministrativo, in caso di notevole

<sup>55</sup> L'equilibrio economico-finanziario «si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte»: così Delibera ANAC n. 9/2018, p. 8, in [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/Delibere/2018/LINEE%20GUIDA\\_n\\_9\\_Del-318\\_018.pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/Atti/Delibere/2018/LINEE%20GUIDA_n_9_Del-318_018.pdf).

<sup>56</sup>R. DIPACE, *op. cit.*

<sup>57</sup> Secondo R. MANGANI, *Dossier Linee guida Ppp/6. Ecco i «rischi minori», spetta alla Pa decidere a chi vanno*, in *Quotidiano del Sole 24 ore. Edilizia e Territorio*, disponibile su <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/print/AEicR8gE/0>, «Trattandosi di un rischio tipico dell'attività imprenditoriale appare coerente che esso sia allocato in capo all'operatore privato». Un'elencazione dei rischi eventuali è fornita anche dall'ANAC nel suo Documento di consultazione su «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», reperibile su [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/Documento%20dP%20consultazione%20Monitoraggio\\_PPP.pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/Documento%20dP%20consultazione%20Monitoraggio_PPP.pdf), p. 3 ss.

ritardo o diniego nel *permitting* (rilascio di assensi comunque denominati) da parte dei soggetti competenti; il rischio ambientale e/o archeologico.

Ciò che quindi caratterizza il partenariato – al pari delle concessioni – è la traslazione dell'alea derivante dall'esposizione alle fluttuazioni del mercato, che può tradursi, in modo congiunto o meno, nei rischi di concorrenza, di squilibrio tra domanda e offerta, di mancata copertura delle spese di gestione, *etc.*

L'equilibrio economico-finanziario – secondo elemento identificativo, dopo la già esaminata traslazione del rischio – presuppone poi, ai sensi dell'art. 3, lett. *fff)*, del codice, che i ricavi coprano i costi di gestione e di investimento<sup>58</sup>. Esso si verifica nella compresenza di:

- convenienza economica, intesa quale capacità del progetto di creare valore nell'arco di durata del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito;
- sostenibilità finanziaria, cioè idoneità del progetto a generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

Questi due obiettivi, come detto, sono congiunti e il loro raggiungimento è affidato al contraente privato: la p.A., ai sensi dell'art. 180, comma 6, del codice, può contribuire corrispondendo un importo che però non può snaturare l'assetto del rapporto e dunque sino al tetto massimo del 49% dell'investimento.

Terzo elemento identificativo del PPP, infine, è il monitoraggio sull'esecuzione, il quale comporta che l'Amministrazione aggiudicatrice debba vigilare sul corretto adempimento del contratto di partenariato e sull'effettivo mantenimento del rischio in capo all'operatore privato<sup>59</sup>. A questo proposito sono state emanate le linee guida ANAC n. 9/2018, le quali contengono istruzioni puntuali circa le modalità di allocazione sul privato dell'alea da PPP e di monitoraggio continuo circa la permanenza dell'allocazione stessa<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Così il parere Cons. Stato, comm. spec., 29 marzo 2017, n. 775, sulle linee guida ANAC (di cui dirò più avanti): «l'equilibrio economico-finanziario si realizza quando i ricavi da progetto, sia da tariffa corrisposta dall'utenza sia da canone a carico dell'amministrazione, consentono di coprire i costi di gestione e di investimento, di remunerare il capitale impiegato nell'operazione e di versare le imposte. Inoltre, andrebbe precisato che se i valori di VAN (Valore Attuale Netto) e TIR (Tasso Interno di Rendimento) di progetto non tendono all'equilibrio ciò significa che il contratto contiene margini di extra redditività per il partner privato, che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e che le amministrazioni devono attentamente valutare questo profilo».

<sup>59</sup> Ai sensi dell'art. 181, comma 4, del codice, «L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio [...] verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi».

<sup>60</sup> Secondo le linee guida ANAC, in vigore dal 5 maggio 2018, il contratto di PPP identifica i rischi e contiene specifiche clausole che li allochino in capo al privato per tutta la durata della cooperazione. Perché l'Amministrazione possa monitorare la permanenza dell'allocazione, l'ANAC ha elaborato un documento di «*matrice dei rischi*»: il quale individua questi rischi e ne valuta le probabilità di verifica per ciascuna attività prevista nel contratto. Sicché il monitoraggio avviene, sulla base di quella matrice, tramite un flusso informativo periodico tra p.A. e *partner* privato.

## 7. Il SIB nel prisma del PPP

Si deve quindi verificare se questi tre elementi identificativi del PPP – traslazione del rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio sull'esecuzione – siano congiuntamente riscontrabili nel SIB, e in che misura.

### 7.1. Il rischio

Principiamo dal trasferimento del rischio, che nel SIB presenta aspetti peculiari, non coincidenti perfettamente con le già viste tipologie definite dall'art. 3, lett. *aaa)*, *bbb)* e *ccc)*: costruzione<sup>61</sup>, domanda<sup>62</sup> e disponibilità<sup>63</sup>.

Nel *Bond* rischi siffatti o non si presentano in alcun modo: così il rischio di costruzione, che è tipico delle opere e dei lavori, mentre il SIB è usato per la prestazione di servizi.

Oppure assumono connotati che non rispondono al modello del PPP. Si pensi al rischio di domanda che nel partenariato, come detto, comporta l'esposizione del privato all'alea del mercato, per cui la domanda di servizi potrebbe contrarsi o, viceversa, l'offerta concorrenziale potrebbe ampliarsi per la presenza di nuovi operatori, con correlativa diminuzione del flusso di cassa<sup>64</sup>. Questo avviene

<sup>61</sup> Come sottolineato dall'ANAC nella citata delibera n. 9/2018, «In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera; b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto; c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto; d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione; e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori; f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata» (p. 5).

<sup>62</sup> Sempre secondo la delibera ANAC n. 9/2018: «Il rischio di domanda, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici: a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico; b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda».

<sup>63</sup> Ancora la delibera ANAC n. 9/2018, «In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; b) rischio di *performance*, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicator* – KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli *standard* tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare» (pp. 5-6).

<sup>64</sup> M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, d.lgs. n. 50/2016, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 29 luglio 2016.

perché la platea degli utenti non è predefinita, ma la sua consistenza dipende dalla doppia libertà di scelta sul se fruire o meno di quel servizio e da quel determinato operatore. Come si è visto, invece, il SIB presuppone bacini d'utenza predeterminati e sostanzialmente privi di libertà di scelta in ordine alla fornitura di servizi: il che annulla il rischio di domanda in capo al *provider* del servizio sociale<sup>65</sup>.

Il rischio di disponibilità, infine, può sì esser presente nel SIB, dato che il servizio erogato dal *provider* potrebbe non rispettare gli standard qualitativi richiesti dalla p.A., ma con alcune differenze rispetto allo schema *ex art. 3, lett. bbb)*. Tratto tipico del rischio di disponibilità è che la mancata corrispondenza della qualità del servizio allo *standard* contragga i ricavi del *provider*. Si presuppone pur sempre, dunque, un mercato in grado di scegliere l'offerta. Affatto diverso è invece il rischio tipico – intrinseco e indefettibile – del SIB, che ne connota la struttura negoziale: la rimborsabilità condizionata, la quale non rientra nello schema della disciplina quadro del partenariato, poiché nel *Bond* il prestatore del servizio non deve generare ricavi per sé (i suoi costi essendo comunque coperti), bensì offrire un servizio che abbia un impatto sociale di segno positivo tale da consentire un risparmio della spesa pubblica.

In sintesi, la conformazione del rischio nel SIB è diversa dai rischi tipici di cui all'art. 3, lett. *aaa)*, *bbb)* e *ccc)*, codice: ne deriva, in difetto di quei rischi, l'inapplicabilità – come ritenuta dal diritto giurisprudenziale<sup>66</sup> – della disciplina sul partenariato pubblico-privato.

Non v'è insomma perfetta coincidenza fra le caratteristiche dell'alea tipica del partenariato e quelle del SIB: sovrapposibilità che invece è essenziale per l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 180 ss. del codice. Non è escluso che un determinato *Bond* le possieda, poiché la sua struttura, estremamente fluida, potrebbe anche corrispondere agli elementi essenziali del partenariato. Tuttavia, poiché – come s'è avuto modo di vedere – il tratto tipico del SIB consiste nella peculiare remuneratività del contratto, qualora un *Bond* non presentasse in concreto quei profili di rischio, non potrebbe applicarsi il paradigma normativo del partenariato.

## 7.2. L'equilibrio economico-finanziario

In secondo luogo, l'equilibrio economico-finanziario.

Elemento identificativo e strutturale del PPP, non sembra invece essere un pilastro portante del SIB.

Nei contratti di partenariato quell'equilibrio è funzionale alla necessità di evitare che l'Amministrazione debba impiegare risorse pubbliche per sopperire

<sup>65</sup> Profilo rilevato anche dalla delibera ANAC n. 9/2018, cit., p. 5, dove, nel delineare il rischio di domanda, afferma che «non è di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura di servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali)».

<sup>66</sup> Tar Lombardia, n. 386/2018, cit.

a un insuccesso del *partner* privato, il quale non sia stato in grado di creare flussi di cassa sufficienti a remunerare la propria attività.

Evenienza, questa, che nel SIB è inconfigurabile per definizione: anzitutto, perché questo contratto è per sua natura aleatorio; in secondo luogo, perché in caso d'insuccesso non spetta mai all'Amministrazione ripianare le perdite, ma agli investitori privati, i quali si accollano il rischio del mancato recupero del capitale.

Le relazioni – finanziarie e quindi giuridiche – che strutturano il SIB, insomma, si instaurano tra il *provider* del servizio sociale e gli investitori (tramite la mediazione dell'intermediario-promotore dell'operazione): se il progetto fallisce, gli investitori perderanno il capitale impiegato, senza che l'Amministrazione sia chiamata a ripianare nessuna perdita; se invece ha successo, la p.A. pagherà una *fee* agli investitori.

L'operazione non è connotata da un equilibrio economico-finanziario quale contemplato nei contratti di partenariato, cioè come capacità di generare valore e flussi di cassa: i risultati finanziari – cruciali nel PPP – hanno rilievo marginale nel SIB, dove invece è il valore sociale ad assumere piena centralità.

In altre parole, il SIB è un contratto che per sua natura prevede anche la possibilità che l'intervento non produca l'impatto sociale atteso: in tal caso, gli investitori non recupereranno i mezzi da loro impiegati, ferma restando l'esclusione di qualunque obbligo di ripiano delle perdite in capo alla p.A.

Com'è evidente, resta aperta la questione relativa ai criteri di definizione e alla "calcolabilità" oggettiva dell'impatto sociale positivo: profili ancora fuori fuoco, laddove non li si voglia identificare esclusivamente nel risparmio di spesa pubblica ottenuto *ex post*.

In conclusione, nemmeno il secondo elemento identificativo del PPP – l'equilibrio economico-finanziario – può ritenersi, almeno a mio avviso, presente nel SIB.

### 7.3. Il monitoraggio

Infine, il terzo elemento identificativo del PPP: il monitoraggio sulla corretta esecuzione del contratto e sulla permanente allocazione del rischio in capo all'operatore economico.

Nel SIB l'Amministrazione ha sì un dovere di vigilanza, ma che riguarda non la permanenza del rischio in capo all'operatore, bensì gli *standard* qualitativi del servizio<sup>67</sup>.

Inoltre, tra il monitoraggio tipico del PPP e il controllo sul rispetto degli

---

<sup>67</sup> Peraltro, non dovrebbe trattarsi di un monitoraggio particolarmente pervasivo, poiché è lo stesso modello a remunerazione successiva e condizionata a garantire che gli *standard* del servizio – i quali sono parte costitutiva e caratterizzante il sinallagma contrattuale – raggiungano e mantengano un livello adeguato.

standard di cui al SIB corre una differenza sostanziale: la previsione – solo nel secondo – di un soggetto terzo e imparziale cui sono affidate quelle attività di controllo.

Insomma, PPP e SIB differiscono anzitutto per l'oggetto del controllo: il mantenimento del rischio nel primo; il raggiungimento di un impatto sociale positivo nel secondo. Inoltre, essi si distinguono per il soggetto deputato a disimpegnare questa funzione: mentre nel partenariato è la stessa Amministrazione (tramite gli strumenti appositamente predisposti quali il flusso informativo e il controllo sulla verifica dei rischi individuati dalla c.d. *matrice*) a controllare che il rischio resti a carico del privato, nel SIB un organismo terzo e imparziale è chiamato – con il già citato *Robust outcome metric* o altro strumento di misurazione – a valutare che il servizio prestato generi un impatto sociale positivo e rispetti gli standard qualitativi attesi.

Nemmeno il terzo requisito tipico del partenariato pubblico-privato, quindi, può dirsi realmente ravvisabile nel SIB.

#### 8. *Spunti per una nuova costruzione del SIB: due vie di diritto*

Lo schema del partenariato pubblico-privato pare insomma di dubbia applicabilità al SIB: le disposizioni di cui agli artt. 3 e 180 ss. del codice richiedono per la configurabilità di un PPP elementi essenziali che – come abbiamo appena visto – il SIB o non ha, o potrebbe comunque non possedere<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Si pensi a quella giurisprudenza la quale – ancorché in tema di concessioni, forma tipizzata di partenariato – ha sancito la nullità *ex art.* 1344 c.c. di un contratto di concessione contrastante col modello disegnato dal legislatore poiché non allocava il rischio sul privato: tratto, questo, essenziale e imprescindibile, in assenza del quale quel contratto è stato ritenuto stipulato in frode alla legge. Così si esprime infatti Tar Sardegna, I, 10 marzo 2011, n. 213: «i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale, nel senso che si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni. Il rischio assunto dal promotore o concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni, poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa [...] entra in giuoco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); [...] Il contratto di concessione in esame si deve qualificare, infatti, come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge) del codice civile. L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il *project financing*, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò – si ribadisce – attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del *project financing*) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo

La costruzione di un SIB sullo schema del partenariato esporrebbe dunque una struttura negoziale così congegnata a pronunce di nullità da parte del Giudice amministrativo: ciò, in quanto contraria al paradigma normativo che qualifica come *essenziali* nel PPP i requisiti finora analizzati (tipologie di rischio, equilibrio economico-finanziario, monitoraggio sulle operazioni e sull'allocazione del rischio).

Anche se al SIB sembra inapplicabile l'attuale diritto legislativo (e giurisprudenziale) del PPP e della concessione poiché paiono difettargli elementi essenziali e imprescindibili dell'uno e dell'altra, bisogna comunque riconoscere al nostro *Bond* piena esistenza e operatività nel diritto vivente.

Al SIB il nostro ordinamento deve pertanto guardare con attenzione e interesse: il dato fattuale imprescindibile – come s'è visto – è che, nelle pochissime esperienze finora fatte in Italia, il *Bond* è stato costruito mediante il *project financing*, ritenuto al momento l'unico modello – procedurale e sostanziale – di contratto pubblico adattabile alle peculiarità di quello strumento.

Nonostante le difficoltà di sussunzione del SIB nel *genus* del PPP, questo modello sembra essere – almeno in linea di tendenza – il più adeguato al fine d'introdurre nel nostro ordinamento una figura così sofisticata. Il nodo problematico della concreta utilizzabilità del *Bond* nel rispetto delle procedure a evidenza pubblica e dei modelli previsti dal codice dei contratti – in particolare, del partenariato atipico – potrebbe allora essere – a mio avviso – risolto in due modi, alternativi fra loro.

Il primo presuppone l'invarianza del diritto positivo attuale, e fonda su di una precisa predeterminazione dell'interesse pubblico specifico da parte della p.A. in fase di programmazione, donde poi la formazione di un programma-convenzione che possa integrare anche i rischi tipizzati nel PPP. In questo modo il SIB assumerebbe le forme di un contratto atipico nel rispetto delle procedure a evidenza pubblica di scelta del *partner* privato e integrerebbe al suo interno – oltre ai suoi rischi peculiari – anche quelli di un PPP.

Il secondo ragiona *de jure condendo*. Una norma di rango primario dovrebbe prevedere espressamente la tipologia di rischio che costituisce il *proprium* del SIB: si tratterebbe del rischio tipico dell'azionista-investitore, che attualmente non figura fra quelli definiti dagli artt. 3 e 180 ss. del codice.

Strada più in salita, quest'ultima. Che deve confrontarsi con un diritto unionale forse non ancora maturo sul punto (tanto da non prevedere ancora una definizione giuridica unitaria del partenariato pubblico-privato nella diret-

---

tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa. Dalla nullità deriva, altresì, che, per la disciplina delle prestazioni eseguite sulla base del contratto di concessione (dichiarato inefficace, perché nullo), occorre far riferimento alle norme del codice civile in tema di ripetizione di indebito oggettivo (secondo quanto pacificamente affermato dalla Cassazione: si veda, recentemente, Cass. civ., sez. III, 15 aprile 2010, n. 9052).

tiva “concessioni” 2014/23/UE); ma che, quantomeno, si inserisce meglio nel solco del nostro formante<sup>69</sup> legislativo e si mostra, soprattutto, più rispettosa del principio di legalità.

### Abstract

Social Impact Bond: an innovative tool searching for its own law

by Clara Napolitano

The Social Impact Bond is a new financial instrument that shall be used for social purposes by public Administration. It is already present in other legal orders – such as the UK and USA, among the others – and it has been successful in saving public money in the field of social services. This kind of contract is atypical and not well-known in Italy, so the question we try to answer is how to import it without contrast with the Code of public contracts. The hypothesis carried out is that the Social Impact Bond could be an atypical form of public-private partnership (PPP), even if it presents characteristics that aren't – at this time – perfectly super imposable to those foreseen for the PPPs. Therefore, two paths can be followed in order to sustain the compatibility of the Social Impact Bonds with the PPPs: large interpretation of the norms or intervention of the legislator.

---

<sup>69</sup> Sulla molteplicità delle fonti – generate dai formanti giurisprudenziale, dottrinale e legale – che conducono alla *legal rule* complessivamente intesa è obbligatorio il rimando agli studi comparatistici di R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, Install. I-II, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, pp. 1-134 e 343-401.