
Le problematiche legate ai contratti di partenariato pubblico-privato

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo - del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente relazione, relativa alle problematiche legate ai contratti di partenariato pubblico-privato.

Introduzione

Il Partenariato Pubblico Privato - PPP è una forma di cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, come la realizzazione di opere e gestione di servizi, nel cui contesto le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato, basandosi sulle competenze di gestione del rischio dei partner di progetto.

Con riferimento all'ordinamento italiano, la materia è stata disciplinata in primo luogo dalla c.d. Legge Merloni, in seguito ripresa nel Capo III del Titolo III del d. lgs. n. 163 del 2006, successivamente contenuta negli artt. 180 e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016; ad oggi, invece, è regolata nel Libro IV del d. lgs. n. 36 del 2023.

I motivi per i quali i contratti di PPP hanno conosciuto una rapidissima fortuna e diffusione negli ultimi decenni possono essere sinteticamente identificati, innanzitutto, nel ruolo paritario che, in tali circostanze, viene assunto dal privato nei confronti della pubblica amministrazione; l'affermazione della sussidiarietà orizzontale (ovverossia la collaborazione tra amministrazione e cittadini), di cui il PPP è considerato una delle varie espressioni; la contrazione economica delle finanze pubbliche degli ultimi anni.

Nelle menzionate motivazioni è possibile intravedere l'elemento comune che caratterizza tutte le iniziative di PPP, ovverossia l'apporto del privato alla realizzazione delle politiche pubbliche in termini di progettualità, di finanziamento e di gestione (o cogestione) delle iniziative contrattuali.

Il Partenariato pubblico-privato in Italia

Come anticipato, negli ordinamenti europei il Partenariato pubblico privato è diventato uno strumento imprescindibile per perseguire obiettivi di rilancio dell'economia e degli investimenti,

soprattutto in Italia, considerati i recenti periodi di notevole contrazione delle risorse economiche e di elevato indebitamento pubblico.

Ciononostante, nel nostro ordinamento tali tipologie contrattuali non sono state adeguatamente sfruttate.

Secondo quanto riportato dal Dipartimento per la Programmazione Economica presso la Presidenza del Consiglio (DIPE), il ricorso a forme contrattuali di partenariato pubblico-privato è considerevolmente inferiore rispetto al ricorso ai contratti di appalto, probabilmente a causa della complessità dei processi autorizzatori e della incerta definizione delle clausole contrattuali che devono essere previste nei contratti di PPP, aspetto che determina un aumento del rischio di contenziosi.

Di conseguenza, dagli studi del DIPE emerge una reticenza degli investitori privati a divenire partner in operazioni di PPP italiane.

Il codice dei contratti pubblici del 2023

Le problematiche descritte sono state recentemente prese in considerazione dal legislatore, al fine di regolare nuovamente la materia nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che ha riformato la disciplina sul partenariato pubblico-privato agevolando e promuovendo il ricorso a nuove tipologie contrattuali diverse dall'appalto e che aprono la strada ad una più ampia partecipazione del privato alla realizzazione e alla cura dell'interesse pubblico.

Eppure, non si deve certamente credere che, per rilanciare i contratti di PPP, sia sufficiente riformare gli strumenti giuridici e gli asset regolatori, perché ciò che conta è anche disporre di un mercato e di progetti idonei per attrarre l'interesse degli investitori privati, italiani e stranieri.

Secondo quanto riportato da un recente studio dell'Associazione fra le società italiane per azioni - Assonime, le occasioni di PPP diventano appetibili per i privati, e al contempo convenienti secondo l'interesse pubblico, quando vengono definiti con precisione gli obiettivi dei progetti e quando vengono individuate opportunamente le modalità secondo cui possano essere raggiunti, senza trascurare la considerazione che, per tali operazioni, è richiesta una importante capacità progettuale da parte della committenza pubblica e una forte responsabilizzazione del partner privato.

Il ruolo dei privati

Effettivamente, si deve riconoscere che nell'ambito della pubblica amministrazione italiana mancano adeguati livelli di formazione e di competenza in materia di partenariato pubblico privato.

Da un lato, infatti, i PPP rappresentano delle forme contrattuali particolarmente utili perché danno la possibilità di contabilizzare l'operazione off balance e quindi di non creare debito pubblico; d'altro canto, si tratta di contratti rischiosi perché, se le operazioni non sono adeguatamente gestite, danno luogo al contrario ad operazioni insoddisfacenti e onerose.

È pertanto necessario che il progetto sia accompagnato da analisi precise e complete, con un'efficiente allocazione dei rischi fra committenza pubblica e operatore privato, perché gli errori commessi nella redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica possono dare luogo a problematiche profonde.

Parimenti, vi deve essere una accurata stesura dei relativi contratti, perché accordi contrattuali sbilanciati possono dare luogo ad oneri inattesi per il partner pubblico, da contabilizzare on balance, dovuti a costi e aspetti che sarebbero dovute ricadere sotto la piena responsabilità del partner privato.

Per tale motivo, la pianificazione e la valutazione del progetto e della relativa regolamentazione contrattuale va affidata a stazioni appaltanti adeguatamente qualificate sotto il profilo tecnico-giuridico, ma il nuovo Codice dei contratti pubblici ha risolto solo parzialmente tale problematica.

Diritto di prelazione

Un tema che ha sempre sollevato l'interesse degli studiosi in materia di Partenariato Pubblico Privato è il meccanismo premiale previsto nel project financing per compensare il privato che ha promosso il progetto nei confronti della committenza pubblica.

In breve, il project financing potrebbe essere inteso quale una differente visione filosofica di come debba articolarsi un finanziamento per la realizzazione di un'opera, in maniera radicalmente diversa rispetto alla tradizionale, almeno dal punto di vista economico e finanziario.

Il project financing consiste in un'operazione di finanziamento di un progetto, a favore di una committente pubblica, da parte di un partner privato il quale, come ristoro, fa affidamento sul flusso di cassa e sugli utili del progetto stesso, che diviene la sorgente di fondi che consentirà il rimborso per le spese effettuate.

Ai sensi dell'art. 190 del Codice, infatti, gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte di finanza di progetto, che viene valutata entro 90 giorni e, in caso di esito positivo, verrà posto a base di gara per consentire ad ulteriori operatori economici di concorrere per la realizzazione della medesima iniziativa secondo delle proprie condizioni ed iniziative progettuali.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di

impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Secondo autorevole dottrina, il descritto diritto di prelazione produce degli effetti anticoncorrenziali, in quanto il riconoscimento di un vantaggio competitivo a favore del promotore potrebbe inibire la partecipazione di altri operatori economici.

Effettivamente, secondo tale ottica la prelazione potrebbe dare luogo ad un risultato del tutto opposto rispetto all'obiettivo per cui è stata bandita la gara, ovverosia la più ampia concorrenza per individuare l'operatore economico che presenti l'offerta migliore per realizzare il progetto, senza contare ancora il fatto che vi potrebbero essere operatori che concorrono al solo fine di ridurre il margine di profitto del promotore.

Pertanto, il fatto che il promotore possa beneficiare del diritto di prelazione solo se è in grado di presentare un'offerta identica a quella dell'aggiudicatario può dare luogo ad incertezze applicative e contenziosi, perché la giurisprudenza interpreta tale norma nel senso di accettazione piena e incondizionata, da parte del promotore che intende esercitare la prelazione, dell'offerta dell'effettivo aggiudicatario, ma per i progetti innovativi e ad alto contenuto tecnologico, ciò è difficilmente applicabile.

In tali ambiti, infatti, le offerte possono essere anche uguali sotto il profilo economico, ma incomparabili o addirittura non replicabili sul piano tecnico, come in caso di utilizzo di brevetti o impiego di programmi e applicazioni disponibili in via esclusiva.

In definitiva, il diritto di prelazione appare in contrasto con il principio del risultato e di libera concorrenza.

Eppure, non si può fare a meno di considerare che la previsione di tale clausola di prelazione da parte del promotore è volta a promuovere la partecipazione dei privati ad iniziative di project financing, tenuto conto che, qualora non venisse previsto tale diritto, difficilmente un privato sarebbe indotto a proporre un progetto con il rischio che poi lo stesso venga aggiudicato, tramite gara, ad un altro operatore economico.

Innovazione e appalti pre-commerciali

Un ulteriore obiettivo che dovrebbe sviluppare la committenza pubblica è quello di sviluppare schemi contrattuali innovativi e più flessibili, tenuto conto che il Codice del 2023 consente il ricorso a forme contrattuali partenariali atipiche, ma spetta alla committenza pubblica il compito di individuare quella più adatta a soddisfare il pubblico interesse.

Negli ordinamenti esteri, come negli Stati Uniti, si fa spesso ricorso alle innovation challenges, una forma di appalto pre-commerciale per risolvere problemi tecnologici e per sviluppare soluzioni innovative, per cui si tratta di un modello demand driven, cioè guidato da una

esigenza molto specifica da parte della committenza che intende risolvere importanti e complesse problematiche tecnologiche.

Conclusioni

Le operazioni di PPP presentano innegabilmente degli aspetti assai complessi, in particolare il project financing, in cui si legano il contratto di appalto, di servizi, di finanziamento, di garanzia e di società, con il ruolo centrale svolto dal promotore del progetto, impegnato a fare confluire nell'affare l'interesse di operatori bancari e industriali, di partner per la gestione, nonché quello degli sponsor.

Come anticipato, attraverso una serie procedimentale fondata sulla trasparenza e imparzialità, la p.a. deve indicare la controparte contrattuale che soddisfa i requisiti soggettivi, le capacità tecniche, organizzative e finanziarie e che, nel contempo, presenti l'offerta più interessante.

Così, se il PPP generalmente consente un'ampia autonomia negoziale, al contrario, quando il committente è un soggetto pubblico, si devono rispettare i rigidi schemi delle procedure di evidenza pubblica.

Non si deve dimenticare che per i privati il PPP è principalmente una nuova occasione per ottenere un profitto in nuovi settori del mercato, che precedentemente erano campo di azioni esclusivamente della p.a., ma l'interesse privato non dovrebbe contaminare l'operazione, lasciando in disparte l'interesse della collettività.

Per questo motivo, l'amministrazione deve rinnovarsi velocemente e adeguare il livello delle strutture deputate a valutare e seguire le operazioni di PPP.

Alla luce dei principi illustrati, dunque, si deve riscontrare che, sebbene le operazioni di finanza di progetto siano sempre più diffuse negli ultimi tempi, questo strumento divide ancora la dottrina e gli operatori in due schieramenti opposti.

Una prima parte della letteratura e della politica esalta questa pratica, sottolineando i vantaggi che spesso si sono ottenuti nel bilanciamento dei costi e dei benefici.

Non si può negare che, rispetto al settore pubblico, il privato sia dotato di una conoscenza tecnica ed economica superiore, nonché di una maggiore capacità di innovazione e adattamento nel caso di imprevisti e varianti; dato che i compensi sono percepiti sulla base dei livelli di qualità raggiunti, inoltre, il partner privato di una finanza di progetto è certamente più stimolato ad ottenere i massimi obiettivi di performance, riducendo al minimo gli sprechi.

Effettivamente, proprio perché il fine del partner è il profitto, le operazioni di project financing e di PPP in generale presuppongono anche un'attenta pianificazione, progettazione e

realizzazione, in particolare quando lo stesso è chiamato anche a gestire e mantenere l'opera realizzata.

Al contempo, però, non manca chi discute la compatibilità di queste operazioni con il nostro ordinamento, poiché potrebbero essere considerate una prima timida forma di privatizzazione di servizi finora indiscutibilmente considerati pubblici.