

Introduzione

La presente congiuntura economica – che determina una serie di restrizioni nell'uso delle risorse pubbliche e, conseguentemente, una contrazione dei mercati più interessati dalle politiche di acquisto pubbliche – fa sì che il ruolo della corretta allocazione della spesa pubblica e dell'azione dell'amministrazione come motore di sviluppo economico e sociale assuma una rilevanza fondamentale.

In tale contesto, la qualità dei servizi alla cittadinanza – intesi in senso ampio – riveste un'importanza capitale. Anzi, è ancor più importante proprio a causa della minore capacità di spesa della PA e degli utenti.

La spesa pubblica deve, pertanto, concretizzarsi in un uso oculato, ma propulsivo, delle risorse a disposizione per migliorare la performance delle infrastrutture, strutture e servizi offerti, in modo da garantire un livello elevato di qualità per gli utenti. L'azione della PA, in altri termini, deve coniugare il miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini con un'azione di volano per l'economia, attraverso un aumento significativo dell'efficienza ed efficacia della spesa.

Ne deriva, gioco forza, che un alto livello qualitativo sia sostenibile solo attraverso una ben costruita ed efficiente collaborazione con il settore privato anche, ma non solo, in termini di capacità di mobilitazione di risorse finanziarie. Tale collaborazione può istaurarsi – e durare in modo efficace – solo ove entrambi i ruoli, del settore pubblico e di quello privato, profondamente diversi tra loro, siano rispettati. In altre parole, il settore pubblico deve ben programmare e identificare gli obiettivi del tessuto sociale su cui ha competenza e il settore privato deve assumersi la responsabilità di collaborare per raggiungere tali obiettivi, tramite, in prima battuta, il proprio *know-how*. In tale contesto, il settore privato deve far ricorso alla propria *expertise* per trovare la migliore soluzione alle esigenze della PA, contribuendo, contemporaneamente, all'evoluzione del mercato verso nuovi livelli e tipologie di servizio. I due ruoli – distinti ma convergenti – devono essere

chiaramente identificati: qualsiasi confusione produce inefficienza nella gestione della *res publica*, tanto più ove siano in gioco questioni delicate come quelle inerenti il *welfare* e i servizi al cittadino, in generale.

In questa logica, un'adeguata risposta ai bisogni e alle domande sociali più recenti può essere identificata attraverso interventi che anticipino e contribuiscano a orientare i mutamenti economici e sociali in corso, concepiti ed eseguiti con la collaborazione – nel rispetto delle rispettive e anche opposte esigenze – degli operatori economici (OE), che possono essere coinvolti a vari livelli.

Gli strumenti di coinvolgimento degli OE possono essere molteplici, ma quando la collaborazione assume un carattere strutturato e di durata, il riferimento immediato è al PPP.

Il ricorso al PPP, in Italia, non è più una novità. Il settore delle opere pubbliche – e di pubblica utilità – ha fruito, già da lungo tempo, del modello della concessione di costruzione e gestione, che rappresenta la pietra miliare della realizzazione delle infrastrutture a tariffazione sull'utenza finale. Questa classe di operazioni è decisamente virtuosa ove la tariffa sia correttamente identificata *ex ante* ed il concessionario si "assuma l'alea commerciale" relativa alla corretta gestione, funzionale ed economica, dell'opera.

Tuttavia, con il progressivo deterioramento della capacità di spesa della PA, il PPP è stato utilizzato nei casi più disparati, nella irrealistica aspettativa che il settore privato sia in grado di supplire a tutte le carenze di quello pubblico, con particolare enfasi sulle risorse finanziarie, con la conseguenza di un sempre maggiore ricorso al *matching fund*, che di per sé non è elemento critico, ma che potrebbe generare notevoli distorsioni se utilizzato in modo inopportuno.

Tra queste, una delle situazioni più pericolose è la rinegoziazione del piano economico-finanziario (PEF), peraltro prevista dal Codice dei Contratti a seguito di cambiamenti nei presupposti di partenza¹.

Il fatto di aver considerato il PPP come strumento per sopperire ai vincoli finanziari pubblici non ha consentito di sfruttare pienamente le potenzialità del PPP e, in particolar modo, di stimolare il settore privato a individuare modelli di business in grado di rispondere in modo più efficiente ed efficace ai bisogni sociali.

¹ Come previsto dall'art. 143, commi 8 e 8-bis, del Codice Appalti vigente. Nel Nuovo Codice dei Contratti, una previsione simile è stabilita dall'art. 182, comma 3.

In diritto italiano, i contratti di PPP sono definiti dall'art. 3, comma 15-ter, del Codice Appalti vigente, che al momento della redazione di questo volume è oggetto di revisione per il recepimento delle direttive comunitarie².

Al di là delle modifiche normative in corso, è utile mettere in evidenza come tale previsione sia caratterizzata da una forte connotazione descrittiva, che potremmo definire frutto di ricostruzione empirica. Infatti è suddivisa in due parti: la prima si occupa di definire, nel modo più ampio possibile, l'oggetto dei contratti di PPP, che può comprendere progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica – o di pubblica utilità –, oppure la prestazione di un servizio, comprensivo “in ogni caso” del finanziamento, “totale o parziale”, a carico di operatori privati e dell'allocazione dei rischi, ai sensi della disciplina UE, ossia le norme Eurostat e i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza della Corte dell'Unione Europea. La seconda parte della disposizione elenca – “a titolo esemplificativo” e quindi con un'accezione dinamica delle fattispecie ivi menzionate – le ipotesi di contratti di PPP più comuni, secondo il diritto italiano, ossia “la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste”, nonché l'affidamento al contraente generale “ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi”.

La ricostruzione dei contenuti della previsione in esame evidenzia che i contratti di PPP si differenziano dal resto dei modelli contrattuali che ricadono nell'alveo applicativo del Codice Appalti vigente non tanto per quanto concerne il perimetro dell'oggetto contrattuale – che, di converso, è comune, con modalità diverse, a tutti i contratti ivi regolati, come d'altra parte è logico, trattandosi di contratti di natura pubblica, volti a ottenere specifiche utilità pubbliche – quanto, piuttosto, perché devono essere coerenti con le

² Nel Nuovo Codice dei Contratti, i contratti di PPP sono definiti all'art. 3, lett. eee), in termini sostanzialmente analoghi, salvo il fatto che, da un lato, è espressamente contemplato il rischio di disponibilità e la remunerazione a canone e, dall'altro, alcuni elementi definitori sono rinvenibili nelle previsioni, di diritto sostanziale, dettate dall'art. 180 e ss. del Nuovo Codice dei Contratti. Si pensi, in particolare, alla questione del finanziamento a carico del soggetto privato e all'elencazione delle tipologie contrattuali che rientrano nell'ambito del PPP.

indicazioni UE in tema di operazioni così dette *off-balance-sheet*, ossia che non gravano sull'indebitamento pubblico. Tali indicazioni – prime fra tutte quelle di Eurostat, finalizzate ad allineare l'interpretazione delle poste di bilancio dei vari Stati membri, anche per evitare disparità nella valutazione sul rispetto dei parametri imposti dalle norme di stabilità, mediante una classificazione comune delle stesse – prescrivono una precisa allocazione dei rischi al fine di perseguire un duplice importante risultato: da un lato, arricchire lo *stock* infrastrutturale – e, più in generale, la qualità dei servizi pubblici – del Paese e, dall'altro, contenere l'indebitamento pubblico attraverso una calibrata e attenta allocazione dei rischi tra il settore pubblico e quello privato.

L'associazione del PPP con Eurostat, come si scriverà di seguito, se da un lato è apprezzabile perché crea un forte collegamento con la disciplina contabile europea, dall'altro esalta ancora di più un approccio tipico italiano di considerare il PPP la soluzione ai vincoli di finanza pubblica, creando un circolo vizioso nell'utilizzo dello strumento che non ha consentito allo stesso di maturare e di evolvere.

Infatti, nel PPP rientrano modelli contrattuali che potrebbero necessitare una contabilizzazione *on-balance* dell'investimento, la cui utilità, però va certamente oltre il profilo contabile.

Anche le rigidità delle disposizioni procedurali non consentono di cogliere fino in fondo le peculiarità e potenzialità di questo tipo di operazioni. Esse potrebbero, anzi, dovrebbero, essere diverse e più innovative, ossia in linea con la natura evolutiva e necessariamente dinamica dello strumento. Tuttavia, questi elementi, insieme alla scarsa inclinazione delle PA ad adeguarsi a un nuovo rapporto con il *partner* privato, costituiscono un vincolo pesante allo sviluppo del PPP in Italia.

Infatti, la necessità di selezionare i partner solo mediante procedure aperte e ristrette, ma non negoziate³ – salvo casi specifici ed eccezione fatta per le concessioni di servizi – contrasta con l'esigenza di una reale collaborazione anche nella strutturazione del contratto, così come, tra l'altro, preconizzato a livello UE dalle nuove direttive.

³ Questo problema è stato, in parte, superato nel Nuovo Codice dei Contratti, che, seguendo l'impostazione delle Nuove Direttive, lascia più discrezionalità alle AA di ricorrere alle procedure negoziate, come preconizzato dagli artt. 59 e ss. In tale contesto, occorrerà vedere l'approccio che sarà dato dall'ANAC, attraverso la produzione degli strumenti di *soft law*.

Da ciò discende un altro impedimento fondamentale allo sviluppo del PPP in Italia, ossia quello di concepire il *project finance* come una questione squisitamente, se non esclusivamente, procedurale. Di converso, la strutturazione di un'operazione di PPP è un'attività molto complessa, poiché entrambe le parti devono raggiungere un equilibrio, trattandosi di contratti di lunga durata, in cui si deve tener conto non solo della fase endo-procedurale, ma anche delle fasi successive e delle condizioni esogene che possono influire su tale delicato bilanciamento durante l'esecuzione del contratto.

Il dettato giuridico – in tutte le sue sfaccettature (diritto sostanziale e contabilità pubblica) –, così come la prassi più attenta, richiedono una nuova impostazione dei ruoli tra PA e OE, basata sull'osservanza dei principi fondamentali della contrattualistica – pubblica e non –, ossia la buona fede.

In tale ottica, la scelta procedurale dovrebbe diventare solo una conseguenza del modello contrattuale ritenuto più adeguato per la realizzazione del progetto, da parte della PA, anche ove ciò sia stato sollecitato dal soggetto privato, come nel caso delle proposte a iniziativa privata per concessioni di costruzione e gestione e per concessioni di servizi⁴.

La necessità di focalizzare l'attenzione sul contratto – sia per strutturarlo nel modo più efficiente e scegliere le modalità procedurali più consone, sia per valutare se veramente sia conveniente, per la PA, ricorrere al PPP in determinati casi – è ben rappresentata dalle riflessioni del Governo britannico, che è stato il primo e più avanzato fautore del PPP, lì declinato come *Private Finance Initiative* (PFI). In tale solco, si inserisce il rapporto dell'House of Commons Treasury Committee sul PFI del luglio 2011, che evidenzia che:

- a. l'indebitamento privato è più caro di quello pubblico, soprattutto dopo il c.d. “*credit crunch*”;
- b. il PFI ha un impatto minore sul debito nel breve termine, ma più duraturo sulla spesa pubblica;
- c. il trasferimento dei rischi è utile solo se il privato li gestisce in modo

⁴ Il Codice Appalti vigente prevede all'art. 153, comma 19, la possibilità per gli OE di presentare proposte ad iniziativa privata, atte a concretarsi, a seguito della valutazione di interesse pubblico da parte della AA e di apposita gara, in contratti c.d. di *project finance* o *leasing in costruendo*. Il Nuovo Codice dei Contratti mantiene, sostanzialmente, questa impostazione, riproducendo – quasi integralmente la disposizione precedente – nell'art. 183, commi 15 e ss.

più efficiente rispetto al pubblico e trasferisce i risparmi conseguenti sull'utenza;

- d. tale trasferimento, a volte, è illusorio poiché la PA non può permettersi l'interruzione dei servizi ed è, alla fine, sempre responsabile, nei confronti degli utenti finali, in termini di prestazione dei servizi pubblici.

Pertanto, conclude il Rapporto, il PPP non può essere usato solo per ottenere vantaggi contabili. Il criterio guida deve essere la ricerca del migliore *value for money* in riferimento all'intera vita del contratto. Ciò vuol dire che vale la pena utilizzare il PPP solo se il privato gestisce i rischi in modo più efficiente rispetto alla PA.

Inoltre, nella valutazione, occorre inserire – e quantificare in maniere obiettiva – anche quegli, eventuali, elementi di vantaggio che non hanno natura immediatamente economica. Come evidenziato nella pubblicazione dell'European PPP Expertise Centre (EPEC), denominata *The Non-Financial Benefits of PPPs*, tra i fattori non economici vanno considerati a consegna accelerata⁵, la prestazione migliore⁶ e l'impatto sociale più ampio⁷.

In altre parole, il PPP non deve servire solo come artificio contabile: il rischio deve essere allocato nella maniera più efficiente affinché il costo complessivo, diretto e indiretto – da valutare in una prospettiva “*life-cycle*”, ovvero durante l'intera vita del contratto – dell'operazione sia inferiore.

Ciò rappresenta una chiara inversione nel *modus operandi* tipico della PA italiana: l'enfasi si deve necessariamente spostare sui bisogni e su come gli stessi possano essere soddisfatti, attraverso la cooperazione pubblico-privata.

⁵ Questo vantaggio può derivare sia dall'interesse dell'OE a sfruttare economicamente l'opera il prima possibile, sia dalla circostanza che il finanziamento derivante dall'OE consente di accelerare l'uso dei corrispondenti fondi pubblici, ove necessari.

⁶ Questo vantaggio può derivare da alcune caratteristiche classiche del PPP, quali la garanzia della manutenzione e di un approccio “ciclo di vita”, che l'OE deve assicurare per poter estrarre il proprio utile dallo sfruttamento del bene, la qualità del servizio, che, se accuratamente disciplinata nel contratto, vincola l'OE a garantire un determinato livello minimo di prestazione, e una *governance* migliore, che consente di gestire la prestazione in modo tale da garantire l'adeguata ripartizione dei relativi compiti e responsabilità, lasciando in capo alla PA solo quei compiti che deve necessariamente svolgere e che le sono propri.

⁷ Si tratta, in realtà, della possibilità di amplificare gli impatti del progetto sulla società, grazie a soluzioni più efficienti, efficaci e innovative.

Quest'ultima dovrebbe essere intesa nel senso più ampio possibile, ossia, certo, in termini di disponibilità economiche – anche a compensazione delle minori risorse pubbliche –, ma soprattutto in termini di *know-how* e – auspicabilmente – maggiore efficienza ed efficacia.

In altre parole, la gestione della *res pubblica* – sia essa intesa come realizzazione di infrastrutture o prestazione dei servizi – può trovare nel soggetto privato un *partner* adeguato nella misura in cui entrambe le parti si attengano al rispetto dei propri rispettivi ruoli: la PA deve identificare gli obiettivi d'interesse pubblico da soddisfare e il privato deve individuare – o collaborare nell'individuazione, contribuendo con la propria esperienza in merito – gli strumenti adeguati per perseguirli. La cartina tornasole del corretto bilanciamento dei rispettivi interessi – che chiaramente non possono essere coincidenti: il privato ricerca il profitto e non deve sostituirsi alla PA che, di converso, deve tutelare il bene pubblico – è rappresentata dalla corretta allocazione dei rischi.

In quest'ottica, un sistema procedurale più flessibile, unitamente alla sistematizzazione delle *best practice* esistenti, garantirebbe un utilizzo più efficiente e diffuso dello strumento PPP. Il rafforzamento delle *expertise* all'interno del settore pubblico, capace di mettere a punto modelli contrattuali adeguati alla complessità tecnica, legale ed economico-finanziaria delle operazioni di PPP, e la semplificazione delle procedure di gara potrebbero contribuire a migliorare il tasso di successo delle operazioni di PPP e accrescere il *value for money*, ossia la convenienza dell'investimento per il settore pubblico, per la realizzazione dei progetti e la crescita di operatori privati in grado – per dimensione, esperienza e competenze tecniche interne – di proporre al settore pubblico soluzioni innovative e finanziariamente sostenibili.

Il recepimento, in ambito nazionale, delle nuove direttive in materia di appalti (le “Nuove Direttive”) – e in particolare della Direttiva 2014/23/UE (la “Direttiva Concessioni”)⁸ e della Direttiva 2014/24/UE (la “Nuova Direttiva Appalti”)⁹ – costituisce l'occasione per l'introduzione delle auspiccate modifiche operative e procedurali, necessarie a sviluppare il mercato del PPP in una prospettiva di crescita delle competenze e delle capacità della PA e del mercato.

⁸ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicata in GUUE, L 94/1 del 28 marzo 2014, pagg. 1-64.

⁹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva 2004/18/CE, pubblicata in GUUE, L 94/65 del 28 marzo 2014, pagg. 65-242.

Se un utilizzo più efficiente, efficace e innovativo del PPP richiede maggiori competenze, soprattutto nella PA, la cui maggior capacità dovrebbe generare anche una evoluzione del mercato, non è necessariamente vero che tali competenze debbano essere ricercate nell'ambito di un soggetto unico nazionale, la cui introduzione è oggetto di un dibattito a fasi intermittenti.

Certamente un centro nazionale di *expertise* sarebbe utile; ma, date le rigidità di funzionamento della macchina amministrativa italiana, probabilmente andrebbe attentamente valutato l'assetto delle responsabilità (*governance*), per evitare di ampliare ancora di più la frattura pubblico-privato e di creare un forte ostacolo all'innovazione e al cambiamento. A tal proposito, è bene ricordare che le esperienze internazionali non sempre generano gli stessi frutti quando applicate a contesti istituzionali, ma soprattutto culturali, diversi.

Il Nuovo Codice dei Contratti affronta le esigenze qui riportate nell'ambito di un meccanismo che, da un lato, mantiene gli obblighi di centralizzazione già introdotti dalla normativa vigente e, dall'altro, istituisce un sistema di qualificazione della AA – sulla base di criteri relativi alla loro strutturazione, all'esperienza dei dipendenti e alle attività di formazione destinate a questi ultimi – il cui conseguimento è condizione per poter indire le gare in modo autonomo (cfr. artt. 37 e 38 del Nuovo Codice dei Contratti). Tale sistema è ancora in via di regolamentazione – demandata all'ANAC – e dovrebbe essere complementare alla nuova *mission* dell'ANAC stessa, volta a fornire un supporto concreto – tramite strumenti di regolamentazione flessibile, linee-guida e modellistica – alle AA in funzione della loro progressiva professionalizzazione. Inoltre, il Nuovo Codice dei Contratti preconizza, in linea con le Nuove Direttive, un più ampio ricorso alle attività di committenza ausiliarie, ossia ad attività di supporto tecnico specifico alle singole AA, fornite dalle centrali di committenza, cui si può ricorrere in via diretta, o da soggetti terzi, scelti con gara.

Non è possibile preconizzare quale sarà l'efficacia congiunta di tutti gli strumenti messi a disposizione dal Nuovo Codice dei Contratti per il miglioramento delle competenze delle AA in materia. Tuttavia, è auspicabile che il sistema evolva verso un migliore rapporto tra le AA e i soggetti con poteri di regolazione – fondamentalmente, ANAC – e controllo – soprattutto ANAC e Corte dei Conti -, tale per cui l'utilizzo dei nuovi strumenti procedurali e contrattuali sia effettivo ed efficace, producendo risultati concreti in termini di miglioramento dell'efficienza dell'attività contrattuale della PA, anche nell'ambito del PPP.