

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONCESSIONI

La nuova disciplina del partenariato pubblico-privato è stata concepita tenendo conto dell'attuale contesto socio-economico caratterizzato da una crisi economica, finanziaria ed energetica, che ha visto l'approvazione del "Next Generation EU" e l'avvio del c.d. "Green Deal europeo", arrivando a delineare a livello normativo, anche attraverso l'analisi delle esperienze maturate in altri paesi come l'Inghilterra, la Francia e la Germania, una vera e propria nuova tipologia di rapporto di cooperazione tra pubblico e imprese, passando da una politica del sospetto ad una politica della fiducia.

L'idea di fondo è che lo strumento del partenariato possa davvero essere il "volano" per rilanciare la crescita economica¹, attivando l'effetto leva keynesiano, per realizzare e migliorare le infrastrutture, e quindi per incidere, in ultima analisi, sul PIL e sull'occupazione².

Il gruppo di lavoro si è dunque fissato l'obiettivo di incentivare la collaborazione delle imprese private nella realizzazione delle opere pubbliche e nella gestione dei servizi a favore della collettività, ma ha dovuto fare i conti con le diverse criticità che in Italia aveva incontrato l'istituto del partenariato pubblico-privato.

A livello italiano, infatti, solo un'operazione su quattro messa a gara arriva alla fase di avvio della gestione³.

Si dovevano pertanto trovare delle soluzioni ai problemi che impediscono al partenariato di decollare in Italia e che causano la "mortalità" dei relativi progetti.

Tre i principali problemi: l'incertezza normativa, già evidenziata dalla Commissione europea nella comunicazione del 15 novembre 2005, nonché nella comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati del 5 febbraio 2008, la difficoltà degli enti concedenti a gestire operazioni economiche complesse e, terzo,

¹ Sul punto Cons. Stato, parere n. 823 del 28 aprile 2020, avente ad oggetto "Schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato", nel quale si legge: "tale modulo organizzatorio – in particolar modo nell'attuale periodo di grave crisi economica e finanziaria del Paese - se ben utilizzato può costituire un volano per la ripresa economica, soprattutto se assistito da un costante dialogo tra Stato, Regioni e enti locali, poiché idoneo ad assicurare l'utilizzo di risorse private nel settore pubblico con conseguentemente allentamento delle restrizioni di bilancio".

² F.RISSO, *Il nuovo PPP: uno strumento per rilanciare l'economia?* in *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?* A cura di G. PELLEGRINO, Maggioli, 2023, 106.

³ D. SICLARI, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 2020, 2, 591.

(che costituisce anche la conseguenza dei primi due problemi), la scarsa attrattività per gli operatori economici e per gli investitori istituzionali.

Per quanto riguarda il primo problema, sotto il profilo sistematico, nel nuovo codice si è chiarito il rapporto di *genus a species* esistente tra il partenariato pubblico-privato e le concessioni e tra concessioni e finanza di progetto: il partenariato pubblico-privato è la macro categoria nella quale confluiscono tutte le tipologie di contratti di partenariato, tipici, tra cui le concessioni, e atipici. La finanza di progetto, invece, non è una diversa tipologia contrattuale, ma è una modalità con cui gestire finanziariamente le concessioni⁴. La disciplina generale del partenariato è stata sensibilmente semplificata: tutte le vecchie norme sono state soppresse e la disciplina è stata accorpata in due soli articoli, il 174 e il 175, rinviando, per tutto quello che non è stato specificamente disciplinato in questi due articoli, alla disciplina delle concessioni. Anche la disciplina specifica delle concessioni è stata di molto semplificata, eliminando tutte le norme “in eccesso” rispetto a quanto previsto dalla direttiva 2014/23/UE e limitando i rinvii alla disciplina degli appalti pubblici.

L’aspetto più significativo, tuttavia, consiste, nell’aver fornito un quadro preciso del riparto dei rischi, chiarendo il significato di rischio dal lato della domanda e dal lato dell’offerta. Più nello specifico, anche per quanto riguarda le definizioni di rischio, in aderenza ai principi della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, nel nuovo Codice si va ad attingere direttamente dalla direttiva 2014/23/UE. Non viene più impiegata l’espressione “rischio di disponibilità”, utilizzata nelle decisioni Eurostat, preferendo l’espressione utilizzata nella direttiva (rischio dal lato dell’offerta), precisando che per rischio dal lato della domanda si intende “*il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto*” e per rischio dal lato dell’offerta “*il rischio associato all’offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto*”.

Tali distinzioni, a loro volta, sottendono la distinzione tra “opere calde” “opere tiepide” e “opere fredde”. Le prime sono opere aventi un’intrinseca capacità di generare reddito attraverso le tariffe pagate dall’utenza; le seconde, pur avendo un’intrinseca capacità di generare reddito, necessitano di una contribuzione pubblica, le terze, invece, sono opere non aventi un’intrinseca capacità di generare reddito e che, di fatto, consistono in servizi offerti direttamente alla pubblica amministrazione. Nelle opere calde la traslazione del rischio (caratteristica principale delle operazioni di PPP) si configura abbastanza facilmente. Il problema della traslazione del rischio si

⁴ F. RISSO, *Il nuovo PPP: uno strumento per rilanciare l’economia?* in *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?* A cura di G. PELLEGRINO, Maggioli, 2023, 106 e 107.

pone soprattutto per le opere fredde, dove, appunto, l'opera (il carcere, l'ospedale, la scuola, ecc...) non ha un'intrinseca capacità di generare reddito e, pertanto, necessita del pagamento di un canone da parte della pubblica amministrazione. È lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, a evidenziare le difficoltà insite nelle opere fredde a configurare la traslazione del rischio. Ebbene, nonostante le difficoltà, nel nuovo Codice si precisa che le concessioni possono essere utilizzate anche per le opere fredde. Ciò in quanto nella direttiva 2014/23/UE non è escluso tale utilizzo.

Per supportare gli enti concedenti nella gestione delle operazioni di PPP, invece, il nuovo Codice, all'art. 175, prevede diversi strumenti che vanno dalla programmazione triennale, al rafforzamento della valutazione preliminare, alla possibilità di avvalersi, per i partenariati economicamente più rilevanti, del sostegno di organismi consultivi, quali il CIPESS, sentito il NARS, ovvero il DIPE, salva la possibilità del Presidente del Consiglio dei ministri, dopo la valutazione preliminare, di sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza. Proprio per l'intrinseca complessità delle operazioni di PPP, peraltro, all'art. 174, comma 5, si è precisato che i contratti possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63, richiedendo, tra l'altro, una qualificazione di secondo o di terzo livello.

Sistematizzare e semplificare la normativa e prevedere strumenti di supporto per gli enti concedenti, tuttavia, non era sufficiente; era necessario rendere più attrattivo il PPP per le imprese e gli investitori istituzionali; ecco dunque che nell'ottica di favorire tale cooperazione: si è ribadito il principio di atipicità e non esclusività delle forme contrattuali partenariali, si è garantita una maggiore flessibilità delle procedure, si è dedicata maggiore attenzione alla fase esecutiva, confermando la possibilità di procedere alla "revisione" del contratto di concessione, in caso di "*sopravvenienze imprevedibili e straordinarie*" che alterano l'equilibrio economico-finanziario, purché, ovviamente, non imputabili al concessionario.

Al fine di rendere più attrattivo il PPP, inoltre, si è confermato, codificando quanto già previsto dal decreto Sblocca cantieri (d.l. 32/2019), che gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015, possano partecipare alle operazioni di partenariato.

Di particolare importanza è la previsione secondo la quale, laddove gli investitori istituzionali partecipino come promotori, gli stessi non siano tenuti a provare il possesso dei requisiti. Ovviamente, i requisiti dovranno invece essere dimostrati nella successiva fase di gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi.

In tale fase, peraltro, gli investitori istituzionali potranno dimostrare di possedere i requisiti anche associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti medesimi, oppure avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali potranno altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

Sempre nell'ottica di rendere più attrattivo il PPP, si è introdotta altresì l'importante distinzione tra profili negoziali e profili di contabilità pubblica e, in particolare, in relazione al limite del contributo pubblico (che era individuato nel 49%) che oggi continua a rilevare sotto il profilo della contabilità *off balance*, ma non sotto il profilo negoziale.

Più nello specifico, l'ultimo comma dell'art. 175, riprendendo una disposizione già contenuta nel d.lgs. n. 50 del 2016, precisa che, ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat cui sono tenute le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196. Tale disposizione deve essere letta congiuntamente a quanto previsto all'art. 177, comma 7, il quale, dopo aver ribadito che *"Ai soli fini di contabilità pubblica si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat"* precisa che *"In ogni caso, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio"*.

Sono noti i contenuti della decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 *"Treatment of public-private partnerships"*, che riguarda il trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti di PPP nonché il loro impatto sul bilancio e sul debito pubblico, del nuovo sistema europeo dei conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat nel maggio del 2013 (cd *"SEC2010"*), che a partire dal 1° settembre 2014 ha sostituito il *"SEC95"* e, da ultimo, del Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico (*Manual on Government Deficit and Debt - MGDD*), pubblicato per la prima volta da Eurostat nel 1999 e da ultimo aggiornato nel 2022, che dedica il capitolo 4 della parte VI alle *Public Private Partnership (PPPs)*.

La decisione Eurostat stabiliva che, a determinate condizioni, e cioè che il partner privato si assuma oltre che il rischio di costruzione (il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi aggiuntivi, a standard progettuali inadeguati), almeno uno dei due seguenti rischi, il rischio di disponibilità e il rischio di domanda, gli *assets* legati al PPP potessero non essere classificati come attivo patrimoniale e, quindi, potessero essere registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche. Nel Manuale sul debito e sul disavanzo pubblico vengono introdotti anche dei limiti quantitativi per quanto riguarda la contribuzione pubblica affinché l'operazione di PPP potesse considerarsi fuori bilancio.

Ebbene, nel nuovo codice si è voluto tenere distinti i profili negoziali dai profili di contabilità pubblica. Si è così eliminata la disposizione contenuta nell'art. 165, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 il quale prevedeva in modo rigido che *"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"*. Quindi, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio; tuttavia, ciò non esclude che, ricorrendo agli elementi della fattispecie contrattuale, l'operazione economica possa essere qualificata come una concessione ai fini dell'applicazione della relativa normativa, maggiormente flessibile, sulle procedure di aggiudicazione e di esecuzione.

La dottrina, sul punto, ha già avuto modo di evidenziare che attraverso questa struttura, dovrebbe intendersi superata la tendenza a ricondurre le forme contrattuali di partenariato atipiche nello schema dell'appalto pubblico⁵.

Dalla breve sintesi degli aspetti più rilevanti della nuova disciplina del PPP e delle concessioni emerge dunque come nel nuovo codice la cooperazione delle imprese nella realizzazione delle opere e dei servizi risulti un elemento centrale.

Il PPP si presenta quale sistema contrattuale aperto e atipico, in cui ricondurre figure negoziali eterogenee, diversamente impostate sotto il profilo del riparto del rischio e delle responsabilità, ma sempre volte al perseguimento dell'interesse pubblico secondo una logica economicamente orientata⁶.

⁵ R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI e R. TUCCILLO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, questioni attuali sul d.lgs. n. 36/2023*, La Tribuna, 2023, 306.

⁶ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato, servizi pubblici e infrastrutture*, Padova, 2020, 90.

Nelle operazioni di PPP, di fatto, gli interessi pubblici e privati si intrecciano⁷.

È stato osservato tuttavia che nella realtà, interesse pubblico e interesse privato non potranno mai arrivare a coincidere, poiché mentre la pubblica amministrazione perseguirà sempre e solo l'interesse pubblico volto al soddisfacimento dei bisogni della collettività, l'operatore privato sarà sempre necessariamente animato dalla possibilità concreta di avviare un progetto lucrativo o comunque sostenibile sotto il profilo economico-finanziario, e che, dunque, l'interesse pubblico e l'interesse privato non possano che procedere parallelamente per il soddisfacimento delle reciproche e diverse esigenze⁸.

Tuttavia, se si abbandona l'abitudine a guardare i fenomeni a compartimenti stagni, sostituendo questa visione con un sguardo più ampio e più alto, si potrebbe anche accettare l'idea che l'impresa (e gli imprenditori), oltre a perseguire l'interesse lucrativo, possa essere animata dal desiderio di migliorare la società e il contesto sociale e urbano nella quale la stessa è inserita, attraverso la partecipazione alla realizzazione di opere di riqualificazione urbana o di riqualificazione energetica, l'uso di energie rinnovabili meno inquinanti o la realizzazione di buoni ospedali.

Ecco, questi sono alcuni dei settori in cui le varie forme di PPP possono meglio esprimere il proprio potenziale.

Ebbene, questa è la scommessa e la visione che ha accompagnato la redazione della nuova disciplina del partenariato e delle concessioni.

Flavia RISSO

Consigliere TAR Firenze

⁷ F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

⁸ E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato, servizi pubblici e infrastrutture*, Padova, 2020, 90.