

3/2024

POSITION PAPERS

Tre aspetti su cui riflettere per potenziare il partenariato pubblico-privato

Il Partenariato pubblico privato è uno strumento imprescindibile per perseguire obiettivi di rilancio dell'economica e di riavvio degli investimenti, soprattutto in periodi caratterizzati da una notevole contrazione delle risorse economiche e da un elevato indebitamento pubblico.

Fino ad oggi però questo strumento ha stentato a decollare.

In base ai dati del DIPE, il Dipartimento per la Programmazione Economica presso la Presidenza del Consiglio, le operazioni di partenariato sono di gran lunga inferiori rispetto all'utilizzo del contratto di appalto. Il DIPE stesso ha individuato due principali cause che spiegherebbero lo scarso utilizzo del PPP: da un lato l'incertezza e l'eccessiva lunghezza dei processi autorizzatori e dall'altro la carente e inadeguata definizione delle clausole contrattuali con conseguente aumento del rischio di contenziosi che scoraggia gli investitori.

A fronte di questi scenari, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha modificato la disciplina sul partenariato pubblico-privato, favorendo e promuovendo il ricorso a nuove forme contrattuali che abbandonano la logica dell'appalto e aprono la strada a una più ampia partecipazione del privato alla realizzazione e alla cura dell'interesse pubblico. La volontà di rilancio dello strumento del PPP sembra infatti ben sposarsi con il principio del risultato che guida e ispira gli interventi di riforma del Codice.

Tuttavia, per dare un impulso al modello del PPP, gli strumenti giuridici e gli asset regolatori da soli non bastano, occorrono anche mercati e progetti capaci di attrarre investitori. Perché il PPP sia appetibile e conveniente sia per il pubblico che per il privato è necessario, da un lato definire con precisione gli obiettivi e identificare adeguatamente le strategie per raggiungerli e, dall'altro individuare correttamente le azioni da intraprendere per implementare tali strategie.

Queste operazioni richiedono una decisa capacità progettuale da parte della committenza pubblica e una forte responsabilizzazione del soggetto privato che viene coinvolto, in prima persona, nella buona riuscita del progetto.

Competenza e professionalità

Il maggior ostacolo alla diffusione di forme di partenariato pubblico privato è la mancanza di formazione e competenza in materia di moltissime stazioni appaltanti. I PPP sono strumenti complessi che, se non gestiti correttamente, possono condurre ad

esiti insoddisfacenti sul piano delle realizzazioni e risultare particolarmente rischiosi per le finanze pubbliche.

La possibilità per le amministrazioni di contabilizzare l'operazione contrattuale *off balance* – motivo che rende particolarmente attrattivo il PPP - e quindi non creare debito pubblico, richiede un'analisi accurata del progetto, al fine di garantirne l'effettiva realizzabilità e sostenibilità, alla luce di una efficiente allocazione dei rischi fra committenza pubblica e operatore privato.

Un carente o errato progetto di fattibilità tecnica ed economica così come accordi contrattuali sbilanciati che possono comportare oneri inattesi in capo al committente pubblico per problematiche che sarebbero dovute ricadere sotto la piena responsabilità dell'operatore privato avrebbero conseguenze deleterie sotto più profili. Se ad esempio l'architettura contrattuale si rivela fallace di fronte a problematiche di sostenibilità economica dell'opera e quindi non risponde ai criteri EUROSTAT in tema di corretta allocazione dei rischi, essa potrebbe essere riclassificata *ex post on balance* con conseguente impatto sulle finanze pubbliche.

Si capisce bene dunque come l'attività di rigorosa pianificazione e valutazione della congruità del progetto e della sua corretta impostazione contrattuale nell'allocare responsabilità e oneri vada affidata a stazioni appaltanti opportunamente qualificate.

In Italia il problema della frammentazione delle stazioni appaltanti è stato in molti casi affrontato senza la coerenza necessaria, ma al solo fine di rispettare i buoni propositi di semplificazione e consolidamento che ogni intervento riformatore dal 1994 ad oggi ha cercato di perseguire. I dati ANAC ci dicono che fra il 2018 e il 2022 ci sono state ben 6500 stazioni che hanno chiuso un appalto per lavori per oltre 500mila euro.

Le modifiche apportate dal nuovo Codice per rendere più rigoroso il processo di qualificazione, sembrano aver prodotto risultati solo parzialmente soddisfacenti.

A fine marzo 2024 quasi 5500 stazioni appaltanti avevano chiesto la qualificazione all'ANAC. I dati forniti da ANAC ci dicono che al primo maggio 2024, le stazioni appaltanti (comprese le centrali di committenza) qualificate sono 4353 (di cui appena 538 con riserva). Quasi 2000 di esse hanno ottenuto il più alto livello di qualificazione e possono operare e disporre gare per lavori senza alcun limite di importo.

Il sistema di qualificazione a tre livelli si basa principalmente sul rispetto di requisiti di tipo formale che non garantiscono l'effettiva professionalità e specializzazione necessaria a gestire operazioni contrattuali così complesse come quelle sottostanti ai progetti in PPP. Gli elementi utili ai fini della attribuzione del livello, anche il più elevato,

di qualificazione non fanno affatto riferimento a competenze di tipo economico finanziario che in queste circostanze sono indispensabili.

È pur vero che nel percorso prodromico alla stipulazione del contratto di PPP è previsto l'intervento di vari soggetti (DIPE, CIPESS, NARS, Ragioneria dello Stato e in via generale anche l'ANAC) chiamati ad assistere tutte le pubbliche amministrazioni, centrali e locali. Tuttavia, l'ausilio fornito da tali soggetti specializzati è obbligatorio (e in alcuni casi il loro parere non è comunque vincolante) soltanto per i progetti di interesse statale o finanziati con il contributo a carico dello Stato. Le regioni e gli enti locali sono liberi di avvalersene soltanto se ritengono che la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda.

Da ciò può derivare un sistema parcellizzato di opere che, seppure di scarso impatto economico, possono causare un pesante aggravio per le finanze dello Stato, se la fattibilità e convenienza dei progetti non è stata attentamente ponderata. Pertanto, onde evitare situazioni di eccessivi disavanzi sulla posizione finanziaria dell'ente concedente, con conseguenti ricadute di accollo sul debito pubblico, è necessario che anche le amministrazioni locali siano spinte a ricorrere all'assistenza di soggetti specializzati. A tal fine potrebbe essere utile introdurre meccanismi di incentivo basati su penalizzazioni o sanzioni a carico dell'ente concedente che ha dato avvio a progetti rivelatisi poi, in fase di esecuzione, diseconomici oppure che, una volta conclusi, abbiano prodotto una riclassificazione a debito pubblico.

Diritto di prelazione

Un altro aspetto su cui occorrerebbe maggiore chiarezza e determinazione da parte del legislatore è il meccanismo premiale previsto nel *project financing* per compensare il privato promotore del progetto. Il nuovo Codice dei contratti pubblici conferma il riconoscimento del diritto di prelazione (*right to match*) a favore del promotore non aggiudicatario.

Sugli effetti anticoncorrenziali del diritto di prelazione, il dibattito non si è ancora sopito.

Sin dal momento della sua introduzione (con la legge n. 166/2002), a livello europeo e nazionale, sono stati sollevati dubbi di legittimità, in quanto il diritto di prelazione, riconoscendo un vantaggio competitivo a favore del promotore, potrebbe inibire la partecipazione di altri operatori. Si otterrebbe così un risultato contrario rispetto a quello che si vorrebbe conseguire ricorrendo alla gara per l'affidamento del contratto, cioè, assicurare la più ampia partecipazione, al fine di scegliere l'offerta migliore per la realizzazione del progetto.

Sotto altro profilo, considerando che l'esito della gara potrebbe essere sempre ribaltato dal promotore a suo favore, i partecipanti sarebbero indotti a concorrere con finalità di mero disturbo, al solo fine di ridurre il margine di profitto del promotore e a costo di compromettere la qualità della *performance* e l'equilibrio economico finanziario dell'opera.

Vi è infine un terzo ordine di criticità che potrebbero emergere proprio quando il diritto di prelazione viene esercitato. Come detto, il promotore, anche se non aggiudicatario, può comunque ottenere l'affidamento del contratto esercitando il diritto di prelazione se dichiara di impegnarsi a adempiere le obbligazioni contrattuali 'alle medesime condizioni' offerte dall'aggiudicatario. In altre parole, il promotore può beneficiare del diritto di prelazione solo se è in grado di presentare – in tempi spesso brevissimi – un'offerta che sotto ogni profilo – economico, tecnico, tecnologico, operativo – è identica a quella dell'aggiudicatario.

Questa condizione, come formulata, è destinata ad essere foriera di incertezze applicative e contenziosi che rischiano di vanificare l'intenzione del legislatore di attribuire al promotore un beneficio premiale.

L'espressione normativa è stata infatti intesa dalle prime pronunce giurisprudenziali come accettazione piena e incondizionata dell'offerta dell'aggiudicatario. Essa richiama un concetto di assoluta identità tra le offerte (quella aggiudicata e quella promessa dal promotore); identità che deve riguardare sia le condizioni economiche sia quelle tecniche. Va però considerato che per i progetti innovativi e ad alto contenuto tecnologico, l'uguaglianza tra le due offerte è difficile, se non impossibile, da assicurare; ne deriva che in questi casi il diritto di prelazione, di fatto, non è esercitabile. Le offerte, pur se uguali sotto il profilo economico, sono spesso incomparabili o addirittura non replicabili (per esempio in caso di utilizzo di brevetti o impiego di programmi e applicazioni disponibili in via esclusiva), sul piano tecnico per quanto del tutto assimilabili sotto il profilo operativo e del risultato finale.

In altri termini vi è il chiaro rischio che il diritto di prelazione in capo al promotore di una PPP, per come definito ed interpretato, si ponga in contrasto con il principio del risultato che il Codice propugna quale obiettivo primario dell'azione della committenza pubblica.

Innovazione e appalti pre-commerciali

L'ultimo tema che presuppone una maggiore iniziativa da parte della committenza pubblica riguarda la possibilità di sviluppare schemi contrattuali innovativi e più flessibili rispetto ai tradizionali modelli di collaborazione con il privato.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici promuove il ricorso a forme contrattuali partenariali atipiche. Il ventaglio a disposizione delle amministrazioni, centrali e locali, è ampio: il soggetto pubblico deve essere in grado di individuare quella più appropriata a soddisfare le esigenze concrete della collettività.

Le forme di PPP sono in continua evoluzione; sotto questo profilo, uno sguardo alle esperienze internazionali può aiutare.

Ad esempio, negli Stati Uniti uno strumento largamente utilizzato, anche in settori strategici come lo spazio o la difesa, sono le *innovation challenges*, ormai comunemente utilizzate da diverse agenzie quali ad esempio la NASA e il DARPA.

Si tratta di una forma di appalto pre-commerciale che mette in competizione i migliori team di ricerca, innovazione e sviluppo industriale per risolvere problemi tecnologici ben identificati e sviluppare soluzioni innovative in aree tecnologicamente complesse. In Europa le prime *innovation challenges* sono state sperimentate con successo sotto l'ombrello dell'iniziativa EuroHPC nel campo dei supercomputer ma si possono trovare ulteriori iniziative in molti Stati membri dell'UE (ad esempio in Germania con le SPRIND Challenges). Si tratta di un modello *demand driven* ovvero che scaturisce da una esigenza molto specifica da parte della committenza (pubblica o privata) che ingaggia i migliori talenti, nel campo industriale e della ricerca accademica, per risolvere delle vere e proprie "sfide" tecnologiche che possono comportare significativi benefici sociali. Durante le fasi competitive – se ne possono creare diverse a fasi successive - le risorse a disposizione (intese come veri e propri premi) sono allocate in base al raggiungimento di determinati risultati predefiniti. Si tratta dunque di un meccanismo di confronto iper-competitivo, aperto a una ampissima partecipazione di soggetti più o meno strutturati che esce dalla logica del contributo alla ricerca o dell'appalto pubblico e orienta gli sforzi economici al raggiungimento di un risultato concreto in campi tecnologicamente sfidanti. Il premio può essere elargito in denaro o in una commessa pubblica a condizioni particolarmente vantaggiose

In Europa, l'European Innovation Council, il braccio operativo della Commissione con il compito di supportare l'innovazione deep tech attraverso programmi di finanziamento a favore di start up innovative, ha sviluppato molti strumenti – anche innovativi - di

intervento ,ma ancora fa fatica a sperimentare e adottare il modello delle *innovation challenges* rimanendo ancorato ad un modello *supply driven* che finanzia con capitale di rischio, con finanziamenti a debito e con contributi a fondo perduto, i progetti che gli vengono autonomamente sottoposti di volta in volta dalle singole startup.

In Italia, le amministrazioni, centrali e locali, desiderose di implementare soluzioni tecnologiche altamente innovative potrebbero sfruttare meglio le opportunità che lo strumento del PPP offre per attivare forme di partnership con il privato. Nel muoversi in questo campo, varrebbe la pena dare uno sguardo anche all'esperienza delle *innovation challenges*, uno strumento che potrebbe rivelarsi assai indicato per raggiungere gli svariati obiettivi di modernizzazione che il nostro Paese si è posto in molti e assai eterogenei campi applicativi: dalla sanità ai servizi pubblici locali, dal finanziamento pubblico alla ricerca alla digitalizzazione della PA.

La sinergia pubblico privato può essere lo strumento chiave anche per progetti di politiche sostenibili su tutto il territorio. La disponibilità di risorse finanziarie per l'attuazione di progetti di innovazione e sostenibilità, data dal PNRR e dai piani di sviluppo e coesione, può rappresentare una leva importante per percorrere collaborazioni con i privati che ampliano le risorse finanziarie e le competenze a disposizione, integrando i progetti pubblici con elementi innovativi nelle fasi di progettazione e esecuzione dei lavori. La rivoluzione culturale portata dalla sostenibilità e dalla innovazione digitale riguarderà sempre di più sia il settore pubblico sia il settore privato e la collaborazione che si realizza con il PPP consente di riprogettare imprese e luoghi (urbani, architettonici, spazi verdi) con una migliore infrastruttura tecnologica e in risposta ai bisogni sociali e dell'ambiente.