



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA FORMA CONCESSORIA DEL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO: ASPETTI GIURIDICI ED ECONOMICI

La recente crisi finanziaria ha rimesso in discussione il potere di spesa pubblica di ciascuno Stato membro dell'UE ed ha portato all'adozione del Fiscal Compact. La collaborazione tra un ente pubblico e un soggetto privato consente di investire in opere e servizi pubblici con un minor dispendio di risorse finanziarie per il soggetto pubblico.

di **Alessandro Nardò**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Estratto dal n. 1/2019 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Venerdì 25 Gennaio 2019

Sommario: 1. Introduzione; 2. Aspetti giuridici: 2.1 Legislazione italiana; 2.2 Tutela giuridica in Europa; 2.3 Tutela giuridica in Italia; 3; Aspetti economici; 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il ruolo svolto dallo Stato all'interno del sistema economico e lo scontro tra chi sostiene le politiche dell'austerità e del rigore economico e chi predilige al contrario un maggior intervento pubblico sono temi che hanno alimentato profondi dibattiti negli anni passati ma che soprattutto con lo scoppio della recente crisi economica e finanziaria, sono tornati di grande attualità. Uno dei maggiori esponenti dell'intervento pubblico dello Stato in periodi di crisi è stato John Maynard Keynes (1883-1946), padre della macroeconomia moderna, che nel 1936 scrisse e pubblicò la "Teoria Generale dell'Occupazione, dell'Interesse e della Moneta" in cui pone in evidenza la necessità di aumentare la partecipazione dello Stato attraverso maggiori investimenti e maggiori risorse finanziarie da destinare ad opere di pubblico interesse e che siano in grado, da un lato, di aumentare l'occupazione e, dall'altro lato, il potere d'acquisto dei singoli individui¹. Per questo motivo si incominciò a parlare di Stato-imprenditore. Con lo scoppio delle crisi petrolifere degli Anni '70, venne messa in discussione questa forte presenza dello Stato e si decise di ridimensionare il ruolo da esso svolto attraverso un complesso sistema di privatizzazioni ed una maggiore attenzione alla spesa pubblica. I maggiori esponenti di questa politica definita fiscal consolidation² sono stati nel Regno Unito il governo Thatcher (1979-1990) e negli USA il governo Reagan (1981-1989) che hanno di fatto decretato il passaggio da uno Stato-imprenditore ad uno Stato-regolatore. In questa prospettiva di scelta tra austerità economica e maggior potere di spesa pubblica dello Stato, si colloca il Partenariato Pubblico Privato (di seguito PPP) inteso come la collaborazione tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato volta a garantire la costruzione, la riqualificazione, la gestione, il finanziamento e la manutenzione di opere e servizi di pubblico interesse³. A seconda delle modalità con cui viene posta in essere tale collaborazione, l'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP) del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DIPE) evidenzia tre tipologie di PPP:

concessoria ("opere calde"), riferita a contratti che hanno una capacità intrinseca di generare cash flow in grado di remunerare l'operatore economico privato dell'investimento effettuato attraverso la gestione per un determinato periodo di tempo dell'opera o del servizio oggetto di PPP; Private Finance Iniziative ("opere fredde"), riguardanti interventi diretti dell'operatore economico privato nell'erogazione di un servizio direttamente alla Pubblica Amministrazione. In questo caso, l'operatore economico privato è remunerato attraverso i pagamenti effettuati direttamente nei suoi confronti dalla Pubblica Amministrazione; "opere tiepide", riferite a quei progetti che non

garantiscono in tempi brevi sufficienti ritorni economici, a copertura dei quali interviene il contributo pubblico. **2. Aspetti giuridici**

2.1 Legislazione italiana

Una prima definizione di PPP era contenuta nel III° Correttivo del D.lgs. n° 163 del 12 Aprile 2006, attraverso cui il legislatore precisava che si riferiva a contratti «[...] aventi ad oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti [...]»⁴. Con il recepimento delle Direttive 2014/23/CE, 2014/24/CE e 2014/25/CE, la disciplina del PPP contenuta nel Codice degli Appalti e delle Concessioni è stata di recente modificata con l'approvazione del D.lgs. 50/2016 (intervenuto in sostituzione del D.lgs.163/2006 e del successivo Regolamento del 2010). In tale decreto, all'articolo 3, lettera eee) viene evidenziata l'onerosità del contratto di PPP e la ripartizione dei rischi in capo ai diversi operatori. Nello stesso decreto, all'articolo 180 viene precisato che possono essere definite forme di partenariato pubblico privato «[...] 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 [...]»⁵. Tuttavia, l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) si era espressa in merito nel 2015 attraverso la Determinazione n°10, a tenore della quale la Finanza di Progetto (Project Financing) è «[...] un' espressione del partenariato pubblico privato, cioè contratti a lungo termine stipulati tra unità, sulla base dei quali un'unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo di tempo e quindi le cede ad una seconda unità. Si tratta di accordi normalmente stipulati tra un'impresa privata e un'amministrazione pubblica»⁶. La disciplina contenuta nel Codice degli Appalti e delle Concessioni prevede una serie di garanzie contrattuali in capo all'operatore economico privato durante la presentazione delle offerte, ovvero:

una garanzia (provvisoria) nella forma di fideiussione bancaria o di cauzione, in misura pari al 2% del prezzo base indicato nel bando di gara o nell'invito. In ogni caso, la garanzia provvisoria deve essere proporzionale ed adeguata alla natura e al grado di rischio della prestazione dovuta. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione o altri casi previsti dall'articolo 93, comma 6 del Codice degli Appalti e delle Concessioni;⁷ una garanzia (definitiva) del 10% dell'importo stabilito nel contratto, dovuta al momento della sottoscrizione. La cauzione viene corrisposta a titolo di risarcimento dei danni in caso di inadempimento contrattuale o altri casi previsti dall'articolo 103, comma 1 del Codice degli Appalti e delle Concessioni; una cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento; dalla data di inizio del servizio è prevista inoltre

un'ulteriore cauzione pari al 10% del costo annuo operativo d'esercizio del servizio la quale è destinata a coprire l'eventuale mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera. Il mancato versamento della cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. 2.2 Tutela giuridica in Europa

Uno dei principali problemi della disciplina in esame, causa di ricorsi giurisdizionali, è la diversa tutela legislativa in capo ai vari operatori economici, ad appalto aggiudicato. Le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, riferite rispettivamente ai settori ordinari⁸ e speciali⁹ degli appalti pubblici, non imponevano agli Stati membri di inserire obbligatoriamente nei loro regolamenti nazionali alcun termine dilatorio-sospensivo, durante il quale il soggetto escluso dall'aggiudicazione della gara d'appalto poteva presentare ricorso contro la scelta finale adottata dall'amministrazione pubblica. Un tale approccio normativo, quindi, tutelava maggiormente la pubblica amministrazione rispetto alla controparte, ossia l'offerente privato. Con l'emanazione della Direttiva 2007/66/CE ("Direttiva Ricorsi"), il legislatore è perciò intervenuto, apportando modifiche volte a dare una maggiore tutela all'offerente privato non aggiudicatario dell'appalto. La Direttiva Ricorsi ha infatti previsto l'obbligo per la pubblica amministrazione di rispettare un termine dilatorio-sospensivo di almeno dieci o quindici giorni (c.d. stand-still) fra l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto. È previsto, inoltre, per tutti i partecipanti alla gara l'invio di una relazione esplicativa che illustri le ragioni che hanno portato la pubblica amministrazione a scegliere l'aggiudicatario. Il soggetto escluso può presentare ricorso giurisdizionale, in seguito al quale la stipula del contratto viene sospesa automaticamente fino a pronuncia giudiziale. In questo modo, la Direttiva Ricorsi si pone a favore di una piena coincidenza fra il termine dilatorio-sospensivo e il termine per la presentazione del ricorso. Il termine dilatorio-sospensivo può essere derogato se l'appalto è stato affidato all'unico offerente privato e non vi sono altri soggetti presenti interessati, o se non è prevista la pubblicazione del Bando di Gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, o «nel caso di un appalto basato su un accordo quadro [...]», come era disciplinato dalla Direttiva 2004/18/CE, «[...] e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione [...]»¹⁰. A corredo di tali disposizioni, la normativa prevede un sistema articolato di sanzioni graduate in base alla gravità della violazione, secondo quanto stabilito dal diritto comunitario, in modo da assicurare «[...] sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive»¹¹. La Direttiva Ricorsi prevede che il contratto sia privo di effetti (accertati esclusivamente «[...] da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice [...]»¹², e le cui conseguenze sono regolamentate dal diritto nazionale) quando le violazioni sono considerate particolarmente gravi, ovvero:

se un appalto è stato aggiudicato senza previa pubblicazione del Bando di Gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea; se l'offerente che presenta ricorso è stato privato della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; se gli

Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione. Per queste tipologie di violazioni la Direttiva Ricorsi stabilisce altresì che «gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore abbia la facoltà di non considerare un contratto privo di effetti [...]»¹³. L'organo di ricorso considera valido il contratto qualora questo implichi la salvaguardia del pubblico interesse. Questo non pregiudica la possibilità di definire delle sanzioni alternative. Per tutte le altre tipologie che non ricadono nelle categorie sopra elencate, la valutazione sulla validità del contratto e delle potenziali sanzioni viene effettuata sulla base della normativa nazionale.

2.3 Tutela giuridica in Italia

Nel marzo del 2010 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il D.lgs. 53/2010 (inerente alla normativa sugli appalti pubblici) in attuazione dell'Articolo 44 della legge 80/2009, che conferiva la delega al governo per l'attuazione della Direttiva 2007/66/CE. Successivamente, con l'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016, la nuova disciplina prevede che il termine dilatorio-sospensivo sia pari a trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. L'articolo 32, comma 10, del D.lgs. 50/2016 prevede due ipotesi in cui è ammessa la deroga al rispetto del termine dilatorio-sospensivo, ossia:

«se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del codice, è stata presentata o stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva»;¹⁴ «nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'art. 3, lett. bbbb) e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettere a) e b) »¹⁵. Nel rispetto delle norme comunitarie vigenti, il termine massimo per procedere con l'impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto deve essere pari a trenta giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Con il recepimento della Direttiva 2007/66/CE, nel nostro ordinamento è stato introdotto un rito speciale, abbreviato ed esclusivo, tale da garantire una tutela giurisdizionale più dinamica rispetto al passato. La normativa nazionale prevede, infine, al Capo II delle Disposizioni Finali e Transitorie, la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla tutela giuridica, quali l'Accordo bonario per i lavori, l'Accordo Bonario per i servizi e le forniture, il Collegio Consultivo Tecnico, la Transazione, l'Arbitrato, la Camera arbitrale, i Pareri di precontenzioso dell'ANAC.

3. Aspetti economici

Gli investimenti in infrastrutture rappresentano un elemento fondamentale per misurare la crescita economica di un Paese e rappresentano, spesso, buona parte della spesa pubblica statale. La recente crisi finanziaria, tuttavia, ha indotto i governi nazionali ad adottare politiche restrittive di bilancio che hanno di fatto limitato la spesa per investimenti pubblici. Tali restrizioni si sono tradotte nel 2012 nell'adozione del Fiscal Compact basato su due principi fondamentali, ovvero:

l'obbligo del pareggio di bilancio, che si traduce nel divieto per ciascuno Stato membro aderente all'UE di spendere più dello 0.5% delle entrate conseguite. L'obbligo del pareggio di bilancio è stato introdotto anche nei rispettivi ordinamenti nazionali. In Italia, tale imposizione è contenuta nell'articolo 81 della Costituzione; la riduzione del debito pubblico in misura di 1/20 l'anno da calcolarsi come differenza tra il livello effettivo del debito pubblico e il 60% del PIL. Con l'emanazione della Direttiva 2014/23/CE è stata evidenziata la distinzione tra il PPP ed il contratto di appalto tradizionale. A riguardo, la concessione di lavori o servizi pubblici «[...] 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 [...]»¹⁶. Un tale approccio normativo comporta, di conseguenza, che in assenza di trasferimento del rischio operativo, almeno parziale, in capo al concessionario, si sia in presenza di un tipico contratto di appalto. Una corretta ed efficiente applicazione del PPP determina un'attenta valutazione e allocazione del rischio operativo legato al progetto. La dimensione del rischio operativo include tre sottocategorie:

rischio di costruzione, «[...] legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, ad inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera»¹⁷; rischio di domanda, legato «[...] ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa»¹⁸; rischio di disponibilità, legato «[...] alla capacità, da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti»¹⁹. La matrice dei rischi è un documento che ha lo scopo di sintetizzare ed esaminare i rischi collegati alla realizzazione del progetto. Maggiore è il livello di dettaglio nella descrizione dei rischi inseriti nella matrice, maggiore è la possibilità di effettuare una corretta ed attenta valutazione ed allocazione dei rischi. La matrice può essere redatta nelle diverse fasi del progetto. Questo consente all'amministrazione aggiudicatrice di valutare la convenienza del progetto e far emergere durante la sua esecuzione gli aspetti e gli elementi di maggiore criticità. Anche il Piano Economico Finanziario (PEF) è un documento che consente all'operatore economico privato di valutare, anticipatamente, i rischi legati alla realizzazione del progetto. Il PEF

consente di:

a) garantire l'equilibrio economico-finanziario, ovvero assicura che il progetto sia conveniente dal punto di vista economico e sostenibile dal punto di vista finanziario;

b) valutare, attraverso la fase dell'istruttoria, la possibilità di concedere il finanziamento utile alla realizzazione del progetto;

Nel PEF per valutare la convenienza economica di un progetto si calcolano diversi indicatori finanziari, tra cui il TIR e il VAN (Valore Attuale Netto), mentre ai fini della valutazione della sostenibilità finanziaria del progetto si ricorre ad indicatori finanziari quali il DSCR e LLCR. Con un VAN positivo il progetto genera valore monetario, implicando di conseguenza l'equilibrio economico-finanziario. In caso contrario, la realizzazione del progetto non conviene dal punto di vista economico, perché genererebbe una perdita di valore. Il Van, tuttavia, è oggetto di profonda critica da alcuni esponenti della dottrina economica. La critica principale rileva che il VAN è uno strumento statico basato sulla logica del now or never²⁰. In sostanza, un investimento va intrapreso solo se ha un VAN positivo nel periodo in cui viene valutato, altrimenti va bocciato. Questa logica esclude la possibilità che lo stesso progetto possa risultare conveniente in futuro in virtù di nuove circostanze dal punto di vista dei costi e benefici associati. Questo è un limite rilevante qualora un progetto sia caratterizzato da costi e benefici incerti e mutevoli nel tempo. La teoria delle opzioni reali basata sulla logica del wait and see, invece, consente di valutare un investimento in condizioni d'incertezza di mercato e per il quale le parti concordino sul lasciare alla sua esecuzione un certo grado di flessibilità. Una prima definizione di opzione reale viene fornita nel 1977 da Myers secondo cui «[...] la spesa iniziale di un investimento è da considerarsi come il prezzo di un contratto di opzione, dove le opzioni sono rappresentate dalle diverse alternative di sviluppo del progetto»²¹. Richiamando tale concetto possiamo quindi definire il valore di opzione come il valore associato alla flessibilità temporale con la quale si può decidere quando è più opportuno effettuare uno specifico investimento. Nella valutazione di un investimento si distinguono tre momenti fondamentali²², ovvero:

l'analisi del rischio, che consiste nel reperire più informazioni possibili inerenti alla valutazione e alla fattibilità del progetto; l'analisi strategica, in cui si considera il grado di flessibilità adottato dalle parti in causa e la loro capacità di adattarsi ai mutamenti di mercato e alle situazioni d'incertezza; la valutazione del progetto effettuata con l'inclusione del valore d'opzione associato al progetto, vale a dire mediante il calcolo del Valore Attuale Netto Esteso (VANE). A riguardo, possiamo distinguere diverse tipologie di opzioni reali assunte dalle parti in causa in base al contesto di riferimento²³:

opzione di differimento, con cui le parti in causa, data la situazione d'incertezza del mercato, convengono nel rinviare l'esecuzione del progetto in un momento successivo a loro più favorevole. Una tale situazione tuttavia, non deve compromettere la fattibilità del progetto; opzione di espansione, che si traduce nella possibilità di incrementare la dimensione del progetto e la quantità del bene o servizio prodotto per fronteggiare un incremento della domanda da parte degli utenti finali; opzione di contrazione, in contrapposizione con l'opzione di espansione, implica una riduzione della dimensione e della quantità del bene prodotto; opzione di conversione, che consente alle parti in causa di adattare il progetto ai cambiamenti dei gusti dei consumatori finali; opzione di abbandono, riferita alla scelta dei contraenti di abbandonare definitivamente la realizzazione del progetto; di sospensione temporanea che possiamo definire un'opzione intermedia tra l'opzione di differimento e l'opzione di abbandono. In questo caso data l'incertezza di mercato e l'aumento dei costi di produzione, le parti concordano nel sospendere temporaneamente la realizzazione del progetto. Il PEF è composto da una parte descrittiva ed una parte numerica. Nella parte descrittiva sono contenute tutte le informazioni utili alla comprensione della parte numerica e sono altresì riportate le indicazioni inerenti alla fattibilità del progetto oltre che una descrizione completa del progetto che si intende realizzare. La parte numerica si compone di tre documenti, ovvero:

a) il conto economico previsionale, che mette in evidenza la redditività generata dal progetto ed i costi sostenuti per la sua realizzazione; b) lo stato patrimoniale previsionale, che indica in quale misura, rispetto al costo totale del progetto, si è fatto ricorso al capitale proprio e al capitale di terzi; c) il rendiconto finanziario previsionale, che individua i flussi di cassa positivi e negativi generati dal progetto.

Il PEF è soggetto a revisione nel caso in cui si verificano eventi impreveduti e non direttamente imputabili agli operatori economici, come ad esempio guerre, insufficienza di materie prime o altri atti ostili di carattere politico, militare e civile.

In base alla flessibilità contrattuale adottata dalle parti in causa, la dottrina economica distingue tre diverse tipologie contrattuali, ovvero:

Fixed-price contracts (FPCs). Sono contratti con i quali l'amministrazione aggiudicatrice corrisponde all'operatore economico privato un determinato importo (in genere il prezzo di aggiudicazione), in virtù del progetto realizzato secondo gli standard qualitativi stabiliti nel contratto. I FPCs rappresentano, dunque, una tipologia di contratto vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice, qualora l'oggetto del contratto di PPP (o in genere di public procurement) sia riconducibile alla realizzazione di un progetto che non implichi un aumento dei costi di realizzazione dell'opera. L'amministrazione aggiudicatrice può infatti definire preventivamente il prezzo da corrispondere all'operatore economico

privato, gestendo in modo più efficiente le proprie risorse finanziarie. La stipula di un FPCs, tuttavia, consente alle parti in causa di operare con un discreto margine di flessibilità. Entrambi i contraenti, infatti, possono optare in sede di stipula del contratto per l'inserimento di una clausola che preveda l'adeguamento del corrispettivo originariamente pattuito, in base alle variazioni dei prezzi di mercato. Tecnicamente si parla infatti di Fixed-price contracts with economic price adjustment (FPCPAs) o contratti a prezzo fisso con aggiustamento dei prezzi. Non è da escludere tuttavia la possibilità di optare per i FPCPAs, come forma d'incentivo per l'operatore economico privato nella consegna di un'opera di qualità superiore²⁴; Cost-reimbursement contracts (CRCs). Sono dei contratti con cui l'amministrazione aggiudicatrice si impegna a rimborsare tutti i costi di produzione sostenuti dall'operatore economico privato per la realizzazione del progetto. Questa tipologia contrattuale consente al soggetto privato di fronteggiare situazioni in cui vi è differenza tra costi stimati (indicati al momento della presentazione dell'offerta) e costi effettivamente sostenuti²⁵. I contraenti, al momento della stipula del contratto, possono optare per l'inserimento di limiti al rimborso dei costi di produzione; Incentive Contracts (ICs). Sono una tipologia di contratto che prevede il riconoscimento di un bonus in capo all'operatore economico privato, a fronte del raggiungimento di determinati obiettivi qualitativi. Nel caso di performance incentives contracts⁷³, l'ammontare del bonus erogato dall'amministrazione aggiudicatrice dipende dal livello di qualità dell'opera realizzata. Più elevata è la capacità dell'operatore economico privato di realizzare un'opera qualitativamente superiore, maggiore è l'importo del bonus erogato. Gli ICs sono una tipologia contrattuale particolarmente utilizzata per i progetti con un elevato grado di innovazione e di complessità e consentono allo stesso tempo, di ridurre i problemi di asimmetria informativa. **4. Conclusioni**

Dall'analisi effettuata, sono emerse criticità e potenzialità del contratto di PPP, esse riguardano:

le conseguenze economiche associate all'adozione del Fiscal Compact da parte dei Paesi membri dell'Unione Europea; i fattori che incidono sull'adozione del contratto di PPP tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico privato; l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio indicato nel CAC ed adottato dall'amministrazione aggiudicatrice nella scelta dell'operatore economico privato. Quanto al punto 1., la recente crisi finanziaria ha indotto i governi nazionali dei Paesi aderenti all'Unione Europea a prestare una maggiore attenzione ai bilanci pubblici. Questa maggiore attenzione ha portato all'adozione di una serie di regole contenute all'interno del Fiscal Compact volte al perseguimento di obiettivi quali il pareggio di bilancio e la riduzione del debito e della spesa pubblica. Al fine di raggiungere tali obiettivi, sono state adottate politiche di austerità, spesso non condivise, che impongono un freno agli investimenti pubblici e, di conseguenza, alla crescita economica. Alla luce dei vincoli di spesa da rispettare, il PPP può quindi rappresentare uno strumento che consente di attivare

investimenti aventi finalità pubblica utilizzando le risorse finanziarie a disposizione del settore privato.

Quanto al punto 2., l'amministrazione aggiudicante nel trasferire il rischio operativo all'operatore economico privato adotta nella maggior parte dei casi contratti rigidi, poco flessibili e con un numero elevato di penali da applicare in caso di inadempimento contrattuale. La letteratura economica suggerisce che il rischio operativo va trasferito in capo all'operatore economico privato tenendo conto della sua volontà di sopportarlo e della sua capacità di controllarlo. In caso contrario, si rischia il fallimento del progetto di PPP in oggetto. Sulla base dell'evidenza empirica, diversi studiosi suggeriscono di inserire all'interno del contratto di PPP un maggiore grado di flessibilità contrattuale. In questo contesto, trova quindi applicazione la teoria delle opzioni reali e la logica del *wait and see*. Infatti, al fine di rendere l'investimento nel progetto in oggetto più attraente per l'operatore economico privato, l'amministrazione aggiudicante potrebbe, ad esempio, inserire all'interno del contratto di PPP un'opzione di abbandono del progetto oppure procedere direttamente con la stipula di un CRCs che compensi l'operatore economico privato nel caso in cui i ricavi d'utenza, siano insufficienti a remunerare il rischioso investimento effettuato. Tuttavia, è spesso problematico per l'amministrazione aggiudicante e per l'operatore economico privato prevedere al momento della stesura del contratto quando e in che misura si verificheranno tali circostanze. Per questa ragione, il contratto di PPP è definito dalla dottrina economica e giurisprudenziale come un contratto incompleto²⁶. Tra le diverse tipologie di contratto di PPP esaminate in questa tesi, la più adatta a riconoscere il maggiore grado di flessibilità è l'ICs. In questi contratti, l'amministrazione aggiudicante riconosce infatti all'operatore economico privato sia una sovvenzione monetaria che l'eventuale esercizio dell'opzione di abbandono. Gli ICs consentono anche di evitare la futura rinegoziazione del contratto di PPP, una circostanza che in genere risulta particolarmente onerosa per i contraenti. Uno dei maggiori fattori di insuccesso per il PPP è rappresentato dal rischio relativo all'effettiva domanda di mercato per il bene o servizio che il partenariato ha in oggetto. Oltre a questo, anche il livello di concorrenza tra gli operatori che mirano ad aggiudicarsi il contratto di PPP può incidere, nel caso di corsa al ribasso in termini di offerte, sul successo o sul fallimento del progetto proposto. L'amministrazione aggiudicante deve quindi essere capace di incentivare la concorrenza tra i vari operatori economici privati guardandosi dall'indurre corse al ribasso in sede di offerta che minino, a contratto firmato, l'effettivo sviluppo del progetto in oggetto. Va inoltre contrastata la potenziale stipula di accordi collusivi che escludano alcuni operatori economici privati dal mercato e/o precludano la stipula di un contratto di PPP²⁷.

Quanto al punto 3., l'articolo 95 del CAC prevede l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella scelta dell'operatore economico privato sulla base del rapporto qualità/prezzo o, in alcuni casi, del minor prezzo offerto. Tale criterio

costituisce, secondo alcuni studiosi, un'opportunità in grado di far emergere le capacità ed abilità realizzative delle varie imprese private coinvolte nel progetto di PPP, incentivando anche la concorrenza tra esse²⁸. Tuttavia, l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere problematico. Il CAC, ad esempio, non fornisce informazioni riguardo alla metodologia da adottare per valutare l'offerta temporale presentata dall'operatore economico privato ed affida a ciascuna amministrazione aggiudicatrice il compito di individuare i criteri di valutazione.

Note e riferimenti bibliografici

1 Cfr.: Keynes J. M., *Teoria Generale dell'Occupazione, dell'Interesse e della Moneta*, a cura di T. Cozzi, Novara, De Agostini Libri S.p.A. UTET, 2013

2 Cfr.: Antellini Russo F., *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia tra efficienza e vincoli di finanza pubblica*, tesi di dottorato, LUISS, a. a. 2010-2011, relatore Prof. G. Di Taranto, p. 89.

3 Cfr.: Raganelli B., *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in «Amministrazione in cammino», *Rivista elettronica di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione* a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 27 febbraio 2017, p. 6.

4 Cfr.: Antellini Russo F., Iossa E., *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in «Rivista di Politica Economica», Servizio Italiano di Pubblicazioni Internazionali SIPI S.P.A. (Confindustria), 2008, vol. 98, issue 3, p. 134.

5 Cfr.: Contessa C., Crocco D., *Codice degli Appalti e delle Concessioni*, articolo 180, comma 3, Roma, Tipografia del Genio Civile, terza edizione, 2017, p. 680.

6 Cfr.: Determinazione n. 10/2015 emanata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

7 Cfr.: articolo 2-ter della Direttiva 2007/66/CE.

8 Cfr.: Contessa C., Crocco D., *Codice degli Appalti...*, cit., articolo 3, comma 1, p.240.

9 Ivi, articolo 3, comma 1, lettera hh., p. 241.

10 Cfr.: articolo 2-ter. della Direttiva 2007/66/CE.

11 Ivi, considerando n.13.

12 Ibidem, articolo 2-quinquies, comma 1.

13 Ibidem.

14 Cfr.: Contessa C., Crocco D., Codice degli Appalti..., cit., articolo 32, comma 10, p.316.

15 Ibidem.

16 Secondo quanto stabilito dal considerando n. 18 della Direttiva 2014/23/CE.

17 Cfr.: Contessa C., Crocco D., Codice degli appalti..., cit., articolo 3, comma 1, lett. aaa, p.243.

18 Ibidem, lett. ccc.

19 Ibidem, lett. bbb.

20 Cfr.: Padalino R., Strategie Competitive e Opzioni Reali, Dipartimento di Scienze Economiche, Matematiche e Statistiche, Università degli Studi di Foggia, Quaderno 10, 2005, p.1.

21 Cfr.: Scandizzo P., Valutazione economica e valore di opzione: il caso del trasporto ferroviario, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2015, p. 4.

22 Ivi, pp. 4 e 5.

23 Cfr.: Ceccato L., Le opzioni reali per la valutazione degli investimenti. Un' applicazione al project financing, tesi di laurea magistrale, Università Ca' Foscari, a.a 2013/2014, reperibile presso il Prof. Barro Chiara, p.48.

24 Cfr.: Antellini Russo F., *Il Partenariato Pubblico Privato in Italia...*, cit., pp.39e 40.

25 Ivi, p. 41.

26 Cfr.: Fidone F., *Il Partenariato Pubblico Privato*, in «L'intervento pubblico nell'economia», a cura di Cafagno M. e Manganaro F., Firenze, Edizione University Press, 2016, vol. V, p. 407.

27 Cfr.: E., Saussier S., *Public Private Partnerships in Europe for building and managing public infrastructures: an economic perspective*, in «Annals of Public and Cooperative Economics», Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Coopérative, CIRIEC INTERNATIONAL, 2018, vol.89, issue 1, p.39.

28 Cfr.: Contessa C., Crocco D., *Codice degli appalti...*, cit., p.463.
