

Nell'ultimo decennio il fenomeno del partenariato pubblico privato (PPP) – ovvero di tutte quelle forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese private finalizzate al finanziamento, alla costruzione, al rinnovamento, alla gestione o alla manutenzione di un'infrastruttura o alla fornitura di un servizio – ha avuto notevole impulso nei Paesi europei, dovuto in larga parte all'esigenza di sopperire alle croniche carenze di finanziamento da parte dello Stato. Del resto lo sviluppo dei PPP si inquadra in quella evoluzione più generale del rapporto tra Stato e sfera economica che vede lo Stato passare da un ruolo operativo diretto a quello di mero organizzatore, regolatore e controllore. Il PPP rappresenta dunque un fenomeno di grande attualità. Tuttavia esso è caratterizzato, in Italia come negli altri Paesi della UE, da una grande molteplicità di forme giuridiche che ne rendono difficile una classificazione sistematica. Inoltre, i PPP finora realizzati non hanno avuto sempre buoni esiti, ma hanno talora fatto emergere, nelle diverse fasi di realizzazione, aspetti critici che devono essere attentamente valutati. I saggi contenuti nel volume analizzano il fenomeno del partenariato pubblico-privato e tracciano un quadro esaustivo dei diversi modelli di PPP, degli strumenti di coordinamento e promozione e delle problematiche connesse alla loro realizzazione, in Italia e in alcune esperienze europee. Lo scopo è quello di verificare se i PPP abbiano consolidato, e in che misura, le loro potenzialità per porsi quali strumenti ordinari di realizzazione e gestione di infrastrutture, così come di erogazione di servizi pubblici.

GINEVRA CERRINA FERONI è Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze politiche "Cesare Alfieri" dell'Università di Firenze. Nella presente Collana, insieme a Giuseppe Morbidelli, ha curato *Banca e Impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive* (2008) e *I Musei. Discipline, gestioni, prospettive* (2010).

G. CERRINA FERONI (a cura di) – IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

MODELLI E STRUMENTI

a cura di

GINEVRA CERRINA FERONI



€ 19,00



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NELLE ES- PERIENZE DEL REGNO UNITO E DELLA GERMANIA: AL- CUNE INDICAZIONI PER LE PROSPETTIVE DI SVILUP- PO DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

*Ginevra Cerrina Feroni**

1. Premessa

Il tema del partenariato pubblico-privato (PPP) costituisce da tempo uno degli argomenti più studiati nell'ambito di quella che potremmo definire la *nouvelle vague* del diritto pubblico europeo. Certamente è uno dei temi più affascinanti. Esso infatti rappresenta il punto di emersione e di sintesi di istituti classici del diritto amministrativo (come la concessione); di principi forti del diritto comunitario (come la concorrenza); di suggestioni comparatistiche (come il *service public* di francese memoria); di ripensamento in senso critico di categorie giuridiche consolidate (come la dicotomia diritto pubblico/diritto privato); di criterio di interpretazione delle norme comunitarie, sovente mutuato da specifici istituti di ordinamenti degli Stati membri (come ad esempio la nozione comunitaria di concessione di servizi che è tratta dalla esperienza francese). Sotto altro profilo, esso viene anche invocato quale efficace strumento di politica economica e, soprattutto in situazioni di grave ristrettezza di bilancio e di crisi finanziaria, strumento quasi necessitato. In situazioni di crisi come quella che stiamo vivendo, i partenariati pubblico-privati possono infatti servire per realizzare progetti infrastrutturali, e dunque sostenere e rilanciare l'attività economica. Così si è espressa – con una sorta di grido di allarme – la Commissione delle Comunità Europee nella sua Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle Regioni e al Comitato eco-

* *Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Firenze.*

nomico e sociale del 19 novembre 2009 emblematicamente intitolata “Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato”¹.

Il quadro che emerge dallo studio comparato mostra un universo eterogeneo e complesso. Non esiste una classificazione unitaria dei diversi modelli, ma vi è un’estrema varietà di definizioni e di categorie tanto che si è parlato di una “terminologia variopinta”² in cui si riflettono l’eterogeneità delle forme di partenariato e la difficoltà di una classificazione sistematica³. Per ragioni di metodo, si è scelto di esaminare due esperienze straniere particolarmente ricche e significative: il Regno Unito e la Germania.

Il Regno Unito assume rilievo fondamentale trattandosi della patria del partenariato, almeno per quanto riguarda il contesto europeo. Prova indiretta (e che meriterebbe analisi *ad hoc*) è, ad esempio, l’uso globale della lingua inglese per descrivere istituti e processi di partenariato, talvolta con eccessi curiosi di sudditanza linguistica e culturale che fanno sempre più somigliare il tema del partenariato ad un argomento di carattere “esoterico”: solo per fare un esempio il termine “obiettivo” viene ormai correntemente tradotto con quello di *output*, mentre l’“utilità economica”, intesa come miglior rapporto costi-benefici, con quello di *value for money*.

La Germania risulta di particolare interesse poiché si tratta di un ordinamento di *civil law*, comparabile dunque con quello italiano, che sta vivendo una situazione economica di crisi analoga alla nostra, seppur con una carenza infrastrutturale assai più contenuta rispetto a quella italiana.

Si esamineranno per questi due ordinamenti, nell’ordine, quattro aspetti: il sostegno dei rispettivi Governi alla diffusione di forme di partenariato pubblico-privato; i modelli di partenariato più diffusi e i settori che hanno visto l’affermarsi del PPP; il quadro giuridico di riferimento; infine le problematiche connesse alla realizzazione del PPP con uno sguardo alla situazione italiana e alle prospettive di sviluppo.

In via preliminare, occorre ricordare che, a differenza di quanto avviene

¹ COM (2009) 615.

² A. REUTER, *PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze*, in *NVwZ*, 2005, 1246 ss.

³ Tra i numerosi contributi a riguardo si vedano ad esempio: P.J. TETTINGER, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, in *NWVBl.*, 2005, 1 ss.; J. ZIEKOW, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Private Public Partnerships) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, in BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (a cura di), *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnerships)*, Berlin, BMI, 2002, 77 ss.; A. REUTER-I. POLLEY, *ÖPP und das “Neue Kommunale Finanzmanagement” (NKF)*, in *NVwZ*, 2007, 1345 ss.

ad esempio in Francia⁴ e in Italia⁵, non esistono negli ordinamenti presi in considerazione definizioni giuridiche di partenariato pubblico-privato. L'espressione viene usata in genere per indicare le forme di cooperazione tra l'autorità pubblica e il settore privato che mirano a garantire l'espletamento di compiti pubblici (ad es. la costruzione, la gestione e la manutenzione di un'infrastruttura, la fornitura di un servizio ecc.). Si tratta solitamente di progetti a lunga durata, finanziati in tutto o in parte dal partner privato, che presentano una ripartizione dei rischi tra partner pubblico e partner privato da effettuarsi in base alla rispettiva capacità dei partner di gestire i diversi rischi di progetto⁶.

Forme tradizionali di PPP sono quelle in cui il partner privato può essere remunerato direttamente dagli utenti finali, laddove si tratti di opere (c.d. "opere calde") che hanno una intrinseca capacità di generare reddito, ad esempio nel caso delle strade a pedaggio (concessioni), ma anche centri sportivi e cimiteri; forme più innovative sono quelle invece nelle quali il privato è pagato direttamente dall'autorità pubblica tramite pagamenti regolari durante l'arco di vita del progetto che dipendono dal raggiungimento di determinati risultati: si tratta dei progetti che di per sé non sono suscettibili di produrre ritorni diretti, nemmeno parziali (sono le c.d. "opere fredde", ad esempio il rifacimento di una tombinatura stradale, della pian-

⁴ La normativa francese definisce specificatamente le diverse forme di PPP in diversi testi: i "contratti di partenariato" sono ad esempio definiti nella *Ordonnance n. 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* così come modificata dalla legge n. 2008-735 del 28 luglio 2008; le concessioni sono definite all'art. 3 della legge n. 2001-1168 dell'11 dicembre 2001; definizioni del BEA (*bail emphytéotique administratif*) sono contenute nel Codice rurale (art. L. 451-1), nel Codice generale delle collettività territoriali (art. L. 1311-2) e nel Codice della sanità pubblica (art. L. 6148-2); infine l'*autorisation d'occupation temporaire du domaine public* (AOT) è definita agli articoli L. 2122-6 e L. 2122-9 del *Code de la propriété des personnes publiques*. Tutti i testi richiamati sono reperibili sul sito: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁵ In Italia una definizione giuridica di "partenariato pubblico-privato" è stata introdotta con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, ovvero con il Terzo correttivo del Codice dei contratti.

⁶ Questa è sostanzialmente la definizione adottata dal Parlamento europeo nella Risoluzione sui partenariati pubblico-privati del 26 ottobre 2006 ("I PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto"). V. Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 2006/2043 (INI), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006IP0462:IT:HTML>.

tumazione di un viale, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante, ad es. scuole, carceri, ospedali). In questo modo, il privato è incentivato ad ottemperare agli impegni presi nei termini stabiliti dall'accordo, poiché se non vengono rispettati determinati standard di qualità o scadenze temporali, le somme pagate al privato subiscono delle detrazioni. Il pubblico cerca di trarre vantaggio dall'*expertise* del settore privato e di raggiungere il miglior rapporto costi-benefici.

La definizione – come si vedrà più avanti (v. § 3) – si ricava per così dire per induzione dai modelli operativi esistenti.

2. Il sostegno dei Governi alla diffusione di forme di partenariato pubblico-privato

Nel Regno Unito, l'inizio del PPP risale ai primi anni Novanta quando il Governo inglese intraprese una serie di iniziative volte a promuovere il settore privato coinvolgendolo nell'adempimento di funzioni pubbliche. Tali iniziative derivavano non solo dalla necessità del pubblico di aumentare le fonti di finanziamento, ma anche dalla convinzione che il coinvolgimento del settore privato avrebbe permesso di realizzare progetti di pubblica utilità in modo più veloce ed efficace ed avrebbe garantito una maggiore competenza tecnica nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture⁷. È nel 1992, con il Governo conservatore di John Major, che venne lanciata la politica della *Private Finance Initiative* (PFI) allo scopo di promuovere il coinvolgimento privato nell'erogazione di servizi pubblici e nella creazione di infrastrutture⁸. Tuttavia tale iniziativa ebbe inizialmente un impatto limitato e furono dunque necessarie ulteriori misure volte a promuoverne la realizzazione. Nel 1993 venne creato il *Private Finance Panel* (PFP), una commissione che aveva lo scopo di incoraggiare la partecipazione sia del settore pubblico che di quello privato alla PFI, identificare gli ambiti in cui il settore privato potesse essere coinvolto e individuare eventuali ostacoli alla realizzazione di

⁷ Per una approfondita ricognizione sulla storia e lo sviluppo della PFI nel Regno Unito fino al 2001, si rimanda a F. CASSELLA, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, 4, 1801 ss.

⁸ Il programma governativo, annunciato nel 1992 dal Cancelliere dello Scacchiere Norman Lamont, che venne poi descritto in una pubblicazione del Ministero del Tesoro dal titolo *The Private Finance Initiative – Breaking New Ground* (1993), prevedeva l'elaborazione di nuove forme di approvvigionamento pubblico che coinvolgessero il finanziamento privato in progetti a lungo termine per la realizzazione di opere e la prestazione di servizi di pubblica utilità.

progetti PFI e possibili soluzioni. Nel 1995, il Governo decise di rilanciare nuovamente la PFI annunciando una lista di progetti prioritari, mentre il *Financial Secretary* pubblicò un manuale con alcune linee guida elaborate sulla base dei progetti già iniziati. Nel 1996 venne creato inoltre il *Public Private Partnership Programme*, c.d. “4ps”, che consisteva in una organizzazione sponsorizzata dalla *Local Government Association* e volta ad assistere e guidare le autorità locali nella realizzazione di progetti PFI⁹.

È interessante osservare che tale politica di promozione della PFI non è stata interrotta con il cambio di Governo. Tutt'altro. Essa ha avuto uno sviluppo significativo e crescente soprattutto a partire dal 1997 con il Governo laburista di Blair. Come? Innanzitutto con la creazione, su iniziativa del Governo, della *PFI Taskforce* che ha avuto lo scopo di offrire supporto alla Pubblica Amministrazione nella realizzazione di progetti PFI (anche ad esempio tramite la realizzazione di manuali e linee guida e l'organizzazione di progetti di *training*, corsi di formazione ecc.), nonché il compito di seguire un certo numero di progetti pilota. Nel luglio del 1999 la *PFI Taskforce* pubblicò una serie di linee guida per la standardizzazione dei contratti PFI al fine di ridurre i tempi di stipula dei contratti. Queste linee guida furono poi sottoposte a successive modifiche fino all'ultima versione, la *Standardisation of PFI contracts*¹⁰ del 2007. Il consolidamento del modello ha fatto sì che tale *Taskforce*, dapprima organizzazione non permanente di consulenza del Governo, si sia nel tempo rafforzata e trasformata in organo permanente – la *Partnerships United Kingdom* – essa stessa divenuta nel 2001 società mista pubblico-privata, cui fanno riferimento altre strutture che operano per conto del Ministero del Tesoro. All'interno di *Partnerships UK* è stata poi istituita, nel 2006, una nuova *Operational Task Force* (OFT) che opera per conto del Ministero del Tesoro e, oltre a gestire uno “sportello” per la consulenza e il supporto dei progetti PFI, si occupa del *transfer* di competenze (tramite l'organizzazione di *workshops*, corsi di aggiornamento, conferenze e programmi di *training* rivolti a tutti i settori interessati) nonché della compilazione di guide e manuali¹¹. Alla OFT appartiene un'ulteriore *Task Force*, la *Treasury's Refinancing Task-*

⁹ Oggi “4ps” è stata sostituita da *Local Partnerships*, una *joint venture* tra *Partnerships UK* e la *Local Government Association* che mira ad aiutare le autorità pubbliche locali a migliorare le proprie competenze in materia di approvvigionamento, management, negoziazione ecc. Si veda il sito ufficiale: <http://www.localpartnerships.org.uk>.

¹⁰ HM TREASURY, *Standardisation of PFI Contracts, Version 4*, 2007, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf.

¹¹ Si vedano le informazioni contenute sul sito del Ministero del Tesoro: http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_operational_taskforce.htm.

force, che ha lo scopo di offrire supporto per quanto riguarda le modalità di rifinanziamento dei progetti PFI operativi. Nel 2007, è stato istituito anche il *Major Projects Review Group* (MPGR), ovvero una commissione presieduta dal Ministero del Tesoro e composta da esperti appartenenti a tutti i dipartimenti che ha lo scopo di esaminare i progetti più vasti e complessi soprattutto con riguardo alla fattibilità e alla utilità economica. Per quanto riguarda la realizzazione di progetti PFI a livello locale, è stato attivato, dal 1997, il *Project Review Group* (PRG). Tale organo è presieduto dal Ministero del Tesoro e ha il compito di approvare o respingere i progetti PFI a livello locale sulla base di un esame rigoroso delle loro caratteristiche¹².

Il successo del modello non ha bisogno di commento solo che si consideri che nel Regno Unito ci sono oggi oltre 600¹³ progetti PFI (considerando solo quelli che coinvolgono le autorità centrali), per un volume di investimento totale che si attesta intorno ai 58 miliardi di sterline¹⁴.

Di recente tuttavia, a partire dal 2005/2006, il Governo inglese ha iniziato a promuovere anche tutta una serie di iniziative volte ad elaborare nuove forme di partenariato pubblico-privato da affiancare alla PFI¹⁵, la quale in molti casi sembra non essere più idonea a soddisfare le esigenze sempre più complesse del settore pubblico¹⁶. Lo scopo è quello di individuare le forme di partenariato che, a seconda dei casi specifici, possano rivelarsi più efficaci o economicamente vantaggiose sia delle forme di approvvigionamento tradizionali sia dei vari modelli PFI a tutt'oggi attuati (su cui *infra*, § 3.1)¹⁷. Nel documento *PFI: Strengthening Long-Term Part-*

¹² HM TREASURY, *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 2008, 42. Il testo è disponibile sul sito: http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/C/bud08_procurement_533.pdf. D'ora in avanti si farà riferimento a questo documento solo con l'indicazione *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*.

¹³ Ivi, 6. La lista aggiornata dei progetti PFI firmati al febbraio 2010 comprende in tutto 668 progetti (non sono inclusi nella lista i progetti cui partecipano le autorità locali ma solo quelli in cui sono coinvolte le autorità centrali, ad es. il *Department* della salute, il Ministero della Difesa oppure il Governo scozzese, gallese ecc.). La lista è disponibile sul sito: http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_pfi_stats.htm. Si ricorda tuttavia che non tutti i progetti sono operativi.

¹⁴ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 42.

¹⁵ Ivi, *passim*.

¹⁶ Si vedano i risultati dello studio *Building Flexibility: New Delivery Models for Public Infrastructure Projects* condotto da Deloitte nel 2006 (disponibile sul sito: http://www.deloitte.com/assets/DcomUnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/UK_GPS_Building_flexibility.pdf).

¹⁷ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 16.

*nerships*¹⁸ del Ministero del Tesoro (2006) sono stati discussi modelli alternativi di partenariato pubblico-privato, inclusi i NHS *Local Improvement Finance Trusts* (LIFT) e il progetto BSF, *Building Schools for the Future*, e si è evidenziata la necessità di elaborare nuovi approcci, come le *partnerships* strategiche e lo *integrator approach* (v. *infra*, § 3.1), che possano essere sfruttati laddove la PFI risulti inadeguata. Parallelamente, anche i singoli dipartimenti hanno iniziato a studiare modelli alternativi, come si rileva ad esempio nella *Defence Industrial Strategy*¹⁹ del Ministro della Difesa. Lo stesso vale per il settore dei trasporti²⁰. Se il successo della PFI sembra dunque indiscusso, si evidenzia allo stesso tempo la necessità di sviluppare nuove forme di partenariato che possano adattarsi ai cambiamenti della società e delle sue esigenze: si parla letteralmente di una “nuova generazione di modelli di partenariato”²¹.

In Germania, lo sviluppo del partenariato pubblico-privato (in tedesco *Öffentlich-Private Partnerschaft*, abbr. ÖPP) è stato piuttosto tardivo, rispetto a quello verificatosi in Gran Bretagna. È solo dal 2004 che questo settore ha conosciuto un impulso notevole e crescente²²; tuttavia si tratta di un processo che è ancora agli inizi, se si pensa che la percentuale dei pubblici investimenti in progetti di PPP in Germania è molto bassa (circa 2-4%), mentre nel Regno Unito arriva al 15%²³. Il grande interesse per il PPP deriva soprattutto dalla necessità di ridurre la spesa pubblica e rimediare quindi al problema del deficit che sta ormai diventando estremamente pressante in Germania, sia a livello federale che regionale e comu-

¹⁸ HM TREASURY, *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/pfi_strengthening_long-term_partnerships.htm.

¹⁹ MOD, *Defence Industrial Strategy*, 2005, http://www.mod.uk/nr/rdonlyres/f530ed6c-f80c-4f24-8438-0b587cc4bf4d/0/def_industrial_strategy_wp_cm6697.pdf.

²⁰ Cfr. R. EDDINGTON, *Eddington Transport Study*, 2006, <http://www.dft.gov.uk/162259/187604/206711/executivesummary.pdf>.

²¹ CBI, *Building on Success: the Way forward for PFI*, 2007, <http://www.cbi.org.uk/pdf/healthreport0607.pdf>.

²² Cfr. DEUTSCHES INSTITUT FÜR URBANISTIK, *Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen (September 2005)*, Berlin, 2005, 8. Secondo questo studio il numero di PPP nel 2004/ 2005 risulta raddoppiato rispetto a quello degli anni precedenti. D’ora in avanti si farà riferimento a questo testo con l’indicazione *Difu-Studie 2005*.

²³ Cfr. i dati riportati nel rapporto ufficiale sul PPP pubblicato dal Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l’edilizia nel 2007: BMVBW, *Erfahrungsbericht zu Öffentlich-Privaten-Partnerschaften*, 2007, <http://www.bmvbs.de/cae/servlet/contentblob/32132/publicationFile/4190/erfahrungsbericht-zu-oeffentlich-private-partnerschaften-04-april-2007.pdf>, 8. D’ora in avanti si farà riferimento a questo rapporto solo con l’indicazione *Erfahrungsbericht 2007*.

nale. Esso risulta dunque particolarmente rilevante per l'ambito della *Daseinsvorsorge* – ovvero dei “servizi pubblici”²⁴ – che in genere non comporta entrate in grado di coprire i costi e quindi con scarso margine di redditività. Il successo della strategia inglese ha portato il Governo tedesco a ripercorrerne i passi, almeno in parte: così nel 2002 è stato istituito un centro di competenza PPP a livello federale con lo scopo di promuovere lo sviluppo dei progetti di partenariato pubblico-privato. Si tratta della Commissione “PPP nella pubblica edilizia” (*Ausschuss “PPP im öffentlichen Hochbau”*), afferente al Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica. Essa comprende, oltre a rappresentanti dello stesso Ministero, anche rappresentanti del Ministero federale per le finanze, l'economia e la tecnologia, delle conferenze dei ministri dei *Länder* (ministri degli interni, delle finanze e dell'edilizia), nonché soggetti privati (ad es. l'Associazione Federale delle banche, la Camera federale degli architetti tedeschi ecc.). Questa Commissione rappresenta una piattaforma di dialogo e collaborazione tra la Pubblica Amministrazione e il settore dell'economia privata ed ha lo scopo di migliorare le condizioni di realizzazione dei progetti PPP e stimolarne la diffusione. Accanto a questa, nel 2004, il Governo federale ha deciso di dare ulteriore impulso ai progetti di partenariato tramite la creazione della *PPP Task Force*, sempre appartenente al Ministero per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica, con il compito di definire strategie, standardizzare i modelli, guidare progetti pilota, fissare parametri unitari per il confronto tra PPP e metodi convenzionali di approvvigionamento sotto il profilo dell'utilità economica e provvedere al *transfer* di competenze e *know how* coinvolgendo tutti i settori interessati nonché i centri di competenza dei singoli *Länder*. Il lavoro di questi organismi ha condotto alla approvazione della “Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro normativo relativo al partenariato pubblico-privato” (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Privaten Partnerschaften*, detta anche *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) entrata in vigore l'8 settembre 2005 (v. *infra*, § 4.2).

Il circolo virtuoso ha fatto sì che analoghi provvedimenti siano stati presi in molti *Länder*, dove sono stati creati centri di competenza, gruppi di

²⁴ Sul significato del termine tedesco e le sue possibili traduzioni si veda C. FUSARO, *I servizi locali in Germania: ovvero le attività economiche comunali a garanzia della Daseinsvorsorge in bilico fra fine pubblicistico e mercato*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, 2, 837 ss.

lavoro, *task forces* volti a supportare la realizzazione e la diffusione di progetti di partenariato pubblico-privato locale²⁵. Particolarmente attiva è ad esempio la *PPP Task Force* del *Land* Nordrhein-Westfalen che è anche il *Land* con il maggior numero di progetti di partenariato in fase di realizzazione. Peraltro tale *Task Force* ha pubblicato le “Linee guida per l’analisi e il confronto dell’economicità dei progetti”²⁶ in cui si indicano i parametri e i metodi in base ai quali stabilire se un progetto PPP possa essere effettivamente più vantaggioso di un metodo di approvvigionamento tradizionale: il che rappresenta il primo presupposto perché si possa ricorrere al PPP. Queste linee guida hanno costituito la base per il documento federale del 2006 denominato appunto “Linee guida per lo svolgimento dell’analisi dell’economicità dei progetti di PPP”²⁷.

L’ultima iniziativa presa dal governo federale consiste nella creazione, nel dicembre 2007, di un’impresa di consulenza (di proprietà mista, pubblica e privata²⁸) chiamata *Partnerschaften Deutschland*²⁹ e volta a offrire supporto e *know how* alle amministrazioni pubbliche in materia di PPP e a elaborare, sulla base dei progetti di PPP realizzati, standard unitari per la partecipazione dei privati a progetti di creazione e gestione di infrastrutture pubbliche. La mancanza di standard unitari chiari e precisi rappresenta infatti, secondo le fonti ufficiali, una delle cause principali degli alti costi di transazione nei progetti PPP e deve quindi essere attenuata, senza compromettere tuttavia la flessibilità necessaria per la realizzazione di PPP³⁰.

²⁵ Un prospetto dei diversi centri di competenza si trova nel Rapporto del 2007: *Erfahrungsbericht 2007*, 38.

²⁶ A queste linee guida si sono aggiunte nel 2007 le Linee guida sulle procedure di aggiudicazione per i progetti PPP, sempre redatte dalla *Task Force NRW* e disponibili sul sito http://www.ppp.nrw.de/leitfaeden/06_wirtschaftlichkeitsvergleich.pdf.

²⁷ Le linee guida sono disponibili sul sito del Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l’edilizia alla seguente pagina web: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/UI/bundeseinheitlicher-leitfaden-bei-ppp-projekten-wirtschaftlichkeitsuntersuchungen.html>.

²⁸ Azionista maggioritario è la pubblica autorità (50,1% delle azioni), mentre il 49,9 % delle azioni appartiene ad investitori privati, o meglio ad una società di proprietà degli investitori privati che ha solo funzioni amministrative. Gli investitori privati sono suddivisi in 4 categorie, una per ogni branca dell’economia (finanza, costruzioni, infrastruttura tecnica e IT, *facility management*; a queste si aggiunge una categoria in cui confluiscono altri privati attivi sul mercato e che non rientrano nelle suddette categorie, ad esempio imprese di consulenza).

²⁹ Si veda il sito ufficiale: www.partnerschaftendeutschland.de.

³⁰ BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN (BMF), *Rückwind für Öffentlich-Private Part-*

3. Modelli di partenariato pubblico-privato e ambiti di diffusione

3.1. Nel Regno Unito

Nel Regno Unito, il capitale pubblico investito in progetti di partenariato pubblico-privato rappresenta circa il 15% degli investimenti pubblici³¹. Al dicembre 2010 il *database* di *Partnerships UK* include in tutto 920 progetti di PPP (che hanno già raggiunto la chiusura finanziaria)³², per un totale complessivo di circa 64 miliardi di sterline³³. Il partenariato pubblico-privato ha trovato diffusione, nelle sue diverse forme, soprattutto nell'ambito dell'istruzione (scuole e università) e in quello della sanità (ospedali), ma anche in altri settori quali ad esempio: trasporti, difesa, raccolta e smaltimento dei rifiuti, giustizia (tribunali e carceri), servizi di emergenza, uffici e altri edifici pubblici (biblioteche, impianti sportivi ecc.)³⁴. Le due aree geografiche che presentano il maggior numero di PPP e anche i valori più alti di capitale investito sono Londra e la Scozia; le zone in cui invece il PPP stenta a svilupparsi sono soprattutto il Nord-Est, il Galles e l'Irlanda del Nord³⁵. La maggior parte dei progetti rientra nel modello della *Private Finance Initiative* o PFI (v. *infra*). Ad oggi, secondo quanto riportato dal Ministero del Tesoro, risultano firmati dalle autorità centrali (comprese quelle scozzesi, gallesi e dell'Irlanda del Nord) oltre 600 progetti PFI per un

nenschaften – Das Projekt “Partnerschaften Deutschland”, 2008, http://www.bundesfinanzministerium.de/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Monatsbericht_des_BMF/2008/01/002_a__mb__januar,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

³¹ PARTNERSHIPS UK, *PFI – The State of the Market*, 2007, <http://www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/State%20of%20the%20Market%202007.pdf>.

³² Il database di *Partnerships UK* è disponibile sul sito <http://www.partnershipsuk.org.uk/PUK-Projects-Database.aspx>. Esso comprende tutti i progetti di PPP, sia quelli cui partecipano le autorità locali che quelli del Governo centrale (compresi il governo scozzese, quello del Galles e quello dell'Irlanda del Nord). Le cifre riportate in altri siti e documenti ufficiali variano tuttavia da 600 a oltre 900; la variabilità dei dati dipende dai progetti di PPP di volta in volta considerati (se ad esempio si considerano solo i progetti PFI ma non le altre forme di PPP, o se vengono conteggiati solo i PPP in cui sono coinvolte le autorità locali escludendo i progetti del Governo centrale o viceversa ecc.).

³³ HOUSE OF LORDS – SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 2010, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeconaf/63/63i.pdf>. D'ora in avanti questo documento verrà indicato come *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*.

³⁴ S. ARROWSMITH, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 709 ss. Si veda anche G.L. CLARK-A. ROOT, *Infrastructure Shortfall in the United Kingdom: the Private Finance Initiative and Government Policy*, in *Political Geography*, 1999, 18, 341 ss.

³⁵ PARTNERSHIPS UK, *PFI – The State of the Market*, cit., 10.

capitale totale di circa £ 58 miliardi³⁶. In particolare, 510 progetti PFI hanno completato la costruzione e sono operativi: 70 ospedali, 94 programmi di istruzione che coprono in tutto 800 scuole, 43 nuovi progetti di trasporto, più di 300 progetti operativi nei settori difesa, intrattenimento, edilizia, cultura, gestione dei rifiuti. Anche se le principali forme di approvvigionamento di opere e servizi pubblici sono ancora quelle convenzionali e la PFI ha un peso ridotto nei piani di investimento governativi, la sua rilevanza sta comunque crescendo: nel 2007 gli investimenti pubblici in progetti PFI sono arrivati a £ 5,3 miliardi e per i prossimi cinque anni si prevede un flusso di investimenti pubblici pari a circa £ 23 miliardi. Le forme di PPP attualmente presenti nel Regno Unito sono molto eterogenee. La maggior parte di esse rientra nel modello della finanza di progetto ma accanto a tale forma si stanno affermando anche nuovi modelli di partenariato. È inoltre opportuno considerare che molto spesso i diversi modelli vengono utilizzati congiuntamente per la realizzazione di uno stesso progetto (soprattutto ad es. la *joint venture* e la PFI, v. *infra*).

Le principali forme di partenariato pubblico-privato utilizzate nel Regno Unito sono:

a) la *Private Finance Initiative* (PFI)

Con l'espressione *Private Finance Initiative* (PFI) si indicano in genere tutte quelle forme di PPP in cui il capitale e altri costi iniziali vengono coperti dal finanziamento privato, mentre il partner pubblico "paga" il servizio prestato dal partner privato per tutto l'arco di vita del progetto (di solito con pagamenti regolari che dipendono dal raggiungimento di determinati obiettivi e dal soddisfacimento di standard stabiliti contrattualmente). La struttura della PFI può assumere diverse forme secondo le caratteristiche del progetto e dei fini perseguiti. La flessibilità e la complessità di tale strumento rendono difficile l'elaborazione di una definizione precisa. Tra gli aspetti che accomunano le diverse forme di PFI, lo *HM Treasury* riporta i seguenti: il privato (solitamente una società appositamente creata e denominata *Special Purpose Vehicle* o società-veicolo) è impegnato in genere nella costruzione e nella manutenzione di una struttura e/o nella gestione di un servizio a lungo termine (in genere per 25-30 anni); il progetto comprende una fase di progettazione e costruzione seguita da una fase operativa; lo SPV usa il finanziamento privato per finanziare anticipatamente i lavori di costruzione; il rischio che si verifichino costi di realizzazione superiori a quelli previsti è affidato allo SPV e in genere ripartito anche tra le

³⁶ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 6. Cfr. nota 13.

imprese di subappalto; allo SPV viene pagato un compenso per i servizi prestati. Il pagamento si riduce se la performance dello SVP scende al di sotto dello standard richiesto. Le detrazioni interessano molto spesso il periodo iniziale di realizzazione, ovvero quello che in genere presenta maggiori problemi e difficoltà per il raggiungimento degli standard di performance stabiliti contrattualmente. Il progetto PFI *HMP-Altcourse* ad esempio, che è il primo progetto inglese per la realizzazione e la gestione di un carcere tramite PFI, ha subito nel primo anno di attuazione detrazioni pari a £ 195,000. La cifra è scesa a £ 108,000 e £ 34,000 rispettivamente nel secondo e terzo anno per poi diventare nulla a partire dal quarto anno³⁷.

Nella PFI confluiscono tutta una serie di strutture contrattuali sviluppatesi a partire dagli anni Novanta. I modelli principali sono il DBFO (*Design Build Finance Operate*), BOO (*Build Own Operate*), il BOOT (*Build Own Operate Transfer*) e il DBFM (*Design Build Finance Maintain*)³⁸. Tra le forme più comuni di PFI si trova il DBFO in cui l'operatore privato progetta, costruisce, finanzia e gestisce un'infrastruttura secondo gli obiettivi prefissati dalla pubblica autorità. Il rischio viene trasferito al partner privato che riceve dal partner pubblico un flusso di pagamenti quale corrispettivo dell'uso delle infrastrutture su un periodo contrattuale. Allo scadere del contratto, la proprietà del bene può o rimanere al partner privato oppure essere trasferita al partner pubblico secondo le specifiche disposizioni contrattuali. Il BOO (*Build Own Operate*) è una variante semplificata del DBFO in cui il partner privato finanzia, costruisce e gestisce una struttura per un determinato periodo di tempo e, allo scadere del contratto, la struttura rimane di proprietà privata senza essere trasferita al partner pubblico. Il modello BOOT (*Build Own Operate Transfer*) è analogo al BOO ma implica, alla scadenza del contratto, il trasferimento del bene costruito al partner pubblico. Infine nel DBFM (*Design Build Finance Maintain*) il partner privato non solo si impegna a progettare, costruire e finanziare il bene in questione, ma si fa carico anche dei lavori di manutenzione.

Secondo quanto precisato dallo *HM Treasury*, il ricorso alla PFI è consi-

³⁷ Cfr. T.M. NISAR, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, in *Public Organization Review*, 2007, 1 ss. Situazioni analoghe si riscontrano in vari altri progetti PFI.

³⁸ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 15 ss. Vi sono comunque anche altre varianti come ad esempio il BRT o BLT (*Build, Rent/Lease and Transfer*) o il semplice BT (*Build and Transfer*), in cui l'opera è trasferita subito ma possibilmente a condizione del pagamento a rate del prezzo di acquisto.

gliabile se c'è bisogno di un considerevole carico di investimento³⁹ e di un efficace *management* dei rischi associati alla realizzazione e alla gestione dell'opera. Inoltre, è necessario che l'allocazione dei rischi tra partner pubblico e partner privato possa essere tracciata in modo chiaro e che la natura del servizio permetta al partner pubblico di definire le proprie esigenze come obiettivi ben precisi che possano essere fatti oggetto di accordi contrattuali. Altro presupposto fondamentale perché il ricorso alla PFI possa essere effettivamente proficuo è che la natura dei beni e dei servizi identificati come parte del progetto, così come quella dei rischi ad essi associati, permettano di calcolare in modo certo i costi a lungo termine e per l'intero ciclo di vita; il che presuppone ad esempio che non si prevedano rilevanti cambiamenti con riguardo alle tecnologie da utilizzare. Infine, perché effettivamente i progetti PFI possano essere vantaggiosi dal punto di vista economico, è opportuno che gli orizzonti di pianificazione siano a lungo termine e i beni (o i servizi) forniti siano usati per un lungo periodo di tempo⁴⁰.

Quanto alle prospettive future della PFI, il Governo britannico, a partire dal 2003⁴¹, ha iniziato a promuovere lo studio e l'elaborazione di nuovi modelli PFI che permettano di ridurre i costi connessi al finanziamento privato senza compromettere i principi del miglior rapporto costi-benefici e del trasferimento dei rischi ai partner privati. Gli interessi imposti dai finanziatori sono infatti molto maggiori nel caso in cui i debiti vengano contratti dalle società veicolo create per la realizzazione di un progetto PPP rispetto al caso in cui i debiti vengano contratti dalla Pubblica Amministrazione per la realizzazione di un progetto con metodi convenzionali – ciò a causa dei maggiori rischi connessi con il finanziamento. Attualmente si stanno considerando quindi metodi alternativi di finanziamento che non mutino sostanzialmente il trasferimento dei rischi al settore privato. In discussione sono in particolare strutture quali lo *underpinned debt* o la *de-risked PFI*: si tratta di strutture di finanziamento basate sull'idea che il rischio sia maggiore nelle fasi di costruzione ma diminuisca progressivamente nelle fasi successive e che quindi l'autorità pubblica possa pagare premi di rischio inferiori durante la fase operativa del progetto, se è in grado di garantire parte del debito o assicurare ai finanziatori un certo livello di com-

³⁹ Lo *HM Treasury* fa riferimento ad un *capital value* di almeno 20 milioni di sterline. Cfr. *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 19.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cfr. HM TREASURY, *PFI: meeting the investment challenge*, 2003, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI_604a.pdf.

pensazione nel caso di interruzione del progetto per fallimento del partner privato;

b) le concessioni

Nella concessione la Pubblica Amministrazione concede al privato diritti esclusivi di costruire, gestire e mantenere un determinato bene per un lungo periodo di tempo e di recuperare il capitale investito esigendo un pagamento direttamente dagli utenti. I progetti di concessione sono in genere (ma non sempre) *free-standing*, ovvero i costi sostenuti dal privato verranno rifinanziati interamente tramite tariffe imposte agli utenti finali. Il partner pubblico si limita normalmente a rendere possibile il progetto – ad esempio facendo una pianificazione iniziale, affidando la concessione, prendendo provvedimenti amministrativi *ad hoc* – e a stabilire una serie di requisiti di performance che il partner privato è tenuto a soddisfare. I rischi sono in genere (ma non sempre) totalmente trasferiti al partner privato. Secondo quanto riportato dallo *HM Treasury*⁴², la concessione può essere utile per progetti che hanno un ambito ben definito e circoscritto nonché un certo margine di certezza circa le esigenze da soddisfare per tutto il ciclo di vita del progetto e possono essere strutturati in modo tale da essere economicamente indipendenti, pur integrandosi in modo semplice e efficace nella rete infrastrutturale in cui si inseriscono. Il ricorso alle concessioni presuppone inoltre che sussista effettivamente un mercato per il servizio in questione (ovvero che i consumatori siano disposti a pagare per tale servizio), e che il privato concessionario sia in grado di influire in qualche modo sulla domanda degli utenti;

c) la *Strategic Infrastructure Partnership* (SIP)

Il “partenariato strategico per le infrastrutture” (SIP) consiste in un accordo tra un partner privato e l’autorità aggiudicatrice volto ad affrontare non un solo progetto ma tutta una serie di problematiche o progetti connessi a determinate infrastrutture per un dato periodo di tempo. Si tratta cioè della realizzazione di un “programma” che comprende diversi progetti affini o collegati. La SIP può prendere la forma di una *joint venture* ma può anche avere forma contrattuale. In genere, il partner privato fornisce direttamente, senza ricorrere al subappalto, una quantità significativa dei lavori e dei servizi richiesti dall’autorità pubblica. Le SIP possono essere istituite su base competitiva, se diversi partner strategici vengono selezionati per soddisfare le esigenze di un programma di vasta scala costituito da vari progetti. In tal caso, dopo un certo periodo di tempo, il partner pub-

⁴² *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 20.

blico valuta e paragona le performance dei privati e poi, sulla base di questa valutazione, può ridistribuire i progetti tra i partner e affidare più lavori ai partner che hanno mostrato la performance migliore. Questo modello viene detto anche *competitive partnership* (partenariato competitivo). Secondo le valutazioni del Ministero del Tesoro⁴³, una SIP può essere utile se: devono essere realizzati numerosi lavori simili tra loro; ci sono più aggiudicatori pubblici locali per progetti simili; c'è certezza riguardo al tipo di infrastruttura ma è incerta la tempistica, così come sono incerte le esatte fasi di lavoro; se, nell'arco di vita del partenariato, il partner privato ha la possibilità di migliorare l'efficienza tramite continui progressi e innovazioni; se ci sono tempi e costi di approvvigionamento che risulterebbero eccessivi nel caso in cui ogni elemento del programma fosse appaltato separatamente.

Un esempio di SIP è rappresentato dal programma *Building Schools for the Future* (BSF). Si tratta di un programma di investimento di più di 9 miliardi di sterline stanziato per il periodo 2008-11. Il suo scopo è quello di fornire sostegno al programma di riforma dell'istruzione pianificato dal Governo, realizzando strutture più consone al raggiungimento degli obiettivi formativi degli istituti scolastici. Secondo la pianificazione attuale il programma prevede il rinnovamento o la completa ricostruzione di quasi ogni scuola secondaria pubblica inglese. La realizzazione del programma è affidata a *Partnerships for Schools* (PfS), una *joint venture* tra il Dipartimento per i bambini, le scuole e le famiglie (DCSF) e *Partnerships UK* (PUK). PfS offre supporto ai progetti locali e assicura che l'investimento nelle scuole secondarie sia basato su solide strategie educative. PfS lavora con le parti interessate a livello locale per assicurare che le scuole e le accademie BSF siano progettate in modo ottimale, costruite nel rispetto dei tempi prestabiliti e con costi ragionevoli per i contribuenti. A livello locale, l'iniziativa prevede l'istituzione di *Local Education Partnerships* (LEPs) che consistono in partenariati tra un partner privato, l'autorità locale e *Building Schools for the Future Investments* (BSFI), che è a sua volta un mezzo di investimento *joint venture* tra il DCSF e PUK. Sono i LEPs a dare poi in appalto i progetti approvati o tramite PFI (ca. 50%) o tramite modelli tradizionali (es. *Design and build*). In genere il 50% dei progetti è realizzato tramite PFI, soprattutto i progetti che implicano la costruzione di nuove scuole, mentre il 50% è costituito dal tradizionale *Design and build*, in particolare quelli che comprendono solo il rinnovamento e il restauro di edifici già esistenti.

⁴³ Ivi, 22.

Altro esempio di SIP è costituito dal programma NHS *Local Improvement Finance Trusts* (NHS LIFT), volto a migliorare e sviluppare strutture di assistenza primaria. Si tratta di una iniziativa su scala nazionale promossa da *Community Health Partnerships*, una società indipendente di proprietà del Dipartimento per la Salute, che a sua volta ha istituito *joint ventures* con gli enti locali del Servizio Sanitario Nazionale (NHS) e con il settore privato. Queste *joint ventures*, dette LIFTCos, hanno firmato 20 accordi per costruire e gestire istituti di assistenza primaria che poi affittano a *Primary Care Trusts*, *General practitioners* (GPs), dentisti o altri operatori del Servizio Sanitario Nazionale. I LIFTCos organizzano la loro catena di fornitura in una varietà di forme: alcune operano come organizzazioni aggiudicatrici, appaltando pacchi di lavoro ad un pool di fornitori su base competitiva. Altri operano con catene di fornitura fisse e garantiscono il principio della utilità economica tramite sistemi di *benchmarking e market testing*⁴⁴;

d) *l'integrator approach*

Con *l'integrator approach* il partner pubblico incarica una organizzazione o una società (detta *integrator*) di gestire l'intera realizzazione di un progetto, a partire dalla fase precedente al processo di aggiudicazione, fino all'aggiudicazione dell'appalto, alla costruzione e all'entrata in attività. L'autorità pubblica definisce la politica generale e gli obiettivi dell'appalto e poi lavora con il partner privato per definire i requisiti e la strategia di aggiudicazione. Il partner privato gestisce l'approvvigionamento di tutti i beni e i servizi connessi al progetto da realizzare in oggetto e poi li integra in un unico "pacchetto" offerto al partner pubblico. In genere tali beni e servizi costituiscono "sub-progetti" separati che possono essere realizzati sia tramite PFI che con modelli convenzionali. Il partner privato subappalta i singoli "sub-progetti" e svolge la funzione di coordinatore e appunto "integratore": esso è responsabile di fronte al partner pubblico per l'intero progetto. Una differenza chiave tra la SIP e l'approccio dell'*integrator* è che di norma il soggetto che funge da *integrator* non realizza le infrastrutture né presta direttamente i servizi ad esse associati, ma svolge solo funzioni di coordinamento dei singoli progetti. In genere si ricorre a questo modello se ci sono alti rischi connessi alle nuove tecnologie, se è probabile che la domanda degli utenti finali cambi o se mutamenti politici possono influenzare la prestazione dei servizi in oggetto. Inoltre, *l'integrator approach* risulta preferibile, rispetto ad altri modelli di PPP, se sussiste incertezza riguar-

⁴⁴ *Ibidem.*

do alla tempistica ed alle diverse fasi di lavoro, se è prevista una lunga fase di costruzione/realizzazione e se c'è poca concorrenza tra le imprese per realizzare l'intero progetto ed è quindi necessario suddividere il progetto in parti separate (in modo tale da produrre concorrenza all'interno della filiera stessa)⁴⁵;

e) l'*alliancing*

Il modello *alliancing* o “dell'alleanza” coinvolge due o più parti, sia del settore pubblico che di quello privato, che condividono rischi e profitti al fine di raggiungere obiettivi comuni. Gli incentivi e gli interessi dei partner devono essere fortemente allineati e l'autorità deve essere pronta a investire le proprie capacità perché il partenariato sia efficace. Le principali caratteristiche dell'*alliancing* sono: un forte accento sugli obiettivi da raggiungere; un solido rapporto di fiducia tra i partner pubblici e quelli privati; la presenza, in genere, di un team di progetto in cui confluisca l'*expertise* del settore pubblico e di quello privato; rigide procedure di *management* del rischio; i costi e i profitti vengono condivisi da tutti i partner (ma in gran parte dalla Pubblica Amministrazione). Il modello *alliancing* può essere utile quando c'è un alto grado di incertezza circa l'infrastruttura di cui c'è bisogno per raggiungere gli obiettivi di *policy*, quando ci sono alti rischi tecnologici, se manca un mercato competitivo di privati interessati alla realizzazione e, infine, se si ha un progetto di vaste dimensioni ma non facilmente suddivisibile in sotto-progetti. A differenza di quanto avviene in molte altre forme di PPP, il valore dei finanziamenti privati è estremamente limitato: l'*alliancing* consiste praticamente nell'unione tra l'approvvigionamento convenzionale e una nuova modalità avanzata di ripartizione e gestione del rischio tra tutti i livelli della catena di fornitura⁴⁶;

f) le *joint ventures*

Come emerge dai singoli modelli sopra analizzati, molte forme di PPP implicano la formazione di *joint ventures*, ovvero di “imprese miste” cui partecipano sia il settore pubblico che quello privato condividendo parte dei rischi e dei profitti sulla base di specifici accordi. La *joint venture* rappresenta una forma di partenariato pubblico-privato diversa dalle forme di partenariato contrattuali in quanto la collaborazione tra il settore pubblico

⁴⁵ Ivi, 23. Un esempio di utilizzo dell'*integrator approach* è rappresentato dallo *United Kingdom Military Flying Training System*. Si tratta di uno dei programmi più rilevanti del *Defence Change Programme* ed è volto a fornire servizi di *training* per l'equipaggio di volo per un periodo di 25 anni.

⁴⁶ Ivi, 15.

e quello privato non si realizza sulla base di un contratto ma all'interno di una società con propria personalità giuridica a cui partecipano sia il partner pubblico che quello privato. Le percentuali di partecipazione pubblica e privata possono variare da caso a caso e, a seconda delle percentuali di partecipazione, la *joint venture* può essere controllata o dal settore pubblico o da quello privato; vi sono anche i casi in cui nessuna delle parti ha il controllo complessivo della società (*deadlock joint venture* – si tratta dei casi in cui la partecipazione pubblica è del 50%). La questione del controllo è fondamentale perché se il settore pubblico detiene più del 50%, allora la *joint venture* viene classificata come appartenente al settore pubblico e sarà quindi sottoposta a maggiori vincoli (le *deadlock joint ventures* vengono invece in genere classificate come private)⁴⁷. In genere, il settore pubblico mette a disposizione beni, ad esempio terreni, mentre i finanziamenti *cash* per le attività della *joint venture* sono forniti dal settore privato (sia tramite investimenti di capitale che tramite richiesta di finanziamenti da terzi, ad esempio dalle banche). La *joint venture* può assumere diverse forme giuridiche, ad es. società per azioni (con i partner come azionisti), società a responsabilità limitata, società in accomandita semplice, *joint venture* non costituita in società (responsabilità illimitata). Una *joint venture* può essere fondata per la realizzazione di un progetto specifico oppure avere durata più lunga. Tra i modelli trattati più sopra sia i LIFTs che i LEPs sono *joint ventures*. Altri esempi sono rappresentati da i partenariati istituiti tra la *British Waterways* e imprese private per la bonifica dei canali (*ISIS Waterside Regeneration*); le *joint ventures* create per investire nelle tecnologie a basse emissioni di carbonio; *joint ventures* per la progettazione, la realizzazione e la manutenzione dell'attrezzatura per la difesa⁴⁸;

g) le *Strategic Service-delivery Partnerships* (SSP)

Si tratta di una forma di PPP a lungo termine tra le autorità locali e uno o più partner privati per la fornitura di determinati servizi pubblici⁴⁹. Questo modello è stato introdotto negli anni Novanta e rilanciato nel 2001 con la creazione della *Strategic Partnering Taskforce*. Si tratta di una forma di

⁴⁷ HM TREASURY, *A Guidance Note for Public Sector Bodies Forming Joint Venture Companies with the Private Sector*, 2001, <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/en-guidance-2.pdf>.

⁴⁸ Alcuni esempi si trovano in *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 26 ss.

⁴⁹ Per la definizione delle SSP si veda l'ultimo rapporto della AUDIT COMMISSION, *For Better, for Worse, Value for Money in Strategic Service-Delivery Partnerships*, 2008, disponibile sul sito: www.audit-commission.gov.uk.

partenariato che può articolarsi anche solo all'interno del settore pubblico, tra amministrazioni diverse, tuttavia la variante che coinvolge il settore privato e che quindi si qualifica come PPP è sicuramente una delle più diffuse. In genere si tratta di contratti molto complessi che implicano una vasta gamma di servizi, tanto che si parla anche di *multi-service delivery partnerships*. Questo modello, che a sua volta può assumere varie forme (PFI, *joint venture* ecc.), è stato ampiamente sostenuto dal Governo centrale come metodo per fornire servizi pubblici nel modo economicamente più vantaggioso e introdurre nuovi servizi nel campo dell'*e-government* e delle nuove tecnologie. Tuttavia, negli ultimi anni, le SSP sono andate incontro a critiche crescenti e non hanno effettivamente soddisfatto le aspettative tanto che alcune autorità locali hanno iniziato a riportare *in house* alcuni servizi. In particolare si è rilevato che le SSP hanno spesso dimensioni e complessità eccessive (in quanto includono in genere molti servizi) e implicano dunque alti costi di consulenza per le casse pubbliche. Inoltre sussiste il rischio che si crei una sorta di "monopolio" nella gestione dei servizi, ovvero che l'autorità locale diventi dipendente da un solo partner privato, anche perché i partner privati – se il contratto lo consente – tendono a far crescere sempre di più il numero di servizi da offrire (si parla del rischio di *one-company towns*). Del resto non vi sono dati empirici che dimostrino che il ricorso a SSP permetta di fornire i servizi pubblici in modo più efficace; al contrario si è rilevato che il ricorso a SSP comporta gravi problemi di perdita di *accountability* e democraticità e che i costi a lungo termine sono incerti e, soprattutto, non sono più sottoposti al controllo (o almeno all'influenza) della pubblica autorità. Inoltre, la SSP può avere un impatto negativo sull'occupazione a livello locale e in genere sull'economia locale: i profitti non fluiscono (o fluiscono solo in minima parte) nelle casse pubbliche e non possono dunque essere re-investiti in servizi e del resto molto spesso le piccole imprese locali non riescono ad accedere a tale forma di partenariato.

3.2. In Germania

In Germania, secondo i dati forniti dal rapporto redatto dall'Istituto tedesco per l'urbanistica nel 2005 su incarico della PPP *Task Force* e incentrato sul PPP contrattuale, a partire dal 2000 sono stati pianificati oltre 300 progetti PPP (contrattuali) nei diversi settori⁵⁰. Tuttavia i progetti di PPP

⁵⁰ *Difu-Studie*, 2005, 8.

attualmente in via di realizzazione non arrivano a 200⁵¹ e non tutti stanno avendo successo. Il principale ambito di diffusione del PPP è quello della edilizia pubblica: al 2007 risultavano in realizzazione 46 progetti PPP, per un volume di investimento di 1,4 miliardi di euro⁵². Al giugno del 2010 risultano invece firmati 153 contratti PPP nell'ambito dell'edilizia pubblica e della costruzione di strade, mentre 100 progetti sono in fase di pianificazione⁵³. In particolare, i progetti di PPP nell'ambito dell'edilizia interessano in primo luogo la costruzione o il rinnovo di scuole, asili, asili nido; seguono le infrastrutture sportive, quelle sanitarie, gli edifici della Pubblica Amministrazione e infine i palazzi di giustizia⁵⁴. Accanto all'ambito dell'edilizia, il PPP sta penetrando anche in altri settori, quali quello sanitario e dei servizi pubblici e il settore IT, ma i progetti in fase di realizzazione sono ancora molto pochi⁵⁵. Circa il 20% dei progetti è realizzato dalle autorità di *Land* e il 5% da quelle federali, mentre è nei Comuni che si rileva la maggior diffusione dei progetti di PPP: circa il 75% dei PPP realizzati o in corso di realizzazione in Germania coinvolgono infatti le autorità comunali⁵⁶, non solo per quanto riguarda la costruzione di opere ma anche nell'ambito dei servizi pubblici locali (trasporti pubblici, raccolta e smaltimento dei rifiuti ecc.). I *Länder* con maggior diffusione di PPP, sia a livello regionale che comunale, sono il Nordrhein-Westfalen e il Niedersachsen (seguono Hessen, Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg e Bayern)⁵⁷. A livello federale, i progetti di PPP, in corso o solo pianificati, interessano soprattutto l'ambito della costruzione di edifici pubblici, quello delle infrastrutture per la difesa e quello delle infrastrutture dei trasporti per le autostrade e le strade di competenza federale.

⁵¹ Si vedano i dati forniti da *Partnerschaften Deutschland* nella sua banca dati disponibile sul sito: <http://www.ppp-projektdatenbank.de/>.

⁵² *Erfahrungsbericht 2007*, 12.

⁵³ Si vedano gli ultimi dati forniti da *Partnerschaften Deutschland* nel rapporto sul PPP in Germania nel primo semestre del 2010: PARTNERSCHAFTEN DEUTSCHLAND, *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland*, 1. Halbjahr 2010, Berlin, 2010, http://www.partnerschaftendutschland.de/uploads/media/%C3%96PP_in_Deutschland_Halbjahresbericht_2010_%C3%96PP_Deutschland_AG_100712.pdf. D'ora in avanti questo testo verrà indicato con *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*.

⁵⁴ Ivi, 10.

⁵⁵ Ivi, 11.

⁵⁶ *Difu-Studie 2005*, 8. I dati sono confermati anche in *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

⁵⁷ *Erfahrungsbericht 2007*, 11. I dati risultano immutati al 2010, cfr. *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

Anche in Germania si rileva un'ampia varietà di modelli di partenariato. Come si è accennato più sopra, manca una definizione giuridica di partenariato pubblico-privato. Nelle motivazioni della Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati (*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, v. *infra*, § 4.2) il PPP viene definito come una cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e l'economia privata che abbia scopi di pubblico interesse e comporti vantaggi sia per il settore pubblico che per quello privato ("eine dauerhafte, in beiderseitigem Vorteil liegende, dem Gemeinwohl dienende Kooperation zwischen öffentlichen Händen und Privatwirtschaft")⁵⁸. La definizione in genere riportata in letteratura è quella elaborata nel 2003 nel Rapporto sul partenariato pubblico-privato nel settore dell'edilizia pubblica redatto dalla Commissione "*PPP im öffentlichen Hochbau*" (v. *supra*, § 2), secondo cui il partenariato pubblico-privato è una "collaborazione a lungo termine e regolata da contratto tra la pubblica autorità e l'economia privata con lo scopo di garantire l'adempimento degli incarichi pubblici in modo più economico ed efficace e per tutta la durata del progetto. Le risorse necessarie all'adempimento degli incarichi in questione (es. *know how*, capitale, personale ecc.) vengono predisposte dai partner secondo un comune modello di organizzazione; i rischi connessi alla realizzazione del progetto sono ripartiti in modo adeguato alle rispettive competenze dei partners"⁵⁹. A differenza di quanto avviene nei modelli tradizionali, l'impresa privata non fornisce un servizio isolato volto a coprire un particolare bisogno, ma si fa carico di una responsabilità più ampia che riguarda l'intero progetto per tutta la sua realizzazione o "ciclo di vita", *Lebenszyklus* (finanziamento, progettazione, costruzione e spesso manutenzione e/o gestione).

In questa definizione rientra una grande molteplicità di forme. Una prima distinzione sommaria è quella tra i PPP contrattuali, in cui il legame tra partner pubblico e privato si fonda solo su rapporti convenzionali contrattuali (c.d. "modello contrattuale"), e i PPP c.d. "istituzionalizzati" (PPPI, in tedesco IPPP o IÖPP), in cui il settore pubblico e quello privato cooperano in seno ad un'entità distinta, in genere una società mista (c.d. "modello di cooperazione")⁶⁰. La maggior parte delle forme di PPP contrattuale viene in-

⁵⁸ BUNDESTAG, Drs. 15/5668, 14/06/2005, 10.

⁵⁹ BMVBW, *Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau"*, 2003, vol. 1, 2. Il testo del rapporto è disponibile sul sito: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/UI/gutachten-ppp-im-oeffentlichen-hochbau.html>.

⁶⁰ P.J. TETTINGER, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., *passim*; sulla distinzione tra PPP contrattuali e PPP istituzionalizzati si veda anche W. GERSTLBELGER-K. SCHNEIDER, *Öffentlich Private Partnerschaften: Zwischenbilanz, empirische Befunde und Ausblick*, Berlin, Sigma, 2008, 20 ss.

dicata in letteratura con il termine *Betreibermodell* (“modello di gestione / del gestore”): la Pubblica Amministrazione incarica il privato, sulla base di un contratto di diritto privato, della realizzazione di una funzione pubblica ma la responsabilità nei confronti degli utenti rimane della Pubblica Amministrazione (non sussiste alcun rapporto diretto tra privato e utenti)⁶¹. Rientrano in questo gruppo le seguenti forme:

a) *Erwerbmodell* (c.d. *E-Modell* o “modello dell’acquirente”)⁶²

L’impresa privata si fa carico, su un terreno di sua proprietà, della pianificazione, della costruzione, del finanziamento e della gestione di un immobile che poi sarà usato dalla pubblica autorità. In genere il progetto ha una durata di 20-30 anni. Alla fine del contratto la proprietà del fondo e dell’immobile passa all’ente pubblico aggiudicatario. La retribuzione consiste in un pagamento regolare da parte della Pubblica Amministrazione all’impresa aggiudicataria che viene stabilito al momento in cui si stipula il contratto e comprende la pianificazione, la costruzione, la gestione, il finanziamento e l’acquisto del fondo e dell’immobile. Per la fase di realizzazione del progetto, il privato si fa sostanzialmente carico dei rischi (finanziari, di pianificazione, di costruzione ecc.)⁶³. Questo modello corrisponde al modello BOOT (*Build Own Operate Transfer*);

b) *Inhabermodell* (c.d. *I-Modell* o “modello del proprietario”)

Questo modello corrisponde al precedente con la differenza che il progetto viene realizzato su un fondo di proprietà dell’ente pubblico aggiudicatario. L’aggiudicatario privato si fa carico della costruzione o del restauro di un immobile su un fondo di proprietà dell’ente pubblico. Si tratta del modello maggiormente diffuso in Germania e risulta utilizzato da quasi il 70% dei progetti PPP attualmente in realizzazione⁶⁴;

c) *Leasingmodell* (modello leasing o *L-Modell*)

L’aggiudicatario privato si fa carico della pianificazione, della costruzione, del finanziamento e della gestione di un immobile su un fondo di

⁶¹ A. REUTER-I. POLLEY, *op. cit.*, 1346 ss.; W. BAUSBACK, *Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht*, in *DöV*, 2006, 900 ss.

⁶² La dicitura abbreviata è adottata nel prospetto pubblicato sulla banca dati ufficiale per i progetti PPP (http://www.ppp-projektbank.de/fileadmin/user_upload/Downloads/PPP-Modelle.pdf).

⁶³ Cfr. a tale proposito anche H.W. ALFEN-K. FISCHER, *Der PPP-Beschaffungsprozess*, in M. WEBER-M. SCHÄFER-F.L. HAUSMANN (a cura di), *Praxisbuch Public Private Partnership*, München, Beck, 2006, 58 ss.

⁶⁴ *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 13.

sua proprietà. A differenza di quanto avviene nell'*Erwerbermodell*, non c'è qui l'obbligo di cedere la proprietà dell'immobile all'ente pubblico aggiudicatore al termine del contratto. L'ente aggiudicatore ha il diritto di scegliere se restituire l'immobile al privato alla scadenza del contratto oppure se acquistarlo pagando una somma prestabilita contrattualmente. Oppure l'ente aggiudicatore può decidere di prolungare l'affitto dell'immobile o prendere altri accordi relativi all'utilizzo. Come canone di utilizzo, l'ente aggiudicatore paga regolarmente delle rate all'aggiudicatario secondo quanto stabilito nel contratto; le rate comprendono la retribuzione per l'ammortizzazione parziale dei costi di pianificazione, costruzione, finanziamento e gestione. Anche il prezzo a cui l'ente aggiudicatore, al termine del contratto, può comprare l'immobile, viene fissato nel contratto;

d) *Mietmodell* (modello di affitto, c.d. *M-Modell*)

Il *Mietmodell* corrisponde al *Leasingmodell*, con la differenza che non è prevista l'opzione di acquisto ad un prezzo prestabilito contrattualmente. L'immobile, alla scadenza del contratto, può comunque essere comprato dall'ente pubblico aggiudicatore al suo valore commerciale. L'ente aggiudicatore paga regolarmente delle rate all'aggiudicatario secondo quanto stabilito dal contratto; esse comprendono la retribuzione per l'utilizzo dell'immobile ("affitto") e la gestione. Questo modello risulta utilizzato per circa il 9% dei progetti PPP in realizzazione al giugno 2010;

e) *Contractingmodell*

Questo tipo di contratto riguarda i lavori di costruzione e le misure di ottimizzazione aziendale di determinati impianti tecnici o parti di essi realizzati dall'aggiudicatario privato in immobili dell'ente pubblico aggiudicatore. La durata è di circa 5-15 anni e la retribuzione consiste in pagamenti regolari, stabiliti nel contratto, per la copertura dei costi di pianificazione, attuazione, gestione e finanziamento dell'aggiudicatario.

A questi modelli si aggiunge quello della concessione (*Konzessionsmodell*) che risulta impiegato nell'11% dei progetti PPP. La forma più diffusa di PPP istituzionalizzato è invece rappresentata dal *Gesellschaftsmodell* nel quale gli oneri pubblici vengono trasmessi ad una società cui partecipano il partner pubblico (spesso a maggioranza) e uno o più imprenditori privati. Questa forma di partenariato ha avuto una notevole diffusione, soprattutto a livello comunale nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Per quanto riguarda specificamente il settore dei trasporti, in particolare delle autostrade e delle strade federali a lunga percorrenza, si fa riferimento a due modelli specifici, il c.d. "A-Modell" e lo "F-Modell". Comune

ad entrambi è il fatto che la responsabilità primaria per l'intera infrastruttura rimane della pubblica autorità; entrambi inoltre riguardano tratti molto ridotti della rete stradale e autostradale federale e sono limitati nel tempo (30 anni in genere). Lo "F-Modell" è stato introdotto nel 1994 con la Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza (*Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz*, abbr. FStrPrivFinG, v. *infra*, § 4.2) che prevede la possibilità di affidare ad un privato la costruzione, la manutenzione e la gestione di determinati tratti della rete stradale e autostradale federale (in particolare di tunnel, ponti e passi montani e corsie aggiuntive nei tratti a più corsie). In questo caso il privato rifinanzia il proprio investimento riscuotendo direttamente un pedaggio dagli utenti. Si tratta dunque di una vera e propria forma di concessione⁶⁵. Al momento questo modello è stato realizzato solo in 2 casi: per il *Warnow-Tunnel* di Rostock, che è stato aperto nel 2003, e per lo *Herrentunnel* di Lubeca, aperto nel 2005, entrambi con esiti negativi (v. *infra*, § 5.2.1).

Il "Modello A", il cui nome sta per *Ausbau-Modell*, ovvero "modello di ampliamento", prevede che il privato si faccia carico dell'ampliamento di tratti autostradali per il passaggio da 4 a 6 corsie. Il privato è responsabile della costruzione, della manutenzione e della gestione delle nuove corsie e viene retribuito dal *Bund*: non siamo nell'ambito di applicazione del FStr PrivFinG in quanto il privato non ha il diritto di recuperare il capitale investito riscuotendo un pedaggio dagli utenti, né sotto forma di tassa né sotto forma di retribuzione privata⁶⁶. Non c'è dunque alcun rapporto diretto tra gli utenti e il privato che è invece in rapporto solo con la pubblica autorità. Per "pagare" il partner, la pubblica autorità sfrutta però le entrate che derivano dal pedaggio imposto dal *Bund* ai mezzi pesanti per il tratto di autostrada in questione (*LKW-Maut*)⁶⁷. Questo modello prevede inoltre un finanziamento iniziale concesso dal *Bund* al partner privato che può arrivare fino al 50% dei costi di costruzione iniziali. Anche se parte della dottrina tende a considerare questo modello una forma di "conces-

⁶⁵ Così M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, in *DVBl.*, 2007, 649 ss., spec. 652.

⁶⁶ Cfr. su questo punto *ivi*, 653.

⁶⁷ L'introduzione di un pedaggio sulle autostrade per i mezzi pesanti superiori alle 12 tonnellate si è avuta in Germania con lo *Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge* del 2 dicembre 2004, ovvero la Legge sul pedaggio autostradale per i veicoli pesanti, con cui il *Bund* ha ottenuto il diritto di riscuotere un pedaggio dai mezzi pesanti (superiori alle 12 tonnellate) per le autostrade federali. Il pedaggio viene in realtà riscosso da una impresa privata (Toll Collect) ma fluisce direttamente nelle casse federali.

sione”⁶⁸, l’assenza di un rapporto diretto tra privato e utenti, la presenza di un “pagamento” da parte della Pubblica Amministrazione (anche se i fondi per tale “pagamento” derivano dai pedaggi), e la minimizzazione del rischio (dovuta al finanziamento iniziale da parte del *Bund* ma anche e soprattutto dal fatto che non c’è un rapporto diretto tra privato e utenti), lascia piuttosto pensare che in questo caso non si tratti di una concessione ma di una forma di appalto di lavori⁶⁹; il che a sua volta implica precise conseguenze sul piano giuridico, dal momento che gli appalti di lavori sono sottoposti a regolamentazione più rigida rispetto alle concessioni di lavori e in particolare alla normativa di attuazione della disciplina comunitaria sugli appalti sopra soglia (v. *infra*, § 4.2). Tuttavia, forse proprio per evitare l’applicazione di tale regolamentazione, secondo la posizione ufficiale del Ministero Federale per i trasporti, le costruzioni e l’urbanistica, il “Modello A” è effettivamente classificato come “concessione di lavori”⁷⁰. In genere la concessione, che comprende non solo l’ampliamento ma anche la manutenzione e la gestione dei tratti autostradali oggetto dell’ampliamento, ha una durata di 30 anni, al termine dei quali la responsabilità per il tratto in questione torna al *Bund*. Poiché al privato non viene concesso il diritto di riscuotere un pedaggio, non è necessaria una legge che permetta la realizzazione dello “A-Modell” (a differenza di quanto avviene per lo “F-Modell”). Perché si possa ricorrere al “Modello A” è necessario solo che la valutazione della “economicità” del progetto prescritta dall’art. 7, 2° comma dell’Ordinamento federale sul bilancio (*Bundeshaushaltsordnung*, abbr. BHO) dimostri che l’utilizzo di questo modello è, dal punto di vista economico, più vantaggioso di una forma di realizzazione tradizionale. I progetti attualmente realizzati (o in fase di realizzazione) con lo “A-Modell” sono in tutto 4 e hanno dato buoni risultati, tanto che ne sono stati pianificati altri 12⁷¹.

⁶⁸ Si veda sul punto ad es. D. NEUMANN-H. MÜLLER, *Privat- und Benutzerfinanzierung der Bundesfernstraßen*, in *NZBau*, 2003, 301 ss.

⁶⁹ M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 654 ss.

⁷⁰ BMVBW, *Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrags und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für die mehrstreifigen Autobahnen (A-Modell)*, Berlin, BMVBW, 2005; cfr. anche BMVBW, *Leitfaden Strukturiertes Verhandlungsverfahren für die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle)*, Berlin, BMVBW, 2005.

⁷¹ Si vedano i dati pubblicati sul sito del Ministero federale dei trasporti: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB-LA/oep-pp-im-bundesfernstrassenbau-uebersicht-einzelprojekte-stand-fruehjahr-2010.html?nn=35602#doc22860bodyText1>.

4. Il quadro giuridico di riferimento

4.1. La normativa del Regno Unito: *statutory instruments* e *soft law*

Nel Regno Unito manca una legislazione che regoli specificatamente il settore della PFI o, più in generale, del PPP. Tuttavia, quando i progetti di partenariato pubblico-privato sono qualificabili come appalti di lavori, forniture o servizi sopra soglia – ed è questa la maggioranza dei casi – ad essi deve essere necessariamente applicata la legislazione nazionale in applicazione della disciplina europea sugli appalti⁷². Oltre a ciò, il quadro giuridico di riferimento per il partenariato pubblico-privato nel Regno Unito si ricava da una serie di *statutory instruments* attinenti a diversi ambiti giuridici, quali ad esempio la normativa sulle tasse e i tributi, la legislazione relativa alla costruzione di opere pubbliche, quella sui capitali finanziari ecc. In molti casi la legislazione relativa ai singoli settori è stata modificata proprio al fine di facilitare l’attuazione di progetti PFI. Ad esempio tutta la normativa relativa ai contratti stipulati con i privati dagli enti locali è stata modificata per incoraggiare la Pubblica Amministrazione a “promuovere il partenariato con il settore privato al fine di realizzare una prestazione di servizi pubblici economicamente più vantaggiosa”⁷³: si tratta in particolare del *Local Government Contracts Act 1997* e delle *Local Authorities (Contracts) Regulations* (SI 1997/2862), con successivi emendamenti, i quali oltre a definire i poteri delle autorità pubbliche locali di stipulare contratti con imprese private per la realizzazione di opere o la prestazione di servizi

⁷² Si tratta in particolare delle *Public Contracts Regulations 2006* (SI 2006/5) entrate in vigore il 1° gennaio 2006 in applicazione della *classical directive* (direttiva 2004/18/CE), e delle *Utilities Contracts Regulations* (SI 2006/6) in applicazione della *utilities directive* (direttiva 2004/17/CE). Si ricordi che nell’ambito di applicazione della disciplina europea ricadono solo gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture sopra soglia: ne sono invece esclusi sia gli appalti sotto soglia che le concessioni di servizi (che sono comunque vincolati ai principi generali della trasparenza, della parità di trattamento, della proporzionalità e del mutuo riconoscimento derivanti dal Trattato CE). Per quanto riguarda le concessioni di lavori, a livello comunitario si hanno solo alcuni obblighi inerenti alla pubblicità e alla trasparenza e un obbligo relativo al termine minimo di ricezione delle candidature (art. 3, par. 1 della direttiva 93/37/CE e artt. 56-59 della direttiva 2004/18/CE).

⁷³ Così è stato precisato dal Dipartimento per l’ambiente, i trasporti e le Regioni nel 2008 per cui lo scopo della nuova normativa è definito come segue: “encourage and enable local authorities to explore the scope for partnerships with the private sector and so achieve better value for money in the delivery of services to the community”). DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, TRANSPORT AND THE REGIONS, *Local Government and the Private Finance Initiative. The Local Government Contracts Act 1997, 2008*, <http://www.local.odpm.gov.uk/pfi/intro/31.htm>.

(o per entrambi), introduce modalità di certificazione, *safe-harbour* e compensazione atte a creare maggiore certezza giuridica e tutela sia per il settore pubblico che per quello privato. Tali disposizioni danno inoltre alla pubblica autorità la possibilità di certificare, secondo procedure specifiche e rigorose, i contratti a lungo termine per prestazioni di servizi, con o senza creazione di infrastrutture. Lo stesso vale per la *tax legislation*, che è stata modificata al fine di facilitare i PPP prevedendo determinati sgravi fiscali per i progetti di partenariato pubblico-privato: il *Finance Act 2003*⁷⁴, entrato in vigore il 1° dicembre del 2003, che disciplina, tra le altre cose, la tassa sulle transazioni di beni fondiari (ovvero la *Stamp Duty Land Tax*, abbr. SDLT), prevede, secondo l'emendamento del 19 dicembre 2003, una esenzione dal regime della SDLT per le transazioni fondiarie tra il settore pubblico e quello privato realizzate nell'ambito di una PFI, posto che siano soddisfatte determinate condizioni, ovvero se sono garantite modalità di *transfer/lease* e *lease-back* e se il privato si impegna, sul fondo in questione, a svolgere lavori per (o prestare servizi a) l'ente pubblico che gli ha ceduto, nelle diverse forme ("transfer, grant or assignment") il fondo. Si tratta di un elemento di grande rilevanza, poiché la valorizzazione del PPP ha avuto effetti a cascata su tutta la normativa.

Alcuni provvedimenti rilevanti per il PPP e in particolare la PFI sono stati presi inoltre nei settori dell'educazione, della sanità e dei trasporti. Nell'ambito dell'istruzione, ad esempio, le *School Companies (Private Finance Initiative Companies) Regulations 2002* (SI 2002/2978), entrate in vigore il 20 gennaio 2003⁷⁵, stabiliscono i criteri per la realizzazione di progetti PFI nell'ambito scolastico e in particolare per la partecipazione delle autorità scolastiche in PFI *companies*. Esse definiscono la natura e gli scopi delle PFI *companies* (realizzazione di un bene, esecuzione di lavori o prestazione di servizi) e stabiliscono quali restrizioni debbano essere rispettate con riguardo alla loro composizione e ai pagamenti da parte delle autorità scolastiche, quali persone risultino escluse dalla possibilità di entrare a far parte di una società PFI e quali siano i criteri in base ai quali la *Local Education Authority* (LEA) può approvare la richiesta di un'autorità scolastica di entrare a far parte di una società PFI⁷⁶. Nel 2004, con le *Education (School*

⁷⁴ Il testo ufficiale è disponibile sul seguente sito: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/pdf/ukpga_20030014_en.pdf.

⁷⁵ Il testo integrale è disponibile sul sito: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20022978.htm#35>.

⁷⁶ La partecipazione in PFI *companies* è infatti sottoposta all'approvazione della *Local Education Authority* di competenza la quale, secondo quanto stabilito dalle *Regulations*,

Organisation Proposals) (Miscellaneous Amendments) (England) Regulations 2004 (SI 2004/3052)⁷⁷, tale normativa è stata adeguata non solo al nuovo regime introdotto con il *Local Government Act 2003* ma anche ai recenti sviluppi nel settore della PFI ed in particolare al programma BSF (*Building Schools for the Future*) lanciato nel febbraio 2004 (v. *infra*, §§ 2 e 3.1).

Per quanto riguarda l'ambito dei trasporti, disposizioni che riguardano specificatamente il settore del partenariato pubblico-privato si trovano ad esempio nel *Greater London Authority Act 1999*⁷⁸, l'atto con cui nel 1999 venne istituita la *Greater London Authority* (GLA), ovvero l'ente che amministra i distretti della c.d. Grande Londra, con particolare riguardo al settore dei trasporti, delle forze di polizia e di primo soccorso, della cultura e, in misura minore, della sanità e dell'ambiente. Il capitolo VII del *Greater London Authority Act* introduce la possibilità di coinvolgere il settore privato nella costruzione, il rinnovamento, la manutenzione e la gestione di linee ferroviarie, ovvero della metropolitana, tramite appositi PPP *agreements*, accordi di partenariato pubblico-privato. Oltre a definire gli accordi di partenariato pubblico-privato, il *Greater London Authority Act* detta precise disposizioni in merito alle previsioni contrattuali e ai casi di insolvenza con le relative procedure di *winding-up* e istituisce la figura del PPP *Arbiter*⁷⁹ (artt. 225-237). In particolare, per quanto riguarda l'insolvenza, si attribuisce alle corti non solo la competenza di ordinare lo scioglimento della società per fallimento (*winding-up order*) o approvare uno *winding-up* volontario, ma anche il potere di stabilire un PPP *administration order* che ponga la gestione degli affari e della proprietà della società sotto la guida di una persona

può rifiutare la propria approvazione se ad esempio il bilancio della scuola in questione è in deficit o se essa ha già fatto parte di una società PFI e non ha rispettato i regolamenti vigenti.

⁷⁷ Per il testo integrale si rimanda al sito: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2004/20043052.htm>.

⁷⁸ Per il testo integrale si rimanda al sito: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1999/pdf/ukpga_19990029_en.pdf.

⁷⁹ Il PPP *Arbiter* è una figura con funzioni di guida e arbitraggio nell'ambito dell'accordo di partenariato, che può essere nominata dal Segretario di Stato a propria discrezione o su richiesta di una delle parti contraenti. L'*Arbiter* deve essere esterno alla società PPP in questione e ha il compito di fornire direttive su specifiche materie (in genere indicate nel contratto PPP) e di rispondere a eventuali richieste di intervento da parte di una delle parti contraenti tramite *directions* che possono essere vincolanti o meno a seconda dei casi e che devono sempre essere conformi agli obiettivi del partenariato. Il PPP *Arbiter* ha inoltre il potere di condurre ispezioni dell'infrastruttura oggetto del partenariato, ricorrere a consulenza esterna per la valutazione dell'andamento dei lavori ecc. (allo stesso tempo le parti contraenti hanno il dovere di fornire all'arbitro tutte le informazioni da lui richieste).

giuridica designata dalla corte stessa. Lo scopo di un PPP *administration order* è quello di cedere alcune (o tutte le) attività della società ad una o più imprese in modo da garantire che le “attività rilevanti” (ovvero le attività oggetto del contratto PPP) continuino ad essere svolte e quindi in modo che i servizi siano garantiti. La PPP *administration* è una particolare procedura di insolvenza per le società PPP istituita al fine di garantire che la LUL (*London Underground Limited*) continui a fornire un servizio di metropolitana sicuro ed affidabile anche in caso di insolvenza di una società PPP trasferendo le attività della società in questione ad un'altra società (o a più società). Ulteriori dettagli circa la PPP *administration* sono stati chiariti nelle *PPP Administration Order Rules* (SI 2007/3141)⁸⁰ del 2007, in cui si stabilisce anche che la PPP *administration* si attua solo al fine di garantire le “attività essenziali” per i servizi di metropolitana: una volta raggiunto tale scopo, si applicano le normali disposizioni relative ad i casi di insolvenza e tutti gli altri beni possono essere utilizzati per pagare i creditori.

Ai provvedimenti legislativi sopra illustrati si aggiungono la *Standardisation of PFI Contracts* e la *Value for Money Assessment Guidance*. Il primo testo, nell'ultima versione del 2007, è vincolante (*mandatory*) per tutti i contratti PFI in Inghilterra e in Galles tranne che per i progetti con un *capital value* inferiore a 20 milioni di sterline⁸¹. Si articola in 37 sezioni, ciascuna dedicata ad un particolare aspetto contrattuale: durata del contratto; inizio lavori; tutela contro eventuali ritardi nell'inizio dei lavori; garanzie; meccanismi di determinazione del prezzo e pagamento; meccanismi di *risk-sharing* e *market testing*; requisiti di performance; modifiche alle disposizioni contrattuali e modifiche della normativa; subappalti; assicurazione; risoluzione di eventuali dispute; informazione e proprietà intellettuale; modalità di rescissione dei contratti, ecc. Particolarmente rilevanti sono le disposizioni che riguardano il rifinanziamento in quanto stabiliscono che il rifinanziamento è ammissibile solo se gli utili che ne derivano vengono condivisi almeno in parte dal partner pubblico⁸². La standardizzazione dei contratti PFI ha portato significativi vantaggi al settore. In primo luogo ha permesso una notevole diminuzione dei costi di pianificazione e preparazione dei progetti PFI portando ad un abbassamento dei costi di consulenza: le spese per

⁸⁰ Per il testo integrale si veda il sito: http://www.opsi.gov.uk/si/si2007/uksi_2007_3141_en_1.

⁸¹ HM TREASURY, *Implementation of Standardisation of PFI Contracts (SoPC) Version 4, 2007*, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopcletter_210307.pdf.

⁸² Cfr. sul punto J. CHAVE, *The Experience of Contract Standardisation in UK PFI*, in *Business Law Review*, 2005, 106 ss., spec. 107; T.M. NISAR, *op. cit.*, 16.

l'insieme dei consulenti coinvolti nella stesura di contratti PFI prima della standardizzazione arrivavano a cifre esorbitanti (per il progetto della *London Tube* i costi sono arrivati a 455 milioni di sterline!) e si sono poi notevolmente ridimensionate con il perfezionamento di termini contrattuali standard⁸³. Lo stesso vale per i tempi di redazione e negoziazione dei contratti: con la standardizzazione dei contratti si è passati dai 4-5 anni iniziali a circa un anno – un aspetto, questo, particolarmente importante per la Pubblica Amministrazione che ha in genere bisogno di realizzare velocemente determinate infrastrutture non solo per rispondere alle esigenze della comunità ma anche per aumentare il proprio consenso, adempiere a eventuali promesse fatte in campagna elettorale ecc.⁸⁴. Infine la standardizzazione dei contratti ha contribuito alla elaborazione di una posizione unitaria del settore pubblico conferendo così a quest'ultimo maggior forza di contrattazione e coerenza nel procedere⁸⁵. Sia chiaro, siamo sempre nell'ambito di un ordinamento di *common law* che prevede la possibilità di disegnare il contratto in modo tale da fornire i giusti incentivi grazie ad una precisa individuazione dei rischi assunti dalle parti. Tutto diverso dal sistema italiano di *civil law* che consente con maggiore difficoltà una allocazione certa dei rischi tra le diverse parti coinvolte. Si pensi agli istituti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e per inadempimento, come pure all'eterointegrazione del contratto, che sono esempi di come il volere delle parti espresso nel contratto possa non essere rispettato.

La *Value for Money Assessment Guidance* è una guida per la valutazione dell'utilità economica di un progetto, redatta dal Ministero del Tesoro nel 2004 e poi sottoposta a profonda revisione nel 2006, quando è stata adeguata agli sviluppi del settore PFI evidenziati sempre dal Ministero del Tesoro in *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships* (2006)⁸⁶. Questa guida stabilisce un processo e una metodologia obbligatori per la valutazione dell'economicità di un progetto PFI, almeno nella prima e nella seconda fase di valutazione⁸⁷. Si tratta di una procedura complessa che comprende test sia di tipo qualitativo che di tipo quantitativo.

Al di là di ciò, tutta la disciplina si basa su un corpo considerevole di

⁸³ J. CHAVE, *op. cit.*, 106 ss.

⁸⁴ Ivi, 107.

⁸⁵ Ivi, 108.

⁸⁶ HM TREASURY, *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/bud06_pfi_618.pdf.

⁸⁷ Per le diverse fasi di valutazione si veda: HM TREASURY, *Value for Money Assessment Guidance*, 2006, 15, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm_assessmentguidance061006opt.pdf.

non-statutory guidance, ovvero di linee guida, manuali, *vademecum* e altre pubblicazioni dei diversi organi competenti (Ministero del Tesoro, *Partnerships UK*, *Operational Taskforce*, OGC ecc.) volte a offrire supporto sia al settore pubblico che a quello privato nella realizzazione di progetti PFI. Si tratta in genere di *soft law*, ovvero di indicazioni non vincolanti relative alle procedure da seguire nelle diverse fasi della realizzazione di un progetto da PFI quali ad esempio la pianificazione, le procedure di aggiudicazione, l'analisi dell'utilità economica, la redazione e la stipula dei contratti ecc. La *non-statutory guidance*, in mancanza di una legislazione specifica e omnicomprensiva sul partenariato pubblico-privato, ha avuto ed ha tuttora una importanza fondamentale per lo sviluppo della PFI in quanto offre ai settori interessati modelli standardizzati da poter seguire nelle diverse fasi di realizzazione di un progetto e supporto tecnico specifico per i diversi ambiti di attuazione (trasporti, istruzione, sanità ecc.).

4.2. Il quadro giuridico tedesco: l'ÖPP-Beschleunigungsgesetz

Il quadro normativo di riferimento per i partenariati pubblico-privati in Germania, a livello federale, si ricava da una serie di prescrizioni normative che riguardano vari ambiti della gestione amministrativa quali il diritto sugli appalti in applicazione della normativa comunitaria⁸⁸, l'ordinamento del bilancio, il diritto tributario, la normativa sui prezzi (*Preisrecht*), ma anche ad esempio il diritto degli aiuti e quello degli investimenti. A completare l'inquadramento normativo vanno poi i diversi ordinamenti comunali dei

⁸⁸ In particolare rilevano la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 26 agosto 1998, ultimo emendamento 22 dicembre 2010), il Decreto sull'aggiudicazione di appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*, abbr. VgV, del 9 gennaio 2001, ultimo emendamento 7 giugno 2010); il decreto sui contratti e le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori (*Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen*, abbr. VOB, del 20 marzo 2006, novellato il 31 luglio del 2009); il decreto relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi (*Verdingungsordnung für Leistungen*, abbr. VOL, del 6 aprile 2006, novellato il 20 luglio 2009). Ne sono esclusi sostanzialmente, oltre agli appalti sotto soglia, che però nel caso di PPP sono decisamente rari, solo i casi delle "concessioni di servizi" cui, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2004/18/CE, non si applicano le direttive sugli appalti e per cui valgono tuttavia i vincoli della trasparenza e della parità di trattamento imposti dal Trattato. Cfr. sul punto J. BYOK-G. BORMANN, *Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft*, in *NVwZ*, 2008, 842 ss.; M. MÜLLER-G. BRAUSER-JUNG, *Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht*, in *NVwZ*, 2007, 885 ss.. Si veda anche la giurisprudenza della Corte di giustizia (ad es. Corte giust. CE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria*). Le concessioni di lavori non sono invece totalmente escluse dall'applicazione della normativa sugli appalti ma sono soggette ad una regolamentazione meno rigida in quanto per esse valgono solo alcune singole disposizioni del diritto derivato.

Länder (Gemeindeordnungen), che contengono spesso specifiche disposizioni relative al bilancio, ai trasferimenti di proprietà, alle tariffe ecc., di grande rilevanza per talune forme di partenariato. Non stupisce dunque che l'unica legge federale che disciplina specificatamente il partenariato pubblico-privato, ovvero l'*ÖPP-Beschleunigungsgesetz* (abbr. ÖPP-BeschlG, v. *supra*, § 2) del 1° settembre 2005⁸⁹, è costituita solo da una serie di emendamenti della normativa previgente in diverse materie (appalti, bilancio, tributi, investimenti ecc.). In particolare, l'ÖPP-BeschlG ha modificato: la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*); il decreto sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* o VgV); la Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza (FStrPrivFinG, v. *supra*, § 3.2); l'ordinamento federale sul bilancio (BHO); la Legge sull'imposta sui trasferimenti fondiari (*Grunderwerbsteuergesetz*); la Legge sull'imposta fondiaria (*Grundsteuergesetz*) e infine la Legge sugli investimenti (*Investmentgesetz*). Tra le principali novità introdotte dall'ÖPP-BeschlG si segnalano: l'introduzione del dialogo competitivo come nuova forma di aggiudicazione (in applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti); l'abrogazione del divieto di subappalto⁹⁰; l'abrogazione del divieto di cessione di beni immobili se essi continuano ad essere usati per l'adempimento di funzioni pubbliche (art. 63 BHO); l'introduzione di sgravi fiscali per i PPP relativamente all'imposta sui trasferimenti fondiari⁹¹ e all'imposta fondiaria⁹².

⁸⁹ *Bundesgesetzblatt*, 2005, 56, 2676.

⁹⁰ Si tratta di un principio che la giurisprudenza tedesca aveva derivato dagli artt. 7, nr. 2, par. 1 VOL/parte A e 8 nr. 2 par. 1 VOB/parte A. Cfr. ad es. U.K. VÖLLINK-J. KEHRBERG (a cura di), *VOB/A-Kommentar*, München, Beck, 2004, § 8 Rn. 17. Tale principio risultava in netto contrasto con la disciplina comunitaria e con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (v. Corte giust. CE, sentenze 14 aprile 1994, causa C-389/92, Racc. I-1289; 18 dicembre 1997, causa C-5/97, Racc. I-7549; 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Racc. I-8607; 18 marzo 2004, causa C-314/01). Cfr. sul punto anche H.J. PRIEß *et al.* (a cura di), *Beck'sches VOB-Kommentar, Teil A*, München, Beck, 2001, § 8, Rn. 49.

⁹¹ In particolare, l'ÖPP-BeschlG prevede che l'acquisto di un fondo da parte di un privato e il ri-acquisto del fondo da parte di un soggetto di diritto pubblico non sono sottoposti all'imposta sui trasferimenti fondiari se questo fondo viene utilizzato per pubblici servizi nell'ambito di un progetto di partenariato pubblico-privato, ammesso che siano rispettate le seguenti condizioni: la pubblica autorità cede il fondo all'impresa privata al momento dell'entrata in vigore del contratto; l'impresa privata, nel periodo di validità del contratto, permette all'ente pubblico l'utilizzo del fondo per fini pubblici; la "restituzione" del fondo alla pubblica autorità al termine del contratto è concordata e stabilita contrattualmente.

⁹² Si prevede in particolare che i fondi che appartengono ad un privato ma, nell'ambito di un progetto PPP, vengono sfruttati da un ente pubblico per scopi o servizi pubblici so-

Un'altra modifica di rilievo è quella che riguarda l'art. 7 dell'ordinamento federale del bilancio che vincola la Pubblica Amministrazione ai due principi della "economicità" (*Wirtschaftlichkeit*) e del risparmio o *Sparsamkeit*⁹³, ovvero a gestire le proprie risorse in modo tale da adempiere alle proprie funzioni con il minor impiego di fondi pubblici raggiungendo allo stesso tempo, dato un certo impiego di fondi, il miglior risultato di prestazione⁹⁴. Secondo tale principio, la Pubblica Amministrazione, nell'adempimento delle funzioni pubbliche, può optare per una forma di PPP solo se in questo modo la funzione può essere svolta nel modo più economico e con maggiori risparmi per le casse pubbliche rispetto al tradizionale approvvigionamento ad opera della Pubblica Amministrazione. La modifica introdotta dall'ÖPP-BeschlG stabilisce che, nella valutazione dell'economicità dei progetti da realizzare, si deve tener conto anche della ripartizione dei rischi. Questo aspetto è particolarmente importante poiché, nel confronto tra un progetto PPP e un finanziamento convenzionale, non si può non tener conto del fatto che nel caso del PPP l'investitore privato si fa carico dei rischi di gestione per tutto il ciclo del progetto – rischi che ovviamente vanno ad incidere sui costi. Se non venisse considerata la ripartizione del rischio, il progetto PPP risulterebbe necessariamente meno economico delle modalità di finanziamento convenzionali e quindi la Pubblica Amministrazione sarebbe "obbligata" ad optare sempre per l'approvvigionamento convenzionale. Si noti tuttavia che la modifica riguarda solo il livello federale e quindi il suo impatto sulla realizzazione di PPP, in mancanza di un adeguamento della normativa dei *Länder* e dei Comuni, è ancora limitato. Di rilievo inoltre le modifiche alla Legge sugli investimenti (*Investmentgesetz*) introdotte sia con l'ÖPP-BeschlG che, successivamente,

no esenti da imposta fondiaria se il contratto di partenariato prevede che alla scadenza del contratto il fondo verrà ceduto al partner pubblico (art. 6 ÖPP-BeschlG).

⁹³ Analoghe disposizioni si trovano anche negli ordinamenti del bilancio dei singoli *Länder* e in quelli comunali. Del resto tali principi sono sanciti anche nel *Grundgesetz* (art. 114) che attribuisce alla Corte dei conti federale il compito di verificare l'effettivo rispetto dell'economicità e del risparmio nella conduzione del bilancio. Sulle implicazioni degli ordinamenti comunali sul bilancio per il PPP si veda ad esempio A. REUTER-I. POLLEY, *op. cit.*, 1345 ss.

⁹⁴ Per una trattazione approfondita del principio della economicità e della sua applicazione ai casi di PPP si rimanda a C.B. HÜSKEN-S. MANN, *Der Staat als "Homo Oeconomicus"? Drei Säulen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs bei Public Private Partnerships*, in *DöV*, 2005, 143 ss. Sul principio della economicità si veda anche più recentemente: U. SCHLIESKY, *Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit – Vom Organisations- zum Verfahrensmaßstab*, in *DVBl.*, 2007, 1453 ss.

con l'*Investmentänderungsgesetz* del 28 dicembre 2007⁹⁵, al fine di accrescere la possibilità degli investitori privati di partecipare a progetti di PPP e quindi di raggiungere una maggiore mobilitazione di capitale privato nell'ambito del partenariato pubblico-privato. Tra i principali provvedimenti si ha la creazione di una nuova modalità di investimento, il c.d. "fondo per le infrastrutture" (*Infrastrukturfonds*), cui è data la possibilità di acquistare partecipazioni in società di progetto per PPP. Anche nel caso tedesco, dunque, come in quello inglese, si è avuto un effetto a cascata che ha interessato diversi ambiti della normativa.

Le novità introdotte dall'ÖPP-BeschlG, pur essendo di rilievo, hanno una portata molto circoscritta. La Legge lascia aperti molti problemi e non risolve tutte le difficoltà, ad esempio per quanto riguarda l'ambito tributario⁹⁶ ma anche la questione del bilancio, soprattutto se si considera che è una legge federale e che, se non vengono modificati anche gli ordinamenti comunali, avrà poca efficacia pratica⁹⁷. L'efficacia dipenderà dunque anche dalla volontà dei singoli *Länder* di adottare provvedimenti legislativi analoghi atti ad eliminare gli ostacoli alla realizzazione di PPP che derivano dalla legislazione regionale⁹⁸. In particolare, gli ordinamenti comunali⁹⁹ di alcuni

⁹⁵ *Investmentgesetz* (abbr. InvG) del 15 dicembre 2003 (ultimo emendamento 9 dicembre 2010), disponibile sul sito: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/invg/gesamt.pdf>.

⁹⁶ Sul punto si veda, in particolare, M. FLECKENSTEIN, *Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, in *DVBl.*, 2007, 75 ss., spec. 82.

⁹⁷ O. OTTING, *Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz – Aufwind für innovative Projekte im öffentlichen Hochbau*, in *Kommunalwirtschaft, Sonderausgabe Facility management/Immobilienmanagement*, 2005, 13 ss.

⁹⁸ M. UECHTRITZ-O. OTTING, *Das Öpp-Beschleunigungsgesetz: Neuer Name, neuer Schwung für "öffentlich-private Partnerschaften"?*, in *NVwZ*, 2005, 1105 ss., spec. 1111.

⁹⁹ Si ricorda che in Germania il principio dell'autonomia amministrativa comunale (*Selbstverwaltung*), garantito dall'art. 28, 2° comma GG, conferisce autonomia amministrativa al Comune e, secondo la visione più accreditata, implica per il Comune anche la libertà di scegliere come adempiere alle funzioni di propria competenza. Tale principio apre dunque implicitamente anche ai Comuni la possibilità di ricorrere al partenariato pubblico-privato per l'adempimento di determinate funzioni pubbliche di competenza comunale. Tuttavia il Comune, oltre a doversi attenere alla normativa federale trattata più sopra, risulta vincolato alla *Gemeindeordnung* (GO), ovvero all'ordinamento comunale del *Land* di appartenenza. Le 13 *Gemeindeordnungen* tedesche (non hanno ordinamenti comunali le tre città-Land di Amburgo, Berlino e Brema) disciplinano non solo oggetti quali le circoscrizioni sub-comunali e intercomunali, residenza e cittadinanza, organizzazione del Comune (consiglio, sindaco ecc.), ma anche – e questo è l'aspetto più rilevante in relazione al PPP – la gestione del bilancio, del patrimonio e della c.d. "economica comunale" (*Gemeindegewirtschaft*) che include in genere "tutto ciò che ha a che vedere con la gestione degli affari finanziariamente rilevanti del Comune" e quindi anche l'esercizio delle funzioni e dei

Länder contengono ancora disposizioni che possono rappresentare un potenziale ostacolo alla realizzazione di PPP: alcuni ordinamenti impongono ad esempio, per determinate funzioni pubbliche, che sia l'amministrazione comunale a realizzare direttamente il progetto e quindi escludono il PPP¹⁰⁰; altri ordinamenti vietano all'amministrazione comunale di cedere a privati la proprietà e il diritto di superficie di beni immobili comunali destinati all'adempimento di pubbliche funzioni (es. art. 90 Ordinamento comunale del Nordrhein-Westfalen), risultando così di ostacolo ai quei modelli di PPP che prevedono il trasferimento della proprietà o del diritto di superficie di un terreno comunale a un privato¹⁰¹. Un ulteriore aspetto potenzialmente problematico riguarda le tariffe delle tasse pubbliche e delle forme di pagamento privato per gli utenti di un determinato servizio pubblico che in genere, secondo gli ordinamenti comunali, sono di competenza esclusiva del Comune e per cui il Comune è vincolato al principio dell'equivalenza tra prestazione e pagamento¹⁰² – aspetto, questo, che rende alcune forme di PPP basate sul rifinanziamento tramite gli utenti decisamente poco attraenti per i privati. Infine, diversi ordinamenti impongono al Comune determinati vincoli nel momento in cui esso partecipa ad imprese in forma privatistica (ad esempio società a responsabilità limitata e società per azioni)¹⁰³. In molti ordinamenti comunali si stabilisce in particolare che l'ente pubblico territoriale ha l'obbligo di esercitare un potere di direzione e di influenza effettiva sull'impresa in forma privata cui partecipa (ad es. art. 122.3 Ordinamento comunale del *Land* Hessen; art. 103 Ordinamento comunale del Baden-Württemberg); in Niedersachsen, nelle società di diritto privato di cui il Comune detenga oltre il 50% del capitale, il Comune è tenuto ad as-

compiti cui il Comune deve assolvere nell'interesse della comunità locale (C. FUSARO, *op. cit.*). Sulle problematiche connesse all'impatto della normativa comunale sulla realizzazione di PPP si veda, fra i tanti, P.J. TETTINGER, *Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft*, in R. WENDT *et al.* (a cura di), *Staat – Wirtschaft – Steuern. Festschrift für K.H. Friauf*, Müller, Heidelberg, 1996, 569 ss.

¹⁰⁰ Ci sono comunque delle eccezioni: la *Gemeindeordnung* del Land Brandenburg, ad esempio, obbliga il comune a trasferire ai privati le prestazioni che i privati possono assicurare in condizioni di affidabilità uguali e costi uguali o minori a quelli comunali “fintantoché ciò è compatibile con l'interesse pubblico” e “nell'interesse di un' oculata gestione di bilancio” (art. 100, 3° comma).

¹⁰¹ P.J. TETTINGER, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., 6.

¹⁰² Cfr. M. BURGI, *Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung*, in NVwZ, 2001, 601 ss.; P.J. TETTINGER, *Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnerships*, cit., 769.

¹⁰³ V. M. BURGI, *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 1997, 3, 269.

sicurarsi il diritto di ultima parola su tutte le questioni più rilevanti (art. 109 Ordinamento comunale del Niedersachsen). Proprio affinché i Comuni possano garantire un vasto controllo sulle società di cui fanno parte, molti ordinamenti comunali obbligano i Comuni ad assicurarsi che, al momento di costituzione di una società di diritto privato cui partecipi anche il Comune, vengano inserite nello statuto particolari disposizioni a garanzia dell'ente pubblico¹⁰⁴. Disposizioni del genere vengono estese in molti casi anche alle società in cui il Comune ha una partecipazione minoritaria e prevedono che il Comune si garantisca un controllo o un'influenza proporzionale alla propria quota di partecipazione e abbia comunque una responsabilità limitata. Tali previsioni rendono sicuramente il ricorso a forme privatistiche e società miste particolarmente complesso per la difficoltà di conciliare norme pubblicistiche, quali quelle degli Ordinamenti comunali, con le norme del diritto commerciale e societario – problema acuito tra l'altro dal fatto che gli ordinamenti comunali sono di competenza del *Land* mentre il diritto societario e quello commerciale sono di competenza federale.

Proprio la consapevolezza della portata circoscritta dell'ÖPP-BeschlG ha portato la “grande coalizione” a promuovere, già nel 2006, una nuova azione legislativa che avrebbe dovuto portare all'emanazione di una Legge per la semplificazione del PPP (*ÖPP-Vereinfachungsgesetz*). I lavori si sono tuttavia interrotti con il cambio di legislatura del 2009 e al momento la legge non è ancora stata emanata.

A completare il quadro giuridico di riferimento per il PPP in Germania è opportuno citare anche la “Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza” (*Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz*, abbr. FStrPrivFinG)¹⁰⁵ emanata il 30 agosto 1994 allo scopo di far fronte alla profonda crisi che, da primi anni '90, aveva investito il settore del finanziamento delle infrastrutture dei trasporti. Poiché i finanziamenti pubblici non riuscivano a far fronte agli alti costi connessi al rinnovamento (ma anche in parte alla creazione stessa) della rete viaria e delle infrastrutture dei trasporti nei nuovi *Länder*, si iniziarono a cercare nuovi modelli¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ad es.: art. 111 Ordinamento comunale del Niedersachsen; artt. 103 e 103a Ordinamento comunale del Baden-Württemberg; art. 96 Ordinamento comunale del Sachsen; art. 122 Ordinamento comunale del *Land* Hessen; artt. 108 e 113 Ordinamento comunale del Nordrhein-Westfalen. Cfr. sul punto C. FUSARO, *op. cit.*

¹⁰⁵ Disponibile sul sito: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/fstrprivfinG/gesamt.pdf>.

¹⁰⁶ La letteratura a riguardo è estremamente vasta. Si vedano ad es.: A. BUCHER, *Privatisierung von Bundesfernstraßen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996; C. TOMAS, *Die Privatisierung von Bundesfernstraßen*, Frankfurt M., Lang, 1997; H.J. EWERS-H. RODI, *Privati-*

e forme di finanziamento nel settore autostradale per arrivare infine all'emanazione del FStrPrivFinG. Questa legge permette ai privati la costruzione, la manutenzione e la gestione di alcuni tratti delle autostrade e delle strade federali per un determinato periodo di tempo (in genere 30 anni). Per il rifinanziamento tale legge stabilisce un rapporto diretto tra il privato incaricato della realizzazione del progetto e gli utenti. Si tratta del c.d. "F-Modell", ovvero di quella forma di concessione di lavori in cui la pubblica autorità incarica il privato della costruzione e della gestione di un'opera (in questo caso di un tratto della rete stradale e autostradale federale) dandogli la possibilità di rifinanziarsi tramite un pedaggio imposto agli utenti per il tratto in questione (v. *supra*, § 3.2). La legge, completamente rinnovata prima nel 2001 e poi nel 2005 con l'ÖPP-BeschlG, prevede la possibilità di rifinanziamento tramite pedaggio *solo* per ponti, tunnel e passi montani appartenenti alla rete autostradale e stradale federale e per le corsie aggiuntive delle strade federali a più corsie e conferisce al Ministero per le costruzioni, i trasporti e l'edilizia il potere di determinare i tratti da realizzare secondo il FStrPrivFinG in accordo con i governi dei *Länder*, ma senza necessità di approvazione da parte del *Bundesrat* (art. 3, 1° comma). Il FStrPrivFinG non ha prodotto ad oggi i risultati sperati¹⁰⁷. Nel 1994, subito dopo l'emanazione della legge, il Ministero per i trasporti, le costruzioni e l'edilizia, in collaborazione con i *Länder*, aveva redatto una lista di 32 progetti eventualmente adatti all'applicazione del FStrPrivFinG, ma le successive analisi economiche e tecniche di verifica dell'effettiva opportunità di adottare lo "F-Modell" hanno portato già nel 1997 ad una drastica riduzione del numero dei progetti (da 32 a 17) – numero che si è ulteriormente abbassato fino al 2004 (solo 7 progetti pianificati sulla base del FStrPrivFinG) alla luce degli esiti negativi dei due progetti del *Warnow-Tunnel* e dello *Herrentunnel* realizzati con tale modello (v. *infra*, § 5.2.1).

sierung der Bundesautobahnen, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995; M. UECHRTZ, *Mautfinanzierung des Ablaufstiegs*, in *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, 2002, 317 ss.; D. NEUMANN-H. MÜLLER, *Privat- und Benutzerfinanzierung der Bundesfernstraßen*, in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2003, 300 ss.; F. ROTH, *Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland*, in *NVwZ*, 2003, 1057 ss.; C. ZEISS, *Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur: Modelle, Strukturen, nationales Haushaltsverfassungsrecht und Wettbewerbsorientierung des Gemeinschaftsrechts*, Bonn, Bonn Univ. Diss., 2000; S. SCHMITT, *Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private nach dem FStrPrivFinG*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

¹⁰⁷ P.J. TETTINGER, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., 2.

5. Problemi e prospettive

5.1. Il PPP nel Regno Unito: punti di forza e problemi aperti

Il partenariato pubblico-privato nel Regno Unito, nonostante abbia conosciuto grande diffusione soprattutto a partire dalla fine degli anni Novanta, è ancora oggetto di accese controversie. Se da un lato l'“entusiasmo” per il partenariato che ha caratterizzato la politica inglese della *private finance initiative* trova effettivamente riscontro in buona parte della letteratura, dall'altro sono altrettanto numerosi gli studi in cui il PPP viene fortemente criticato sulla base di diverse argomentazioni: se ne mette in dubbio ad esempio il reale vantaggio dal punto di vista dell'utilità economica e della flessibilità, oppure la stessa legittimità in quanto velata forma di privatizzazione di funzioni che dovrebbero rimanere “pubbliche”¹⁰⁸. Se si osserva la casistica dei progetti già realizzati, essa sembra fornire prove a sostegno sia dei sostenitori del PPP che dei suoi detrattori (v. *infra*) e non permette dunque facili generalizzazioni. Del resto, come evidenziato nell'ultimo rapporto del 2010 della Commissione per gli Affari Economici della *House of Lords*, una valutazione completa dei progetti PPP sarà possibile solo nei prossimi decenni¹⁰⁹.

Le motivazioni che hanno spinto e tuttora portano il Governo a sostenere il PPP e che trovano conferma in parte della letteratura a riguardo sono molteplici. In primo luogo il ricorso al settore privato per l'espletamento di funzioni pubbliche viene considerato uno strumento ottimale per ottenere il miglior rapporto costi-benefici¹¹⁰. Rispetto al settore pubblico, quello privato possiede una maggiore competenza tecnica ed economica per la realizzazione dei progetti, ha una maggiore capacità di innovazione e adattamento e più possibilità di far fronte ad eventuali imprevisti o di abbandonare attività prive di successo¹¹¹. Inoltre, considerando in particolare

¹⁰⁸ Tra le posizioni più apertamente critiche nei confronti del PPP si trova ad esempio quella di Unison (The Public Service Trade Union). Cfr. ad es. UNISON, *PFI: Failing our Future*, 2002, <http://www.unison.org.uk/acrobat/B537.pdf>.

¹⁰⁹ *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 7.

¹¹⁰ P.V. ROSENAU (a cura di), *Public-Private Policy Partnerships*, Cambridge (Massachusetts), MIT, 2000; M.G. POLLITT, *The Declining Role of the State in Infrastructure Investment in the UK*, in *International Joint Research Project Series*, 2000, 4, 142 ss.

¹¹¹ In ambito americano si veda S. OSBORNE-T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector from Schoolhouse to Statehouse*, New York, Plume, 1993; cfr. anche O. HART, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships*, in *Economic Journal*, 2003, 113, 69 ss.

i progetti PFI, il settore privato, ricevendo i compensi sulla base degli standard di qualità raggiunti, è più incentivato a mantenere alti livelli di performance e a usare le risorse pubbliche nel modo più produttivo e con meno sprechi¹¹². Una migliore qualità dei servizi offerti deriva del resto anche dalla possibilità, offerta dalla PFI e da altre forme di PPP, di integrare le fasi di pianificazione, progettazione e realizzazione¹¹³ nonché dal fatto che il privato è in genere responsabile anche della manutenzione e della gestione dell'infrastruttura interessata dal progetto: costruire con alti standard di qualità è infatti a lungo termine più vantaggioso in quanto comporta costi di manutenzione inferiori e garantisce il rispetto dei requisiti contrattuali di performance anche per le fasi successive del progetto¹¹⁴. Inoltre, è stato calcolato che i tempi di realizzazione dei progetti "convenzionali" sono dall'1% al 4% più lunghi dei tempi di realizzazione di progetti PFI¹¹⁵. Notevoli vantaggi per tutte le parti contrattuali sono offerti ovviamente anche dalla possibilità di condividere rischi e responsabilità¹¹⁶. Tutti questi aspetti sembrano essere confermati dai rapporti ufficiali del NAO (*National Audit Office*), del Ministero del Tesoro e di *Partnerships UK* che descrivono in genere risultati positivi per quanto riguarda la realizzazione di progetti PFI. Secondo i dati del Ministero del Tesoro, il ricorso al finanziamento privato per l'adempimento di funzioni pubbliche ha portato nell'ultimo trentennio considerevoli benefici al settore pubblico. In particolare, la PFI ha permesso una migliore ripartizione dei rischi e quindi un miglior *management* del rischio per tutto l'arco di vita del progetto; ha portato ad un maggior *focus* sulla *due diligence*¹¹⁷ e ha reso possibile una migliore integrazione delle competenze di progettazione, costruzione e gestione. Il fatto che i pagamenti da parte del settore pubblico dipendano dalla performance del partner privato e che quindi il recupero del finanziamento dipenda anche dalla capacità del partner privato di rispettare gli standard di qualità prestabiliti, ha portato i privati a migliorare l'efficienza e la qualità delle proprie presta-

¹¹² M. TODD-P. WARE, *Social Care, Contracts and Voluntary Sector Providers: A View from the UK*, in *International Journal of Public-Private Partnership*, 2000, 2, 233 ss. Si veda anche S. OSBORNE, *Public Private Partnership: Theory and Practice in International Perspective*, New York, Routledge, 2000.

¹¹³ T.M. NISAR, *op. cit.*, 5.

¹¹⁴ Ivi, 7.

¹¹⁵ M. MACDONALD, *Review of Large Public Procurement*, rapporto per conto dello HM Treasury, 2002, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/d/7\(3\).pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/7(3).pdf).

¹¹⁶ Cfr. T. BESLEY-G. MAITREESH, *Government versus Private Ownership of Public Goods*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, 116, 1343 ss.

¹¹⁷ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, *passim*.

zioni. Altri studi ufficiali condotti sui progetti PFI già operativi indicano che in genere tali progetti hanno dimostrato un buon rapporto costi-benefici: il rapporto redatto dalla Anderson & LSE Enterprise nel 2000 su commissione del Ministero del Tesoro inglese rileva, per i 29 progetti PFI analizzati, risparmi per le casse pubbliche pari al 17% rispetto alle forme di approvvigionamento tradizionali¹¹⁸; nel rapporto del NAO del 2000, dedicato all'utilità economica della PFI e basato sull'analisi di sette progetti campione, si parla di risparmi per le casse pubbliche pari al 10-20%¹¹⁹. Da un sondaggio condotto sempre dal NAO nel 2001 risulta che l'81% dei dirigenti del settore pubblico ha giudicato "soddisfacenti" i progetti PFI dal punto di vista della "utilità economica", con il 52% che li ha giudicati da "buoni" a "eccellenti"¹²⁰; ancora il NAO ha pubblicato nel 2003 un rapporto sull'andamento della PFI da cui si rileva che solo per l'8% dei progetti PFI si sono avuti ritardi nella realizzazione e comunque in tutti i casi non vi sono state spese *over-budget* per il settore pubblico. Nel caso dell'approvvigionamento tradizionale invece, il 70% dei progetti è stato realizzato in ritardo e il 73% di essi era *over-budget*¹²¹. I progetti PFI sembrano dunque superare quelli convenzionali per velocità, efficacia e utilità economica. Infine, secondo quanto riportato da *Partnerships UK* nel 2006, i 30 progetti di ospedali più recenti da realizzare con contratti PFI hanno un risparmio medio di 29 milioni di sterline se confrontati con i loro PSCs (*public sector comparators*)¹²².

Anche per quanto riguarda la qualità dei servizi offerti, i rapporti ufficiali rilevano buoni risultati: il 96% dei dirigenti del settore pubblico intervistati ha giudicato soddisfacente la performance del progetto PFI (il 66% l'ha giudicata da buona a molto buona)¹²³. Un recente rapporto (2008) sull'utilizzo di progetti PFI nell'ambito dell'istruzione scolastica ha indivi-

¹¹⁸ A. ANDERSEN & LSE ENTERPRISE, *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative, Report Commissioned by the UK Treasury Task Force on Public-Private Partnerships*, London, 2000.

¹¹⁹ NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO), *Examining the Value for Money of Deals under Private Finance Initiative*, 1999, http://www.nao.org.uk/publications/9899/examining_the_value_for_money.aspx.

¹²⁰ NAO, *Managing the Relationship to Secure a Successful Partner in PFI Projects*, 2001, http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/01-02/0102375.pdf.

¹²¹ NAO, *PFI: Construction Performance*, 2003, http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/02-03/0203371.pdf.

¹²² PARTNERSHIPS UK, *Report on Operational PFI Projects*, 2006, http://www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/doc_70_22-3-2006-13-58-41.pdf.

¹²³ *Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value*, 8.

duato una correlazione statisticamente rilevante tra progetti di istruzione PFI e miglioramenti nei risultati scolastici¹²⁴.

Tuttavia, come è stato evidenziato da alcuni, le stime ufficiali possono essere guidate e influenzate da decisioni politiche¹²⁵ e offrono dunque spesso una interpretazione solo parziale dei dati empirici. L'*Institute of Public Policy Research* (IPPR) ha sottolineato ad esempio la necessità di evitare le generalizzazioni entusiastiche e adottare invece un approccio differenziato ai vari ambiti di applicazione della PFI: se in alcuni settori, come quello carcerario, i progetti PFI hanno effettivamente comportato notevoli vantaggi, in altri settori, ad esempio quello ospedaliero e della sanità in genere, gli effetti positivi sono decisamente più limitati¹²⁶. A conclusioni analoghe si giunge se si osservano ulteriori *case studies* dedicati alla PFI. Un recente studio (2007) dedicato alla PFI nel Regno Unito, ad esempio, prende in esame 5 progetti PFI appartenenti rispettivamente all'ambito carcerario (*HMP Altcourse*), dell'istruzione nell'ambito della difesa (*MOD's Army Foundation College*), dei servizi comunali (il progetto per le case popolari *London Borough Housing Scheme*) e sanitario (*South Manchester NHS Trust Hospital* e *Refinancing of the Norfolk and Norwich PFI Hospital*), al fine di indagare se con essi siano stati effettivamente raggiunti tre obiettivi fondamentali, ovvero: rispetto dei limiti temporali di realizzazione dei lavori; qualità di progettazione e costruzione e di performance operativa; *price certainty* per i Dipartimenti. Dai risultati dell'analisi emerge un quadro alquanto differenziato: per il progetto *HMP Altcourse* e per *South Manchester Trust Hospital*, ad esempio, non si sono avuti costi aggiuntivi rispetto a quelli stabiliti contrattualmente (*price certainty*), l'infrastruttura è stata realizzata ancora prima dei termini e la performance di costruzione è stata portata avanti con un alto standard di qualità, mentre la "performance operativa", relativa alla gestione del carcere e dell'ospedale, non risulta del tutto soddisfacente e presenta notevoli punti deboli soprattutto per quanto riguarda la sicurezza dei carcerati e le competenze del personale specializzato (per *HMP Altcourse*) e per quanto riguarda i servizi i livelli di igiene e *catering* (per il *South Manchester Trust Hospital*). Nel caso del *Foundation College*, invece, sia il parametro della *price certainty* che quello della qualità di performance

¹²⁴ KPMG, *Investment in School Facilities and PFI – Do They Play a Role in Educational Outcomes?*, 2008, <http://www.kpmg.co.uk/pubs/310991.pdf>.

¹²⁵ INSTITUTE OF PUBLIC POLICY RESEARCH, *The Risky Business of Public-Private Partnerships to Deliver on Public Services*, London, Ippr, 2001. Si veda sul punto anche J. HALL, *Private Opportunity, Public Benefit?*, in *Fiscal Studies*, 1998, 19, 121 ss.

¹²⁶ M.G. POLLITT, *op. cit.*, *passim*.

risultano soddisfatti, ma si sono verificati ritardi nella realizzazione. Anche il progetto *Refinancing of the Norfolk and Norwich PFI Hospital* è stato portato avanti con successo: c'è tuttavia stato un errore da parte del Ministero del Tesoro nella contrattazione della percentuale di ripartizione degli utili tra il settore pubblico e quello privato, cosicché degli utili derivanti dal rifinanziamento solo il 30% fluisce effettivamente nelle casse pubbliche. Per quanto riguarda infine il progetto di rinnovo delle case popolari, esso ha rappresentato invece un vero e proprio fallimento, tanto da essere ritirato dal Ministero del Tesoro nel 2005. Il progetto risultava infatti estremamente costoso per le autorità locali e non è stato accettato dalla popolazione (nel referendum svolto nel 2005 tra i soggetti interessati l'80% dei voti è risultato contrario alla PFI)¹²⁷.

Questo studio, così come altri *case studies* del settore, basandosi su un campione limitato di progetti non permette di trarre conclusioni generali; ne emerge comunque che gli effettivi vantaggi e/o svantaggi della PFI, e in genere del PPP, sono sempre da valutarsi caso per caso. Spesso infatti, come è stato lamentato da parte della letteratura, i progetti PPP si rivelano eccessivamente costosi soprattutto considerando che il credito fornito dalle banche alle società di realizzazione di un progetto PPP, a causa dei maggiori rischi di progetto, "costa" molto di più di quello che verrebbe fornito alla pubblica autorità in caso di approvvigionamento convenzionale e non sempre si riesce a compensare tale svantaggio garantendo una migliore qualità di realizzazione o un management più oculato¹²⁸. Se a ciò si aggiungono gli alti costi di consulenza e quelli connessi alle modifiche di progetto in corso d'opera (v. *infra*), è facile comprendere come il progetto PPP possa rivelarsi in taluni casi non adeguato a soddisfare il principio della utilità economica. In particolare, come rilevato da altri studi del settore, la PFI sembra risultare non adeguata per progetti con basso *capital value* (in questo caso i costi del processo di aggiudicazione sarebbero sproporzionati rispetto al valore del progetto); per progetti in settori che sono soggetti a cambi e innovazioni non prevedibili e/o continui e per progetti di rinnovamento e restauro per cui manca sufficiente concorrenza (meno di tre offerenti)¹²⁹.

Del resto, anche lì dove il ricorso al partenariato pubblico-privato appare più adeguato alla realizzazione di un determinato progetto, sussistono

¹²⁷ T.M. NISAR, *op. cit.*, 14.

¹²⁸ Sulla problematica dei "costi" dei finanziamenti si veda *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 12 ss.

¹²⁹ Ivi, 25.

ancora numerosi problemi aperti. Una delle criticità principali riguarda la difficoltà di attuare un monitoraggio adeguato dei progetti da parte delle autorità pubbliche¹³⁰. A ciò si aggiunge la problematica delle modifiche dei progetti successive alla stipula dei relativi contratti e che quindi intercorrono nella fase operativa: nonostante il Ministero del Tesoro abbia “esortato” la pubblica autorità a indire nuove gare per le modifiche di maggiore entità, al 2008 il 30% dei cambiamenti dei progetti risulta avvenuto al di fuori del regime di concorrenza, ovvero senza che venissero indette nuove gare. Alcuni dati rilevati dal NAO mostrano peraltro che le modifiche di progetto vengono spesso sfruttate dai partner privati per aumentare i propri profitti del 5-25%¹³¹. Il Governo centrale, in particolare il Ministero del Tesoro e *Partnerships UK*, si sono impegnati ad emanare una nuova guida relativa alle modifiche dei progetti PFI che attui una differenziazione tra modifiche di minore, media e maggiore entità e comprenda modelli di “protocolli di modifica di progetto” con prezzi e tariffe da stabilire prima della stipula dei contratti e da revisionare annualmente. Un primo *change protocol* è stato già elaborato per il progetto *Building Schools for the Future* e comprende un *price framework* entro il quale le parti contraenti sono tenute a negoziare eventuali modifiche di progetto (si distinguono in particolare tre categorie di prezzi: la prima, fino a £ 5000, la seconda tra £ 5000 e 100,000 e la terza, oltre £ 100,000). Secondo quanto affermato da un portavoce di *Partnerships for Schools*, l’organo incaricato del BSF, nel caso in cui non si riuscisse a trovare un accordo circa il costo delle modifiche, le autorità aggiudicatrici “in alcune circostanze” potrebbero cercare un altro partner tramite nuova gara¹³². Anche il *National Health Service*, nell’estate del 2008, ha iniziato a prendere provvedimenti volti a limitare le spese pubbliche dovute alle modifiche dei progetti PFI e ha annunciato la pubblicazione di una nuova guida che prevederà varie modalità di controllo dei costi dei progetti PFI tra cui anche l’obbligo per le autorità aggiudicatrici di indire una nuova gara di appalto per modifiche con valore superiore alle 100,000 sterline¹³³. Tali provvedimenti hanno naturalmente suscitato

¹³⁰ Cfr. sul punto HOUSE OF COMMONS – COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmpubacc/332/332.pdf>.

¹³¹ NAO, *Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, http://www.nao.org.uk/publications/0708/making_changes_operational_pfi.aspx.

¹³² Si veda *Crackdown Begins on PFI Overcharging*, in *Building*, 30 maggio 2008, <http://www.building.co.uk/story.asp?storycode=3114809>.

¹³³ M. GLACKIN, *PFI Changes to Be Put out to Tender*, in *Building*, 13 giugno 2008, <http://www.building.co.uk/story.asp?storyCode=3115872>.

critiche nel settore privato dove si è evidenziato che simili disposizioni potrebbero rendere i progetti PFI poco “attraenti” per gli offerenti e quindi avere un effetto inibitorio sugli investimenti privati¹³⁴.

Un ulteriore problema nell’attuazione della PFI e del PPP in genere riguarda la difficoltà di prevenire eventuali comportamenti scorretti da parte dei privati. È stata rilevata ad es. un’estrema varietà dei prezzi dei materiali impiegati all’interno dei singoli progetti, per cui anche una semplice “presa elettrica” arriva a costare dalle 30 alle 300 sterline a seconda del progetto: il che induce a pensare ad un comportamento poco corretto da parte dei partner privati che tentano comunque di massimizzare i propri profitti a scapito dei partner pubblici. Ciò dipende nuovamente da un difetto di monitoraggio e controllo da parte degli aggiudicatori pubblici – difetto a sua volta collegato al fatto che spesso le autorità aggiudicatrici non dispongono di un manager di progetto a tempo pieno¹³⁵: un dato difficilmente accettabile dal momento che si tratta di progetti che coinvolgono notevoli somme di denaro pubblico. Il problema è che tutto l’apparato di *voluntary guidance* sulla PFI “consiglia” alle autorità aggiudicatrici di incaricare una persona del management di progetto a tempo pieno ma non le “obbliga” a farlo. Lo stesso vale per le autorità scolastiche, ospedaliere ecc.: anche se coinvolte in progetti PFI, non sono tenute ad avere uno staff o almeno un manager che si occupi del progetto per tutto l’arco di realizzazione. L’assenza di disposizioni vincolanti si riflette così in modo estremamente negativo sul management del progetto, almeno da parte pubblica¹³⁶.

Un’ulteriore problematica connessa alla realizzazione dei PPP riguarda il coinvolgimento di manager privati negli organi pubblici responsabili della PFI: lo stesso capo della *PFI-Policy* del Ministero del Tesoro (McKechnie) appartiene attualmente all’impresa privata Deloitte e il Tesoro paga 150,000 sterline all’anno alla Deloitte per il servizio prestato da McKech-

¹³⁴ M. GLACKIN, *Tough PFI Policy May Put off Bidders*, in *Building*, 20 giugno 2008, <http://www.building.co.uk/story.asp?storycode=3115872>.

¹³⁵ Si tratta di una delle questioni affrontate dalla Commissione parlamentare *Committee of Public Accounts* nella seduta del 6 febbraio 2008 dedicata alla PFI e incentrata sulla discussione del rapporto NAO *Making Changes in Operational PFI Projects* del 2008. HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, cit.

¹³⁶ Questa è ad esempio l’opinione della *Committee of Public Accounts* espressa in HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, cit., *Ev.* 6. Di parere contrario invece i rappresentanti del Ministero del Tesoro che non reputano necessaria la presenza di un management a tempo pieno per tutti i progetti PFI (*ibidem*).

nie – una cifra estremamente alta e sicuramente contraria al principio del risparmio e dell'utilità economica che invece dovrebbe essere alla base della PFI¹³⁷. La necessità di ricorrere a Deloitte viene giustificata dal Ministero del Tesoro con l'esigenza di avvalersi della consulenza del settore privato per far in modo che il settore pubblico, potendo approfittare delle competenze di *insiders*, non venga "raggirato" dai partner privati. Tuttavia, la questione degli alti costi di consulenza che ancora gravano sulla spesa pubblica per la realizzazione di progetti PFI rappresenta effettivamente un problema aperto che rischia di mettere in discussione l'effettiva utilità economica della PFI a lungo termine, nel Regno Unito come negli altri Paesi (si veda ad esempio il caso tedesco, su cui *infra*, § 5.2). A questi si aggiungono i costi di management aggiuntivi che spesso vengono richiesti dalle SVP e contro cui tuttavia il Ministero del Tesoro ha già preso provvedimenti nell'ultima versione 2007 della SoPC.

Alle questioni sopra citate si aggiungono una serie di problematiche evidenziate in letteratura e che riguardano o aspetti generici relativi alla PFI oppure settori specifici di attuazione di progetti PFI, quali ad esempio quello dell'educazione, della sanità o quello dei trasporti. Tra i problemi che interessano in generale tutto l'ambito del partenariato pubblico-privato, uno dei più attuali è quello che riguarda l'adozione del sistema IFRS (*International Financial Reporting Standards*). Si teme in particolare che il passaggio all'IFRS possa avere conseguenze negative sui bilanci delle autorità pubbliche coinvolte in progetti PFI (progetti che, con i nuovi standard, verrebbero inclusi nel bilancio). In genere sussiste ancora una notevole incertezza circa le modalità di transizione all'IFRS¹³⁸ e la praticabilità di tale passaggio per il settore della PFI¹³⁹. Sia il Ministero del Tesoro che il *Department of Health* hanno recentemente (settembre-dicembre 2008) emanato linee guida in materia, ma le effettive conseguenze dell'adozione dell'IFRS per il settore della PFI sono ancora difficilmente prevedibili e quantificabili.

Un altro ambito problematico è quello della ripartizione dei rischi che, come si è visto in precedenza, riveste un'importanza fondamentale per la riu-

¹³⁷ Ivi, *Ev.* 9.

¹³⁸ Cfr. ad esempio DEPARTMENT OF HEALTH, *IFRS and PFI & LIFT – Position Statement*, 22 ottobre 2008, <http://www.info.doh.gov.uk/doh/finman.nsf/4db79df91d978b6c00256728004f9d6b/64006b771c9fdc7b802574f300573361?OpenDocument>.

¹³⁹ Sui problemi connessi all'adozione dell'IFRS di veda ad esempio N. BENNET, *IFRS: Will We Count the True Costs of PFIs?*, 2007, http://www.scott-moncrieff.com/pdfs/IFRS_Nov_07.pdf.

scita di un progetto PFI¹⁴⁰. Non sempre infatti è possibile individuare quale parte contrattuale possa far fronte ad un determinato rischio nel modo ottimale e anzi alcuni rischi non possono essere controllati da nessuna delle parti contrattuali: rimangono dunque alcune categorie di rischio difficilmente “allocabili”¹⁴¹ che creano ancora eccessiva incertezza. Inoltre, poiché talvolta è difficile quantificare determinati rischi è anche difficile stabilire se il “premio di rischio” richiesto dal partner privato sia effettivamente proporzionato (come compensazione della propria esposizione) o meno¹⁴².

Da molte parti inoltre si è iniziato a mettere in dubbio la validità del *Public Sector Comparator*¹⁴³. È estremamente difficile ottenere dati precisi circa il costo del progetto realizzato con metodi convenzionali, dal momento che i costi variano enormemente a seconda del tempo, del luogo, degli offerenti, ecc.¹⁴⁴. Il PSC diventa troppo velocemente *out of date* perché possa essere considerato un valido parametro per giudicare l'utilità economica di un progetto PFI¹⁴⁵. Esso inoltre non prende in considerazione tutta una serie di parametri non quantitativi che invece possono rivelarsi di particolare rilevanza per determinare l'effettiva utilità economica di un progetto PFI. Lo stesso Ministero del Tesoro, nella sua guida per la valutazione del *value for money*, sottolinea la necessità di affiancare al PSC altre modalità di analisi e valutazione (vedi *infra*, § 3.2).

¹⁴⁰ Sulla questione dei rischi nei progetti PFI si veda ad esempio R. TINSLEY, *Advanced Project Financing: Structuring Risks*, London, Euromoney Books, 2005; L. BING-A. AKINTOYE-P.J. EDWARDS-C. HARDCASTLE, *The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in the UK*, in *International Journal of Project Management*, 2005, 23, 25 ss.; J. FROUD-J. SHAOUL, *Appraising and Evaluating PFI for NHS Hospitals*, in *Financial Accountability and Management*, 2001, 17, 247 ss.; J. SHAOUL, *A Critical Financial Analysis of the Private Finance Initiative: Selecting a Financing Method or Reallocating Economic Wealth?*, in *Critical Perspectives on Accounting*, 2005, 16, 441 ss.; A. POLLOCK-D. PRICE-M. DUNNIGAN, *Deficits before Patients: A Report on the Worcestershire Royal Infirmary PFI and Worcestershire Hospital Configuration*, London, UCL, 2000.

¹⁴¹ R. LISSAUER-P. ROBINSON, *A Learning Process: Public Private Partnerships in Education*, London, IPPR, 2001.

¹⁴² F. CASSELLA, *op. cit.*

¹⁴³ Per *Public Sector Comparator* si intende il costo stimato di realizzazione di un progetto tramite metodi convenzionali e non tramite PPP.

¹⁴⁴ T.M. NISAR, *op. cit.*, 5 ss.; sul problema della difficoltà di calcolo del *Public Sector Comparator* e quindi della difficile attuazione di un confronto di economicità affidabile si veda *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 14 ss.

¹⁴⁵ P. EDWARDS-J. SHAOUL, *Partnerships: For Better, for Worse?*, in *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 2003, 12, 397 ss.

5.1.1. La London Tube

Quale caso emblematico delle problematiche che ancora caratterizzano l'attuazione del PPP nel Regno Unito si citerà brevemente quello della metropolitana londinese. A marzo del 2003, al termine di un processo di aggiudicazione durato 5 anni e costato circa 455 milioni di sterline (!)¹⁴⁶, il Dipartimento dei Trasporti ha lanciato tre progetti di PPP per la manutenzione e il rinnovo dei treni, delle stazioni, della segnaletica e delle rotaie della metropolitana di Londra, di responsabilità della *London Underground* (per un costo di 15,7 miliardi di sterline in 30 anni, di cui 9,7 miliardi nei primi sette anni e mezzo). La scelta di rinnovare la metropolitana di Londra tramite tre diversi contratti PPP ha portato ad una struttura estremamente complessa e causato notevoli problemi di management. Due di questi contratti sono stati stipulati con il consorzio *Metronet* (in particolare, uno con *Metronet BVC* e uno con *Metronet SSL*), mentre il partner privato del terzo progetto è il consorzio *Tube Lines*. Il partner pubblico è invece *London Underground*. Secondo le disposizioni contrattuali, *London Underground* mantiene la responsabilità per la gestione quotidiana e la sicurezza mentre le tre imprese private di infrastrutture, dette *Infracos*, sono incaricate del rinnovo e della manutenzione della rete metropolitana e vengono pagate da *London Underground* sulla base della loro performance e dei risultati di volta in volta raggiunti¹⁴⁷. Inoltre, a differenza di quanto avviene in altri modelli di PPP, il contratto prevede la possibilità di modificare i requisiti di performance e la determinazione del prezzo ogni sette anni e mezzo. A luglio 2003 il Governo centrale ha trasferito la proprietà di *London Underground* all'autorità locale londinese e in particolare a *Transport for London* (TfL), che è direttamente responsabile di fronte al *London Major*. Il Dipartimento dei Trasporti continua comunque a sostenere finanziariamente i tre progetti con somme altissime (v. *infra*) – una spesa pubblica che si riflette necessariamente sui contribuenti. Per ovviare alla diffidenza dei finanziatori nei contratti di PPP, si è stabilito infatti che ai finanziatori di £ 3,8 miliardi di sterline (c.d. *senior debt*) venga restituito il 95% del loro investimento in caso di rescissione del PPP o di fallimento di una delle *Infracos*. L'autorità pubblica si è fatta dunque garante di buona parte del debito.

¹⁴⁶ HM TREASURY, *London Underground Private Public Partnerships*, 2005, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmpubacc/446/446.pdf>.

¹⁴⁷ NAO, *London Underground: Are the Public Private Partnerships Likely to Work Successfully?*, London, 2004, http://www.nao.org.uk/publications/0304/london_underground_-_are_the.aspx; NAO, *London Underground and PPP: were they Good Deals?*, London, 2004, http://www.nao.org.uk/publications/0304/london_underground_ppp.aspx.

I risultati finora raggiunti sono estremamente negativi tanto che il PPP della *London Tube* è stato dichiarato ufficialmente “fallito”¹⁴⁸: la separazione tra l’incarico di gestione quotidiana e sicurezza, che è rimasto della *London Underground*, e quello del rinnovo e della manutenzione, ha portato ad una eccessiva mancanza di coordinamento, con ovvie disfunzioni della rete di trasporti e considerevoli disagi per gli utenti; i livelli di qualità e sicurezza sono decisamente bassi (aumento di incidenti, deragliamenti ecc.); i partner privati sono risultati incapaci di rispettare i tempi previsti e hanno superato eccessivamente i costi pronosticati. I problemi maggiori si sono avuti in particolare con *Metronet* che ha superato di 2 miliardi di sterline i costi previsti ed è arrivata al fallimento (!) nel luglio 2007: si è dovuta applicare in questo caso la PPP *administration* prevista dal *Greater London Authority Act 1999* (v. *supra*, § 4.1) in modo che venisse comunque garantito agli utenti il trasporto pubblico. L’autorità pubblica, in particolare *London Underground*, ha dovuto “acquistare” il 95% dei debiti di *Metronet* e il Dipartimento dei trasporti ha fornito 1,7 miliardi di sterline a sostegno di tale operazione e si è fatto dunque carico della maggior parte dei rischi di fallimento¹⁴⁹. I costi per le casse pubbliche sono stati dunque altissimi e il principio della utilità economica è stato completamente disatteso. Si calcola che il fallimento di *Metronet* sia costato alle casse pubbliche circa 450 milioni di sterline in più rispetto a quanto sarebbe costato restituire analoghi prestiti concessi direttamente alla pubblica autorità in caso di realizzazione convenzionale del progetto, poiché i finanziatori, reputando più rischioso il finanziamento del PPP, hanno imposto tassi di interesse molto maggiori rispetto a quelli che invece caratterizzano prestiti alla Pubblica Amministrazione. Peraltro, anche *Tube Lines* non sta dando risultati soddisfacenti ed è a tutt’oggi incapace di rispettare i tempi di realizzazione e rimanere al di sotto dei tetti di spesa previsti.

Il ricorso al PPP nel caso londinese non ha dunque portato né ad alti standard di qualità ed efficienza, né ad una più veloce realizzazione delle opere, né tanto meno ad un risparmio per le casse pubbliche, rivelandosi invece estremamente dispendioso. È stato stimato che la spesa pubblica causata dal fallimento di *Metronet* abbia comportato un danno per i contribuenti che va dai 170 ai 400 milioni di sterline¹⁵⁰. Vi è dunque un fallimento

¹⁴⁸ Si veda la comunicazione del 26 marzo 2010 della *Transport Select Committee* pubblicata sul sito di *Transport for London* (<http://www.tfl.gov.uk/corporate/media/newscentre/archive/15116.aspx>).

¹⁴⁹ NAO, *The Failure of Metronet*, 2009, http://www.nao.org.uk/publications/0809/the_failure_of_metronet.aspx.

¹⁵⁰ Ivi.

su tutta la linea. Le cause di questa situazione sono molteplici e complesse. Si evidenzieranno qui solo alcuni dei principali aspetti: in primo luogo il management del rischio è stato estremamente deficitario – un aspetto acuito dal fatto che il Dipartimento dei trasporti si è fatto carico di gran parte dei rischi pur non essendo parte contrattuale e quindi non avendo a disposizione strumenti di management del rischio (ad es. la possibilità di chiedere indagini e rapporti sull'attività) né alcuna possibilità di influenza sui contratti o di monitoraggio della performance¹⁵¹. In secondo luogo, le disposizioni contrattuali non contenevano previsioni atte a vincolare la stipula del contratto alla valutazione della solidità e della credibilità della struttura di *corporate governance* del partner privato né previsioni volte a limitare eventuali conflitti di interesse tra i diversi azionisti del partner privato, in particolare nel caso essi fossero anche fornitori dello stesso: il fallimento di *Metronet* è stato causato in gran parte proprio da deficienze di *governance*, da strutture di management che davano eccessivo potere ai soci fornitori e dall'incapacità di incentivare gli stessi ad agire nell'interesse dell'intero gruppo. Le disposizioni contrattuali inoltre non contenevano precisi vincoli riguardanti lo scambio di informazioni di qualità sia tra partner pubblico e privato, sia tra i diversi soci del partner privato. Questa asimmetria informativa, da un lato, ha acuito i problemi di *governance* all'interno di *Metronet*, e dall'altro, ha reso difficile se non impossibile il monitoraggio da parte delle autorità pubbliche. A tali aspetti si è cercato di porre rimedio con la nuova versione della standardizzazione dei contratti di PPP del 2007 che invece contiene precisi requisiti relativi alla *governance* del partner privato e agli obblighi informativi. C'è stato inoltre un problema di coordinamento tra le autorità pubbliche, ovvero tra *London Underground, Transport for London* e l'*Arbiter* (v. *supra*, § 4.1), e di mancato "allineamento" delle loro agende – con conseguenti problemi nel monitoraggio, nello scambio di informazioni ecc. In particolare, l'*Arbiter*, in quanto parte esterna, aveva accesso a maggiori informazioni relative alla performance di *Metronet* e avrebbe potuto, anzi, dovuto innescare un sistema di *early warning* relativo ai deficit di performance e alle implicazioni per i costi. Vi sono poi stati degli errori a monte: l'utilizzo del solo *Public Sector Comparator* nella valutazione dell'opportunità di ricorrere al PPP per la metropolitana londinese si è rivelato insufficiente e inefficace perché non ha permesso di valutare con sufficiente margine di precisione i costi futuri; inoltre la stessa scelta di non limitare il partenariato solo ai lavori di rinnovo e restauro di maggiore entità

¹⁵¹ Cfr. i dati riportati in HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *Department of Transport: the Failure of Metronet*, 2010, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmpubacc/390/390.pdf>.

ma di estenderlo all'intera gamma dei lavori di gestione e manutenzione ordinaria è stata eccessivamente ottimistica. Infine, non essendo possibile ottenere un trasferimento del rischio significativo al settore privato, il Governo avrebbe dovuto prendere in considerazione il ricorso a un *public sector bond* affinché il finanziamento privato non diventasse troppo costoso¹⁵².

Quello della metropolitana londinese rappresenta sicuramente un caso eccezionale, anche solo in ragione delle altissime garanzie offerte dal partner pubblico – garanzie che in genere non si hanno nei progetti PPP e sicuramente non di tale entità¹⁵³. Tuttavia, rappresenta un esempio negativo da tener presente perché vengano evitati errori analoghi nelle disposizioni contrattuali, nel monitoraggio e nel processo di esame preliminare dell'effettiva opportunità di ricorrere ad un PPP.

5.2. Problemi di attuazione del PPP in Germania

Come già rilevato nel caso del Regno Unito, anche in Germania il partenariato pubblico-privato rappresenta a tutt'oggi un tema molto controverso. Secondo i dati ufficiali, i 91 progetti PPP realizzati in Germania al 31 dicembre 2009 nell'ambito della pubblica edilizia hanno mostrato un netto miglioramento nell'efficienza (in media 14,5%)¹⁵⁴. Tra i fattori che determinano una maggiore efficienza dei progetti PPP si citano: la riduzione dei costi di realizzazione (fermo restando il livello di qualità prestabilito) e dei costi di gestione dovuta al fatto che il privato è maggiormente motivato a evitare sprechi e dispone di strumenti di management più efficaci ed efficienti; la riduzione dei tempi di pianificazione e costruzione; la presenza di meccanismi contrattuali volti a garantire l'efficienza e la qualità della prestazione (tra questi ad esempio le previsioni che inseriscono detrazioni nei pagamenti nel caso non vengano soddisfatti gli standard contrattati); la possibilità di sfruttare il *know how* e la *expertise* del partner privato¹⁵⁵. Poiché tuttavia i progetti realizzati sono ancora relativamente po-

¹⁵² HOUSE OF COMMONS-COMMITTEE OF PUBLIC ACCOUNTS, *London Underground Public Private Partnerships*, 2005, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmpubacc/446/446.pdf>.

¹⁵³ *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 23.

¹⁵⁴ *Öffentlich Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 16.

¹⁵⁵ Ivi. Cfr. ad esempio anche la posizione dell'Associazione tedesca delle imprese edili: DEUTSCHE BAUINDUSTRIE, *Positionspapier. Öffentlich-Private Partnerschaften: Argumente gegen Vorurteile*, 2010, http://www.ppp-plattform.de/file.php?article=2241&file=HBi_PositionspapierInternet.pdf.

chi e sono molto recenti è ancora troppo presto perché si possa formulare una valutazione effettiva; ed infatti, se si eccettuano alcuni testi incentrati su aspetti parziali¹⁵⁶, mancano ancora in Germania studi empirici che si occupino del PPP sulla base dei progetti realizzati.

Anche in Germania le iniziative governative volte a stimolare il più possibile la realizzazione e la diffusione di PPP non hanno incontrato consenso unanime ma sono state variamente criticate sia da alcune fazioni politiche (in particolare dai Verdi e dalla PDS/*Die Linke*) sia da alcuni settori dell'economia e da parte della dottrina¹⁵⁷. In primo luogo, il partenariato pubblico-privato viene considerato potenzialmente dannoso per l'economia locale. Questa critica si basa sulla considerazione che, nei processi di selezione delle imprese private interessate al partenariato, le grandi imprese sono sicuramente avvantaggiate rispetto alle piccole e medie imprese. Il partenariato porta dunque necessariamente ad un ulteriore potenziamento delle grandi imprese e ad un conseguente indebolimento delle PMI: dal momento che il maggior ambito di applicazione del PPP è quello comunale, l'eccessiva diffusione del PPP avrebbe l'esito paradossale di causare svantaggi proprio per quelle imprese che sono invece fondamentali per lo sviluppo comunale e regionale. Effettivamente anche dai dati ufficiali si rileva che nei progetti di PPP più complessi e di vaste dimensioni non sono coinvolte PMI (che non dispongono né del capitale né del personale necessario), tuttavia sembra che le PMI partecipino comunque a progetti di dimensioni ridotte (per volumi di investimento inferiori ai 10-15 milioni di euro) oppure come imprese di subappalto nei progetti maggiori¹⁵⁸. Il problema lamentato da alcuni settori della piccola e media impresa è che, in caso di subappalto, le imprese PMI sono spesso costrette ad accettare condizioni sfavorevoli (es. *dumping* salariale, pressioni sui prezzi ecc.), ma anche in

¹⁵⁶ C. REICHARD, *Organisations-PPP – Typologie und praktische Ausprägung*, in D. BUDÄUS (a cura di), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 77-94; W. KILLIAN-P. RICHTER-J. HENDRIK TRAPP (a cura di), *Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen. Modernisierung des öffentlichen Sektors*, Berlin, Sigma, 2006.

¹⁵⁷ Per una ricognizione degli aspetti più controversi del PPP si veda ad esempio: M. KUHN, *Öffentlich-Private Partnerschaften. Eine Bestandaufnahme aus kommunaler Sicht*, in U. v. ALEMMAN-C. MÜNCH (a cura di), *Europafähigkeit der Kommunen*, Wiesbaden, VS – Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, 165 ss.; cfr. anche B. LADWIG, *Public Private Partnership als Handlungsfeld für Ver.di: Erfahrungen und Erwartungen prägen gewerkschaftliche Kriterien an gute Projekte*, in AA.VV., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, Berlin, Ver.di, 2006, 101 ss. Molto critici sono in genere tutti gli articoli pubblicati sulla rivista *Alternative Kommunalpolitik*.

¹⁵⁸ DIFU, *Bericht 2007*, 14, disponibile sul sito: <http://www.difu.de/archiv/Ber-07-4.pdf>.

questo caso i dati empirici risultano alquanto discordi¹⁵⁹. Al fine di chiarire la problematica del coinvolgimento delle piccole e medie imprese nella realizzazione di PPP, il governo federale ha incaricato l'Istituto per l'urbanistica (Difu) di condurre un'analisi su un campione di 30 progetti PPP per individuare eventuali necessità e strategie di intervento atte a facilitare la partecipazione delle PMI a progetti di partenariato¹⁶⁰: i risultati dell'analisi, pubblicati a gennaio 2008, confermano l'assenza di PMI per progetti con volumi di investimenti superiori ai 15 milioni di euro. Si rileva dunque la necessità di promuovere lo sviluppo di competenze adeguate alla realizzazione di PPP nelle PMI e indagare strategie volte a incentivare la loro partecipazione come partner principali anche in progetti di grandi dimensioni, soprattutto nel settore dei trasporti. In questa direzione si sta muovendo anche parte della letteratura specialistica. I risultati prodotti dall'indagine del Difu contrastano comunque con quanto riportato da altre fonti (ad esempio dall'Unione federale delle medie imprese edili); il rapporto tra PPP e PMI è dunque ancora estremamente controverso e pone la necessità di ulteriori studi e analisi approfondite. Particolarmente problematico per le PMI risulta in particolare l'ambito delle infrastrutture dei trasporti, tanto che l'Unione federale delle medie imprese edili, nel 2008, si è opposta esplicitamente all'iniziativa del Ministro dei trasporti di iniziare altri 8 progetti pilota sulla base dello "A-Modell"¹⁶¹.

Un'altra questione controversa riguarda l'effettiva utilità economica del PPP¹⁶². Da più parti si evidenzia come la realizzazione di PPP in molti casi non abbia prodotto i risultati auspicati in termini di risparmio ma si sia rivelata anzi estremamente dispendiosa per le casse pubbliche¹⁶³. Alti costi, che in genere non vengono presi in considerazione nel "confronto di economicità", sono ad esempio quelli che riguardano tutte le fasi precedenti alla stipula del contratto e alla realizzazione dei progetti (ad es. costi di consulenza) che sono in genere estremamente alti. A ciò si aggiungono le preoccupazioni che la partecipazione privata, orientata al profitto, possa portare in realtà ad un abbassamento degli standard di qualità e sicurezza.

¹⁵⁹ Ivi, 15.

¹⁶⁰ DIFU, *PPP und Mittelstand*, 2008, <http://www.difu.de/index.shtml?/publikationen/>.

¹⁶¹ BVMB, *Nein zu weiteren PPP-Autobahnprojekten! – Sparpolitik des Bundes gefährdet Bauwirtschaft*, Comunicato stampa del 14 luglio 2008.

¹⁶² R. BUTZ, *Reibungslose Baustellen und ein ruiniertes Kreishaushalt*, in *AKP*, 2006, 2, 45 ss.

¹⁶³ B. LADWIG, *op. cit.*, 111.

Un ulteriore aspetto del PPP variamente criticato riguarda il fatto che a lungo termine il PPP può comportare una dipendenza dal partner privato decisamente rischiosa dal punto di vista economico¹⁶⁴. Non sono stati sufficientemente studiati i casi in cui il partner privato si trovi in difficoltà economica e non riesca più a ottemperare agli impegni presi e quindi non sono state ancora elaborate forme di garanzia soddisfacenti; il che potrebbe avere effetti deleteri per la spesa pubblica¹⁶⁵. In genere, comunque, le posizioni più critiche nei confronti del PPP lamentano una limitazione del raggio di azione e dell'autonomia organizzativa della pubblica autorità, in particolare di quella comunale – limitazione che avrebbe necessariamente ricadute negative sullo sviluppo locale¹⁶⁶. Inoltre, il coinvolgimento di privati nell'adempimento di funzioni pubbliche solleva problemi di natura costituzionale: la Legge fondamentale contiene infatti alcuni principi e disposizioni che limitano il principio della "libertà di azione" universalmente riconosciuto alla pubblica autorità per l'adempimento delle sue funzioni. Si tratta in primo luogo del "principio democratico" (*Demokratieprinzip*) e dei compiti statali¹⁶⁷: la cooperazione con i privati nell'ambito di un partenariato pubblico-privato comporta necessariamente una perdita (parziale o totale a seconda dei casi) di influsso da parte dello Stato sulle funzioni pubbliche interessate. La costituzionalità di una simile perdita è necessariamente connessa al tipo di funzione pubblica coinvolta nel partenariato: se la funzione rientra nel c.d. "nucleo essenziale" (*Kernbereich*) delle responsabilità statali, allora lo Stato può essere l'unico responsabile e ogni forma di adempimento di tale funzione che implicasse anche una responsabilità privata sarebbe incostituzionale. Il timore di molti è che l'eccessivo diffondersi delle forme di PPP, implicando una diminuzione dell'influsso statale sull'adempimento di funzioni pubbliche, comporti una perdita sostanziale di democraticità e legittimità. La problematica si estende dunque a quella delle prestazioni essenziali e degli ambiti di esclusiva competenza statale e rientra così nell'acceso dibattito, sviluppatosi a partire dagli anni Novan-

¹⁶⁴ G. JOKSCH, *Patentrezept oder Placebo?*, in *AKP*, 2006, 2, 38 ss.

¹⁶⁵ S. LANGE, *Private Public Partnership: eine Chance zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben oder ein politisches Feigeblatt zur Privatisierung?*, in AA.VV., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 37 ss.

¹⁶⁶ I. WICHERT, *Erfahrungen, Ergebnisse und kritische Auseinandersetzung mit PPP im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge*, in AA.VV., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 34 ss.

¹⁶⁷ J. HELLERMANN, *Einleitende Bemerkungen zu PPP aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in AA.VV., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 7 ss.; P. HETTLICH, *ÖPP ist nicht die Lösung*, in *AKP*, 2006, 2, 52.

ta¹⁶⁸, relativo alla legittimità della partecipazione privata all'adempimento di funzioni pubbliche¹⁶⁹. In questo modo tale problematica si ricollega anche alla controversa questione della interpretazione stessa del termine "funzioni pubbliche" (*öffentliche Aufgaben*) – termine la cui accezione non è mai stata chiarita in modo definitivo dal Tribunale Costituzionale Federale¹⁷⁰.

Accanto agli studi che mettono in discussione la legittimità e l'opportunità del PPP troviamo poi tutta una serie di studi incentrati sui problemi di attuazione del PPP, ovvero che affrontano problematiche specifiche connesse alla realizzazione dei partenariati. Molti degli aspetti trattati sono analoghi a quelli riscontrati nel caso inglese: ad esempio il problema dell'analisi dell'economicità, le questioni che riguardano il calcolo e l'utilizzo del *Public Sector Comparator* così come la difficoltà del monitoraggio ad opera dell'autorità pubblica e gli effetti negativi delle asimmetrie informative tra partner pubblico e privato e tra i diversi partner pubblici coinvolti (v. *supra*, § 5.1)¹⁷¹. A ciò si aggiungono gli studi incentrati sui problemi giuridici connessi al partenariato pubblico-privato ed in particolare sugli effetti dell'applicazione della normativa comunitaria al PPP. Come si è detto in pre-

¹⁶⁸ In particolare, il dibattito ha preso avvio a partire da una sentenza del Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG) del 24 maggio 1995 (BVerfGE 93, 37 ss.) relativa ad una legge dello Schleswig-Holstein che concedeva a privati (nella fattispecie a rappresentanze del personale) il diritto di influire sulle misure amministrative del *Land* riguardanti il personale. La Corte costituzionale giudicò la legge incostituzionale in quanto in violazione del *Demokratieprinzip* (principio democratico). Solo successivamente, con la sentenza "Lippeverband und Emschergerossenschaft" del 5 dicembre 2002, il BVerfG ha chiarito che il principio stabilito nel 1995 è da riferirsi solo alla "amministrazione statale diretta", e non si estende ai casi di imprese pubbliche (nella fattispecie *Wasserverbände*) che coinvolgono anche privati (BVerfG, sentenza 5 dicembre 2001, in *DöV*, 2004, 910 ss.).

¹⁶⁹ La letteratura in materia è estremamente vasta. Si citeranno qui solo alcuni dei contributi più recenti: P.J. TETTINGER, *Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnerships*, in *DöV*, 1996, 764 ss.; ID., *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen*, in *NWVBl.*, 2005, 1 ss.; J.A. KÄMMERER, *Privatisierung*, in *JZ*, 1996, 1042 ss.; H. PETERS, *Öffentliche und staatliche Aufgaben*, in R. DIETZ-H. HÜBNER, *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München, Beck, 1965, II, 877 ss.; U. DI FABIO, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, in *JZ*, 1999, 585 ss.; H.J. BONK, *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*, in *DVBl.*, 2004, 141 ss., 146; W. WEIR, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002; J. BECKER, *Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, in *DöV*, 2004, 910 ss.; G. BRITZ, *Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts*, in *VerwArch*, 2000, 418 ss.

¹⁷⁰ Sul punto si veda H.J. BONK, *op. cit.*, 141 ss.

¹⁷¹ Cfr. D. BUDÄUS-B. GRÜB, *Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung*, in *ZögU*, 2007, 3, 245 ss., spec. 266.

cedenza, infatti, alla maggior parte dei modelli di partenariato (se si eccettuano quelli sotto soglia e alcune forme quali le concessioni) si applica la normativa comunitaria sugli appalti¹⁷². Si tratta di una normativa che pone in genere molti vincoli alla Pubblica Amministrazione relativamente alle procedure di selezione, alla fase delle trattative, alla redazione degli avvisi di gara ecc. – vincoli che sono giustificati dalla necessità di garantire trasparenza e parità di trattamento e quindi evitare distorsioni della concorrenza, ma che allo stesso tempo implicano alti costi e aggravii di tempo e limitano la libertà di azione e il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione¹⁷³. In particolare, per quanto riguarda il PPP, la dottrina rileva in genere una situazione di “conflitto” tra la rigida regolamentazione degli appalti dettata dalla normativa comunitaria (e dalla relativa applicazione a livello nazionale) e la flessibilità richiesta invece dal partenariato pubblico-privato. La disciplina degli appalti si basa infatti sul principio che tutti gli offerenti europei devono avere uguali possibilità di presentare la propria offerta e che l'appalto deve essere aggiudicato all'offerta più vantaggiosa. Per garantire tale possibilità e permettere un confronto sensato tra le singole offerte, si impone alla Pubblica Amministrazione di definire l'oggetto dell'appalto nel modo più chiaro e preciso possibile già nel bando di gara:

¹⁷² La letteratura a riguardo è molto ampia. Si vedano, tra i tanti, M. MÜLLER-G. BRAUSER-JUNG, *op. cit.*; J. ZIEKOW-T. SIEGEL, *Die Vergaberechtpflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand*, in *VergabeR*, 2005, 145 ss.; S. ARROWSMITH, *Public Private Partnership and the European Procurement Rules: EU Politics in Conflict?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 709 ss.

¹⁷³ A lungo tempo in Germania, soprattutto a livello comunale, si è tentato di “aggirare” i vincoli imposti dalla normativa sugli appalti tramite i c.d. “rapporti *in house*”, facendo rientrare in tale categoria di rapporti anche i c.d. “partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”, ma la più recente giurisprudenza europea, ha adottato una interpretazione così restrittiva del rapporto *in house* da escludere completamente ogni forma di partenariato pubblico-privato da tale categoria e vincolarla quindi al diritto sugli appalti (v. le sentenze della Corte giust. CE, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*; 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 10 novembre 2005, C-29/04; 11 maggio 2006, C-340/04; 19 aprile 2007, C-295/05). La letteratura a riguardo è estremamente ricca. Si vedano, tra i tanti M. KRAJEWSKI-N. WETHKAMP, *Die vergaberechtfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben*, in *DVBl.*, 2008, 355 ss.; T. BERGMANN, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2005; M. SÖBBEKE, *In-house quo vadis? Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften nach den EuGH-Urteilen “Stadt Halle” und “Carbotermo”*, in *DöV*, 2006, 996 ss.; C. ZEISS, *Public Private Partnerships und gemischtwirtschaftliche Gesellschaften am Ende?*, in *DöV*, 2005, 819 ss.; U-D. PAPE-H. HOLZ, *Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte*, in *NJW*, 2005, 2264 ss.; C. RIESE-A. V. D. EIKEL, *Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?*, in *VergabeR*, 2005, 590 ss.; J. ZIEKOW, *In-house-Geschäfte – werden die Spielräume enger?*, in *VergabeR*, 2006, 6 ss.

più la descrizione è precisa, più si potrà avere un processo di selezione equo. Dagli stessi principi derivano inoltre il primato della procedura aperta, così come il divieto di condurre trattative successive all'aggiudicazione¹⁷⁴, nonché precise limitazioni circa la possibilità di modificare le condizioni stabilite nei bandi di gara. L'applicazione di tali norme ai progetti di PPP vincolati al diritto sugli appalti è tuttavia decisamente problematica. Il principio di base dei PPP è infatti quello di lasciare al privato un ampio margine di libertà nell'elaborare, sulla base del proprio *know how* e delle sue competenze, soluzioni nuove per i problemi che la Pubblica Amministrazione si trova ad affrontare¹⁷⁵: proprio per rendere possibili soluzioni innovative, sarebbe opportuno che la Pubblica Amministrazione, al contrario di quanto previsto dalla disciplina sugli appalti, definisse nei bandi di gara solo gli scopi da raggiungere e alcuni requisiti minimi senza affrontare in dettaglio la descrizione della prestazione, in modo da lasciare al privato la possibilità di trovare i mezzi più adeguati a raggiungere gli obiettivi in questione. L'applicazione della normativa sugli appalti risulta di conseguenza svantaggiosa per i PPP e ciò rappresenta uno dei principali problemi lamentati in dottrina¹⁷⁶. In genere, almeno fino all'introduzione del dialogo competitivo, si è cercato di risolvere il conflitto tra la rigidità del diritto sugli appalti e le esigenze del PPP facendo ricorso alla c.d. "procedura negoziata"¹⁷⁷ che, pur essendo vincolata ai principi della trasparenza, della parità di trattamento, della economicità ecc. non vieta la possibilità di trattative successive alla stipula del contratto e, non essendo disciplinata in modo rigido, garantisce una maggior flessibilità. Tuttavia, la procedura negoziata è subordinata a quella aperta e può essere adottata solo in casi eccezionali, ovvero se con procedure aperte o ristrette non ci sono state offerte o se, nel caso di realizzazione di opere, la natura della prestazione e i rischi ad essa connessi non permettono una valutazione preventiva dei ri-

¹⁷⁴ J. ZIEKOW-T. SIEGEL, *Zulassung von Nachverhandlungen im Vergabeverfahren?*, in *NZBau*, 2005, 22 ss., spec. 24; M. KNAUFF, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden, Nomos, 2004, 24 ss.; S. ARROWSMITH, *The Problems of Discussion with Tenderer under the EC Procurement Directives: The Current Law and the Case for Reform*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, 95 ss.

¹⁷⁵ Cfr. sul punto BMVBW, *Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau"*, cit., vol. 1, 30.

¹⁷⁶ R. SCHENKE-S. KLIMPEL, *Verhandlungsverfahren versus wettbewerlicher Dialog: Neue Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften ÖPP / Public Private Partnership (PPP)*, in *DVBl.*, 1492 ss., 1493; S. ARROWSMITH, *Public Private Partnership and the European Procurement Rules: EU Politics in Conflict?*, cit., 711, 721.

¹⁷⁷ Ivi, 722. Cfr. anche F. ROTH, *Risikoverteilung bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften aus vergaberechtlicher Sicht*, in *NZBau*, 2006, 84 ss., spec. 86.

schì e dei costi globali. Il ricorso alla procedura negoziata per i PPP è stato motivato in Germania proprio sulla base della difficoltà di determinare i costi preventivi per i modelli di PPP; tuttavia questa posizione è stata implicitamente criticata dalla Commissione che, nel suo *Libro verde* sul PPP, ha specificato che il solo problema del calcolo dei costi e delle spese non è sufficiente a giustificare il ricorso a procedure negoziate¹⁷⁸.

L'introduzione del "dialogo competitivo", avvenuta in Germania tramite gli emendamenti della disciplina sugli appalti introdotti dall'*ÖPP-Beschleunigungsgesetz* (v. *infra*, § 4.2), nasce proprio dalla presa di consapevolezza di questa situazione di potenziale conflitto tra le procedure previste dalla normativa sugli appalti e le esigenze di flessibilità che caratterizzano il PPP. Secondo parte della letteratura, il dialogo competitivo dovrebbe portare ad una maggiore certezza giuridica ed avere effettivamente ricadute positive sulla realizzazione di PPP¹⁷⁹, garantendo quella flessibilità e quella libertà di azione che le procedure aperte e ristrette non possono offrire. Essendo strutturato in modo più chiaro rispetto alle procedure negoziate, dovrebbe garantire in modo migliore l'oggettività e l'integrità del processo di selezione e offrire una maggiore flessibilità nella fase di ricerca delle soluzioni¹⁸⁰. Rispetto alle procedure negoziate, inoltre, la nuova procedura prevede una maggior tutela della proprietà intellettuale¹⁸¹. Tuttavia, il dialogo competitivo, al contrario della procedura negoziata, una volta presentate le offerte definitive, non ammette trattative ulteriori sulle stesse (art. 6, 6° comma VgV) ed è stato quindi accolto con una certa diffidenza soprattutto da parte degli aggiudicatori pubblici¹⁸². Non è chiaro inoltre quale sia il

¹⁷⁸ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004) 327, punto 24. La Commissione cita invece come esempio in cui tale procedura è lecita i casi di lavori in zone caratterizzate da instabilità geologica e sismica dove effettivamente possono verificarsi rischi e costi non prevedibili.

¹⁷⁹ P. STEINBERG, *Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Europäische Genese und nationale Umsetzung*, in *NVwZ*, 2006, 1349 ss. Di opinione contraria invece R. LEINEMANN-T. MAIBAUM, *Die neue europäische einbeitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie*, in *VergabeR*, 2004, 275 ss., spec. 279; M. KNAUFF, *Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?*, in *NZBau*, 2005, 249 ss., spec. 252.

¹⁸⁰ M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 649 ss., spec. 657; A. KUS, *Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog*, in *VergabeR*, 2006, 851 ss.

¹⁸¹ M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 657.

¹⁸² Cfr. la risposta tedesca al *Libro verde: Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und*

marginale di discrezione a disposizione dell'aggiudicatore pubblico per stabilire se la complessità del progetto in questione possa legittimare il ricorso al dialogo competitivo; l'indeterminatezza del concetto di "appalti particolarmente complessi" contenuto nell'ÖPP-BeschlG provoca nuove incertezze e pone la necessità di chiarimenti¹⁸³. Inoltre non è chiaro il motivo per cui, anche se nelle motivazioni dell'ÖPP-BeschlG si riconosce l'utilità di questa procedura per il PPP, vengono comunque poste condizioni per la sua applicazione (v. art. 6a VgV)¹⁸⁴. L'efficacia di questa nuova procedura è dunque ancora oggetto di discussione e solo con la sua effettiva applicazione pratica sarà possibile verificarne le eventuali ricadute sulla realizzazione di PPP.

5.2.1. Il Warnow-Tunnel

Quale esempio delle problematiche emerse con l'attuazione pratica del PPP va citato il caso del *Warnow-Tunnel*. Il *Warnow-Tunnel* è stato il primo "F-Modell" realizzato ed è un tunnel che passa sotto il fiume Warnow e va ad affiancarsi al collegamento tra Rostock e Warnemünde. Il contratto di concessione è stato firmato nel 1996 con la società di progetto *Warnowquerung GmbH & Co. KG*, formata dall'impresa edile francese *Bouygues* ed altri investitori privati, ed ha una decorrenza di 30 anni. Il costo totale del progetto è stato di 215 milioni di euro, di cui il 20% deriva dal capitale proprio investito dal concessionario, il 68% è stato fornito dalle banche e il 12% è rappresentato da finanziamenti pubblici¹⁸⁵. Il calcolo del pedaggio relativo ai primi tre anni si è basato su una previsione di traffico e utilizzo del tunnel calcolata appositamente per il progetto in questione e sui costi di costruzione, manutenzione e gestione da ammortizzare nell'arco della concessione (questa previsione di traffico è stata fornita nel bando di gara ma non garantita dall'ente aggiudicatore).

A farsi carico del rischio che l'utilizzo reale dell'infrastruttura potesse rivelarsi inferiore a quello pronosticato e che quindi le entrate derivanti dal pedaggio fossero inferiori a quanto previsto è stato solamente il privato concessionario. Come unica garanzia, la società di progetto ha preteso dal-

den gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien für öffentliche Aufträge und Konzessionen, 2004, 12 ss.; cfr. anche M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 657.

¹⁸³ M. MÜLLER-G. BRAUSER-JUNG, *op. cit.*, 885 ss.

¹⁸⁴ Ivi, 889; cfr. anche M. FLECKENSTEIN, *op. cit.*, 78.

¹⁸⁵ E. GAWEL, *Private Finanzierung von Fernstraßen – Erfahrungen und Probleme*, in *Wirtschaftsdienst*, 2005, 3, 173 ss.

l'aggiudicatore la possibilità di prolungare la concessione nel caso il pagamento del pedaggio venisse sospeso per cause di forza maggiore. La città di Rostock si è impegnata a partecipare a eventuali costi (fino al 50% e comunque fino a massimo 10,26 milioni di euro) solo nel caso in cui si verificassero rischi di grande entità, non prevedibili e non imputabili a nessuno (ad esempio calamità naturali) e solo dopo che sia stata verificata la possibilità di ammortizzare le perdite tramite un prolungamento della concessione o altre soluzioni proposte dal concessionario. Il contratto di concessione, inoltre, *non* prevede che l'ente pubblico si impegni a non realizzare progetti potenzialmente in concorrenza con quello in oggetto per tutto l'arco di decorrenza del contratto; il che comporta ovviamente un elevato rischio per il concessionario.

Il problema è che le previsioni relative al traffico, ovvero all'utilizzo effettivo del tunnel, sono state totalmente disattese: le entrate effettive sono state infatti nettamente inferiori alle aspettative, il che ha causato ingenti perdite al partner privato¹⁸⁶. In particolare, la quantità media dei veicoli che attraversano il tunnel si è rivelata, già nei primi tre anni successivi all'apertura, inferiore alla metà di quella pronosticata. Ciò deriva in parte da un errore nel calcolo preventivo, in parte dal fatto che gli utenti hanno preferito aggirare il tunnel allungando il tragitto pur di non pagare il pedaggio. A causa di questo errore nella valutazione, le entrate derivanti dal pedaggio non hanno permesso alla società di progetto di coprire i costi secondo le proprie previsioni, il che a sua volta ha generato, nel 2006, un leggero aumento delle tariffe, comunque limitato dal timore che un eccessivo innalzamento del pedaggio avrebbe innescato una spirale negativa facendo diminuire gli utenti: un aumento del pedaggio tale da compensare le entrate ridotte avrebbe avuto solo l'effetto di stimolare il ricorso a vie alternative ed è stato dunque non praticabile. In questo modo tuttavia, il problema della copertura dei costi è rimasto aperto e, poiché secondo le disposizioni contrattuali solo il privato è tenuto a farsi carico dei rischi relativi ad un ridotto utilizzo dell'infrastruttura (a parte i casi di forza maggiore o calamità naturale), la società di progetto si è trovata a dover affrontare tale situazione senza poter ricorrere all'aiuto economico dell'aggiudicatore. La soluzione adottata è stata quella di modificare il contratto di concessione in modo da prolungare la concessione per altri 20 anni¹⁸⁷.

¹⁸⁶ B. STÜER, *Finanzierung von Straßen – Berichte*, in *DVBl.*, 2007, 231 ss.

¹⁸⁷ Si noti che esattamente gli stessi problemi si sono avuti con lo *Herrentunnel* di Lubecca. Il tunnel ha sostituito un ponte levatoio che più volte al giorno blocca il traffico per aprirsi e lasciar passare le navi. La concessione, anch'essa della durata di 30 anni, è stata

Nel caso del *Warnow-Tunnel*, come in quello dello *Herrentunnel* di Lubecca ad esso analogo, si è rivelata particolarmente deficitaria l'allocazione dei rischi che ha invece un'importanza fondamentale per la riuscita del PPP: nei contratti di concessione, sulla base di quanto previsto dal FStrPrivFinG, il rischio di una utenza inferiore a quella prevista viene affrontato unicamente dal partner privato e va indirettamente a ricadere sugli utenti (se ad esempio il partner privato decide di far fronte alla riduzione del numero di utenti aumentando il pedaggio), generando così una spirale negativa. A tale situazione si potrebbe ovviare modificando lo "F-Modell" in modo da prevedere la possibilità di un finanziamento pubblico in caso di riduzione non prevedibile dell'utenza. Il che tuttavia potrebbe essere in contrasto con il principio dell'utilità economica. In ogni caso, anche il procedimento di calcolo del pedaggio, secondo quanto riportato dallo stesso Ministero per i trasporti, le costruzioni e l'edilizia, si è rivelato eccessivamente complesso, privo di parametri chiari e certi e pone dunque la necessità di una chiarificazione e di un miglioramento.

Un ulteriore problema emerso nella realizzazione del progetto consiste nella "resistenza" degli utenti che hanno difficilmente accettato l'introduzione di un pedaggio e hanno preferito ricorrere a vie alternative pur di non dover sottostare al pagamento¹⁸⁸. Si tratta di una problematica già nota in Germania che interessa anche il pedaggio imposto ai mezzi pesanti (*Lkw-Maut*) nella rete autostradale e stradale federale dal 2004: non sono pochi i Comuni che hanno visto aumentare il traffico di mezzi pesanti nel proprio territorio fino a percentuali del 70% (!) a causa della c.d. *Mautflucht* (fuga dal pedaggio), ovvero della strategia dei mezzi pesanti di evitare i tratti a pedaggio scegliendo percorsi alternativi¹⁸⁹. La diffidenza degli utenti ha poi precise ricadute politiche, in quanto spinge i politici a livello regionale a non sostenere la realizzazione di progetti federali del "Modello F" proprio per il timore di perdere elettorato. Si viene così a creare un contrasto tra interesse federale e politica regionale del

affidata alla *Herrentunnel Lübeck GmbH & Co. KG*, di cui fanno parte le due imprese edili tedesche, *HOCHTIEF* e *Bilfinger & Berger*. L'investimento di 141 milioni di euro è stato finanziato al 55% da fondi pubblici. Il tunnel è stato aperto nel 2005 e questi primi cinque anni di attività hanno nuovamente rivelato gravi errori nella prognosi del traffico e quindi delle entrate derivanti dai pedaggi.

¹⁸⁸ Cfr i dati forniti dal Ministero per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica sul seguente sito: <http://www.bmvbs.de/dokumente/-,302.1001077/Fremddokument/dokument.htm>.

¹⁸⁹ Cfr. ad esempio C. STEHR, *Mautflucht und die Folgen – mögliche Maßnahmen im Straßenverkehr*, in *NVwZ*, 2006, 645 ss.

Land – contrasto che può avere un ruolo determinante per il fallimento del progetto di PPP. Da un lato sarebbe opportuno proporre progetti di PPP del tipo “F-Modell” solo dove non sussistono vie alternative o se ne prevede la chiusura; dall’altro i contratti di concessione del “Modello F” dovrebbero prevedere un preciso impegno da parte delle autorità locali a non intraprendere progetti “concorrenti” per tutto l’arco di durata della concessione. Parte della dottrina sottolinea inoltre che sarebbe opportuno ricorrere al PPP per progetti urgenti e con un alto potenziale di entrate, ma mantenere invece metodi di approvvigionamento tradizionali per progetti che hanno grande rilevanza regionale e politica a livello comunale e di *Land*¹⁹⁰. Un’altra possibilità sarebbe quella di ampliare l’ambito di applicazione del FStrPrivFinG in modo che esso non sia limitato solo a tunnel, passi montani e ponti ma anche ad altri tratti della rete autostradale e stradale (soprattutto a quelli difficilmente “aggirabili” tramite vie alternative)¹⁹¹.

La scelta del Governo è stata quella di preferire allo “F-Modell” lo “A-Modell” (v. *supra*, § 3.2)¹⁹². I progetti già realizzati con il “Modello A” sono infatti solo 4 ma sembrano aver dato fino ad oggi dei risultati soddisfacenti: essi si sono rivelati più vantaggiosi rispetto alle forme di realizzazione convenzionali, hanno permesso una realizzazione più rapida e rispettato gli standard di qualità. Rispetto al “Modello F”, il “Modello A” comporta rischi molto ridotti per il privato: nei tratti di autostrade interessate dai progetti, il rischio di una riduzione degli utenti è molto limitato¹⁹³ e comunque i contratti di concessione stipulati prevedono una serie di garanzie per i privati atte a prevenire rischi che mettano in pericolo la rendita del progetto. Essi implicano ad esempio in genere un finanziamento pubblico iniziale molto alto. Inoltre, il fatto che sia il *Bund* a riscuotere il pedaggio dai mezzi pesanti permette una più equa ripartizione del rischio di una diminuzione degli utenti.

¹⁹⁰ E. GAWEL, *op. cit.*, 178.

¹⁹¹ *Ibidem*. Sul punto si vedano anche: H.W. ALFEN-D. KNOPP, *Durchbruch bei Betreibermodellen in Deutschland*, in *Bauingenieur*, 2000, 1, 13; H.W. ALFEN-H. MAYRZEDT-H. TEGNER, *PPP-Lösungen für Deutschlands Autobahnen – Empfehlungen für eine erfolgreiche Umsetzung*, Weimar, 2004, 60.

¹⁹² Si vedano i dati forniti sul sito del Ministero federale dei trasporti: <http://www.bmvs.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB-LA/oepp-im-bundesfernstrassenbau-uebersicht-einzelprojekte-stand-fruehjahr-2010.html?nn=35602#doc22860bodyText1>.

¹⁹³ M. BURGI, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 655.

6. Conclusioni

Dall'esperienza comparata si possono trarre utili indicazioni in senso positivo e negativo per l'esperienza italiana. In primo luogo, i PPP non costituiscono la soluzione miracolosa e non si possono dare soluzioni e criteri generali. È opportuno invece che per ciascun progetto si valuti se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione, rispetto ad altre opzioni più tradizionali. Per fare ciò mi pare innanzitutto di grande utilità che si adottino, come nel Regno Unito, delle chiare linee guida e dei modelli contrattuali standardizzati, per facilitare la scelta da parte delle amministrazioni delle procedure più adeguate alle rispettive esigenze.

In secondo luogo, la strada per l'Italia deve essere quella di correggere le asimmetrie informative nel rapporto tra partner pubblico e privato – asimmetrie che determinano serie difficoltà nella allocazione ottimale del rischio. Tale ripartizione rappresenta, come si è visto, uno degli aspetti più importanti e problematici di tutto il partenariato ed è operazione estremamente complessa e priva di parametri definiti a livello giuridico (in questa direzione si sta muovendo tuttavia il Regno Unito).

C'è bisogno inoltre, in Italia, di fare valutazioni di sintesi che si fondino però su dati inequivocabili (purtroppo raramente disponibili) sulle performance delle gare (partecipanti, tempi ecc.), sui progetti (tempi di completamento, qualità del servizio, rinegoziazione ecc.), sull'operato delle Pubblica Amministrazione. Ci pare che in Italia, diversamente da quanto rilevato per il Regno Unito, manchino ad oggi anche degli indici di gradimento o meno da parte degli operatori e un monitoraggio approfondito sui progetti conclusi e su quelli in corso.

Altro aspetto centrale è il problema connesso alle modifiche dei progetti successive alla stipula dei relativi contratti. Si tratta di una questione delicata che riguarda non solo l'Italia e che comporta alti costi di transazione a carico delle Pubblica Amministrazione. Su ciò il Governo inglese si sta muovendo con fermezza, a dispetto delle critiche che gli vengono mosse dal settore privato. Sull'esempio inglese e tedesco si potrebbe inoltre prevedere una normativa fiscale specifica per il settore, a tutt'oggi inesistente in Italia. Lo stesso vale per le procedure di valutazione dell'economicità dei progetti e di monitoraggio delle diverse fasi di realizzazione dei progetti PPP: i due Paesi analizzati mostrano un ampio spettro di esempi, sia negativi che positivi, che è fondamentale tener presente al fine di prevenire gravi fallimenti quali quelli verificatisi ad esempio a Londra o a Rostock.

Infine, mi pare, il problema più serio è rappresentato dai rischi di con-

tenzioso, alimentati dalla complessità delle procedure e legati alla discrezionalità della amministrazione o alla impossibilità della stessa di assicurare il rispetto delle proprie obbligazioni di pagamento – problema che caratterizza il caso italiano e che allontana i capitali privati, italiani e stranieri.

