

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



LA PARTECIPAZIONE DEL PRIVATO NELL'ECONOMIA FRA *AUTHORITIES* E REGOLE DI *SOFT LAW*

C. Alessio Mauro

Abstract

[Private partnership in the economy between authorities and soft law rules] The essay addresses the issue of private intervention in the economy with reference to the public-private partnership. Outlining some aspects of the German, Australian and English legal systems, the creation of an organism (independent Authority) is envisaged to ensure adequate forms of control and monitoring and to guarantee even better the various forms of industrial planning and large-scale economic planning envisaged.

Key Words:

Regulating, Economy, Authorities, Soft law

Vol. 10 (2022)





La partecipazione del privato nell'economia fra *authorities* e regole di *soft law*

C. Alessio Mauro*

1. Prefazione

Nell'attuale congiuntura economica e finanziaria si sta registrando una significativa rivitalizzazione dei sistemi di partenariato pubblico privato, nella declinazione di condivisa modalità d'intervento nell'economia. L'espressione partenariato pubblico-privato (comunemente conosciuta con la sigla PPP) è volta a delineare le varie forme di cooperazione che possono svilupparsi tra gli enti pubblici e privati: l'ente pubblico si rivolge al privato con la finalità di ottenere finanziamenti e iniezioni di capitale e/o di devolvere a terzi la gestione, costruzione o realizzazione di infrastrutture; ovvero, ancora la fornitura di servizi di interesse pubblico; il privato svolge ed effettua il servizio pubblico richiesto, dietro remunerazione.

A fronte di un marcato scetticismo che, soprattutto nel diritto nazionale ha, dapprincipio, caratterizzato il delineato fenomeno (meglio conosciuto con l'accezione PPP), all'oggi sembra restituirsi a tale strumento le finalità che lo stesso intende perseguire. All'esigenza, infatti, di garantire un supporto economico e finanziario nell'ambito pubblicistico, si sta accompagnando un complessivo apparato, anche regolatorio, volto a assicurare il monitoraggio degli interventi di valenza pubblicistica. Basti considerare, come le stesse previsioni del Piano nazionale di ripresa e di resilienza contemplino effettive *guarentigie* procedurali¹, miranti ad ancor meglio supervisionare, rispetto al passato, l'*iter*

* C. Alessio Mauro, è Professore Straordinario di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi Link. Indirizzo e-mail: avv.alessio.mauro@gmail.com

¹ Il quadro previsionale è caratterizzato da specifiche modalità di controllo e di monitoraggio circa l'attuazione dei programmi afferenti al Piano. A norma del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, pubblicata nella G.U. del 31 luglio 2021, n. 81, è prevista la costituzione di organismi di coordinamento, riguardanti, in particolare, la costituzione di una c.d. cabina di regia ed una segreteria tecnica presso la presidenza del Consiglio dei ministri. È, inoltre, previsto un centro operativo nell'ambito del dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della presidenza del Consiglio dei ministri ed un centro di coordinamento presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Ai sensi dell'art. 12 (Poteri sostitutivi) del Decreto Semplificazioni 2021, d.l. n. 77/2021, conv. con mod. in L. 11.09.2020, n. 120, è stato previsto un sistema regolamentare in conseguenza del quale, nell'ipotesi di mancato rispetto degli obblighi e gli impegni finalizzati alla attuazione del PNRR, il Presidente del Consiglio dei Ministri assegna all'interessato un termine non superiore a trenta giorni per provvedere. E, nel caso di persistente inerzia, si

esecutivo dei progetti.

In guisa da affermarsi un nuovo modello d'intervento pubblico e privato nell'economia, traguardato al risultato finale.

È a margine del recente intervento del Governatore della Banca d'Italia dello scorso 31 maggio che si conferma la rinnovata fiducia negli strumenti di PPP, riecheggiano la valenza del Piano dove si coniugano “programmi di riforma e investimenti pubblici con quelli privati, contribuendo a realizzare la transizione digitale e quella ecologica o “verde”. Innova profondamente le modalità di attuazione delle misure: individua obiettivi specifici, anche per i programmi gestiti a livello locale; delinea gli interventi necessari a superare gli ostacoli normativi che potrebbero rallentare la realizzazione; stabilisce traguardi e scadenze sostenuti da un sistema capillare di monitoraggio”².

Nel prospettato ambito si staglia un sistema partecipativo in un'ottica di efficientamento della *res* pubblica, al fine di prefigurare un modello di mercato dei servizi e dei capitali volto ad assicurare il complessivo bene comune.

Evocativi, in tal senso, si prospettano i commenti di Ignazio Visco anche sotto tale profilo del coinvolgimento degli intermediari finanziari, richiedendosi “Un adeguato flusso di risorse private che, affiancandosi a quelle pubbliche, sostenga gli investimenti necessari per uno sviluppo equilibrato e duraturo del Paese dovrà essere fornito dal sistema finanziario (...) partecipando allo sforzo collettivo sostenuto dalle autorità monetarie e di bilancio, nazionali ed europee, per superare i contraccolpi di uno shock di così ampia portata come quello generato dalla pandemia”.

Un sistema che, in definitiva, intende imprimere al tessuto economico e finanziario una valenza trasversale, nella prospettiva di assicurare, nel contemporaneo coinvolgimento degli attori interessati, anche la realizzazione dei *Pillars* EU.

La complessiva ridefinizione del mercato economico e finanziario dovrà, *pro futuro*, postulare una riflessione in merito agli eventuali strumenti di adeguamento della legislazione in tema di PPP rispetto alla regolamentazione dell'intero settore industriale ed economico. Il tutto, alla luce dei nuovi paradigmi funzionali di matrice europea.

2. La disciplina degli enti locali e i modelli di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento tedesco: cenni

Il sistema legislativo tedesco ha registrato una particolare attenzione al partenariato pubblico-privato, nonostante la sua previsione sia stata adottata a livello istituzionale successivamente rispetto agli altri paesi europei³; tuttavia, è divenuto uno strumento fondamentale per

provvederà secondo le prescrizioni sancite dallo stesso art. 12 appena citato. Vengono, del pari, previsti programmi di superamento di eventuali dissensi, onde assicurare il celere perfezionamento degli interventi programmati. Quanto detto, ai sensi dell'art. 13 del Decreto semplificazioni citato, ove in caso di dissenso e/o diniego oppure opposizione di un Organo dello Stato che sia propedeutico alla realizzazione dell'opera, si sancisce che la Segreteria tecnica istituita secondo l'art. 4 del medesimo d.l. n. 77/2021, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, sottopone nei successivi cinque giorni la questione allo stesso Presidente del Consiglio che, a sua volta, provvederà all'esame di essa nell'ambito del Consiglio dei Ministri per la assunzione delle relative determinazioni. Cfr. per approfondimenti, C. DI MARZIO, *Il Decreto semplificazioni 2021. Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR)*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, fascicolo 3-4 del 2021, pag. 121 e ss.

² I. VISCO, *Considerazioni finali del Governatore, Relazione annuale, Banca d'Italia*, 31 maggio 2022, Roma, consultabile su: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/>

³ Si veda sul punto, C. RANGONE, *op. cit.*, p. 10, il quale specifica che nel modello tedesco, sino al 2001 vi è stata una forma minimale di disciplina legislativa; in seguito, la Germania ha cambiato rotta ed ha prodotto

l'Amministrazione tedesca tanto che nel 2017 è stato inserito nel novellato art. 90, comma 2⁴, della Costituzione.

Nel delineato ambito si apprezza un significativo ruolo ritagliato in favore degli Enti Locali, a cui nel tempo è stata attribuita una funzione primaria nella decodificazione della regolamentazione in materia. Gli Enti sono titolari di prerogative legislative ulteriori che si aggiungono a quelle nazionali e rivestono una importante funzione nella fase di contrattazione e gestione dei progetti di partenariato.

Tale modello rinviene il proprio presidio nel novero delle caratteristiche strutturali del sistema tedesco, organizzato secondo paradigmi decentrati, meglio conosciuto con l'accezione di federalismo accentrato. Trattasi di un sistema policentrico, laddove alla camera rappresentante del governo a livello centrale, il *Bundestag*, si delinea un'altra camera, il *Bundesrat*, che rappresenta i *Länder* a livello regionale. Nel particolare, gli stessi *Länder* non possono essere ricondotti al canonico modello regionale, come concepito nell'ambito italiano, costituendo piuttosto Stati federali unitari, dotati da una propria competenza territoriale che si esprime anche a livello legislativo. Sono, pertanto, rimesse ai medesimi *Länder* le decisioni afferenti alle materie che, per competenza, giustificano le scelte di quali progetti sviluppare, unitamente alle modalità gestionali.

Tali premesse consentono, pertanto, di meglio inquadrare il sistema di partenariato pubblico-privato in Germania.

È alla stregua del costante sviluppo delle forme di PPP nell'Ordinamento anglosassone (*public-private partnership*) che si è, conseguentemente, affermato tale modello anche nell'apparato tedesco (*de facto*, sviluppatosi soltanto dopo il 2000). Anche nel sistema tedesco, peraltro, la scelta del ricorso al PPP rinveniva il proprio fondamento nell'esigenza di mitigare il peso della spesa pubblica, stanti le criticità dei *deficit* finanziari registrati.

Ancora più nel dettaglio, risale al 2005 l'apparato disciplinatorio di cui al *Öffentlich-Private Partnerschaft*⁵ che ha, per la prima volta, coniato il generale modello delle *forme di cooperazione posti in essere tra stato, enti locali ed economia privati*. In forza della succitata normativa, infatti, l'Ordinamento ha conosciuto il c.d. *dialogo competitivo* per la selezione dell'operatore economico⁶. Tuttavia, già allora si prevedeva la coesistenza di diversi

negli ultimi 15 anni una intensa attività legislativa (come si avrà modo di specificare in seguito, sono state prodotte ben tre leggi di accelerazione e semplificazione in 15 anni; inoltre, è stata promulgata, nel 2005 la legge sul partenariato pubblico-privato che di fatto ha recepito le direttive europee sul punto; tale norma ha modificato la legge quadro sulle aggiudicazione, VOB/A).

⁴ Art. 90, comma 2 Cost. Federale Tedesca, Grundgesetz “(2) L'amministrazione delle autostrade federali è di competenza delle autorità amministrative federali. La Federazione può avvalersi di una società di diritto privato per l'adempimento delle proprie responsabilità. Questa società sarà di proprietà inalienabile della Federazione. I terzi non detengono alcuna partecipazione diretta o indiretta nella società e nelle sue controllate. I terzi non detengono partecipazioni nell'ambito di partenariati pubblico-privato in reti stradali comprendenti l'intera rete autostradale federale o l'intera rete di altre strade statali federali in un Land o parti significative di tali reti. I dettagli sono regolati da una legge federale”.

⁵ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmbedingungen für Öffentlich-Privaten Partnerschaften, definierte ÖPP-Beschl. G.

⁶ Tutto ciò è indubbiamente accettabile se la problematica viene esaminata da un punto di vista meramente teorico ma perde veridicità se l'analisi si sposta sul piano sostanziale. Invero, vi sono diversi profili di incertezza e problematicità che creano difficoltà di applicazione della disciplina. È dubbio infatti l'esatto contesto nel quale un appalto debba essere considerato sì complesso da ricorrere alla procedura negoziata, nonché quale sia l'effettiva discrezionalità del giudice pubblico. Il presente contributo tratta, per estratto e rivisitazione, alla luce dei successivi strumenti di PPP e del PNRR, alcuni dei profili comparati ed

elementi che potessero giustificare la legittimità del ricorso agli strumenti di PPP, ivi incluso il principio di *economicità*. Nel particolare, l'operazione doveva presentare nel suo complesso un maggior livello di economicità, rispetto all'impegno economico che sarebbe stato necessario in caso di assunzione esclusiva dei relativi oneri a carico della p.a. Dalla sua entrata in vigore, si aggiunga, si sono registrati indirizzi non univoci circa gli effettivi vantaggi del ricorso al PPP, delineandosi in dottrina opinioni contrastanti: vi sono dispute e dubbi in merito all'effettivo vantaggio economico apportato dallo sviluppo dei modelli di *partnership*⁷.

Il mercato tedesco del partenariato pubblico-privato (PPP) ha subito notevoli cambiamenti negli ultimi anni, complice anche l'arrivo della pandemia; il numero di nuovi PPP è diminuito nella prima metà del 2020, ma a questa diminuzione corrisponde un aumento del volume del mercato europeo dei PPP e del volume medio del progetto, che è più che raddoppiato. Purtroppo, l'atteso aumento dei progetti legati ai piani di ripresa per il 2021, autorizzati dalla Commissione europea, sono naufragati a seguito dell'arrivo della pandemia, con la conseguenza di spostare l'attenzione su progetti rapidi e facilmente attuabili. Tuttavia, ci si aspetta un notevole incremento del volume degli investimenti nelle infrastrutture ferroviarie, in cui i PPP svolgeranno un ruolo fondamentale nel passaggio alla transizione economica e verde⁸.

Nonostante il PPP sia stato inserito nell'articolo 90, paragrafo 2, della Costituzione federale tedesca ed in diverse altre fonti legislative, non è presente una vera definizione dell'istituto. Si riferisce a forme di cooperazione a lungo termine tra il governo e le aziende private che spesso comportano progetti infrastrutturali costosi.

3. Le best practice

Nell'ordinamento tedesco non si rinviene una specifica definizione di partenariato pubblico-privato, tanto che come si è visto anche nell'ambito della legge del 2005, in tema di *partnership*, non si è provveduto in tal senso. Rinvenendosi, al pari di quanto accade nel sistema inglese, una rosa di strumenti riconducibili nel novero del PPP. Viene in rilievo l'accezione meglio descritta nel contesto del Rapporto sul Partenariato pubblico-privato del 2003 della Commissione, in materia e nel settore dell'edilizia pubblica, laddove si tende a definire il PPP come “*collaborazione a lungo termine e regolata da un contratto tra la pubblica autorità e l'economia privata con lo scopo di garantire l'adempimento degli incarichi pubblici in modo più*

internazionali affrontati in C.A. MAURO, M. LACCHINI, *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico, verso un nuovo paradigma pubblico - privato, Parte III*, (a cura di C. A. MAURO - G. ANTONICELLI), Torino, 2017, pagg. 166 e ss.

⁷ G.C. FERONI, *op. cit.*, p.74. L'impatto dell'istituto del partenariato pubblico-privato nell'ordinamento tedesco è particolarmente controverso. In primo luogo, infatti, vi sono dei dati contrastanti in merito all'effettivo risparmio della spesa pubblica: sebbene in molti casi il partenariato abbia prodotto i risultati auspicati, i costi che gravano sulle casse dello Stato sono stati comunque ingenti, ed i progetti o gran parte di essi, sono stati comunque ritenuti eccessivamente dispendiosi; il secondo problema fondamentale attiene alla mancata presenza nell'ambito di tali strumenti delle PMI delle imprese medie e piccole; al fine di superare tale criticità, il governo federale ha incaricato un istituto apposito (DIFU) – l'Istituto per l'Urbanistica – di condurre un'analisi volta a verificare, basandosi sullo studio di un campione di 30 progetti, le ragioni che ostano all'introduzione dell'istituto. Infine, rilevano alcuni studiosi, che un eccessivo intervento del partner privato può essere rischioso da un punto di vista economica, poiché può comportare una dipendenza dai capitali non pubblici.

⁸ J. Bonhage, H. Mueller, *The Public-Private Partnership Law Review: Germany*, 25 Marzo 2022, in <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>

economico ed efficace e per tutta la durata del contratto. Le risorse necessarie all'adempimento degli incarichi in questione (es. knowhow, 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"⁹. Trattasi *prima facie* di una definizione dai contorni molto ampi, così da indurre a ritenere che in tale ambito possano tradursi molteplici forme di *partnership*, quali prototipi applicabili al modello PPP. Nel dettaglio, in tale ordinamento, analogamente con quanto previsto nel resto degli Stati europei, ricadono nel novero del partenariato gli strumenti di PPP di matrice contrattuale (*betreibermodell*). Tale modello è caratterizzato dalla decisione dell'amministrazione di devolvere ad un operatore privato l'espletamento di un intervento pubblico. Si conoscono, inoltre, i c.d. partenariati istituzionalizzati, la cui ricorrente figura s'identifica con la *Gesellschaftsmodell*, caratterizzata nella coesistenza, in una società, tanto del soggetto pubblico (*partner*) quanto di quello privato; quest'ultima categoria ha avuto un significativo sviluppo e viene molto spesso utilizzata per l'espletamento di servizi pubblici locali. I medesimi PPP contrattuali possono essere effettuati dall'ente federale, nonché dalle amministrazioni dei *lander*, i quali godono di un'ampia autonomia sul punto¹⁰.

Come si è innanzi detto, questi ultimi, nelle materie di propria competenza, vedono riservate specifiche prerogative quanto alla possibilità di stipulare contratti ed accordi con gli enti privati, nonché di costituire delle *joint venture* con capitali propri e dei privati per lo svolgimento in comune di attività pubbliche. Possono, inoltre, determinarsi autonomamente, in conformità alle disposizioni costituzionali e dei propri ordinamenti locali, per espletare in proprio le attività economiche, nonché di delegarle in favore di

⁹ G.C. FERONI, *op. cit.*, p. 43. Si vedano inoltre sul punto, ulteriori definizioni similari; *ex multis*, A. BATRAG-M. ESSIG-B. SCHAEFER, *Public-private partnership as an element of public procurement reform in Germany*, 2005, p. 132: "PPPS are one special form of mixed-economy (public-private) cooperation (Eichhorn, 1998). However, some authors include all forms of cooperative interaction between public and private institutions as PPPS. The term PPP thereby loses much contribution to an analyzing pattern. In this case all kind of buying from external would be treated as a relationship. Beginning with a broader definition, according to the US-based 'National Council for Public-Private Partnerships', a PPP is defined as 'a contractual agreement between a public agency (federal, state or local) and a for-profit corporation. Through this agreement, the skills and assets of each sector (public and private) are shared in delivering a service or facility for the use of the general public. In addition to the sharing of resources, each party shares in the risks and rewards potential in the delivery of the service and/or facility". Si veda altresì l'interessante definizione fornita da D. DAUBE-S. VOLLRATH-H.W. ALFEN, *A Comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as financing forms for PPP projects in Germany*, in *International Journal of Project Management* 26, (2008), pp. 376-387: "According to this, PPP is defined as a long-term contractual arrangement between the public and the private sector to realize public infrastructure and services more cost effectively and efficiently than under conventional procurement. A PPP project is characterized by an optimized risk allocation and a holistic life cycle approach".

¹⁰ Si veda per un'analisi storica a ritroso, quanto indicato da S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 20; questo Autore, infatti, focalizza l'attenzione sull'inversione di tendenza che si è registrata nell'ordinamento tedesco: se prima ai fini della riduzione della spesa pubblica si optava per la privatizzazione materiale dei servizi, ad oggi vi è la tendenza a lasciare le materie di competenza agli enti pubblici e ad incentivare i contratti di partenariato pubblico-privato. Sul punto, in merito alla rinnovata fiducia nei confronti delle amministrazioni comunali, si cita testualmente l'Autore *infra* menzionato: "In diverse città tedesche (Münster, Hamburg, Freiburg, Müllabfuhr, Nümbrecht), dopo numerosi referendum, i servizi pubblici privatizzati sono stati rimunicipalizzati e da ciò emerge una crescente fiducia delle comunità locali nell'effettiva possibilità di orientare le scelte di gestione dei servizi pubblici. Ciò è confermato, ad es., nel servizio di raccolta dei rifiuti (ad es., il circondario Rhein-SiegKreis, Nümbrecht): il ritrasferimento alla gestione pubblica ha comportato un risparmio sui costi a fronte del fallimento del mercato regionale, di problemi di qualità delle prestazioni, di garanzia di fornitura di servizi e di prezzi aumentati in modo rilevante; quindi dopo una situazione di consistente aumento di aziende private per lo smaltimento e riciclaggio dei rifiuti, è prevalsa la recente gestione pubblica, così nel settore dei trasporti pubblici locali?".

operatori privati¹¹.

Volgendo uno sguardo ai *numeri*, si ravvede come a livello federale solo il 5% dei progetti sia effettuato mediante modelli di partenariato, laddove i *lander* godono di una percentuale del 20% ed i comuni addirittura del 75%; gli ambiti di applicazione principali sono relativi all'edilizia, alla costruzione di opere pubbliche ed allo svolgimento di servizi pubblici locali¹².

Il significativo ambito di autonomia che presenta ciascun *Lander* potrebbe, tuttavia, postulare la profilazione di una disciplina in materia di PPP scarsamente omogenea, essendo evidente la difficoltà di decodificare una disciplina unitaria e generalizzata al riguardo.

4. Il Project financing

Il prototipo del project financing presenta anche nell'ordinamento tedesco, come in quello inglese, un ruolo di decisiva centralità, risolvendosi nella costituzione da parte di un operatore privato¹³ di una SPV, c.d. società veicolo, la quale espleta la propria attività per il soddisfacimento di un servizio pubblico. La SPV viene costituita con la finalità di perseguire il soddisfacimento di uno specifico progetto e nel cui ambito il relativo capitale di conferimento viene garantito da parte di un soggetto differente rispetto a colui che istituisce la società (il quale percepisce tutti i flussi di cassa derivanti dalla gestione del progetto). Il delineato modello del project financing può esprimersi tanto nel partenariato contrattuale, ove la stessa SPV sia partecipata solo dall'ente privato, quanto nella diversa forma del partenariato istituzionalizzato, allorché la SPV sia partecipata dall'ente pubblico e dall'operatore economico privato.

Appare d'interesse evidenziare come in tale ambito si sia sviluppato un ulteriore modello di PPP, meglio conosciuto come *forfeiting model*¹⁴, il quale s'inquadra nei termini di uno special arrangement. In tale contesto, infatti, il soggetto privato cede alla banca titoli di credito commerciali, derivanti dal contratto di costruzione perfezionato con il soggetto pubblico. Quindi, alla scadenza del contratto la banca medesima diviene creditrice del soggetto pubblico: laddove l'entità del credito venduto alla banca è di valore

¹¹ Si veda sul punto quanto previsto, in merito all'autonomia dei *land* e dei comuni nell'ordinamento Tedesco, A. BATRAG-M. ESSIG-B. SCHAEFER, *Public-private partnership as an element of public procurement reform in Germany*, 2005, p. 132: "In an outstanding way, municipalities can decide whether to work together with private partners as they have less sovereign authority tasks which must be kept in-house. (Article 28 (2) Basic Constitutional Law, 'Municipalities must be guaranteed the right to regulate all local affairs on their own responsibility, within the limits prescribed by the laws'). Local affairs are e.g. waste management, water and energy supply. Limitations are set by individual Municipal Codes of the federal states (e.g. Municipal Code of the Bavarian federal state, Article 92 (1) Bavarian Municipal Code, 'Mixed-economy participation are only permitted for (1) 'public purposes' ... (2) with appropriate governance ... board of directors ... and 3. ... limited liability of the municipality ...', Article 87 Bavarian Municipal Code, "general legitimacy of private sector companies for public tasks and cooperation".

¹² I Comuni maggiormente attivi sono Nordrhein-Westfalen e Niedersachsen.

¹³ Si ribadisce, la società veicolo può essere anche costituita da un soggetto privato in compartecipazione con l'ente pubblico; in tal caso si configura un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato. Allorché invece la società veicolo sia costituita solo da un privato si rimane nell'ambito di un partenariato pubblico-privato contrattuale.

¹⁴ Giova specificare come all'interno dell'ordinamento tedesco vi siano numerose dispute in merito a quale dei due modelli conduca a risultati più proficui. Si veda sul punto, per un confronto tra i due diversi istituti, D. DAUBE-S. VOLLRATH-H.W. ALFEN, *A comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as financing forms for PPP projects in Germany*, in *International Journal of Project Management* 26, (2008), pp. 376-387. In merito alla frequenza di applicazione dei due istituti, l'Autore dispone che: "During the first years of PPP in Germany, the Forfeiting Model was the preferred financing form. It is chosen for most of the implemented German projects since 2002. Overall, 37 out of 51 projects with an investment volume of about 780 million Euro are financed by the Forfeiting Model".

pari rispetto al pagamento che l'ente pubblico è tenuto a corrispondere al privato (come rimborso per gli investimenti compiuti). Come si può notare, la singolarità di tale modello, *forfeiting model*, risiede nella circostanza che l'operatore economico privato beneficia di un particolare regime di finanziamento, più proficuo se posto a confronto con il canonico sistema dell'ordinario project financing.

5. E-Modell, Modello dell'acquirente (Erwerbmodell) ed il I-Modell, Modello del proprietario (Inhabermodell)

Passando ora all'esame della figura conosciuta come *L'E-Modell* o, meglio, Modello dell'acquirente (*Erwerbmodell*), va detto che si tratta di una forma di PPP che contempla l'ipotesi in cui un'impresa privata, su un lotto di terreno di sua proprietà, si impegna a realizzare un progetto avente ad oggetto la costruzione di un immobile. Tale modello prescrive che l'intera fase gestionale, costruttiva, di progettazione e di finanziamento dell'infrastruttura, restino a carico del privato¹⁵; quest'ultimo, tuttavia, al momento del completamento dell'operazione economica, trasferisce la proprietà del terreno, nonché dell'immobile ivi costruito, in favore del soggetto pubblico ed in suo favore viene riconosciuto il corrispettivo per le attività svolte¹⁶ che viene di prassi versato con scadenze regolari, anche in funzione della durata dell'intervento.

L'*E-Modell* sopra delineato presenta dei caratteri distintivi rispetto alla diversa figura dell'*I-Modell*, o modello proprietario, il quale integra lo strumento a cui si fa maggior ricorso nell'ordinamento tedesco (circa il 70% dei contratti di partenariato è concluso con questa formula). Sebbene simile all'*E-Modell*, l'*Inhabermodell* si caratterizza alla stregua della circostanza che le attività del soggetto privato di finanziamento, progettazione, costruzione e gestione, vengono tutte espletate su un terreno di proprietà pubblica. Mentre, come si è visto, con l'*E-Modell* il lotto sul quale viene realizzata l'infrastruttura è di proprietà privata.

6. L-Modell Modello leasing Leasingmodell e M-Modell Mietmodell

Ancora, nel novero del modello *leasing*, o *L-Modell* si scorgono taluni elementi di analogia con gli istituti precedentemente analizzati. Nel particolare, l'operatore privato segue la fase di pianificazione, costruzione, finanziamento e gestione di un immobile su un fondo di sua proprietà. Tuttavia, al momento conclusivo del contratto (termine), non ricorre (come, invece, dei modelli analizzati) l'obbligo di cedere la proprietà dell'immobile all'ente pubblico. Nel delineato quadro, pertanto, il soggetto pubblico presenta in suo favore almeno tre opzioni alternative. Anzitutto, può acquistare l'immobile, versando il corrispettivo previsto in sede negoziale. In secondo luogo, ha la facoltà di rendere la proprietà dell'immobile al soggetto privato. Non da ultimo, può chiedere una proroga al fine di estendere sul piano temporale la durata dell'affitto dell'immobile. A titolo di corrispettivo, si evidenzia, l'ente pubblico è tenuto a corrispondere un canone prefissato in favore del soggetto privato, ciò al predicato scopo di permettergli la copertura dei costi di pianificazione, costruzione, gestione e finanziamento.

¹⁵ Giova specificare che questa tipologia contrattuale ha solitamente una durata temporale di 20-30 anni. La somma di pagamento che fluttua dal soggetto pubblico al privato viene pattuita in fase di stipulazione del contratto e mira a corrispondere al privato una somma che comprenda le spese di pianificazione, gestione, costruzione, finanziamento, acquisto del fondo e dell'immobile.

¹⁶ Il modello sin qui delineato, come si vedrà nel corso dei paragrafi successivi è simile al modello inglese di BBOT (*Builtown operate transfer*).

Da ultimo, anche il modello del *M-Modell Mietmodell* si differenzia dall'*L-Modell*, in quanto nel citato strumento di PPP il soggetto pubblico non gode dell'opzione negoziale per l'acquisto sull'immobile costruito dal privato. Ove, infatti, intenda alla scadenza del contratto procedere all'acquisto del bene, è tenuto a corrispondere in favore di quest'ultimo *un prezzo pari al valore commerciale del bene*¹⁷. Si consideri che, in disparte la decisione o meno, di pervenire all'acquisto del bene immobile, lo stesso soggetto pubblico nel delineato modello è comunque tenuto al pagamento di alcune rate da corrispondere stabilmente all'operatore privato, a titolo di corrispettivo per l'utilizzo dell'immobile e la gestione del medesimo.

7. Il PPP nel sistema australiano: NCP e paradigma attuale

Nel sistema australiano la nascita del partenariato trova inquadramento in una complessiva opera di ammodernamento della pubblica amministrazione. Risale, infatti, al 1992 la istituzione su impulso di Paul Keating, all'epoca Primo Ministro, della Commissione presieduta dal Professor Hilmer, l'*Independent Committee of Inquiry*¹⁸, alla quale venne deferito il compito di promuovere un sistema economico pubblico efficiente, cui applicare i principi commerciali del diritto privato e del mercato¹⁹.

Tale Commissione l'anno successivo al suo insediamento ha, quindi, depositato una proposta di riforma al Governo, meglio conosciuta come NPC, *National competition policy*, avente ad oggetto la istituzione di un *“level playing field”*²⁰ tra il settore pubblico e privato. Il tutto, nell'esigenza di adeguamento del settore pubblico ai meccanismi di mercato, allo scopo di assicurare una più compiuta competitività nel mercato stesso ed un migliore grado di efficienza rispetto alla gestione ed allocazione delle risorse. Nel 1994 il *Council of Australian Government* ha, inoltre, promosso ulteriori riforme rispetto all'appena ratificato progetto del NCP: trattasi di ben tre accordi approvati dal *Queensland Government*: (i) *Conduct Code Agreement*; (ii) *Competition Principles Agreement* (iii) *Agreement to implement National Competition Policy and related reform revision*.

Il CCA, ovvero il *Conduct Code Agreement*, ha promosso l'estensione dei principi di cui al *Trade Act* 1974, in tema di concorrenza nel mercato, nei confronti degli organi di diritto pubblico, tanto che nel 1993 è stato approvato il *Local Government act* che ha distinto le autorità locali in: *type1, type2, type3*²¹. È del 1996, poi, la istituzione del *Competitive tendering and contracting by public sector agencies* in cui è stato sancito che anche le pubbliche amministrazioni²² sono assoggettate al rispetto delle regole della concorrenza. Tale riforma ha assunto la designazione di NPM, *new public management*.

¹⁷ Questo specifico modello contrattuale, sino al 2010 aveva una utilizzazione limitata al 9% dei contratti di partenariato pubblico privato sviluppati nell'ordinamento tedesco.

¹⁸ Trattasi di una Commissione guidata dal Professor Hilmer ed incaricata dal Primo Ministro, Paul Keating. Trattavasi di una commissione indipendente.

¹⁹ Si riporta qui di seguito quanto dedotto testualmente dalla *Independent Committee of Inquiry into a NCP*, 1993: *“promoting and maintaining competitive forces to increase efficiency and community welfare, while recognizing other social goals”*.

²⁰ Tale locuzione viene comunemente usata in dottrina e può essere tradotta – letteralmente – con livellazione del campo di gioco.

²¹ Section 53, *Local Government Act*.

²² Si vedano sul punto le considerazioni svolte sul punto da Z. HOQUE-J. MOLL, *Public Sector reform, Implications for accounting, accountability and performance of state-owned entities – an Australian perspective in International Journal of Public Sector Management*, Vol. 14, Iss. 4, 2001, pp. 304-326; *“In short the application, the NCP prescribed that public sector entities should be operating according to the same commercial principles as the private sector, if they are to become economic, efficient and effective. Consequently, a series of the financial and administrative reforms have been introduced”*.

Nel delineato ambito si è, inoltre, registrata la decisione, risalente al 2000 (quindi a margine della Olimpiadi di Sidney), dell'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) di esprimere parere favorevole rispetto alla privatizzazione del porto di *Melbourne* per una durata di 50 anni, all'uopo presentata da parte di un consorzio alla guida del gestore di fondi australiano *IFM Investors*.

La promozione dell'istituto è proseguita dal 2017, quando il governo del *Commonwealth* ha istituito l'Autorità specializzata per il finanziamento delle infrastrutture e dei progetti, che supporta il *Commonwealth* nella strutturazione, aggiudicazione e attuazione di progetti infrastrutturali.

Successivamente, nel 2018, Victoria ha aggiornato i modelli di documenti di progetto, la cui creazione ha portato a una significativa convergenza nella forma e nell'allocazione dei rischi della documentazione modello tra gli stati e i territori²³.

Più in generale, nell'ordinamento australiano si è assistito ad una opera di costante devoluzione in favore di operatori privati dell'espletamento di settori strategici anche per la collettività e, comunque, di rilevanza pubblicistica. Se non fosse che anche la gestione delle carceri è stata devoluta ad operatori economici privati; nel medesimo contesto deve essere inquadrata la notizia, secondo cui il governo Laburista australiano nel 2005 ha privatizzato Telecom²⁴.

8. Il partenariato pubblico-privato (cenni): un caso concreto

Al pari, dunque, delle altre esperienze ordinamentali sopra analizzate anche in ambito australiano il tema del partenariato pubblico-privato, che contempla la compartecipazione del soggetto privato alle attività economiche tradizionalmente soggette a controllo pubblico, viene interpretato²⁵ come strumento di ausilio finanziario di derivazione del soggetto privato²⁶. Paradigmatica al riguardo è, infatti, la canonica rappresentazione del PPP quale strumento volto a scongiurare eccessivi innesti di capitale pubblico, nell'ottica di evitare l'indebitamento statale.

Tale strumento, soprattutto in Australia, non è stato sempre ritenuto del tutto conveniente o, meglio, bilanciato in termini di equilibrio del mercato. Il costante ricorso ad opera dei soggetti privati (che prendono in carico l'espletamento di attività economiche) al mercato del finanziamento da privato a privato, secondo l'opinione di alcuni Autori²⁷, potrebbe generare rischi operativi di diversa natura. Invero, secondo un'analisi critica trattasi di un meccanismo che di fatto arricchisce i soggetti finanziatori: le banche, che forniscono denaro in prestito ed a cui si correlano le somme da esse

²³ Cfr. National Guidelines for Infrastructure Project Delivery, in www.infrastructure.gov.au

²⁴ In tema di privatizzazioni si è registrata una precedente negativa esperienza, giacché per effetto della privatizzazione di Telstra (sotto un precedente governo conservatore), è stato creato un colosso delle telecomunicazioni contro il quale le altre aziende hanno difficoltà a competere.

²⁵ In particolare, nell'ambito dell'ordinamento australiano sono individuate tre caratteristiche fondamentali concernenti la struttura di partenariato pubblico-privato; si veda sul punto G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318: "the preferential use of private finance, high level of complexity through bundled contracts, and new accountability and governance assumptions. Moreover, the first two of these characteristics have major implications for the third".

²⁶ Si veda sul punto G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318: "Whilst in theory PPPs are not strictly dependent on the provision of private finance, the reality in Australia appears otherwise. Victoria's bold partnership branding, for instance, relies completely on the provision of initial private finance".

²⁷ G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318.

incamerate a titolo di interesse. Da un punto di vista meramente finanziario²⁸, pertanto, il reale vantaggio economico di tali operazioni non sempre è assicurato²⁹.

Tale dibattito si colloca, in altre parole, nello scenario che vede contrapposte differenti visioni della *res pubblica* o, meglio, circa le modalità in cui essa viene gestita. Viene in rilievo la considerazione quanto al partenariato pubblico-privato ‘*take the pressure off the government budget*’, da intendersi nel senso che la delocalizzazione della realizzazione e della gestione dei servizi pubblici rappresenta, comunque, un’opportunità per lo Stato, stante il minor appesantimento dei bilanci pubblici (al contempo garantendo il soddisfacimento delle esigenze dei cittadini)³⁰; ad un tempo, si registra la tesi che rinviene in materia l’emersione di acute diseconomie³¹ con elevate esposizioni bancarie e finanziarie. Si aggiunga, che gli asseriti risparmi in favore dei cittadini – in termini di *value for money* (‘VFM’)³² – non sono stati sempre apprezzabili³³.

È opinione diffusa nella letteratura in materia³⁴ che i progetti sviluppati negli ultimi tempi contemplano un elevato livello di difficoltà anche tenuto conto della complessiva esposizione finanziaria del PPP. A ciò si aggiunga, inoltre, che alle problematiche innanzi dette si accompagna il significativo grado di complessità delle tipologie di partenariato, il quale abitualmente determina nei soggetti chiamati a votare – *parliamentary committees on PPPs* – una non pienamente adeguata compressione dell’oggetto in discussione³⁵, di talché non vi sono ragioni di economia e di efficienza alla base delle decisioni adottate in sede parlamentare.

Un aspetto che forse più di altri pone in termini di criticità il sistema australiano si coglie nel fatto che non vi è alcun controllo nella fase successiva all’approvazione dell’*agreement* concernente il rapporto di *partnership*. Una volta, infatti, che è stata ratificata tale tipologia di contratti, non vi è alcun controllo né da parte dei parlamentari che hanno posto in essere tali atti né in ultima istanza – data la complessità delle circostanze – è possibile per i cittadini effettuare alcuna attività di vigilanza.

Ciò nonostante, non sono mancate rinnovate esperienze che nel governo australiano hanno dato conferma ad una generalizzata fiducia nel PPP, consentendo ed

²⁸ G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318: “Importantly, private finance arrangements usually come at a premium, and whilst bankers are happy for the business and political parties are grateful to receive party donations for election campaigns, the real financial test for Australian PPPs is articulating the size of this premium paid over the life of the Project”.

²⁹ Sul punto, G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318, cita diversi Autori, i quali inquadrano secondo modalità differenti i rapporti di partenariato pubblico-privato; nello specifico, secondo alcuni Autori, tra cui M.G. POLLITT, tali operazioni sono particolarmente efficienti per il governo; a contrario, secondo altri Autori, tra cui Shaoul si annoverano molti più progetti falliti di quelli che hanno invece avuto successo.

³⁰ Le osservazioni compiute nel corpo del testo sono riferibili in via generali a tutti gli Stati che perfezionano contratti di partenariato, ma in tal sede fanno particolare riferimento all’ordinamento australiano.

³¹ G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318, il quale si esprime sul punto nei seguenti termini: “There is no magic pudding for public sector projects?”.

³² Per una definizione si rimanda alle osservazioni compiute nel corso del capitolo precedente, ove è stata operata la trattazione in merito al partenariato pubblico-privato nelle società inglesi.

³³ A titolo di esempio, si veda quanto dedotto sul punto con riferimento al caso concreto, in G. HODGE, *Public-private partnership and legitimacy*, 29 U.N.S.W.L.J. 318, 2006, p. 318: “Locally, advocates such as Minister John Brumby in Victoria neglect to remind citizens that Victoria’s Fitzgerald Review estimated citizens had probably already paid around \$350 million more than needed for the eight Victorian projects reviewed by Fitzgerald 26 because Treasury officials had supported contracts with repayment rates of interest up to 3 per cent higher than was necessary”.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

ampliando l'ingresso degli operatori privati nell'ambito delle attività di costruzione e gestione dei servizi pubblici.

Basti considerare al riguardo la circostanza che nel 2015, lo stesso Governo ha annunciato la realizzazione del Progetto *Melbourne*, avente ad oggetto la costruzione del tunnel ferroviario-metro da perfezionarsi per mezzo di accordi di partenariato pubblico-privato. Trattasi di una contrattazione incentrata sulla costruzione e sulla realizzazione di un *tunnel* ferroviario, da adibire alla costruzione di una metro, per effetto del quale: le aziende/parti contrattuali private forniscono le fonti di finanziamento e, per l'effetto, mettono a disposizione 9-11 miliardi ai fini del completamento dell'opera; inoltre, assumono l'onere di progettare e costruire il doppio tunnel sotterraneo da *South Yarra* e *Kesington* oltre alle cinque stazioni che sorgeranno lungo il nuovo tratto ferrato. Rispetto al passato, tuttavia, si delinea una maggior adeguatezza delle modalità di gestione e di controllo, tanto che è a margine della letteratura economica che si occupa della materia che sembra emergere la istituzione della *Major Transport Infrastructure Authority*, ossia l'Authority che assolve anche alla funzione di coordinamento con il Dipartimento dei Trasporti.

Come è stato evidenziato nel corso dei paragrafi precedenti, tale tipologia di partenariato istituzionalizzato è stato già ampiamente utilizzato nell'ambito della contrattazione e delle intese tra stato e privati; invero, tra le opere già in precedenza realizzate per mezzo di tale strumento si annoverano la costruzione del *Peninsula Link* – un'autostrada di 27 km ubicata nel sud di Melbourne – e la realizzazione dell'impianto di desalinizzazione da 5,7 miliardi di dollari un'autostrada lunga 27 chilometri a sud est di Melbourne, e per la realizzazione dell'impianto di desalinizzazione da 5,7 miliardi di dollari di *Wonthaggi*.

9. Il partenariato pubblico-privato nell'ordinamento inglese: profili storico evolutivi e la introduzione delle Ryrie Rules

Rispetto a quanto delineatosi in relazione al periodo degli anni '60 e '70 del 1900, dove si è registrata una tendenza accentrativa del potere³⁶, è con l'insediamento del Governo *Tatcher*³⁷ che si è confermato l'avvio di una marcata decentralizzazione, per poi trovare piena attuazione a margine dell'assunzione del c.d. *Labour Governements*, nella devoluzione di ampie sfere di competenze agli enti pubblici locali. L'esigenza posta a presidio di tale innovativo modello

³⁶ Sul punto si veda AA.VV. (P. BOOTH), *Spatial Planning System of Britain and France, A comparative analysis*, Routledge Taylor and Francis Group, 2007, p. 170, “by the 1960s, the major nationalization programmes had brought sector of strategic importance into public ownership such as coal, steel and railways”; R. ANDREWS-J. DOWNE-V.G. MEZA, *op. cit.*, p. 8, “on the other hand there were wider calls for the radical restructuring of the state and of government in general to be scaled-down. For example, the concerns about efficiency of the public sector prompted a wide-ranging review of the structure of the local government system that led to a radical reorganization in 1974 when almost a thousand local government across England and Wales were abolished”.

³⁷ È interessante notare, come Margaret Thatcher e la presa di potere dei governi conservatori abbiano invece fatto oscillare il pendolo verso il lato opposto: dalla fine degli anni '70/inizio degli anni '80 il governo ha incentrato la propria politica regionale sulla devoluzione di maggiori poteri ed autonomia in favore delle autorità pubbliche locali. Si veda sul punto, in modo più esplicativo, M. SPACKMAN, *Public-private partnership: lessons from the British Approach*, Economic Systems, 2002, pp. 283-301; R. ANDREWS-J. DOWNE-V.G. MEZA, *op. cit.*, p. 8 ss. L'operazione di devoluzione di maggiori poteri agli enti locali andava di pari passo con le operazioni di totale o parziale privatizzazione, che di fatto, comportavano l'attribuzione di poteri *ab origine* destinati al governo centrale sotto l'egida dei privati; si veda sul punto, *ex multis*, AA.VV. (P. BOOTH), *op. cit.*, p. 172: “During the 1980s and the 1990s the Thatcher Government returned most if not all public lyowned companies to partial or full private ownership”.

istituzionale ha, anche in questo caso, trovato il suo inquadramento nella necessità di valorizzare il principio della *vicinitas* quanto ai servizi di interesse pubblico, auspicabilmente deferiti alle realtà territoriali vicine ai consociati (in quanto, fruitori dei servizi medesimi).

È, quindi, nel 1981 con la adozione delle *Ryrie Rules* che è stata decodificata la prima legislazione in tema di *public-private partnership*, nel riconoscimento alle c.d. *local authorities* del potere di effettuare la devoluzione ad operatori privati l'erogazione di servizi pubblici, nonché progetti di natura pubblica. A tale riguardo va ricordato come pur a fronte di tale decentramento (da intendersi nei termini appena descritti), ancora non si trattava di una normativa tesa a riconoscere una esternalizzazione per così dire "perfetta" agli enti territoriali, permanendo un significativo controllo dell'ente pubblico nello svolgimento del servizio, per garantire il *value for money* (la remuneratività del servizio devoluto). Si evidenzia, inoltre, come la stessa gestione del servizio non potesse essere deferita *tout court* dall'ente privato, bensì in condivisione con la p.a. Non si verteva, dunque, nel novero di una gestione delegata integralmente al soggetto privato, richiedendosi un costante intervento dell'ente pubblico³⁸. Detto modello di PPP (*Ryrie Rules*) è stato, quindi, abolito nel 1989.

Nonostante lo strumento di cui alle *Ryrie Rules* non abbia registrato una significativa affermazione nel mercato dei beni e dei servizi locali, il sistema inglese ha nel tempo confermato l'interesse verso tali forme di compartecipazione fra pubblico e privato. La matrice di PPP che, tuttavia, si è consolidata nel sistema anglosassone è *in parte qua* diversa rispetto a molti altri paesi Europei; l'ordinamento inglese si limita a decodificare talune operazioni tramite strumenti legislativi *ad hoc*, ma non ricorre una disciplina generale che di *default* sia applicabile a tutte le forme di *partnership*. Tanto che proprio alla luce di tali considerazioni, in presenza di un accordo, di un contratto o, meglio, di altre forme di partenariato (anche attraverso la costituzione di una *joint venture* che coinvolga le autorità locali³⁹ e privati), si rientra a pieno titolo nel *genus* del partenariato pubblico-privato⁴⁰ senza che, però, tali delineati strumenti siano riconducibili *tout court* in una fattispecie normativa paradigmatica di riferimento.

10. La disciplina generale: i public-private partnership

Un dato che ai fini del corretto inquadramento del PPP nel sistema inglese si consiglia di considerare risiede nella struttura organizzativa amministrativa del Regno Unito. Quest'ultima è, infatti, stagiata su diversi livelli di governo (contee⁴¹; distretti⁴²; società metropolitana di Londra), ma, nonostante ciò, in materia non si rinviene alcuna distinzione tra i vari livelli di enti locali. Le disposizioni, infatti, afferenti alle forme istituzionalizzate di compartecipazione di enti pubblici e privati, si presentano come genericamente focalizzate nel

³⁸ M. SPACKMAN, *op. cit.*, pp. 283-301, laddove l'Autore ritiene: "This was more cost effective than public financing and that it should still be counted against the public body's capital budget".

³⁹ Le considerazioni sin qui svolte valgono anche con riferimento al sistema statale centrale, ossia agli accordi di partenariato conclusi tra lo stato ed i privati.

⁴⁰ Alcuni Autori esprimono questa dissonanza tra il sistema francese ed il sistema inglese utilizzando questa felice espressione: "(...) the french adopting partnership as a development principle whilst in the UK is seen more as a tool of development". AA.VV. (P. BOOTH), *op. cit.*, p. 170.

⁴¹ Volendo effettuare un paragone tra gli istituti delle contee nell'ordinamento inglese, e quelle italiane, si potrebbe osservare come la struttura delle contee sia simile alla provincia.

⁴² Volendo invece accomunare l'istituto dei distretti ad una formazione italiana, potrebbe farsi riferimento ad un municipio.

disciplinare il concetto di *local government*⁴³ (in tal modo ricomprendendo tutti gli enti locali nei quali è suddivisa l'amministrazione inglese). Tali *local government*, o *local authorities*, esercitano, previa disposizione legislativa, un'ampia gamma di poteri⁴⁴, tra cui sono contemplabili l'elezione di propri membri, la corresponsione di un gettito fiscale e, per i fini che qui interessano, il diritto/potere di stipulare e concludere accordi di partenariato pubblico-privato nelle materie di propria competenza.

È, pertanto, alla stregua di quanto appena descritto che nelle successive pagine del presente scritto saranno esaminati i rapporti di partenariato tra gli enti privati e le autorità locali come un *unicum*, senza distinzioni quanto alle categorie ontologiche distrettuali di riferimento (non si farà alcuna distinzione tra contratti di partenariato pubblico-privato stipulati rispettivamente dalle contee, dai distretti, dalla società metropolitana di Londra). Tanto che proprio in ragione della assenza di una normativa generale di riferimento in tema di PPP, ove sia prevista a vario titolo la compartecipazione di un ente pubblico e di un soggetto di diritto privato si applicano le disposizioni di legge che interessano trasversalmente la fattispecie giuridiche che vengono in rilievo nel caso di specie. E, segnatamente, nel novero di un progetto di lavori troveranno applicazione le disposizioni in materia di appalti di lavori o servizi (nazionale ed europea) unitamente alle regole previste, a vario titolo, per disciplinare il progetto. Viene in rilievo, infatti, il concetto di *statutory instruments*, da intendersi nei termini di disposizioni aventi ad oggetto materie differenti, sebbene applicabili ai rapporti di *partnership* (e tra cui si annoverano anche quelle sui tributi, sulla costruzione di opere pubbliche, *etc*).

Sebbene, in via generale, non è dato riscontrare una disciplina unitaria a livello di PPP, va detto sin d'ora come un paradigma normativo che presenta un elevato grado di specificità si rinviene nel caso di un partenariato pubblico privato in cui è coinvolto un ente locale. Si tratta, per lo più, di disposizioni volte ad incentivare tale forma di *partnership*, per la quale l'ordinamento ha emanato nel corso del tempo una serie di normative volte a regolamentare la materia. Sotto tale profilo si sono delineate le seguenti figure: (i) *Local Government Act* (1997); (ii) *Local Authorities Regulations* (su cui si tornerà a breve).

Inoltre, in materia di PPP si apprezza la compresenza di tutta una serie di *Act*, volti a regolamentare taluni settori ed in cui (sempre nell'ottica della contrattazione tra autorità locale e soggetto privato) rientrano, *ex multis*, le *School Companies Regulations* (aventi ad oggetti provvedimenti inerenti al sistema scolastico) e la *Greater London Authority*

⁴³ Sul punto si avrà modo di tornare in modo più specifico, allorquando si andranno ad analizzare le normative di riferimento del partenariato pubblico-privato; si avrà infatti modo di osservare come l'ambito di applicazione della disciplina di riferimento sia sempre costituito indistintamente dalle *local authorities*, circoscritte ed indicate all'interno delle fonti normative stesse.

⁴⁴ Per un'analisi più dettagliata in merito alle modalità di organizzazione a livello statale e locale del Regno Unito, si veda R. ANDREWS-J. DOWNE-V.G. MEZA, *Public Sector Reform in the UK: Views and experiences from senior executives, Coordination for cohesion in the public sector of the future (COCOPS)*, in *www.cocops.eu*, 2013. Questi Autori, nell'esaminare le modalità di organizzazione degli enti locali pubblici nell'ordinamento inglese si sono soffermati a delineare alcuni caratteri peculiari dell'ordinamento inglese, che in questa analisi non possono invero essere tralasciati: (i) l'ordinamento inglese, quale sistema di *common law*, non gode della presenza di una costituzione scritta che regoli le modalità di funzionamento dello stato, pertanto, anche per quanto concerne le autonomie pubbliche locali, non ci sono delle regole scritte che siano volte nello specifico a stabilire quali poteri nello specifico, quali ambiti, quali materie o aree siano coperte dalla "giurisdizione esclusiva" e dall'ambito di intervento esclusivo degli enti locali; (ii) consegue da quanto affermato in precedenza, come le autonomie locali non godano di fatto di "guaranteed constitutional status"; (iii) essenzialmente, nel corso del tempo, l'ordinamento inglese si è sempre mostrato come uno stato centralizzato, ed il governo centrale ha sempre avuto la disponibilità di occuparsi di tutte le materie.

(incentrata sulle modalità di funzionamento del sistema dei trasporti).

Tali strumenti, meglio conosciuti come *Act*, hanno favorito l'introduzione di emblematiche novità in ambito di *public-private partnership*, tanto più in forza della loro generalizzata portata applicativa. Gli stessi sono, infatti, applicabili sia ai partenariati posti in essere dallo Stato, sia a quelli condotti per mezzo dell'attività delle autorità locali. Ci si riferisce, ancora più nel dettaglio, a due modelli specifici. Il primo, *Standardisation of PFI Contracts*⁴⁵, è un *Act* che ha previsto alcune regole applicabili a tutti i contratti di partenariato (purché comprendenti un investimento superiore ai 20 milioni di sterline); queste disposizioni hanno riguardato la durata del contratto, la condotta da tenere in caso di inadempimento da parte del privato, le assicurazioni, le garanzie, i meccanismi di pagamento. In dottrina si sono registrate valutazioni positive in merito a tale forma di PPP, soprattutto sotto il profilo del risparmio di spesa. Si è, infatti, detto come tutto ciò abbia favorito la eliminazione della fase di negoziazione (comportante la nomina di consulenti esterni) che di fatto si traduceva in imponenti esborsi. La seconda forma che viene in rilievo è poi il *Value for money assessment guidance*, che ha introdotto un criterio unanime per la valutazione della economicità dei progetti. Ciò, pertanto, a comprova della tendenza volta a semplificare il procedimento attuativo delle variegate figure di partenariato pubblico privato (nella specie, si tratta di una procedura complessa che prevede un *test* sia di natura qualitativa che quantitativa)⁴⁶. Non secondariamente, va precisato come nel novero della disciplina prevista a livello del sistema inglese, lo stesso Ordinamento conosce le *non statutory guidance*, quindi le fonti di *soft law*, come tali non vincolanti e volte a assicurare indicazioni utili circa le modalità di svolgimento dei progetti. Resta inteso che alla stregua dell'assenza di una disciplina unitaria sul punto, le predette fonti continuano a rivestire un ruolo orientativo nei riguardi degli operatori, tanto più in ragione.

11. Il Private finance initiative: il principale strumento di partenariato pubblico-privato

Si profila a questo punto utile procedere alla disamina delle singole figure di PPP riconosciute nel Regno Unito⁴⁷. A seguito del non apprezzabile successo registrato a margine della introduzione delle c.d. *Ryrie Rules*, è pacifico far risalire la genesi dei contratti di partenariato all'introduzione dei PFI (*Private Finance Initiative*) che ha avuto luogo nel 1992⁴⁸. Detta figura si annovera ancora come la principale e più utilizzata forma di *public-*

⁴⁵ Si veda sul punto, HMTREASURY, *Implementation Standardisation of PFI contracts (Sopc)*, Version 4, 2007, http://www.bmtreasury.gov.uk/ff/pfi_sopcletter_210307.pdf.

⁴⁶ HM Treasury, *Value for Assessment Guidance*, 2006, 15, <http://www.bmtreasury.gov.uk>.

⁴⁷ Per un'analisi dettagliata sul punto si veda, S. ANTONIAZZI, *op. cit.*, p. 4. L'Autore sottolinea come l'ordinamento inglese non abbia mai provveduto ad introdurre una normativa di riferimento afferente la materia del partenariato; a contrario, il Regno Unito ha disciplinato le singole fattispecie di partenariato, provvedendo ad una disciplina riferibile al caso concreto.

⁴⁸ L'istituto del PFI, risalente al 1992, è stato introdotto dal governo conservatore, Major; tale tipologia di partenariato pubblico-privato è stata ampiamente modificata nel corso del tempo, con il fine di porre in essere una disciplina sempre più favorevole ad attrarre capitali privati. A titolo di curiosità, si sottolinea come la più grande opera costruita per mezzo un contratto di PFI, sia stato il new University College in Hospital in London.

*private partnership*⁴⁹. La sua introduzione si deve in ragione della necessità di assicurare allo Stato (e enti diversi) l'ausilio dei soggetti privati nello svolgimento di attività pubbliche, concernenti operazioni di *design*, costruzione, finanziamento, onde garantire un buon livello di *value for money* (profittevole bilanciamento costi-benefici)⁵⁰. Vale la pena ricordare come nel 1992 quando venne introdotta tale normativa, la *ratio* perseguita dal legislatore era principalmente quella di ridurre la spesa pubblica nel breve termine, avvalendosi di fonti di capitale e di finanziamento reperite presso i privati; si coglieva, infatti, nel PFI uno strumento volto a mitigare i rischi connessi ai progetti. Si registrava, inoltre, la opinione secondo cui gli operatori privati potessero incidere *in melius* sulla qualità del servizio offerto ai consociati (e ciò grazie alla propria specializzazione).

In un secondo momento, sono intervenuti una serie di interventi miranti ad incentivare e rendere più proficui i rapporti tra le autorità locali e gli enti privati. Tra questi si ricordano, senza pretesa di esaustività, il c.d. *Private Financial Panel*, consistente in una commissione con la finalità di promuovere la partecipazione dei privati e del settore pubblico al PFI, nel 1993. Del pari, è stata attuata una sorta di *guidelines* con direttive funzionali a guidare i soggetti in merito ai progetti di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di opere, già avviati. Nonché, la istituzione del *Public Private Partnership Programme*, meglio conosciuto come 4ps⁵¹, integrante un'organizzazione volta ad ausiliare gli enti locali nell'ambito delle PFI, nel 1996. Mentre, nel corso del 1997, il cui Governo era a guida *Blair*, è stato emanato un atto para-legislativo, denominato "*Local Governments Contract Bill*", dalla *Local Authority Associations in England and Wales*. Con tale accordo, da un lato, si individuavano eventuali forme alternative di collaborazione e compartecipazione tra autorità locali ed enti privati; dall'altro lato, si delineavano gli elementi ostativi all'affermazione dello strumento di PFI⁵².

⁴⁹ Questo dato è contenuto nell'ultimo Report stilato dall'HM Treasury, del 2015, nel quale è stato riconosciuto come tutt'oggi il PFI costituisca la forma principale di partenariato *in auge* nel Regno Unito; si riporta testualmente quanto indicato in *Report, Private finance Initiative and Private Finance 2 projects, 2015 summer data*: "*PFI and PF2 are the UK'S FORMER and current preferred form of Private Public Partnerships (PPP) model*".

⁵⁰ Riguardo le ragioni che hanno indotto lo sviluppo dello strumento di PFI, *ex multis*, M. SAWYER, *The Private finance initiative, The Uk experience, Research in Transportation Economics*, Vol. 15, pp. 231-245: "*Much of the impetus for the PFI arose from a combination of a perception of low and declining levels of public investment, concerns over the size of the budget deficit and to some degree to the public debt and allied to this perceptions the government would be unable to borrow further*".

⁵¹ Questa *task force*, ad oggi è stata sostituita da *Local Partnership*, una *joint venture* tra *partnership 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> (si veda sul punto, anche G.C. FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania*, in *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, a cura di G.C. FERONI, Giappichelli, 2011, p. 27).

⁵² Sul punto, è possibile individuare una specifica e dettagliata analisi in S.P. OSBORNE, *Public-Private Partnership, Theory and practice in International perspective*, Routledge Taylor and Francis Group, 2002, p. 46 ss. Questo Autore si sofferma in primo luogo ad esaminare gli aspetti economici positivi, registrati in seguito alla introduzione dei contratti di PFI, ossia ad individuare gli incentivi derivanti dall'incremento dei contratti di partenariato pubblico-privato all'interno dell'ordinamento inglese. Invero, l'Autore riporta alcune osservazioni derivate dal Newchurch and Company Ltd 1997: "*Local Authorities recognize the value of involving the business community in developing and implementing policy, although some consider the benefits of consultation to be outweighed by the process involved (...) more specifically it lobbies government for changes the regulations that hinder the development of PFI and other forms of partnership with the private sector and helps identify and assist in delivering existing*

Sta di fatto che nello stesso anno veniva istituito il *Project Review Group* con il fine di approvare e/o denegare i progetti di PFI a livello locale. In tale ottica funzionale e di coordinamento veniva, inoltre, istituita una PFI *taskforce* avente lo scopo di garantire supporto alle pubbliche amministrazioni per il perfezionamento dei contratti di PFI (tale modello di consulenza, si è poi tradotta nel *Partnership United Kingdom*⁵³). Nel 1999, invece, si è introdotta la figura del *best value for money*: ossia la verifica preliminare circa l'utilità economica in termini di rapporto costi-benefici del progetto pubblico-privato. Si tratta, ancor più nel particolare, di un modello che contempla sia la conclusione di un contratto tra soggetto pubblico e soggetto privato (PPP contrattualizzato), sia il modello istituzionalizzato il quale si perfeziona per effetto della costituzione di una nuova entità giuridica. L'oggetto tipico di questi accordi può essere incentrato rispettivamente nella fornitura di servizi e/o nella realizzazione di opere e costruzione di infrastrutture, mediante una mobilitazione di capitali privati. L'accordo di PFI beneficia di un duplice ambito di operatività, essendo attuabile sia dallo Stato sia dagli enti Locali con le controparti private e con gli altri *stakeholder*⁵⁴. Il *Value for money* a tutt'oggi costituisce requisito principe dei contratti di PFI.

Quanto, nel particolare, al modello conosciuto come *Private finance initiative* da parte di alcuni Autori si sono riscontrate talune criticità⁵⁵, tra cui si annoverano la mancata flessibilità di tale strumento nella fase operativa, nonché le eccessive tempistiche che si

and the new council pathfinder projects ... (...) The local government lobbying that resulted in the above Bill instructive, for it clearly indicated that while local governments were positive in regard to the value of partnerships, they were aware of the difficulties, especially the legal difficulties associated with partnerships, they were aware as to the legal standing of partnership-type contracts entered into with private bodies, an uncertainty which was removed with the introduction of the Bill.

⁵³ Trattasi di un organo permanente che opera formalmente in qualità di società mista partecipata cui fanno riferimento altre strutture che operano per conto del Ministero del Tesoro. Occorre, altresì, specificare che nell'alveo di questa società mista, *Partnership United Kingdom*, nel 2006 fu istituita una nuova *Operational Taskforce*, che operando per conto del Ministero del Tesoro, si occupa di fornire consulenza ed assistenza nell'ambito dei progetti di PFI e di *transfer* di competenze, organizzando ad esempio *workshop* e corsi di aggiornamento per tutti i settori interessati.

⁵⁴ *Formez Area Progetti editoriali La Public Governance in Europa*, Regno Unito, Dipartimento della funzione pubblica per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Giova in tal sede specificare, come in realtà, non tutti gli Autori siano concordi nel ritenere che le autorità pubbliche locali abbiano realmente una propria autonomia nella gestione dell'attività di partenariato pubblico-privato. Si veda infatti sul punto, in senso contrario, H BULKELEY-K. KERN, *Local Government and the governing of climatechange in Germany and Uk; Urban Studies*, Vol. 43, No. 12, 2006, pp. 2237-2259. In particolare, all'interno di tale documento si prende in considerazione il diverso ruolo svolto dalle autorità pubbliche locali inglesi e tedesche (sul punto si tornerà in seguito, quando si esaminerà la disciplina dei contratti di partenariato nell'ambito del governo tedesco). *"In the UK local governments are creatures of the central state (...) The relationship between central government and local authorities is governed by the legal principle of ultravires: Local Council have been able to do only what they are statutorily permitted to do. Their rights and competences are not general, but specific"*.

⁵⁵ Per un'analisi approfondita sul punto, ossia relativa alle problematiche che si riscontravano nell'applicazione della disciplina del PFI, si veda A.R. ABDUL-AZIZB-M.F. KHAMIDIA-I. OTHMANA-A. IDRUSC-A. UMATA-N.A.W.A. ZAWAWIA, *Private finanze 2 (PF-2) Reinventing the wheel? 4th International Conference on Energy and Environment*, 2013 (ICEE 2013), p. 1 ss., *"The PFI procurement process has often been slow and expensive for both the public and the private sector. This has led to increasing costs and has reduced value for money for the taxpayer; 2. PFI contracts have been insufficiently flexible during the operational period, so making alterations to reflect the public sector's service requirements has been difficult; 3. There has been insufficient transparency on the future liabilities created by PFI projects to the taxpayer and on the returns made by investors; 4. Inappropriate risks have been transferred to the private sector resulting in a higher risk premium being charged to the public sector; and 5. Equity investors in PFI projects are perceived to have made windfall gains, and this has led to concerns about the value for money of projects"*.

sono generate nella ricerca di soggetti privati con i quali addivenire al PFI⁵⁶. Si è, inoltre, delineata una eccessiva traslazione, in capo al privato, dei rischi operativi, tanto da generare conseguentemente criticità, anche finanziarie, nei confronti dell'ente pubblico, tenuto a pagare una quota maggiore di *unitary charges*. Dacché, risale al 2012 la decisione del Governo anglosassone di procedere al rilancio del PFI, apportando talune modifiche al modello di base. A seguito di tale operazione la denominazione dell'istituto è mutata da PFI a PF2⁵⁷, incidendo la disciplina su specifici ambiti di applicazione della materia.

Anzitutto, va detto come gli interventi di modifica abbiano interessato la tematica della trasparenza e la chiarezza in merito ai costi da sostenere per l'esercizio e per l'erogazione del servizio. Vero è, infatti, come la *ratio* perseguita dal legislatore nell'adottare tali modifiche è stata quella di voler approfondire la fase propedeutica al progetto pubblico-privato⁵⁸. Per tal ragione è stata contemplata una modalità di calcolo del *value for money*: in fase di istituzione del partenariato è prevista la comparazione tra i costi e i benefici previsti dalle singole imprese. La predetta verifica è susseguita dalla comparazione con il *public sector comparator*, un indice numerico. Questo indice, fisso e oggettivo, è funzionale a valutare in modo più tecnico il *value for money* degli investimenti.

11.1 Approfondimenti: PF2 nelle dinamiche sostanziali del modello

A partire dal 2018 il Governo britannico ha deciso per l'interruzione dell'utilizzo del PF2⁵⁹. Viene specificato che i contratti allora in corso sarebbero, comunque, giunti al termine; il Governo si è impegnato a massimizzarne il valore attraverso l'istituzione di un centro di buone pratiche. Il sostegno agli investimenti privati sarebbe arrivato attraverso la gamma di strumenti consolidati di successo, come i Contratti per Differenza. Negli anni, infatti, l'utilizzo dei contratti PFI e PF2 è diminuito fortemente, tanto che dal 2012 al 2018, a seguito dell'introduzione del modello PF2, sono stati stipulati solo sei contratti, 86% dei contratti PFI e PF2 sono stati sottoscritti prima del 2010. La Commissione Conti Pubblici ha, infatti, fortemente criticato l'istituto per la sua rigidità, mentre l'Ufficio per la responsabilità di bilancio ha individuato le iniziative di finanza privata come rischio fiscale per il governo⁶⁰.

Il delineato strumento di PPP, nella forma del modello PF2, ha beneficiato un

⁵⁶ H.M. TREASURY, *A new approach to public private partnership*, December 2012, "The Private Finance Initiative (PFI), the form of PPP used most frequently in the United Kingdom, has become tarnished by its waste, inflexibility and lack of transparency".

⁵⁷ A.R. ABDUL-AZIZB-M.F. KHAMIDIA-I. OTHMANA-A. IDRUSC-A. UMATA-N.A.W.A. ZAWAWIA, *op. cit.*, p. 1 ss. Nel documento qui menzionato viene espresso un approccio critico rispetto alle scelte operate dal Regno Unito in materia di PFI. Invero, gli Autori ritengono che il governo del Regno Unito, nonostante fosse consapevole del fatto che l'istituto del PFI necessitasse di una molteplicità di modifiche, non ha provveduto a perfezionarle, laddove Stati quali la Cina, i Paesi Islamici, nelle medesime condizioni si sono impegnati in operazione di tal fatta almeno un decennio prima.

⁵⁸ In merito all'importanza di una piena conoscenza preventiva si è espressa anche la Commissione Europea; per completezza, per una dettagliata esposizione sul punto si veda R. EADIE, *Government investment in PPP: Re-evaluating value for money*, Management, 2014 – *academia.edu*, p. 77 ss., "As PPP schemes include construction and maintenance over a long period of time, 25 years or more, a report by the United Nations Economic Commission for Europe UN/ECE7 emphasises the importance of a full pre-project cost-benefit analysis. According to the report, the quantitative benchmark for a cost-benefit analysis for partnership projects is the Public Sector Comparator (PSC)".

⁵⁹ 'Private Finance Initiatives', Public Accounts Committee, June 2018; 'Fiscal Risks Report', Office for Budget Responsibility, July 2017, in www.gov.uk.

⁶⁰ *Ibidem*.

significativo sviluppo a livello di Regno Unito⁶¹, anch'esso essendo caratterizzato dalla stretta compartecipazione tra soggetto pubblico e soggetto privato (nelle canoniche forme del PPP contrattualizzato, come si vedrà, per un tempo minimo di dieci anni, oppure come *società di economia mista*. Quanto all'oggetto di tale modello se ne riscontra il ricorso sia per fornitura di servizi sia per la realizzazione di opere e/o costruzione di infrastrutture: in entrambi i casi attraverso il volano dei capitali privati. L'accordo di tipo PFI gode di un duplice ambito di applicazione: è ben possibile che sia lo Stato a operare in partenariato con l'ente privato, come pure che lo siano le autorità pubbliche locali. Si tratta di uno strumento che contempla su base contrattuale (PF2 contrattuale) l'erogazione di un servizio pubblico o la costruzione di una infrastruttura mediante la delega a un soggetto privato. Quest'ultimo, da parte sua, assume il rischio della riuscita dell'operazione, impiegando capitali propri e proprie fonti di finanziamento per la riuscita del progetto. Mentre, il soggetto pubblico (n.q. di *partner*) riconosce al privato stesso pagamenti regolari per tutto l'arco di vita del progetto (*“di solito pagamenti regolari che dipendono dal raggiungimento di determinati obiettivi e dal soddisfacimento di standard stabiliti contrattualmente”*⁶²). Allorquando il soggetto pubblico e il privato decidano di addivenire ad una simile forma di compartecipazione, gli stessi pattuiscono alcuni presupposti di base del rapporto, funzionali a evitare confusioni e ambiguità in sede di applicazione del contratto (in particolare, per quanto attiene alle modalità di ripartizione dei rischi e degli oneri). Viene, infatti, in rilievo la pattuizione di una *unitary charge payment* o, meglio, di una quota unitaria che viene destinata alla società privata, laddove il rimborso assicurato dall'amministrazione pubblica in favore dell'operatore privato si articola in un periodo minimo di dieci anni. Va detto, inoltre, che non di rado viene prevista la possibilità di utilizzo delle infrastrutture essenziali fornite in dotazione dal pubblico, nonché dei servizi di supporto ad esso correlati⁶³.

Con riguardo, invece, alla forma di PF2 istituzionalizzato, in materia si sono delineate variegate modalità di *partnership*, con caratteristiche differenti. Ad esempio, si sono affermate figure canoniche di finanza di progetto (che può assumere anche la forma di partenariato contrattuale), nonché la costituzione di *joint ventures*, l'istituzione

⁶¹ Il modello del PFI, dopo una prima fase di stallo ha conosciuto un notevole incremento. Le ragioni che hanno indotto l'ordinamento inglese a servirsi sempre più di questo strumento sono da ricondursi a diverse ragioni, tra le quali: (i) i progetti realizzati mediante gli investimenti pubblici solitamente non rispettavano le tempistiche ed i limiti di budget pattuiti ab origine (30% la tempistica; 27% i *budget*; dati tratti da uno studio del NAO); (ii) non vi era una corretta valutazione dei rischi e dei costi di gestione. Si veda, in particolare, per una dettagliata esposizione in merito allo sviluppo dello strumento del PFI per la realizzazione di opere pubbliche e per l'erogazione di servizi essenziali, La Formez Area Progetti editoriali, *cit.*, p. 89: *“A fronte di una quota complessiva di investimenti pari a 23 miliardi di sterline nel 1997-98, la previsione per il 2005-06 si attesta su 48 miliardi di sterline con un incremento medio annuo del 7% dopo l'inflazione. Il ricorso alla PFI, in tale quadro, ha rappresentato una voce di investimenti che ha assunto un valore percentuale, rispetto alla quota complessiva di investimenti sostanzialmente stabile, attestandosi attorno all'11% su base annua (con una quota di circa 5 miliardi di sterline); preminente permane l'utilizzo di modalità tradizionali di appalto pubblico. Tale strategia di forte indirizzo verso gli investimenti si accompagna con un vasto processo di consultazione con i diversi stakeholder coinvolti (autorità locali, erogatori dei servizi, utenti finali) alla ricerca di forme condivise nella individuazione degli investimenti strategici e delle modalità più opportune di finanziamento”*.

⁶² G.C. FERONI, *op. cit.*, p. 27.

⁶³ È d'uopo per completezza specificare che qualora l'ente pubblico non fornisca in dotazione all'ente privato la possibilità di usufruire delle infrastrutture essenziali o dei servizi ad esso correlato, vengono applicate alcune deduzioni alla previsione originaria di contratto.

di *alliance*⁶⁴. Emerge, dunque, una particolare versatilità dell'istituto in esame, la quale consente di sviluppare innovativi modelli di partenariato pubblico-privato in forza delle esigenze che si rinvergono nel mercato. In ogni caso, è dato conoscere caratteristiche comuni fra i modelli tra loro molto differenti. Anzitutto, va detto come è rimessa al settore pubblico la c.d. fase a monte, ossia l'individuazione della domanda: il *partner* pubblico individua l'*output* e delinea la *mission* dell'operazione da perseguire mediante la collaborazione con il privato⁶⁵; sempre l'ente pubblico sopporta gli eventuali ammanchi dovuti ad un errato computo delle domande in fase iniziale⁶⁶. Nel modello di PF2 contrattuale, ove il privato, per sopravvenuta impossibilità della prestazione, non sia in grado di fornire il servizio oggetto del contratto è onere dell'ente statale o dell'autorità locale garantirne l'espletamento, così da evitare che i consociati rimangano sforniti di un servizio pubblico essenziale⁶⁷.

12. Il project financing

Non esiste una normativa unitaria in materia di project financing, dipendendo la normativa di riferimento dalla natura del progetto e dall'organismo di regolazione competente. Vi sono diverse autorità nel Regno Unito, quali: le Autorità per la regolazione dell'energia (Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem) competente per la gestione del mercato del gas e elettricità; la Oil and Gas Authority (OGA) per il mercato degli oli combustibili e del gas, e, per l'energia nucleare, la Office for Nuclear Regulation (ONR). Vi sono, inoltre, le autorità per la regolazione dell'acqua (per l'Inghilterra e Wales, Water Services Regulation Authority - Ofwat; per la Scozia, Water Industry Commission for Scotland (WICS) e per l'Irlanda del Nord, Northern Ireland Authority for Utility Regulation (Ofreg); infine, le autorità per i trasporti tra le quali possiamo annoverare la Office of Rail and Road (ORR), la Civil Aviation Authority (CAA) e la National Air Traffic Services (NATS).

⁶⁴ Si andranno ad esaminare nello specifico le diverse ed eterogenee forme di partenariato, nel corso dei paragrafi successivi.

⁶⁵ Nel PF2 contrattuale, anche il ruolo del privato è ben delineato. *Ex adverso*, il settore privato si occupa della fase cosiddetta a valle, ossia della gestione del servizio pubblico di riferimento. Invero, una volta che l'ente pubblico abbia enucleato l'entità della domanda, chiarito e delineato il concetto di essenzialità della prestazione, gli enti privati svolgono tutte le attività funzionali alla esecuzione del progetto: al privato compete l'onere del progetto, l'attività di prefinanziamento, la costruzione dell'opera, la gestione nel lungo termine.

⁶⁶ Si legge in particolare, nel documento sovra citato, come la definizione del ruolo dell'ente pubblico non consista nella individuazione dell'*input*, bensì dell'*output*. Questa distinzione è fondamentale in quanto introduce una linea di demarcazione funzionale a comprendere le modalità di sviluppo di questa categoria progettuale: l'ente pubblico nello specifico svolge il precipuo ruolo di individuare il servizio, dunque il risultato, lo scopo che deve essere raggiunto mediante la stipulazione del contratto di partenariato ma è l'ente privato che concretamente dovrà valutare le modalità di gestione e realizzazione del progetto oggetto del contratto di partenariato per lo svolgimento del servizio pubblico locale di riferimento. “Questo approccio deve garantire al settore pubblico l'erogazione di un servizio a determinati standard qualitativi predefiniti lasciando all'imprenditorialità del partner privato le modalità più idonee alla progettazione e costruzione delle infrastrutture”. Sul punto, Formez Area Progetti editoriali, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁷ Più nello specifico, i rischi sottesi alla gestione di un contratto di partenariato, che permangono in capo all'ente pubblico sono i seguenti: “ (i) previsione dell'effettiva domanda di un servizio pubblico; (ii) verifica della possibilità di modificare le specifiche del progetto in un orizzonte temporale futuro; (iii) definizione del grado di adeguatezza degli standard di erogazione del servizio definiti dal settore pubblico in sede contrattuale; (iv) rischio di inflazione, cui è commisurata la quota unitaria di pagamento”. Si veda sul punto, per una indagine approfondita, Formez Area Progetti editoriali, *op. cit.*, p. 98.

Vi sono, altresì, delle Autorità governative che hanno specifiche competenze nelle singole fasi del progetto: *Planning Inspectorate* per l'approvazione del piano iniziale; *Environmental Agencies* per i risvolti climatici; *Health and Safety Executive* (HSE) per la sicurezza sul lavoro.

Sebbene nel succitato modello, meglio conosciuto come PFI, sia possibile ricondurre variegati strumenti operativi di PPP, va dato atto di come “*la maggior parte di essi rientri nel modello della finanza di progetto (project financing)*”⁶⁸. La accezione *Project Financing*⁶⁹ descrive una particolare modalità di finanziamento, in conseguenza della quale taluni soggetti - qualificati come *promotori* - costituiscono una società (abituamente, una *limited company*) che prende il nome di *Project Company* o *Special Purpose Vehicle* (SPV), il cui *business* è rappresentato dallo sviluppo di un progetto. Tale società, appositamente costituita per l'espletamento di un'attività di natura pubblica, si occupa della costruzione e manutenzione di una struttura e/o gestione a lungo termine (di norma, 25-30 anni) di un servizio, appunto, pubblico.

La SPV può rivestire sul piano strettamente formale due differenti vesti. Una prima declinazione è quella di società privata, posizionandosi nel novero del partenariato pubblico-privato contrattualizzato (nel cui ambito l'operatore privato è colui il quale è abilitato all'esercizio dell'attività che viene in rilievo). Nel secondo caso, può rivestire la forma di società pubblico-privata, configurandosi in tal caso una *partnership* istituzionalizzata, nel cui contesto la p.a. e il soggetto privato sono co-titolari delle partecipazioni della società veicolo⁷⁰. Nel delineato scenario va precisato come l'innesto di *equità* alla SPV di prassi avviene ad opera degli *sponsor*, i quali a loro volta per il reperimento del capitale iniziale si rivolgono ai finanziatori (banche o intermediari specializzati). Nel particolare, gli stessi *sponsor* vengono remunerati del rischio sopportato mediante i flussi di cassa che si registrano nella fase di espletamento dei progetti ad opera delle SPV. Del pari, sempre lo *sponsor* prima di perfezionare tale operazione economica procede alla previa verifica dei rendimenti attesi. Sostanzialmente, nel caso in cui il progetto dovesse non risultare particolarmente vantaggioso, a quel punto lo *sponsor* dovrà sopportarne le perdite economiche.

Sul piano del suo funzionamento il *project financing* quanto alle operazioni aventi ad oggetto le opere pubbliche segue il presente *iter*: lo *sponsor* assicura l'innesto di capitale nella società veicolo e, per l'effetto, acquisisce il diritto di percepirne i rendimenti; questi ultimi, a loro volta, discendono dallo sviluppo del progetto. Le somme di cui si avvale lo *sponsor* per prendere parte all'operazione economica sono, di prassi, prese in prestito da finanziatori terzi; ad un tempo, la SPV espleta le operazioni che si rendono utili e necessarie al perfezionamento del progetto, ricevendo, a titolo remunerativo, una somma fissa da parte dello *sponsor*. Si badi, la stessa società veicolo può subire una diminuzione del

⁶⁸ G.C. FERONI, *op. cit.*, p. 34. Per quanto concerne il *project financing* giova altresì specificare come tale modello sia ampiamente utilizzato non solo dall'ordinamento del Regno Unito, bensì in tutta Europa. Si vedano sul punto, in merito al modello del *project financing* l'esauriente trattazione di AKINTOYE BING EDWARDS, *The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in UK*, in *International Journal of Project Management*, Vol. 23, Issue 1, January 2005, pp. 25-35.

⁶⁹ Il *project financing* è “*un'operazione di finanziamento di una specifica iniziativa economica, realizzata tramite una società costituita ad hoc, in cui i flussi di cassa previsti dalla gestione costituiscono la fonte primaria per il servizio del debito e in cui le attività dell'unità economica rappresentano l'unica garanzia collaterale del prestito*” (definizione tratta da C. FELICETTI-M. NICOLAI, *La finanza di progetto e le opere fredde: dati di sintesi e problematiche applicative*, in *Politiche Sanitarie*, p. 1).

⁷⁰ Sul punto, in modo esplicativo, G.C. FERONI, *op. cit.*, p. 34.

corrispettivo precedentemente pattuito, ove non sia in grado di rispettare gli *standard di performance* previsti.

Sta di fatto che la SPV gode di autonomia giuridica ed economica, sul paradigma del principio di *ring fence*, tanto che sia i beni patrimoniali destinati alla realizzazione del progetto sia i flussi di cassa da esso generati rappresentano un capitale separato rispetto alla sfera economico-patrimoniale dei soggetti promotori⁷¹. Ancora, il *project financing* può configurarsi tanto come partenariato contrattuale (ove la società veicolo sia partecipata solo da un soggetto privato), quanto come partenariato istituzionalizzato, nell'ipotesi in cui la SPV sia partecipata sia dal soggetto pubblico sia dal privato. Quanto, invece, alle concrete modalità di sviluppo del progetto, si precisa come le parti interessate, antecedentemente alla fase esecutiva vera e propria, delimitano alcuni elementi essenziali. Tra questi ultimi, si annoverano la ripartizione del rischio tra il soggetto pubblico, *sponsor* e la società veicolo; i costi previsti per l'espletamento delle operazioni, ad evitare in tal modo bruschi ed esorbitanti di *budget* nella fase di svolgimento⁷². Si prevede la individuazione dei beni strumentali allo svolgimento delle operazioni, affiancati dai relativi costi. E, non da ultimo, si sanciscono gli obiettivi a lungo termine da realizzare.

Come si può notare, lo stesso strumento del *project financing* assume, stante la evidente versatilità operativa, un utilizzo promiscuo in variegati ambito dell'economia. Per completezza di esposizione, si aggiunga come abitualmente detto modello viene suddiviso nella categoria delle c.d. "opere calde" e "opere fredde". Le prime ("opere calde") si caratterizzano in base alla circostanza secondo cui i progetti posti a loro presidio vengono sono remunerativi e, in quanto tali, sono idonei in concreto di garantire l'integrale remunerazione dell'operatore privato, rispetto agli investimenti effettuati. Di converso, quelle c.d. "fredde", rappresentano quella particolare tipologia di interventi – nella prassi, integrano opere a tariffazione amministrata sull'utente e a tariffazione sulla pubblica amministrazione – in cui i *cash flow* percepiti dal privato (in ragione della gestione della SPV) non si profilano sufficienti a coprire integralmente gli investimenti iniziali sostenuti. In funzione di tale aspetto (assenza di una vera e propria autonoma sostenibilità da parte del privato-investitore), viene rimesso a carico dell'organo pubblico la garanzia circa la *fattibilità economico-finanziaria* in favore del privato⁷³. E, segnatamente, quanto al *modus* ed al *quantum* concernente l'intervento degli organi pubblici nella gestione dei progetti e finanziamenti di opere fredde, va precisato come non ricorra una regola generalizzata, essendo presenti nella prassi differenti esperienze, in guisa da essere valorizzato il ricorso alla previa valutazione caso per caso quanto alla tipologia di intervento di natura economica che deve essere sopportato dalla pubblica amministrazione.

13. DBMFO, BOO, BOOT e DBFM

Nell'ambito del *project financing* ricadono variegata figure di PPP, ivi comprese quelle forme conosciute con l'accezione di DBMFO, BOO, BOOT e DBFM. Quanto alla prima, il DBMFO, di cui all'acronimo di *Design Built Finance Operate*, trattasi di un modello assai

⁷¹ Corollario a tale principio di autonomia giuridica ed economica dei capitali, risiede nel fatto che il *project financing* sia un'operazione che soggiace al principio di *non-recourse financing*: a garanzia del prestito richiesto ai finanziatori, non vengono stanziati beni reali del debitore, ma unicamente i *cash flow* derivanti dalla gestione del progetto.

⁷² Giova specificare che in caso di eccessivo aumento di costi le spese potranno risultare essere carico della società veicolo.

⁷³ Si veda sul punto, per una dettagliata esposizione, C. FELICETTI-M. NICOLAI, *op. cit.*, p. 1 ss.

spesso utilizzato nel Regno Unito ove la p.a. si prefissi l'obiettivo di costruzione di un'opera (infrastruttura). A fronte della selezione del *partner*, quest'ultimo viene abitualmente prescelto per lo svolgimento delle attività di *progettazione, costruzione, finanziamento e gestione del progetto*. In tale ambito, si prevede che in seguito alla costruzione dell'infrastruttura, la medesima venga utilizzata dal soggetto pubblico, che a sua volta corrisponde una somma all'operatore privato. Mentre, alla scadenza del termine previsto nel contratto di PPP, ricorrono due diverse opzioni. Nella prima, si contempla che l'infrastruttura torna ad essere di proprietà del privato. Nella seconda ipotesi, invece, la medesima infrastruttura viene trasferita al *partner* pubblico, sulla base delle specifiche clausole contrattuali previste⁷⁴.

Tanto il modello contrattuale del BOO (*Build Own Operate*), quanto quello del BOOT (*Build On Operate Transfer*), entrambe configurano una semplificazione rispetto al delineato strumento del DBMFO. Nella prima delle due operazioni considerate, il soggetto privato finanzia, costruisce e gestisce un'infrastruttura la quale, alla scadenza del contratto, torna *tout court* ad essere di proprietà del privato. Nella seconda fattispecie considerata, *a contrario*, il contratto prevede il trasferimento *de plano* della infrastruttura realizzata, dal soggetto privato all'ente pubblico. Ancora, la figura del DBMF riveste analogie con i precedenti strumenti di PPP. Essa, tuttavia, prevede un elemento aggiuntivo, nella misura in cui lo stesso operatore privato assume *ex se* anche le operazioni di manutenzione dell'infrastruttura oggetto del contratto; operazione quest'ultima che, dunque, si profila come ulteriore rispetto a quelle di costruzione, finanziamento, gestione previste nelle circostanze precedenti⁷⁵.

14. Integrator Approach

L'*Integrator approach* integra una specifica figura di PPP, prevedendosi che il soggetto pubblico affidi ad un'organizzazione o ad una società privata il compito di realizzare *integralmente* un progetto. Tutto ciò, pertanto, implica che il privato sia tenuto a gestire la fase genetica dell'operazione, nonché la fase di aggiudicazione, di costruzione ed entrata in attività. Tanto che l'ente pubblico (statale o locale), definisce la politica generale e la strategia a monte dell'operazione anzidetta. La società o l'organizzazione privata designata, *de facto*, scompone l'intero progetto in *sub-progetti*, quindi, in singole attività ed operazioni che vengono affidate mediante contratti di PF2 a terzi soggetti privati *ad hoc* reperiti nel mercato⁷⁶. Ancora, la società che firma il contratto di *integrator approach* non riveste un ruolo *attivo* nella realizzazione delle operazioni, limitandosi ad espletare una funzione di coordinamento e supervisione dei singoli *sub-progetti* (e si occupa anche di riferire quanto all'andamento delle operazioni alla p.a. interessata). Trattasi, *prima facie*, di una struttura stagliata su diversi piani. Nell'*integrator approach* il soggetto pubblico è il referente finale che

⁷⁴ Questa tipologia di PPP è particolarmente diffusa nei settori del trasporto e dei servizi pubblici.

⁷⁵ È d'uopo specificare che la previsione della attività di manutenzione, fa sì che il privato sia interessato a costruire le infrastrutture "Tenendo in considerazione la long-maintenance richiesta". Si veda sul punto, A.M. SORRENTINO, *Partenariato pubblico-privato*, Bankpedia, Assonebb, 2011.

⁷⁶ Per una trattazione più specifica sul punto si veda, G.C. FERONI, *op. cit.*, p. 38: "Il partner privato gestisce l'approvvigionamento di tutti i beni e 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 che separati che possono essere realizzati sia tramite PFI che con modelli convenzionali. Il Partner privato subappalta i singoli sub progetti svolge la funzione di coordinatore e appunto integratore".

determina la *mission* e riceve aggiornamenti in merito allo svolgimento delle operazioni pubbliche. A fronte, come si è visto, della società privata o di organizzazione, la quale espleta l'attività di supervisione e di coordinamento; mentre le ulteriori società terze che hanno aderito al progetto, rivestono la finalità di assicurare l'espletamento delle singole operazioni oggetto dei *sub-progetti*.

Si riscontrano, inoltre, nell'ordinamento inglese fattispecie di partenariato pubblico privato sotto forma di *joint venture*, ovvero sia di organizzazioni stabili di matrice societaria, aventi una propria personalità giuridica alle quali partecipano l'ente pubblico locale o statale e il soggetto privato. Viene in rilievo, al riguardo, il c.d. partenariato di cui alle *public-private partnership* istituzionalizzate, nel cui novero il soggetto pubblico ed il soggetto privato partecipano alla società, svolgendo congiuntamente le operazioni che ne rappresentano la ragione sociale⁷⁷.

Ebbene, in tale contesto non sussiste una regolamentazione che di *default* appare applicabile rispetto alle situazioni generalmente considerate in termini di *public-private partnership*, per tal ragione di volta in volta disciplinate a seconda delle esigenze che s'intendono perseguire. Sul piano pratico ed operativo nell'ambito del Regno Unito si sono registrate molteplici realtà societarie miste, le quali hanno preveduto una partecipazione dell'ente locale, in qualità di socio pubblico, con particolare riferimento a prestazioni di servizi sanitari e sociali⁷⁸.

Oltre alla canonica forma di *joint ventures*, si sono sviluppate ulteriori tipologie di rapporti atipici, tra i quali, senza pretesa di esaustività si ricordano: (a) i *collaborative procurement*, quale peculiare forma di "appalto integrato"⁷⁹, che prevedono una collaborazione sia in fase pre che post-contrattuale, tra impresa aggiudicataria e PA committente); (b) i c.d. *partenariati strutturali* finalizzati alla attuazione di progetti di lungo periodo, che prevedono l'individuazione *ab origine* di un certo numero di imprese (da 9 a 12), le quali vengono messe in gara negli anni per affidamenti di accordi-quadro (che si svolgono e realizzano secondo il principio del *collaborative procurement*)⁸⁰.

15. Modelli scozzesi: Non profit distribution

Differentemente dal Regno Unito, dove ha avuto un significativo sviluppo il *Project financing*, nel caso della Scozia ha trovato maggior favore lo strumento del NPD, *non profit-distribution*⁸¹. Nel 2007 l'SNP - un partito scozzese - ha pubblicato un programma in cui veniva prospettato l'avvio di un istituto avente lo stesso scopo del PFI, ma alternativo a quest'ultimo. Nel particolare, si intendeva costituire una nuova società partecipata dallo Stato con il precipuo scopo di finanziare progetti, devoluti ai privati, attraverso *'bonds and other appropriate*

⁷⁷ Si specifica che in tal caso la società viene qualificata come società appartenente al settore pubblico e su essa gravano maggiori vincoli.

⁷⁸ Uno degli esempi più rilevanti attiene il caso della rimunicipalizzazione della London Tube, avvenuta per effetto della istituzione dell'ente pubblico locale, Transport for London.

⁷⁹ La locuzione "appalto integrato", viene utilizzata da C. RANGONE, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁰ Si sottolinea, a titolo di curiosità, che questa forma di partenariato è stata utilizzata anche in attuazione dell'intervento delle Olimpiadi del 2012, nonché per i piani nazionali scolastici ed ospedalieri più importanti degli ultimi anni (da cui si deduce *per tabulas*, come siano state utilizzate queste forme di partenariato per addvenire alla costruzione delle più importanti opere edilizie dell'ultimo decennio).

⁸¹ Per una analisi completa e dettagliata riguardo lo strumento del NPD, si veda A. AKINTOYE-M. BECK-M. KUMARASWAMY, *Public Private Partnership: A Global Review*, Routledge, 16 settembre 2015, p. 355.

*commercial financial instruments atrates which would be cheaper than PFP*⁸². Ed invero, lo stesso SNP intendeva assicurare il finanziamento a progetti di interesse pubblico tramite società partecipate anche da soggetti pubblici, prevedendo come remunerazione obbligazioni e strumenti finanziari. È quindi in tale ambito che si è delineato l'innovativo modello del NPD, *Non-Profit Distributing model* (NPD)⁸³, per lo più utilizzato nelle contrattazioni dalle autorità locali.

Nel particolare, nei casi appena descritti, il settore privato (o pubblico-privato, nella circostanza di partenariato istituzionalizzato) costituiva una società veicolo SPV, *rectius*, una *'special purpose vehicle'*, con la finalità di espletare un numero determinato di progetti⁸⁴ e, in particolare, in relazione alle attività di *"design, construction, and operation of new or refurbished infrastructure"*. La peculiarità dell'istituto del NPD risiede nella considerazione per cui i membri della SPV investono esclusivamente attraverso denaro preso in prestito dalle banche. La qualificazione in termini di *Non-profit distribution* è data dal fatto che tale forma di *partnership* non contempla il lucro soggettivo: ogni *surplus* derivante dall'attività economica svolta dalla SPV di riferimento viene devoluto alla comunità⁸⁵, mentre il corrispettivo dell'attività svolta viene percepito come già accennato, solo mediante le obbligazioni e gli strumenti finanziari di cui sopra. Sul punto giova osservare come gli studi e le ricerche di mercato hanno in qualche modo sfatato la tesi sostenuta dal *Cabinet Secretary* in Scozia secondo il quale, l'NPD avrebbe contribuito ad eliminare i profitti eccessivi generati dal progetto di PFI⁸⁶. Per tali ragioni, pertanto, l'esperienza del NPD ha indotto alcuni Autori⁸⁷ a ritenere che avvalersi di qualsiasi strumento che preveda il *private finance* in settori pubblici sia sempre – e indistintamente – da considerarsi in termini negativi. Da ultimo, si segnala come il 6 aprile 2020 sono state introdotte delle linee guida per consentire di meglio affrontare la pandemia⁸⁸, in cui viene enfatizzato che gli operatori del PPP fanno parte del sistema sanitario ed hanno quindi un obbligo di cooperazione per garantire il funzionamento del pubblico servizio, sempre che, viste le circostanze, si possa dover derogare alla normativa contrattuale.

⁸² *Scottish Government*, 2007; viene inoltre indicato quanto esposto dallo Sottish Parliament: *"Giving evidence to the Scottish Parliament Finance Committee in May 2008, Swinney said NPD would end the 'exorbitant PFI' pursued by its predecessor and strongly advocated by the UK Treasury, while 'eliminating excess profits' and 'protecting the public interest'(Scottish Parliament, 2008)"*.

⁸³ Si veda sul punto, l'ottimo contributo di M. HELLOWELL-M. POLLOCK, *Distribution: The Scottish Approach to Private Finance in Public Non-Pro Services*, in *Social Policy and Society*, 2009, 8, pp. 405-418.

⁸⁴ Si ricorda che nell'ambito del *project financing*, a contrario, la società veicolo viene costituita con lo scopo di portare a termine solo un progetto.

⁸⁵ M. HELLOWELL-M. POLLOCK, *op. cit.*, pp. 405-418: *"One of the key features is the reinvestment of any surpluses back to the community, for example via charity. Instead of distributing dividends the Board of Directors of the Special Purpose Vehicle (SPV) donate any surpluses to the charity. The Board of the SPV is controlled by subordinated debt providers, and involves representation from the procuring authority, charity or a Community Interest Company. It also includes an 'Independent Director' who has significant power vested in him to make key decisions on subjects such as refinancing of project debt"*.

⁸⁶ Tali ricerche di mercato sono fondate sul presupposto per cui di fatto, non vi siano evidenze a supporto di tali tesi. *"The political advantage of NPD – that is, its ability to give the SNP government the appearance of doing 'something different' to its more business-oriented southern neighbor, while in reality responding to the same budgetary incentives that gave rise to private finance in Scotland in the first place – also looks set to be eroded"*. M. HELLOWELL-M. POLLOCK, *op. cit.*, pp. 405-418.

⁸⁷ Si veda sul punto, l'ottimo contributo di M. HELLOWELL-M. POLLOCK, *op. cit.*, pp. 405-418.

⁸⁸ *Scottish Futures Trust, Guidance on Operational PPP Projects (covering NPD Contracts, hub DBFM contracts, PPP and PFI contracts) and COVID-19*, 6 aprile 2020.

16. I Social Impact Bonds

I *Social Impact Bonds* (SIB) rappresentano una figura di PPP con cui il soggetto pubblico reperisce il capitale privato per perseguire alcuni obiettivi funzionali alle amministrazioni pubbliche⁸⁹. Al fine di meglio inquadrare tale figura appare utile evidenziare come la prima forma di SIB si è avuta nel Regno Unito, nella Città *Peterborough* nel 2010. In termini, l'impresa sociale *Social Finance Ltd* ha sottoscritto un SIB (*Social Impact Bond*) con il Ministero della giustizia inglese, per effetto del quale ha assunto l'impegno di ridurre il "tasso di recidiva di quei detenuti del carcere di *Peterborough*, condannati a pene detentive inferiori ai dodici mesi (c.d. *short-sentence offenders*)"⁹⁰.

Più in generale, i *Social Impact Bonds* raffigurano uno strumento di diritto che presenta caratteri particolarmente innovativi, per i quali non è prevista una disciplina in senso stretto. Sono, tuttavia, decodificabili alcuni aspetti comuni a tutti i contratti aventi ad oggetto *social impact bonds*. Il disegno organizzativo si fonda sulla contestuale collaborazione tra ente pubblico ed enti privati; peraltro, al fine di mettere in atto tale modello di partenariato è prevista la compartecipazione di cinque soggetti. Entrando *in medias res*, il primo soggetto coinvolto è un organismo di pubblica amministrazione, solitamente un ente locale che interviene nella fase iniziale e finale della procedura godendo di una posizione per così dire *neutrale* in fase di materiale esecuzione del contratto. In un primo momento, infatti, l'ente amministrativo individua e circoscrive un'area di intervento sociale, compiendo una valutazione in merito agli *output* da raggiungere per effetto della messa in atto del SIB. Prima dell'avvio del progetto, l'ente amministrativo provvede all'emissione di strumenti finanziari, i quali verranno destinati all'investitore solo al termine. Nonostante non vi sia ancora, come si diceva *ab initio*, una disciplina in senso stretto dei contratti di *Social Impact Bonds*, è opportuno in tal sede specificare che per quanto concerne le modalità di remunerazione, quest'ultima è stata così individuata: all'ente privato spetta una remunerazione, allorquando quest'ultimo riesca a raggiungere le *performance* indicate nel contratto. In tal caso, il privato consegue un profitto, individuato non solo nella restituzione del capitale versato, ma anche nella percezione di un guadagno aggiuntivo; *a contrario* qualora non riesca a conseguire i risultati pattuiti in fase genetica di stipulazione del contratto, il privato non avrà neanche diritto alla restituzione dell'investimento iniziale. Alla stregua di quanto appena descritto, pertanto, il committente pubblico non soggiace ad alcun rischio di fallimento del progetto né è tenuto a sopportare i costi iniziali poiché solo a conclusione della iniziativa dovrà sostenere, nella misura pattuita, i pagamenti per i servizi erogati.

Oltre alla compartecipazione dei soggetti privati (uno o più investitori) che si occupano nel concreto di immettere capitali privati per lo svolgimento di una attività di interesse pubblico e di un organo di pubblica amministrazione che presiede la fase iniziale della procedura, è prevista la presenza di un promotore-intermediario che svolge un ruolo di fondamentale importanza, in quanto si occupa di creare una rete di collegamento e connessione tra tutti i soggetti interessati al progetto. E, segnatamente, quest'ultimo individua un ente amministrativo interessato ad un determinato progetto; interviene per

⁸⁹ Per una esauriente trattazione in merito al neo-introdotta istituto dei Social Impact Bonds, si veda A. BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i social impact bonds*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2015, p. 69.

⁹⁰ A titolo di curiosità vengono estrinsecati alcuni dettagli relativi all'esperimento di cui si è trattato nel corpo del testo. Questo contratto di SIB prevede, come si è detto, la riduzione della problematica della recidiva; a tal fine è stato stipulato tale contratto volto al reinserimento dei detenuti. È stato utilizzato un campione di *tremila* individui di *sexso maschile*, assistiti da un consorzio di sei organizzazioni specializzate nella riabilitazione dei soggetti sottoposti allo *status* di detenuti.

agevolare la stipulazione del contratto principale; cerca di provvedere a recuperare finanziamenti per lo svolgimento delle attività oggetto del programma; individua il soggetto privato operante nel terzo settore che nel concreto andrà a perfezionare l'oggetto dedotto in contratto. Invero, gli investitori non coincidono con il soggetto che costituisce i SIB e che di fatto porterà a termine l'operazione; a tal fine vengono individuati uno o più soggetti terzi, che si adoperano per la prestazione dei servizi necessari⁹¹. Proprio per siffatte ragioni, l'individuazione del soggetto investitore costituisce un tassello fondamentale, poiché dipende dal suo operato la riuscita e il raggiungimento delle *performance* dedotte nel contratto.

Alla luce di quanto sin ora indicato, è evidente come “*la messa in correlazione delle attività di tutti questi soggetti, ciascuno per la propria competenza e specificazione d'interessi, struttura propriamente il Social Impact Bond*”⁹².

Quanto alle modalità attraverso le quali i soggetti coinvolti operano, va detto come dappprincipio viene costituita una società di scopo controllata o finanziata dagli investitori, in specie una *Limited Partnership*, c.d. società veicolo⁹³. Detta società, nel particolare, assume la veste di controparte contrattuale con cui la p.a. perfeziona il contratto e rispetto alla quale il promotore svolge il ruolo di consulente.

Lo schema dei *Social Impact Bonds* richiama quello del *project financing*, dal momento che in entrambi i casi non viene finanziato un soggetto ritenuto in grado di restituire il prestito, bensì un'iniziativa ideale, un progetto volto a conseguire risultati di interesse pubblico. La differenza che, invece, caratterizza i due istituti risiede nella considerazione secondo cui nel *project financing* lo *sponsor* ottiene una remunerazione sulla scorta dei flussi di cassa che autonomamente riesce a produrre. Mentre, nel *Social Impact Bond*, la remunerazione viene fornita al privato dalla stessa amministrazione pubblica che approva il progetto, se e solo se abbia raggiunto gli obiettivi dedotti in contratto⁹⁴.

Riflessioni conclusive

Alla stregua della disamina effettuata nei capitoli che precedono relativa alla tematica afferente alle società partecipate (nel nostro ordinamento caratterizzata dalla novella di cui al D.Lgs. n. 175/2016 e ss. int. e mod.) è d'obbligo trarre alcune considerazioni di carattere conclusivo e finale.

La locuzione “società pubblica” tradisce un ossimoro, laddove, da un lato, assume veste privatistica e, dall'altro lato, presenta sostanza pubblicistica ed il legislatore, al pari dello studioso è, dunque, chiamato a risolvere il conflitto discendente dall'antinomia tra la forma e la sostanza⁹⁵.

A ciò aggiungasi che la difficoltà dell'interprete è acuita dalla circostanza per cui le “società in mano pubblica”, lungi dal rappresentare un mero istituto giuridico avente

⁹¹ È evidente che vi siano diversi tratti comuni ed affinità tra i SIB ed il modello del *project financing*.

⁹² A. BLASINI, *op. cit.*, p. 69.

⁹³ Questo schema contrattuale è uguale a quello previsto nel *project financing*.

⁹⁴ Sino ad oggi, nel Regno Unito sono stati sviluppati quindici progetti. Volgendo lo sguardo ad un'analisi comparatistica, si ravvede come anche altri ordinamenti abbiano provveduto a mettere in campo questo nuovo strumento; invero ben quattro progetti sono stati avviati negli Stati Uniti d'America, uno in Canada, uno in Olanda, uno in Germania, uno in Belgio e due in Australia. In tutti, vi sono venticinque programmi di azione sociale attivi strutturati secondo la formula del *Social Impact Bond* per un investimento complessivo pari a cento milioni di dollari. Gli interventi che sino ad ora hanno costituito oggetto dei contratti sono principalmente incentrati su operazioni volte a superare problematiche sociali, quali la tutela dei senzatetto, dei disoccupati, dei disabili, degli anziani privi di assistenza.

⁹⁵ C.A. MAURO, *op. cit.*, 281 e ss.

caratteristiche unitarie ed omogenee, parrebbe per lo più costituire un fenomeno giuridico in continua evoluzione e di difficile regolamentazione, rispetto al quale il nuovo Testo Unico appare un primo punto fermo posto dal legislatore *in subiecta materia*. Basti pensare alle varie *species* di società pubblica che costellano l'odierno panorama legislativo, tra cui è possibile ricordare, a titolo esemplificativo, l'*in house*, le strumentali, a partecipazione in via maggioritaria, a controllo pubblico, di diritto singolare, nonché l'organismo di diritto pubblico (rilevante in tema di appalti), ecc.

La valenza eterogenea di detto fenomeno, letta alla luce anche delle esperienze unionali ed internazionali sopra descritte, è ben spiegabile alla luce di diversi principi, non solo di diritto interno, ma anche di matrice sovra-nazionale e per giunta non soltanto giuridici, ma anche economici, tra cui la concorrenza, il divieto degli aiuti di Stato, la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, i limiti assunzionali, nonché quelli concernenti la attività e, da ultimo, la costituzione delle stesse società pubbliche. È il difficile bilanciamento tra i suddetti principi che ha caratterizzato e determinato l'intervento pubblico nell'economia, dacché da un sistema eminentemente pubblicistico, tanto da discorrersi di Stato imprenditore, si è passati ad un sistema a connotazione privatistica, snodatosi lungo l'abdicazione da parte dello Stato in favore del privato delle proprie prerogative *lato sensu* economiche dando la stura ad una privatizzazione il più delle volte soltanto parziale, *rectius* formale (mantenendo una quota del patrimonio sociale se non addirittura riservandosi un ingerente potere di controllo sostanziantesi nella cosiddetta *golden share*).

La ragioni poste a fondamento della privatizzazione sono state di un duplice ordine: da un lato, l'avvento del sistema di diritto comunitario (oggi euro-unitario) che ha scardinato i privilegi della società pubblica con l'adozione di regole, tra l'altro, pro-concorrenziali sul cui sfondo anche il divieto degli aiuti di Stato e, dall'altro lato (e a prescindere della aleatorietà di ogni modello societario *tout court*), l'ingente disavanzo pubblico venutosi a determinare. In prospettiva diacronica è possibile osservare che le motivazioni sottese agli interventi legislativi sono state affidate, in termini generali, ad un duplice ordine di direttrici: (i) limiti alla costituzione ed alla attività delle società a partecipazione pubblica (art. 13, D.Lgs. n. 233/2006 c.d. Decreto Bersani, nonché l'art. 3, comma 27, legge n. 244/2007); (ii) c.d. "moralizzazione" delle società pubbliche, sub specie di introduzione di un tetto massimo dei compensi degli amministratori e di limiti numerici dei consigli d'amministrazione (art. 1, comma 729, legge n. 296/2006; art. 1, comma 465, legge n. 296/2006 e art. 3, comma 12, legge n. 244/2007).

Par strano sostenerlo, ma le predette motivazioni che hanno indotto a privilegiare l'approccio privatistico di cui la società pubblica è manifestazione, sembrano oggi guidare la mano del legislatore anche europeo verso un paradigma economico improntato sulla logica della compartecipazione dell'operatore privato e del soggetto pubblico per la realizzazione del bene comune. Se, da un lato, con il Testo Unico delle società partecipate si è inteso procedere ad una progressiva emancipazione del mercato dall'intervento pubblico, all'oggi si apprezza un percorso teleologicamente orientato a riconsiderare detto fenomeno in chiave di stretta sinergia fra capacità pubbliche e private, unitariamente considerate per il miglioramento del mercato dei beni e dei servizi su larga scala. Da un lato, le Pubbliche Amministrazioni non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e non è permesso loro nemmeno acquisire o mantenere partecipazioni in simili società, anche solo di minoranza. Dall'altro lato, la disciplina normativa prescrive che le società in cui possono partecipare le Amministrazioni possono svolgere "esclusivamente" determinate attività, tassativamente elencate (l'erogazione di

un servizio di interesse generale; la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma; la realizzazione e gestione di un'opera o l'organizzazione e gestione di un servizio attraverso un contratto di partenariato; l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti; i servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici). Per tale via si introduce un elemento di novità rispetto al passato, laddove, nella precedente normativa, non vi era un limite del genere per la partecipazione pubblica all'interno delle società: il c.d. vincolo di scopo era già previsto dall'art. 3, comma 27, legge n. 244/2007 ed era condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente a legittimare la partecipazione pubblica in una società. Dalla norma in esame trapela il *fil rouge* che ha caratterizzato la storia delle società partecipate, *id est* l'esigenza di contenimento del fenomeno delle società pubbliche che riposa, per un verso, su una sorta di sfiducia nell'intervento dello Stato nell'economia, e, per altro verso, in un migliore utilizzo delle risorse pubbliche, da cui l'avvio del doppio binario privatizzazione-liberalizzazione.

Da qui, sembra prendere avvio una nuova stagione delle partecipate pubbliche e ciò all'insegna di una sorta di liberalizzazione che, tuttavia, dev'essere rimeditata a margine delle disposizioni contenute nel PNRR. In tale novero, infatti, la valorizzazione riforme, meglio conosciute come missioni (c.d. *Pillars* unionali), non trovano particolari distinzioni quanto agli operatori pubblici o privati che devono rendersene attuatori. Si delinea, piuttosto, un'innovativa stagione di compartecipazione per il perseguimento del bene comune all'insegna della *sharing economy*. Tanto più alla luce delle parole del Governatore della Banca d'Italia, le quali sembrano anzi auspicare l'intervento di capitali privati per la ripresa e la resilienza del tessuto economico complessivamente considerato.

Atteso il carattere trasversale delle molteplici missioni previste in sede di PNRR, in definitiva, si potrebbe profilare il conio di una nuova *Authority* con una funzione eminentemente consultiva in favore delle pubbliche amministrazioni, in sinergia con i vari organismi ivi previsti. L'estensione del perseguimento dei fini pubblicistici anche nei confronti degli operatori privati, in quanto previsti in sede di programmazione industriale e pianificazione economica potrebbe, altresì, contemplare una rivisitazione del rapporto fra autorità e libertà. Il riequilibrio di tale difficile rapporto potrebbe essere immaginato assumendo come faro i principi costituzionali ed, in particolare, l'art. 41 della Carta Costituzione laddove riconosce inequivocabilmente l'intervento pubblico nell'economia statuendo che "*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*", nonché gli artt. 117 e 118 nella misura in cui legittimerebbero un'attività regolamentare del fenomeno delle società partecipate da parte degli Enti Locali se del caso affiancati da un'Autorità Indipendente.

Conclusivamente, si è registrata una tendenza tesa a valorizzare l'innesto di capitale pubblico nell'economia, improntandosi il supporto dell'operatore privato (attuatore delle riforme) a logiche di equità e solidarietà. Sembra delinearsi un innovativo quadro sociale ed economico che, alla luce delle risorse stanziare, appare postulare la necessità di rivisitare gli strumenti classici del partenariato pubblico privato. Attingendo, nel particolare, dalle esperienze oltre confine sopra illustrate potranno essere valorizzati i modelli degli altri Stati membri ed internazionali al fine di decodificare un sistema di mercato che sappia assicurare, anche attraverso l'ausilio delle Autorità Indipendenti, adeguate forme di controllo e di monitoraggio per garantire ancor meglio le varie forme di programmazione industriale e pianificazione economica su larga scala previste.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
