

undefined

Nel partenariato pubblico-privato l'ente deve tenere la bussola

Nuovo codice appalti

Occorre favorire la comparabilità delle offerte di candidatura

L'amministrazione non deve abdicare al ruolo di decisore pubblico

Oriana Granato

L'articolo 193, comma 11 del nuovo codice dei contratti pubblici (Dlgs 31 marzo 2023 n. 36) ha codificato il principio secondo il quale gli enti concedenti possono sollecitare gli operatori privati a farsi promotori di iniziative in partenariato pubblico-privato (Ppp) incluse nella programmazione triennale delle singole Pa.

In effetti questo tipo di sollecitazione del privato era prassi già alquanto diffusa nel mercato del Ppp, dove spesso si assisteva a pubblicazioni da parte delle Pa di avvisi di manifestazioni d'interesse per sollecitare la presentazione di proposte del promotore.

Questa prassi, ora codificata, comporta un evidente immediato vantaggio per l'amministrazione, la quale, piuttosto che investire ingenti risorse di tempo e denaro per la preparazione della copiosa documentazione volta a lanciare una vera e propria gara di Ppp per la selezione del concessionario, si limiterà a predisporre uno snello avviso di manifestazione d'interesse per "ricordare" agli operatori privati di reagire rispetto a iniziative in Ppp che, benché inserite nella programmazio-

ne triennale, ancora non sono state colte dagli stessi privati.

L'amministrazione si limiterà quindi alla preparazione di un avviso di manifestazione d'interesse, mentre all'operatore privato verrà lasciato l'onere di predisporre tutta la documentazione per rispondere all'avviso e, in particolare, lo schema di contratto di Ppp, il piano economico finanziario e il progetto di fattibilità tecnica economica. L'iniziativa di Ppp è sì formalmente "pubblica" ma non segue la forma canonica del Ppp a iniziativa pubblica, bensì una forma semplificata per l'ente concedente che di fatto rimette al privato la predisposizione di tutta la documentazione necessaria. E questo sta nella natura intrinseca del Ppp dove, per definizione, alla parte (tra quella pubblica e quella privata) che meglio può eseguire la singola attività viene attribuito il relativo onere.

L'avviso di manifestazione d'interesse conterrà quindi le principali caratteristiche tecniche dell'iniziativa sollecitata nonché le indicazioni principali rispetto all'attesa allocazione dei rischi di progetto, caratteristiche che l'amministrazione si attende di vedere poi riflesse nella proposta dell'operatore privato.

Ma è evidente che il contenuto di un avviso di manifestazione d'interesse è lontano dal contenere il grado di dettaglio che sarebbe necessario là dove la Pa lanciasse una vera e propria gara per la selezione dell'affidatario di un Ppp.

E qui veniamo al punto: il perimetro d'azione ampio nel quale gli operatori privati si trovano a muoversi declinando ognuno a proprio modo la sollecitazione della Pa, potrebbe portare la Pa stessa a ricevere proposte sostanzialmente difformi tra di loro e

quindi difficilmente comparabili, con ciò di fatto svuotando di efficacia il procedimento più snello e semplificato scelto dall'ente concedente.

Se la disciplina introdotta dall'articolo 193, comma 11 di fatto comporterà più grane che vantaggi, soprattutto in termini di potenziale contenzioso tra operatori privati, se da un lato certamente non può escludersi, dall'altro dipenderà anche da quale direzione prenderà la giurisprudenza sul punto della «discrezionalità amministrativa».

Intanto occorre ricordare che già Anac nella delibera 219 del 2021 auspicava il ricorso alle procedure di manifestazione d'interesse da parte degli enti concedenti per evitare che l'iniziativa di Ppp fosse del tutto demandata agli operatori privati proponenti che - godendo del diritto di prelazione in fase di gara - avrebbero di fatto limitato la concorrenza.

Quindi Anac raccomandava già nel 2021 alle amministrazioni di ricorrere più spesso agli avvisi di manifestazione d'interesse. Sul tema della comparabilità delle diverse e difformi proposte ricevute a seguito di manifestazione

ne d'interesse essa sosteneva che il confronto tra le varie proposte avrebbe consentito alla Pa di individuare l'opzione più conforme alla «pubblica utilità perseguita», che avrebbe quindi dovuto rappresentare il criterio guida degli enti concedenti nella fase di valutazione.

E nella stessa direzione pare si stia orientando una prima giurisprudenza (Tar Friuli-Venezia Giulia), la quale ribadisce che l'ente concedente deve valutare innanzitutto quale tra le proposte ricevute dai privati a seguito di manifestazione d'interesse dell'ente concedente risponda al «maggior interesse pubblico», prediligendo questo come criterio guida.

Allorquando l'amministrazione ritenga che una proposta risulti quella più rispondente all'interesse perseguito dall'amministrazione stessa, ancorché necessitante di aggiustamenti o integrazioni riconducibili al potere (ampiamente) discrezionale attribuito all'amministrazione, può poi seguire una più mirata e decisiva interlocuzione con la sola proponente, al fine di addivenire alla definitiva dichiarazione di fattibilità e pubblico interesse della proposta di Ppp e la conseguente costituzione in capo alla medesima della qualifica di «promotore». Se quindi l'amministrazione deciderà di assumere il ruolo di decisore pubblico operando senza indugi con l'«ampia discrezionalità amministrativa» che le è riconosciuta, allora anche la sollecitazione dei privati da parte dell'amministrazione piuttosto che un "flop" potrà essere invece un ulteriore volano per la realizzazione e gestione di grandi e piccole infrastrutture attraverso lo strumento del Ppp.

LA MODIFICA

Partenariato

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha codificato il principio secondo cui gli enti possono sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative in partenariato pubblico-privato incluse nella programmazione triennale delle singole Pa.

© RIPRODUZIONE RISERVATA