



COMUNE DI PALERMO

AREA DELLA RAGIONERIA GENERALE,

TRIBUTI E PATRIMONIO

Il Ragioniere Generale

C.A.P. 90133

C.F. 80016350821

Via Roma, n. 209 – 90133 PALERMO

Tel. 0917403601 – Fax 0917403699

Sito internet www.comune.palermo.it

E-MAIL ragionieregenerale@comune.palermo.it

Ai Sigg. Dirigenti

E, p.c. Al Sig. Segretario Generale

Prot. n. 815338 del 23.05.2018

Oggetto: Linee Guida n. 9 di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

L'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha approvato le Linee Guida n. 9, attuative del Codice Appalti (D.lgs. 50/2016), recanti *"Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di Partenariato Pubblico Privato"*. Il documento è stato sottoposto a consultazione e al parere del Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018 ed è stato pubblicato in G.U. n. 92 del 20 aprile 2018. E' entrato in vigore a partire dal 5 maggio 2018.

Il PPP, si legge sulle Linee Guida ANAC, rappresenta un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura economico-finanziaria.

Le Linee Guida in esame sono state redatte in attuazione dell'art. 181, comma 4, del Codice Appalti (D.Lgs. 50/2016) che prevede che l'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), adotti linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti. L'operatore è tenuto a collaborare e alimentare attivamente questi sistemi di monitoraggio. Invero, ai sensi dell'art. 180 comma 3 del Codice, *"nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera (...)"* Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico".

Con l'espressione Partenariato pubblico-privato (PPP) si fa comunemente riferimento a forme di cooperazione tra poteri pubblici e soggetti privati, con lo scopo di finanziare, costruire e gestire infrastrutture o fornire servizi di interesse pubblico: la legge delega n. 11/2016 che detta i principi su cui è costruito il nuovo Codice Appalti, sposando i principi forniti dalle ultime direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE in materia di appalti pubblici, già mirava all'ambizioso

obiettivo di incentivare l'integrazione pubblico-privato al fine di accrescere le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative anche dal punto di vista finanziario, facendo specifico riferimento agli istituti di finanza di progetto e di locazione finanziaria di opere pubbliche e di pubblica utilità.

Nella prima parte del documento in argomento sono contenute indicazioni per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara.

Nella seconda parte sono riportate le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici.

Come ribadito nel parere del Consiglio di Stato del 22 febbraio 2017 le Linee guida n.9 sono non vincolanti quanto al contenuto della parte prima relativa all'analisi e collocazione dei rischi, e invece vincolanti quanto alla parte seconda sul monitoraggio dell'attività dell'operatore economico, in conseguenza della stessa previsione normativa che assegna direttamente natura vincolante alle linee guida ANAC, espressamente richiamandole solo per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico.

In effetti la prima parte, come evidenziato dalla stessa Autorità, contiene sostanzialmente delle indicazioni, come tali non vincolanti, per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi.

I contratti di partenariato pubblico privato, definiti all'articolo 3, lettera eee), del Codice Appalti, costituiscono una forma di cooperazione tra settore pubblico e privato al fine di realizzare opere e gestire servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione che si intende porre in essere sono suddivisi tra le parti sulla base delle relative competenze di gestione del rischio.

Il rischio pertanto diventa elemento che caratterizza il partenariato pubblico privato non solo nel suo momento genetico, ma anche per tutta la durata dell'esecuzione.

La concreta e puntuale individuazione dei rischi trasferiti deve essere contenuta nel contratto, risulta pertanto essere uno degli elementi fondanti dell'equilibrio economico e finanziario, rappresentando in concreto la "contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria" e in termini più propriamente giuridici la stessa "causa" del contratto di partenariato pubblico privato.

Secondo le Linee guida n.9, pertanto, per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici svolgono, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo.

Il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto.

Perché i contratti di partenariato pubblico privato siano svolti correttamente, le Amministrazioni devono verificare sempre che i rischi restino a carico del privato e non si trasferiscano invece sulla Stazione Appaltante.

Le Linee guida n.9, dopo avere realizzato una disanima dei rischi in capo al privato in un partenariato, individuano una serie di strumenti atti svolgerne il relativo monitoraggio nel corso delle varie fasi di vita del PPP.

Si tratta, in particolare, prima ancora dell'esecuzione dell'attività, della corretta predisposizione di una "matrice dei rischi"

Al contratto di PPP o di concessione è allegata la cosiddetta "matrice dei rischi", che rappresenta un

documento di sintesi dell’analisi dei rischi connessi all’intervento. Ma il medesimo documento è utilizzabile, a monte dell’indizione della procedura di gara, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale.

Le amministrazioni aggiudicatrici devono elaborare la matrice dei rischi e richiamare nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi. Ma la matrice assume rilevanza soprattutto in seguito alla stipula del contratto: in caso di variazioni contrattuali o revisioni del Piano Economico Finanziario le amministrazioni aggiudicatrici devono accettare che le modifiche apportate non alterino l’allocazione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale e riportata nella matrice medesima. L’atto di modifica del contratto o di revisione del PEF deve dare atto della anzidetta valutazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell’esecuzione, devono acquisire un periodico *resoconto economico-gestionale* sull’esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l’andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto dei “Service level agreement”, l’esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l’applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accettare la corretta gestione del contratto di PPP.

In questo modo, il nuovo codice (d.lgs. n. 50/2016) enuclea una tipologia contrattuale aperta, ove rientrano figure contrattuali e societarie stipulabili tra soggetti pubblici e soggetti privati, modalità di affidamento e di finanziamento da parte di privati, nonché progettazione di fattibilità tecnico ed economica e progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi. L’articolo specifica, innanzitutto, che i ricavi di gestione dell’operatore economico possano provenire non solo dal canone riconosciuto dall’ente concedente ma anche da qualsiasi altra forma di contropartita economica, quale, ad esempio, l’introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.

Si distingue, così, il PPP per la realizzazione delle c.d. “opere fredde”, opere che non hanno una rilevanza imprenditoriale tale da produrre ritorni diretti o comunque in cui la funzione sociale è assolutamente predominante tanto da non consentire l’applicazione di tariffe, e “opere calde”, ossia opere che hanno una rilevanza imprenditoriale, poiché suscettibili, nel breve-medio periodo, di produrre una redditività futura e i cui costi di investimento possono essere tendenzialmente ammortizzati con i flussi di cassa derivanti dalla gestione economica dell’infrastruttura.

In vista del raggiungimento, però, dell’equilibrio economico generale dell’affare, la norma prevede che gli eventuali rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all’operatore economico, non ricadono a cascata su quest’ultimo soggetto incolpevole: in tal senso, è stabilito che l’amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà di pagare un canone all’operatore economico privato che subisca periodi di annullamento o riduzione degli introiti direttamente e casualmente legati ai periodi di ridotta o nulla disponibilità dell’opera o di prestazione dei relativi servizi.

Nell’ottica della valorizzazione del concetto di equilibrio economico finanziario dell’operazione economica nel suo complesso, inteso come la contemporanea coesistenza di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, argomenti, peraltro, chiosati in sede di parere del Consiglio di Stato sul nuovo impianto codicistico, si prevede la possibilità che, in sede di gara, l’amministrazione aggiudicatrice possa stabilire anche il versamento di un contributo pubblico – determinato ex ante- o addirittura concedere, a scopo remunerativo, la cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. L’ultimo comma dell’articolo in esame include nella tipologia dei contratti di PPP: la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia opere o servizi che presentino le caratteristiche proprie dei contratti di PPP.

Trattandosi, come si è detto, di una tipologia contrattuale aperta, si tratta di un mero elenco formulato in via esemplificativa, non avente carattere di tassatività.

Ancora, per ciò che concerne le procedure di affidamento dei contratti di PPP, è previsto che la scelta dell'operatore economico avvenga con procedure ad evidenza pubblica, incluso il dialogo competitivo.

Per la gestione di un complesso fenomeno giuridico, quale il PPP, l'Anac prevede, dunque, un **approccio multidisciplinare** "con affiancamento di figure giuridiche, economiche e tecniche".

Nella definizione del presente intervento regolatorio l'Autorità ha tenuto conto del fatto che il ricorso a forme di PPP richiede, ai fini della buona riuscita dell'operazione, la presenza nell'amministrazione aggiudicatrice di una molteplicità di competenze, di tipo legale, tecnico, finanziario, fiscale, di project management, nonché capacità di contrattazione negoziale. La presenza di professionalità adeguate all'interno delle stazioni appaltanti, quale condizione necessaria per il corretto ed efficiente affidamento dei contratti pubblici, costituisce un'istanza ben presente anche al legislatore nazionale che, all'art. 38 del nuovo codice, ha previsto l'istituzione di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate in rapporto, *inter alia*, anche alla tipologia e complessità del contratto. La qualificazione è conseguita sulla base di requisiti tecnico-organizzativi che saranno definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione. Pertanto, anche nella valutazione dell'impatto delle previsioni contenute nel presente atto regolatorio, deve tenersi conto che, a regime, lo stesso si rivolgerà a quelle amministrazioni aggiudicatrici che, avendo dimostrato il possesso dei necessari requisiti di qualificazione, risulteranno iscritte nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate.

Le SS.LL. sono invitate a tenere conto delle indicazioni dell'intervento dell'ANAC, onde assicurare l'attuazione del dettato normativo contenuto nel Nuovo Codice dei Contratti.

Il Ragioniere Generale
F.to Dott. Bohuslav Basile