Numero 00775/2017 e data 29/03/2017 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 22 febbraio 2017

NUMERO AFFARE 00192/2017

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione.

Parere sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato".

LA SEZIONE

Vista la nota n. 20219 del 7 febbraio 2017, con la quale il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del presidente del Consiglio di Stato n. 19 del 14 febbraio 2017, che ha istituito una Commissione speciale per l'esame dello schema e l'espressione del parere;

Considerato che nell'adunanza del 22 febbraio 2017, presenti anche i presidenti aggiunti Marco Lipari, Francesco Caringella e Carlo Saltelli, la Commissione speciale

ha esaminato gli atti e udito i relatori, presidente Carlo Saltelli e consigliere Fabio Franconiero;

PREMESSO E CONSIDERATO

1. La richiesta di parere

Con la nota n. 20219 del 7 febbraio 2016 il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha trasmesso lo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" al fine di acquisire il parere del Consiglio di Stato.

Tale documento è stato redatto in attuazione dell'art. 181, comma 4, del D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a mente del quale l'ANAC, sentito il Ministro dell'Economia e delle Finanze, adotta 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'Autorità ha precisato che il documento in esame è stato predisposto all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta e che, conformemente a quanto stabilito dall'art. 181, comma 4, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono state preventivamente acquisite anche le osservazioni del Ministero dell'economia e delle finanze, così che le detto documento è "*il risultato della ponderazione delle osservazioni formulate da parte degli stakeholder intervenuti nel corso della consultazione pubblica e delle valutazioni espresse dal predetto Ministero*".

Il documento in esame è inoltre accompagnato da una relazione AIR che descrive, accanto al quadro normativo di interesse, le ragioni e gli obiettivi dell'intervento regolatorio e gli indicatori individuati per la verifica del raggiungimento di questi

ultimi, il procedimento di consultazione pubblica e le opzioni alternative oggetto di valutazione.

Ciò posto, si osserva quanto segue.

2. Il Partenariato Pubblico Privato e l'esigenza di un approccio 'multidisciplinare'

2.1. L'espressione Partenariato Pubblico Privato indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea (sul punto, cfr. Libro Verde del 2004, relativo ai PPP e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni; Comunicazione della Commissione Europea del 15.11.2016; Risoluzione del Parlamento Europe del 16.10.2006; Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati del 5.2.2008; Libro verde del 2011, circa la modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti), caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi (i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo *know how*) è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera (attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione).

Si tratta di uno strumento di cooperazione per la effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di

solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione, ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli pubblici posti alla spesa pubblica; esso risulta altresì tendenzialmente idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione (in questi termini: Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

2.2. Come emerge dalle definizioni contenute negli art. 3, comma 1, lett. eee), e 180 del D. Lgs.18 aprile 2016, n. 50, caratteristiche peculiari del contratto di partenariato pubblico – privato sono l'onerosità e il trasferimento del rischio in capo all'operatore, nonché l'equilibrio economico finanziario, che costituisce in particolare "*il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3*"(art. 180, comma 6).

In particolare il comma 2 dell'art. 180 stabilisce che "*Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna*"*;* il successivo comma 3 aggiunge che "*Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economica comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di diponibilità o, nei casi di attività redditizio verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera…*", precisando che "*Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli*

di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante", concludendo significativamente che "*Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico*".

Tali caratteristiche, sottolineate ulteriormente dal ricordato comma 6, secondo cui l'equilibrio economico – finanziario rappresenta il presupposto stesso per la corretta applicazione dei rischi (per equilibrio economico finanziario si intende, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. m, del D. Lgs. 16 aprile 2016, n. 50, "*la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*") portano ragionevolmente a ritenere che il partenariato pubblico privato costituisca in realtà un fenomeno economico – finanziario, che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica.

Sulla base di tale breve ricostruzione, il partenariato pubblico privato si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici, tra cui "*rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti*" (art. 180, comma 8).

2.3. In quest'ottica, conformemente alla stessa derivazione comunitaria del partenariato pubblico privato e alla sua natura economico – finanziaria, ancor prima che giuridica, risulta decisivo, ai fini del suo concreto utilizzo, un approccio

'multidisciplinare' da parte delle amministrazioni responsabili, in cui la professionalità dei giuristi si affianchi a quella degli economisti e dei tecnici (cfr. anche *infra*, § 4.5).

A tal fine è altrettanto decisivo il contributo, conoscitivo e regolatorio (anche *latu sensu*), che può apportare - agli operatori economici e alle stesse pubbliche amministrazioni - l'ANAC, sotto un profilo duplice (che giustifica anche la coesistenza linee guida vincolanti e non vincolanti, come si dirà infra, § 4.3):

- da un lato, diffondendo la cultura del partenariato come strumento idoneo a superare le difficoltà economiche delle amministrazioni pubbliche e a migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e 'capacitando' le stazioni appaltanti all'uso di questo strumento economico più che giuridico;
- dall'altro, fornendo indicazioni e indirizzi operativi chiari, per un uso efficace dello strumento del PPP e disciplinando gli spazi di discrezionalità (comunque necessari per poter gestire contratti relativi a servizi anche molto differenti) delle stazioni appaltanti.

3. Il rischio, le sue specie e la relativa individuazione: la necessaria creazione di un documento contrattuale sui rischi.

3.1. Come accennato, il rischio (e il suo trasferimento all'operatore privato) costituisce l'elemento che caratterizza il partenariato pubblico privato non solo nel suo momento genetico, ma anche per tutta la durata della sua esecuzione, in tal senso esprimendosi inequivocamente l'art. 181, comma 4, secondo cui proprio le linee guida dell'ANAC devono definire le modalità del controllo dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio che, tra l'altro, siano in grado di verificare "*…in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti*".

L'art. 180, comma 3, in particolare individua tre tipi di rischio: il rischio di costruzione; il rischio di disponibilità e, nei casi di attività redditizia, il rischio di domanda dei servizi resi; la loro definizione è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. aaa) (rischio di costruzione, è quello "…*legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*"*)*; lett. bbb) (rischio di disponibilità "…*legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*") e ccc) (rischio di domanda "…*legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*").

Il ricordato comma 3, nel prosieguo, precisa che "*il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante*", specificando altresì che "*Con il contratto di partenariato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivati da fatti non imputabili all'operatore economico*".

Malgrado tale ultima previsione possa prestarsi ad una diversa interpretazione, deve ammettersi che l'elencazione dei rischi sopra ricordati (cui per completezza deve aggiungersi il rischio operativo concernente in special modo le concessioni, come definito dall'art. 3, comma 1, lett. zz) "…*legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori e dei servizi oggetto di concessione. La parte del rischio trasferito al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*") debba considerarsi tassativa,

anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato, precedentemente delineata.

3.2. La concreta e puntuale individuazione dei rischi trasferiti che deve essere contenuta nel contratto (vedasi in tal senso anche art. 182, comma 2, a proposito del finanziamento del progetto; art. 188, commi 2 e 5, in tema di contratto di disponibilità) 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.

Va ricordato a tal riguardo che il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico, ma incidenti sull'equilibrio del piano economico – finanziario, possono comportare la revisione di quest'ultimo, con la conseguente rideterminazione dell'equilibrio economico finanziario, che in ogni caso "…*deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto*", giusta quanto precisato dall'art. 182, comma 3, in tema di finanziamento del progetto, a tenore del quale, fra l'altro "*in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano finanziario, le parti possono recedere dal contratto*".

3.3. In questa prospettiva si rende indispensabile la costruzione di un apposito documento, costituente parte integrante del contratto di partenariato, nel quale - in riferimento allo specifico oggetto contrattuale - individuare gli specifici rischi che devono intendersi trasferiti all'operatore economico.

Un simile documento dovrebbe in realtà rappresentare non solo lo strumento contrattuale per la migliore e più idonea individuazione dei rispettivi obblighi

contrattuali in funzione del raggiungimento dell'interesse pubblico oggetto del contratto di partenariato, nonché per la verifica nel corso dell'esecuzione del contratto stesso della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi assunti, ma dovrebbe auspicabilmente porsi a fondamento stesso della scelta di programmazione dell'amministrazione pubblica in ordine agli interessi pubblici da selezionare e perseguire e al mezzo concreto con cui perseguirli, stante l'importanza strategica del partenariato pubblico privato e la sua alternatività rispetto all'appalto: milita del resto in tal senso la previsione del terzo comma dell'art. 181 (in tema di procedure di affidamento), secondo cui "*La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico – finanziaria ed economico – sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto*".

4. Le Linee Guida sul partenariato pubblico privato: rilievi di carattere generale.

4.1. Passando allo specifico esame delle Linee guida, si osserva preliminarmente sotto un primo profilo (solo apparentemente formale) che, come emerge dalla nota di richiesta dell'ANAC, esse sono state redatte "sentito il Ministero dell'economia e delle finanze".

Benché ciò sia sostanzialmente corretto, dal momento che, trattandosi di un'interazione ai fini regolatori, è necessario e opportuno che essa avvenga con la struttura ministeriale e non già esclusivamente con il Ministro, che è organo politico (ciò anche nella prospettiva non trascurabile di ribadire la puntuale distinzione tra attività di indirizzo politico e l'attività gestionale ovvero di attuazione della prima), nondimeno deve segnalarsi che l'art. 181, comma 4, come corretto dal Comunicato

15 luglio 2016, prevede espressamente che le Linee Guida sono adottate "*sentito il Ministro*".

Tale questione sembra ora in via di soluzione, ad opera dell'art. 100 dello schema di decreto correttivo al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che sostituisce la parola "Ministro" con "Ministero".

D'altra parte, con riferimento alle Linee Guida in esame, non può sottacersi che risulta comunque acquisito il parere della Ragioneria Generale dello Stato e non quello del Ministero dell'economia e delle finanze.

È necessario pertanto, ai fini della regolare e corretta approvazione delle Linee guida in esame, che – laddove le linee guida fossero adottate prima dell'entrata in vigore della citata modifica del codice dei contratti – l'ANAC acquisisca il necessario parere del "Ministro" dell'economia e delle finanze.

Laddove, invece, la norma attualmente in vigore dovesse essere modificata prima dell'adozione delle linee guida, andrebbe comunque acquisito il parere del Ministero dell'economia, e non soltanto della ragioneria dello Stato.

Questa è una condizione che la Commissione pone al parere, che può essere realizzata anche successivamente ad esso.

4.2. Dal punto di vista contenutistico, le Linee guida in parola, precedute da una breve premessa, sono articolate in due parti, la prima intitolata "*Analisi e allocazione dei rischi*", la seconda intitolata "*Monitoraggio dell'attività dell'operatore economico*".

La parte prima si occupa, in particolare, del trasferimento dei rischi all'operatore (par. 1), delle diverse tipologie di rischio (par. 2), della matrice dei rischi (par. 3), della revisione del piano economico–finanziario (par. 4); la parte seconda invece concerne la corretta definizione delle clausole contrattuali (par. 5), la matrice dei rischi come strumento di controllo (par. 6), il flusso informativo per il monitoraggio dei rischi (par. 7) e il resoconto economico – gestionale (par.8), chiudendosi poi con la clausola concernente l'entrata in vigore delle linee guida (par. 9).

4.3. Come correttamente indicato nella premessa, le Linee guida in esame, dal punto di vista giuridico, hanno in realtà una duplice natura.

Sono non vincolanti quanto al contenuto della parte prima e invece vincolanti quanto alla parte seconda: ciò 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.

In tale prospettiva, le Linee guida contenute nelle prima parte svolgono una funzione di formazione/informazione e al tempo stesso di indirizzo: l'obiettivo è la corretta e adeguata conoscenza e l'auspicabile ottimale utilizzo di un complesso strumento non solo giuridico, ma anche e soprattutto economico – finanziario, quale appunto il partenariato pubblico privato, di importanza strategica per l'effettivo perseguimento degli interessi pubblici, stimolando contemporaneamente un approccio dinamico e multidisciplinare all'attività della pubblica amministrazione per la realizzazione di opere e la fornitura di servizi del tutto diverso da quello sostanzialmente statico fondato sulla logica degli appalti; d'altra parte l'attività di supporto conoscitivo, propulsivo e di indirizzo concretamente fornito dall'ANAC è idonea a convogliare nel giusto ambito di legalità la ampia discrezionalità amministrativa che nella materia de qua è attribuita dalla legge all'amministrazione pubblica.

Il fondamento di tale potere di formazione/informazione e indirizzo è da rinvenire nell'art. 231, comma 2, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a norma del quale "*L'ANAC…garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*".

È da aggiungere al riguardo che non vi è alcun ostacolo, di carattere testuale o sistematico, alla coesistenza nelle Linee Guida di contenuti vincolanti e non vincolanti. Al contrario, l'unificazione formale in un unico atto risponde meglio ai canoni di *better regulation* evidenziati da questo Consiglio di Stato in occasione del parere sullo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici (Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855; in particolare: §§ II.e), II.f) e II.g)).

Nondimeno, al fine di evitare incertezze applicative è indispensabile che le Linee guida rispondenti a questo modello rechino una espressa autoqualificazione, ovviamente sulla base delle previsioni normative, e che sul piano sistematico i diversi contenuti siano indicati in modo separato.

Ciò precisato, la Commissione prende atto che all'ultimo capoverso della Premessa le Linee guida in esame si conformano a queste raccomandazioni e auspica che queste siano seguite anche in futuro.

4.4. Sempre su di un piano di carattere generale, poi, la Commissione speciale deve apprezzare, nell'ottica della delineata attività di formazione/informazione e indirizzo (cfr. *retro*, §2), gli spunti forniti per la identificazione dei rischi, la loro specificazione in tipi, il tratteggiamento della c.d. matrice dei rischi ai fini della loro valutazione nonché gli elementi per la valutazione dell'equilibrio economico–finanziario del contratto di partenariato e per la revisione del piano economico–finanziario. Si osserva, sul punto, che occorre completare tali profili indicando esplicitamente a chi spetti, in concreto, all'interno delle strutture delle amministrazioni aggiudicatrici, il compito di verificare tali elementi ed elaborare conseguentemente il relativo

documento (mappa o matrice dei rischi). Questa attività, che rappresenta una parte costituiva/integrante del contratto, appare prevista unicamente come strumento indispensabile per il controllo sull'attività dell'operatore economico e non anche strumento ugualmente indispensabile della fase di programmazione, di scelta del contratto del partenariato pubblico privato (rispetto all'appalto) e di guida per la corretta indizione della fase procedimentale della scelta del contraente.

Si tratta di una integrazione necessaria proprio per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di poter efficacemente scegliere lo strumento più opportuno (contratto di partenariato o appalto) per l'adeguato ed efficace perseguimento dell'interesse pubblico: tale delicato compito, coerentemente con l'impianto sistematico della disciplina dei contratti pubblici di cui al più volte citato D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dovrebbe essere affidato al responsabile del procedimento, cui dovrebbe spettare anche il compito di predisporre o di proporre agli organi di governo dell'ente quanto meno lo schema completo delle adeguare clausole contrattuali (che d'altra parte, secondo le stesse Linee guida rappresentano il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto).

Analoga necessità, ad avviso della Commissione, è riscontrabile anche nella seconda parte delle Linee Guida in esame, il cui contenuto è vincolante, laddove non viene indicato a chi spetti in concreto l'attività di controllo e monitoraggio sull'attività dell'operatore economico, di cui la corretta definizione delle clausole contrattuali, la matrice dei rischi e il flusso informativo del monitoraggio rappresentano strumenti operativi di garanzia.

Tale compito potrebbe/dovrebbe essere posto in capo al direttore dell'esecuzione del contratto, fermo restando la necessità di fornire le opportune indicazioni per il coordinamento delle attività, rispettivamente di responsabile del procedimento e di direttore dell'esecuzione che trovano il loro punto di contatto proprio nel

documento contrattuale della mappa o matrice dei rischi o quanto meno nella predisposizione delle clausole del contratto di partenariato pubblico privato.

4.5. Coerentemente con la natura non vincolante della prima parte e quale conseguenza dei delicati compiti che devono essere attribuiti al responsabile del procedimento e al direttore dell'esecuzione del contratto, è auspicabile che le Linee guida forniscano alle amministrazioni aggiudicatrici le opportune indicazioni anche sulle caratteristiche delle professionalità richieste per il personale chiamato a svolgere tali delicati compiti, sulla sua formazione e sul suo costante aggiornamento: non sembra invero possibile una effettiva trasformazione del *modus operandi* delle amministrazioni aggiudicatrici e l'auspicato sviluppo di una diversa cultura dell'atteggiarsi della scelta dei mezzi per la soddisfazione degli interessi pubblici – che, come si è accennato (§2) richiede alle amministrazioni un approccio multidisciplinare (giuridico, economico, finanziario) alle problematiche – senza la necessaria adeguata selezione e formazione dei funzionari pubblici che tale processo di trasformazione devono concretamente interpretare (questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di esprimersi ampiamente sul rilievo cruciale della formazione e della "capacitazione" del personale responsabile: cfr. il parere Comm. Spec. 7 aprile 2016, n. 890, punto 5.2 del considerato).

Al riguardo la Commissione è dell'avviso che l'ANAC, proprio in ragione della sua specifica *mission* e della sua costante attività di monitoraggio sulle più rilevanti questioni relative agli affidamenti pubblici, si trovi nella migliore condizione per segnalare al Governo ed al Parlamento la necessità dei più adeguati interventi nella materia *de qua* e possa conseguentemente sollecitarli e suggerirli.

4.6. La Commissione è poi dell'avviso che debba essere considerato dall'ANAC, proprio per il miglior assolvimento della sua delicata, ma decisiva, funzione di informazione/formazione e indirizzo (ex art. 213, comma 2), il contributo di concreta esperienza che possono apportare alla materia in esame (stante la sua

multidisciplinarietà) le Autorità indipendenti di regolazione che nei loro singoli settori di competenza (soprattutto con riguardo alle ricadute sotto il profilo regolatorio degli elementi di carattere economico – finanziario) hanno già maturato una significativa esperienza.

Il Consiglio di Stato reputa opportuno acquisire tali contributi anche dopo l'emanazione del presente parere, ma prima dell'approvazione delle Linee Guida in esame, e soprattutto invita a considerare tali apporti non come un momento *una tantum*, ma come parte di un processo di futura collaborazione istituzionale e tecnica su un tema comune.

4.7. Infine resta da rilevare che le Linee Guida in esame non prevedono alcuna forma di monitoraggio della loro effettiva capacità di guida di un istituto così complesso e multidisciplinare come il partenariato pubblico–privato.

Appare invece opportuno prevedere che l'attuazione di dette Linee guida sia sottoposta ad un effettiva e stringente attività di monitoraggio e controllo per poter apprezzarne in concreto la loro effettiva applicazione, l'idoneità e l'adeguatezza a guidare i processi decisionali delle amministrazioni aggiudicatrici nel rispetto dei principi della normativa sui contratti pubblici (e più in generale dei principi costituzionali e comunitari), onde intervenire tempestivamente ed efficacemente per eventuali revisioni, rivisitazioni e aggiornamenti.

5. Osservazioni su specifici punti delle Linee guida in esame

Quale premessa rispetto all'esame per paragrafi dell'atto regolatorio oggetto del presente parere, la Commissione ritiene necessario segnalare che in molti passaggi le Linee guida si limitano ad una parafrasi delle norme di legge di riferimento.

Questa modalità di confezionamento dell'atto attuativo del Codice non sembra tuttavia porsi in coerenza con l'obiettivo di fare di quest'ultimo uno strumento operativo effettivo per le amministrazioni, capace cioè di fornire indicazioni chiare

e delimitare gli spazi di discrezionalità, comunque necessari, per poter gestire contratti relativi a servizi anche molto differenti.

Di seguito vengono riportate alcune osservazioni che - in maniera più o meno diretta - discendono dalla presente osservazione generale.

Risultano in particolare parzialmente riproduttivi degli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice i paragrafi 4.2 e 4.3 delle presenti linee guida (che a queste due disposizioni fanno espresso richiamo), relativo alla revisione del piano economico-finanziario. Peraltro, ai fini della revisione del piano, si specifica che i "*fatti non riconducibili all'operatore economico*", e che incidano sull'equilibrio fissato in tale documento, siano anche fatti non riconducibili ai "*rischi trasferiti allo stesso*". Nondimeno, l'esigenza di chiarificazione che si è con ciò inteso perseguire deve comunque essere accompagnata da una verifica di conformità con la normativa primaria e dell'idoneità di tale specificazione a fornire un parametro concretamente applicabile nella prassi.

Occorre quindi chiarire questo fondamentale aspetto.

Parte I – Analisi e allocazione dei rischi

Par. 2. Le diverse tipologie di rischio.

i) La Commissione rimarca innanzitutto l'utilità dell'elencazione delle diverse tipologie di rischio che connotano il fenomeno del partenariato pubblico privato, che occupa l'intero paragrafo 2.

Si segnala tuttavia l'opportunità di integrare la definizione di "*rischio operativo*" con alcune esemplificazioni che potrebbero meglio chiarire il concetto espresso al paragrafo 2.1, relativo all'assenza di garanzie per l'operatore economico di riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione, in

particolare nel caso in cui i ricavi di gestione dell'operatore economico provengano dal canone riconosciuto dall'ente concedente.

Al riguardo si evidenzia che, in base alla definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. zz), del Codice, in tale categoria di rischio rientrano, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità, nonché altri rischi specifici descritti al punto 2.5.

Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che sono tipici dei contratti di appalto pubblico.

Sarebbe inoltre auspicabile che le Linee guida forniscano qualche esempio concreto in relazione all'applicazione di quanto previsto dall'articolo 180, comma 4, del Codice, con particolare riguardo alle relazioni che debbono sussistere tra allocazione del rischio alla parte privata e canoni a questa riconosciuti dalla parte pubblica (la citata disposizione primaria prevede infatti che "*A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico*".

ii) Il rilievo *sub* i) si connette alle esigenze segnalate nel paragrafo 5.1, concernente la corretta definizione delle clausole del contratto di partenariato e collocato nella parte vincolante dell'atto regolatorio in esame. In particolare – come si vedrà *infra* – nel paragrafo 5.1 si sottolinea la necessità che il trasferimento dei rischi al *partner* privato sia effettivo, attraverso un sistema di clausole di determinazione del corrispettivo e di penali che correlino la controprestazione dovuta

dall'amministrazione al rispetto da parte del primo degli standard di qualità attesi dalla gestione dell'opera o del servizio, e contemporaneamente si paventa il rischio che questa allocazione dei rischi sia annullata, tra l'altro, da clausole che, in linea con l'art. 180, comma 4, del Codice, assicurino all'operatore privato la corresponsione di un canone da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Considerato che il canone previsto dalla disposizione da ultimo richiamata costituisce uno strumento ammesso dal legislatore (cfr. anche il comma 2 dell'art. 180), è necessario che le Linee guida in esame chiariscano la portata e i limiti di operatività del canone stesso, in relazione alla tematica, nota in ambito dottrinale e scientifico, delle concessioni "fredde" o "tiepide" (a queste ultime si riferisce in particolare il citato comma 2 dell'art. 180), ovvero quelle inidonee del tutto o in parte a generare un *cash flow* dall'utenza in grado di finanziare l'investimento, e tali da richiedere quindi l'intervento finanziario pubblico.

iii) Deve ancora ricordarsi che, ai sensi del successivo comma 6 del medesimo art. 180 del Codice, l'equilibrio economico-finanziario "*rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi*" nell'ambito del contratto di partenariato pubblico privato. In tale ottica la Commissione ribadisce che, sebbene l'elenco dei rischi sia solo esemplificativo, ma non vincolante, tuttavia quello fornito dalle Linee Guida appare troppo indifferenziato, essendo necessario che esso sia declinato a seconda delle singole categorie di servizi e che contenga anche un'analisi delle categorie di servizi e di utenza.

Si segnala inoltre che devono essere forniti alle amministrazioni indirizzi più precisi (o quanto più precisi possibile) sulla quota di rischio a carico della parte privata assunto da quella pubblica, ciò in relazione alla individuazione delle condizioni obiettive di gestione dell'opera o del servizio e alla sua effettiva attitudine a generare un *cash flow* adeguato ai fini della remunerazione dell'investimento.

iv) La Commissione osserva ancora che con riguardo al "*rischio di domanda*" – e cioè, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. ccc), del Codice, quello "*legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*" – andrebbe chiarito se esso si identifichi o meno con la variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal *partner* privato e se dunque tale rischio rappresenti il normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato.

In relazione a questo profilo si ribadisce quindi l'esigenza di fornire indirizzi puntuali in ordine alle caratteristiche e alle modalità di intervento della quota di partecipazione finanziaria pubblica prevista dal citato art. 180, comma 4, del Codice. Infatti, il rischio di domanda dovrebbe considerarsi allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate, ma erogabili in base alle condizioni di mercato. In casi in cui il soggetto pubblico sia invece obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al *partner* privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, deve presumersi che il rischio in questione sia allocato al primo, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda dell'utenza rispetto alla redditività dell'operazione per il secondo.

v) Considerazioni non dissimili devono essere svolte per quanto concerne il "*rischio di disponibilità*" – il quale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. bbb), del Codice è quello legato "*alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*" - e per il rischio di costruzione, connesso invece "*al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*" (art. 3, comma 1, lett. aaa), del Codice).

Sul punto giova premettere che il rischio disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Pertanto, il rischio in questione si può ritenere allocato al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva prestazione del servizio reso - così come pattuito in sede contrattuale - e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione, sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati, non vengano raggiunti.

vi) Per quanto concerne invece il "*rischio di costruzione*", esso può ritenersi allocato al *partner* privato se il soggetto pubblico corrisponda quanto contrattualmente stabilito o ripiani ogni costo aggiuntivo previa verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura e dei fattori che hanno determinato sovraccosti o allungamenti dei tempi di realizzazione.

vii) Tutto ciò precisato, la Commissione rileva che indicazioni del genere compaiono nel paragrafo 3.7, relativo alla matrice dei rischi, e nel paragrafo 5.1, riguardante le clausole contrattuali necessarie per una corretta allocazione dei rischi del partenariato: la descritta frammentazione non agevola la ricostruzione della disciplina applicabile.
Si sottopone quindi all'attenzione dell'Autorità l'opportunità che, fermo restando il paragrafo 5.1, a beneficio delle stazioni appaltanti e in coerenza con la funzione di indirizzo dello strumento regolatorio previsto dall'art. 213, comma 2, del Codice, oltre che per ragioni di organicità delle presenti Linee guida, le indicazioni siano concentrate nel paragrafo 2, anche al fine di precisarne la generale applicabilità

all'istituto del partenariato pubblico privato, quale elemento che ne contraddistingue il "tipo" legale.

viii) con riguardo al c.d. rischio operativo si segnala una questione di natura formale, nel senso che, mentre la lettera zz) dell'art. 3, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 richiama solo il "concessionario", l'art. 180, comma 8, fa riferimento, oltre che alla concessione (di costruzione e gestione e di servizi) anche ad altre figure (la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedente).
Tale situazione deve essere opportunamente segnalata al DAGL per la necessaria armonizzazione, che potrebbe essere effettuata anche in occasione dell'approvazione del correttivo al codice dei contratti pubblici.

ix) si segnala che il contenuto dei paragrafi 2.5.2 e 2.5.3 costituisce, ad avviso della Commissione, un buon esempio di come le Linee Guida dovrebbero essere formulate, delineando cioè un caso concreto in cui si approfondisce il concetto di rischio "*case by case"* e raccordandolo con la casistica. Ciò nonostante, deve avvertirsi che la descrizione del par. 2.5.2. appare troppo poco analitica, perché si limita ad affermare che "il costo del capitale non deve essere sovrastimato", senza tuttavia spiegare come ciò si può evitare; analogamente deve essere oggetto di un più puntuale approfondimento il par. 2.5.3, quanto alla individuazione di "quei rischi che possono, con ragionevole certezza ritenersi a carico del partner privato", dal momento che non vi è alcuna esemplificazione dei predetti rischi. È appena il caso di aggiungere che in realtà la concreta utilizzabilità dello strumento del partenariato pubblico privato dipende dal fatto che sia effettivamente assicurato un equilibrio

economico finanziario del contratto e ciò implica la quanto più possibile corretta e completa identificazione di tutti i rischi dell'operazione.

Par. 3. La matrice dei rischi.

i) Come per l'esemplificazione dei rischi, la Commissione manifesta il proprio apprezzamento per l'introduzione e la disciplina della relativa matrice, quale strumento fondamentale per l'analisi dei rischi insiti nell'investimento richiesto al privato a fini di pubblico interesse.

Difatti, la mappatura dei rischi è compatibile con la norma primaria (art. 181, comma 3) e con la configurazione dello strumento del PPP come economico, prima ancora che giuridico (cfr. *retro*, §2), in cui l'individuazione del rischio è un elemento essenziale del contratto: la mappatura si pone, quindi, come uno strumento di supporto essenziale, sia per la stazione appaltante che per il privato.

Sul piano formale, si rileva tuttavia l'utilizzo di un registro di tipo precettivo (con l'impiego dell'indicativo: "*Al contratto di PPP o di concessione è allegata la cosiddetta "matrice dei rischi"*) a fronte della natura non vincolante di questa parte delle Linee guida.

Il dubbio si pone anche alla luce del fatto che la matrice dei rischi è prevista e disciplinata anche nel paragrafo 6, collocato nella parte vincolante delle presenti Linee guida (come si vedrà *infra*): andrebbe dunque meglio definita la sistemazione dell'istituto all'interno dell'atto regolatorio in esame.

Laddove si optasse per il mantenimento della stessa nella parte non vincolante, occorre però rimarcare che la matrice deve essere uno strumento flessibile, a seconda delle esigenze; appare, pertanto, più coerente con tale natura l'impiego di formule che non sembrino costringere le stazioni appaltanti, ma che allo stesso tempo assicurino l'utilizzo dello strumento, inducendo le amministrazioni a farne ricorso.

Del resto, al paragrafo 3.5 si fornisce "*a titolo esemplificativo, un modello di matrice dei*

rischi", con l'ulteriore – e opportuna – precisazione che i rischi in essa inseriti "*variano in funzione dell'oggetto dell'affidamento e della natura del contratto di PPP sottoscritto*".

ii) Sempre sul piano formale, la Commissione segnala la necessità di impiegare al paragrafo 3.1 una terminologia appropriata relativa alle forme e modalità di utilizzo della matrice dei rischi, in luogo delle espressioni atecniche "*a monte*" e "*a valle*", riferito alle procedure di gara. Dovrebbero quindi essere analizzate e chiarite nel testo delle Linee guida le conseguenze sul piano giuridico derivante dal ricorso da queste diverse modalità di utilizzo della matrice dei rischi.

iii) Sul punto, con specifico riguardo al caso di utilizzo "*a valle*", andrebbero chiariti i rapporti con il contratto di partenariato e cioè se la matrice costituisca o meno un documento che integra il contenuto del regolamento contrattuale. Lo schema di Linee guida in esame sembra deporre per l'opzione contraria, dal momento che si prevede che la matrice dei rischi "*rappresenta la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali*". Attribuito dunque il ruolo di "documento di sintesi" del contratto, appare invece opportuno riflettere sulla praticabilità dell'alternativa di fonte integrativa di quest'ultimo e sulle conseguenze applicative derivanti da questa scelta regolatoria.

iv) Occorre ribadire quanto già affermato in via generale *retro, § 2.3.,* a proposito della "capacitazione" degli operatori all'uso di tale strumento. In ragione della sua natura tecnica (e dell'approccio multidisciplinare che la sua redazione implica) ad avviso della Commissione è essenziale ed imprescindibile che le Linee Guida si facciano carico della necessaria attività di supporto, curando il processo di formazione del personale incarico della redazione di tale documento/strumento, in modo che esso possa essere utilizzato adeguatamente: le Linee Guida non sono da

sole sufficienti ad assicurare allo strumento in parola il suo sicuro successo, senza la concreta ed effettiva "capacità" di attuazione, soprattutto nella fase di controllo *ex post*. Sul punto la Commissione rileva l'opportunità che l'ANAC consideri anche le *best pratctices* dei settori regolati.

v) Nel delineare la funzione della matrice dei rischi quale documento di sintesi dell'analisi dei rischi connessi all'intervento (utile per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale; capace di conferire alle amministrazioni una maggiore consapevolezza delle criticità che potrebbero emergere nel corso dell'intervento, di aumentare quindi il potere contrattuale del soggetto pubblico con il partner privato e di consentire un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti), le Linee Guida non danno alcuna indicazione delle conseguenze sul contratto dell'eventuale mutamento dei rischi o di uno dei rischi (per esempio: risoluzione contrattale, modifica del contratto, etc.). Si tratta di una problematica di particolare rilevanza (anche per le conseguenze che essa può avere sulla stessa concreta realizzabilità dell'intervento oggetto del partenariato pubblico privato), che dovrebbe essere oggetto di opportuno intervento chiarificatore da parte delle Linee Guida (anche tale questione può essere astrattamente un elemento che può incidere sulla concreta utilizzabilità dello strumento del partenariato pubblico privato).

vi) La flessibilità, che deve caratterizzare la matrice dei rischi, deve logicamente riguardare anche l'attività preparatoria/istruttoria posta a fondamento della sua concreta redazione e in particolare le "*consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'art. 66 del codice, ovvero, consultazioni con gli operatori economici invitati a presentare offerte, ai sensi dell'art. 165, comma 3, del codice*". Ad avviso della Commissione speciale, quindi, è bene affermare che le consultazioni preliminari di mercato si "*possono svolgere specie per i*

progetti di maggiore complessità", dovendo ribadirsi però che la consultazione è sempre utile, in tutti i casi, come alternativa all'invito ad offrire.

Par. 4. La revisione del piano economico-finanziario.

i) A chiusura della parte "non vincolante" delle presenti Linee guida viene disciplinata la "*revisione del piano economico-finanziario*", di cui è opportunamente ricordata l'essenziale funzione di rappresentazione dell'equilibrio economico e finanziario sottostante al contratto di partenariato pubblico privato, secondo quanto dispone l'art. 3, comma 1, lett. fff), del Codice (paragrafo 4.1 delle Linee guida).

Ad avviso di questo Consiglio di Stato, occorrerebbe tuttavia chiarire che l'equilibrio economico-finanziario si realizza quando i ricavi da progetto – sia da tariffa corrisposta dall'utenza, che da canone a carico dell'amministrazione – consentono di coprire i costi di gestione e di investimento, di remunerare il capitale impiegato nell'operazione e di versare le imposte.

ii) Si osserva che gli indicatori di seguito elencati nel paragrafo in esame andrebbero corredati delle seguenti specificazioni:

- ai fini della definizione del TIR (Tasso Interno di Rendimento), ovvero dei flussi di cassa associati al progetto (*project cash flow*), così come individuato nel piano economico-finanziario, è presupposto necessario l'individuazione dei flussi di cassa medesimi (*cash flow* relativo agli investimenti netti, alla gestione operativa; alle variazioni di capitale circolante netto; all'Iva sugli investimenti; alle imposte e tasse);
- il VAN (Valore Attuale Netto) deve essere maggiore o uguale a zero; le proposte con VAN negativo non dovrebbero essere accettate; questo indicatore deve inoltre risultare superiore al TIR di progetto, ossia a quella soglia minima di rendimento del progetto che risulta dalle condizioni di mercato vigenti al momento della valutazione;

Nel secondo periodo del paragrafo 4.1 si precisa al riguardo che l'equilibrio economico-finanziario "*deve tendere a zero*" e si declina questo indirizzo in relazione ai vari indicatori. La Commissione reputa opportuno specificare questa corretta affermazione con la precisazione che se i valori di VAN e TIR di progetto non tendono all'equilibrio significa che il contratto contiene margini di extra redditività per il *partner* privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e che le amministrazioni devono attentamente valutare questo profilo.

iii) Per altro verso, in relazione all'impiego degli indicatori di equilibrio economico-finanziario, nell'effettuare la verifica di tendenziale uguaglianza tra il TIR (tasso interno di rendimento) e il costo atteso del capitale investito determinato secondo la metodologia del WACC (*weighted average cost of capital*), la Commissione sottolinea l'esigenza di determinare in modo corretto tale ultimo parametro. Al riguardo, invece, la Linea guida in esame non fornisce alcuna indicazione su quali possano essere assunzioni ragionevoli per determinare il costo atteso del capitale investito determinato secondo la metodologia del WACC, benché i parametri che determinano il WACC siano numerosi. Esistono di conseguenza molti gradi di libertà per determinare questo indicatore e non è difficile immaginare che si possa determinare in modo opportuno un valore di WACC che rifletta il costo desiderato più che atteso del capitale investito e che rispetti la condizione di uguagliare il TIR.

iv) Le Linee guida dovrebbero, poi, prevedere che qualora ci si trovi a monitorare contratti di concessione in settori regolati, per almeno alcuni dei parametri che riflettono condizioni generali (ad es. inflazione, tasso delle attività prive di rischio, tassazione ecc.) si privilegi l'utilizzo di valori ovvero delle metodologie definite dall'Autorità di regolazione competente (come nel caso dei settori dell'elettricità, del gas, dei trasporti, delle telecomunicazioni).

Più in generale, sarebbe opportuno prevedere che la stazione appaltante debba fare riferimento a criteri e buone pratiche definite, ai fini della regolazione economico/tariffaria, da parte dei regolatori economici settoriali, laddove presenti.

Parte II – Il monitoraggio dell'attività dell'operatore economico

Come premessa generale all'esame di questa parte delle Linee guida, la Commissione sottolinea la necessità di enucleare in modo più chiaro i precetti, dato il relativo carattere vincolante ai sensi dell'art. 181, comma 4, del Codice.

Per le medesime ragioni, è opportuna un suddivisione organica dei precetti stessi.

A titolo esemplificativo, si rileva che all'interno del paragrafo 5, relativo alla "*Corretta definizione delle clausole contrattuali*" (così la rubrica), il secondo periodo del par. 5.2 fa riferimento specifico ed esclusivo alla finanza di progetto di cui all'art. 183 del Codice e si limita ad una mera perifrasi del comma 9 di tale disposizione primaria, nell'ambito di un paragrafo nel suo complesso dedicato alla definizione delle clausole contrattuali dell'istituto del partenariato pubblico privato in generale.

Sarebbe dunque opportuno separare meglio le Linee guida riferibili allo schema generale da quelle invece concernenti i singoli tipi in esso rientranti.

Par. 5. La corretta definizione delle clausole contrattuali.

Venendo all'esame delle singole Linee guida contenute nel paragrafo 5, il par. 5.1 chiarisce in modo opportuno che il contratto di partenariato pubblico privato "*costituisce il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito*", nonché ai fini di una sua corretta classificazione in termini statistico-contabili e, in particolare, di inclusione o meno del bilancio pubblico (secondo la decisione Eurostat 11 Febbraio 2004 *Treatment of public-private partnerships*; al quale fa implicito rinvio l'art. 3, comma 1, lett. eee), del Codice, recante la

definizione del contratto di partenariato pubblico privato – in precedenza: art. 3, comma 15-*ter*, dell'ora abrogato Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).
In questa linea si collocano le raccomandazioni formulate dalla Commissione europea nel Libro verde relativo ai partenariati pubblico privato e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 2004 (COM 2004, 327 del 30 aprile 2004; in particolare; par. 45).

i) La Commissione speciale esprime apprezzamento per il richiamo rivolto alle amministrazioni circa la necessità di inserire nel contratto di partenariato clausole di *Service Level Agreement* (SLA) e di indicatori di prestazione (*Key Performance Indicators*; KPI), determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dell'opera o del servizio oggetto di affidamento.
Con particolare riguardo ai settori regolati, qualora i ricavi del concessionario derivino da tariffe applicate agli utenti del servizio, la Commissione pone in rilievo l'opportunità che le Linee guida diano indicazioni circa la possibilità di fare riferimento per i *Service Level Agreement* e la verifica delle prestazioni attraverso i *Key Performance Indicators* a indicatori monitorati dalla regolazione di settore. In tali casi, inoltre, va valutata con attenzione l'opportunità di non duplicare l'effetto di penalizzazione eventualmente già prevista dalla regolazione a fronte del mancato raggiungimento delle prestazioni richieste.

ii) Appare inoltre opportuno chiarire il significato, sul piano tecnico-giuridico, della comminatoria di "non ammissibilità" contenuta nell'ultimo periodo del par. 5.1, relativamente alle clausole che pongono un limite alle penali applicabili all'operatore economico, e, più in generale – anche alla luce di quanto rilevato in precedenza, § 2 – del significato e della portata del richiamo alle amministrazioni aggiudicatrici circa

le conseguenze sul piano dell'allocazione dei rischi per effetto della previsione di un canone a favore della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, ai sensi dell'art. 180, comma 4, del Codice.

iii) Procedendo all'esame delle ulteriori Linee guida, il par. 5.2 contiene un elenco di documenti che, al fine di realizzare un efficace monitoraggio sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, le amministrazioni "*devono prevedere*" quale "*contenuto minimo dell'offerta*" da presentare in sede di procedura di affidamento.
Nell'ambito di questo elenco è previsto anche il piano economico-finanziario asseverato (lett. a), previsto dal Codice per la finanza di progetto (art. 183, comma 9), ma non anche per il partenariato pubblico privato in generale (cfr. l'art. 181). Si rileva quindi la necessità di valutare la conformità di questo precetto vincolante con la normativa primaria, anche dal punto di vista degli oneri amministrativi posti a carico degli operatori economici privati partecipanti alle procedure di affidamento, e la riconducibilità di questa Linea guida alla base normativa fondante costituita dal comma 4 del medesimo art. 181 del Codice.

iv) La medesima verifica di conformità alla base fondante delle linee guida dovrebbe essere svolta in relazione al 5.4, recante un elenco di "*aspetti*" del contratto da disciplinare a cura delle amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 182, comma 2, del Codice.

v) Si sottolinea la necessità, ai fini dell'utilità dell'attività di monitoraggio sulla permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti con il contratto, di raccordare con maggiore precisione il contenuto del par. 5.3 della Linea guida, secondo cui il contratto di partenariato "*deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata*", con gli analitici obblighi imposti nel par. 5.4.

Par. 6. La matrice dei rischi come strumento di controllo.

i) La Commissione condivide la scelta di individuare nella matrice dei rischi lo strumento di controllo sulla permanenza in capo all'operatore privato dei rischi da esso assunti con il contratto di partenariato.

Infatti, una matrice dei rischi ben strutturata, in cui siano indicati la probabilità di manifestazione del rischio, la natura del rischio, l'allocazione (anche secondo una logica condivisa) pubblico–privato, il costo associato alla probabilità di manifestazione del rischio, gli strumenti per mitigare il rischio, diventa fondamentale per verificare la presenza del rischio operativo al fine di qualificare il contratto e di monitorarlo nel tempo; per determinare il modello di contabilizzazione; e per strutturare il modo corretto il piano economico-finanziario (ovvero quotando in modo adeguato i costi in considerazione del rischio associato al progetto, che raramente viene fatto in questo modo dall'operatore economico privato).

Dovrà nondimeno essere valutata – come si è detto al § par. 4.4 – l'opportunità di mantenere una disciplina dell'istituto in parte nel paragrafo 3, collocato nella parte non vincolante delle Linee guida in esame, e in parte nel paragrafo 6, la cui base fondante è l'art. 181, comma 4, del Codice e che dunque è da considerarsi vincolante. Infatti, lo sdoppiamento previsto nello schema oggetto del presente parere non favorisce la ricostruzione dell'istituto e la definizione del quadro degli obblighi gravanti sulle amministrazione e la loro distinzione dai meri indirizzi formulati dall'Autorità.

ii) Con specifico riguardo all'obbligo, previsto dal par. 6.2, ultimo periodo, di dare atto della valutazione circa la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi legati alla gestione dei lavori o dei servizi, va invece chiarita l'utilità di una simile

previsione la sua compatibilità con la base fondante delle Linee guida in esame costituita dal più volte citato art. 181, comma 4, del Codice.

Par. 7. Il flusso informativo per il monitoraggio dei rischi.

i) In relazione al flusso informativo necessario allo svolgimento dell'attività delle amministrazioni di controllo sulla permanenza dell'equilibrio economico-finanziario definito in sede di contratto di partenariato, la Commissione premette che, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 181, comma 4, del Codice, l'operatore economico "*è tenuto a collaborare e alimentare attivamente*" i sistemi di monitoraggio a ciò predisposti.

Appare coerente con tale obbligo l'indicazione contenuta nelle Linee Guida secondo cui "*nel contratto di PPP deve essere espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione all'amministrazione aggiudicatrice di tale flusso informatico, con cadenza prefissata nella documentazione di gara, tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto medesimo",* essendo stato del resto ben precisato che nel predetto flusso informativo "*non possono essere compresi dati già in possesso dell'amministrazione. In caso di chiarimenti sui dati sintetici forniti dall'operatore economico, l'amministrazione richiederà le pertinenti informazioni".*

ii) Ciò nonostante, si segnala che non appare di agevole applicazione pratica il criterio della "*complessità e durata del contratto medesimo*" ai fini della definizione della cadenza con cui l'operatore deve trasmettere all'amministrazione il flusso informativo.

iii) Al medesimo riguardo occorre riflettere sulla limitazione contenuta nel par. 7.4, a mente del quale nel flusso informativo "*non possono essere compresi dati che siano già in possesso dell'amministrazione*". Nel riecheggiare previsioni di legge in materia di semplificazione dei procedimenti amministrativi, la previsione appare infatti

ingiustificatamente limitativa di un obbligo a carico dell'operatore privato sancito dalla norma primaria nell'ambito di una relazione contrattuale di tipo paritetico.

iv) Non risulta infine chiara l'utilità e la portata del par. 7.2.
In esso è disciplinata l'implementazione della Banca dati delle Amministrazioni pubbliche ex art. 13 della legge di contabilità e finanza pubblica 31 dicembre 2009, n. 196, con i dati relativi alle opere pubbliche, ai sensi degli artt. 5 e 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, a sua volta relativo alle procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, e attuativo della legge n. 196 del 2009.
Nella Linea guida in esame si prevede in particolare che, alla luce della funzione di *alert* in caso di criticità nell'impostazione e attuazione del contratto di partenariato su cui si basa il sistema operativo della Banca dati, il flusso informativo che le amministrazioni devono inviare a quest'ultima costituisce "*di conseguenza, anche il contenuto informativo minimo della trasmissione dati che l'amministrazione deve richiedere all'operatore economico ai sensi del punto 7.1*". La finalità sembrerebbe quindi quella di tipizzare gli obblighi informativi a carico dell'operatore privato *per relationem* rispetto a quelli gravanti sulle amministrazioni ai sensi delle citate disposizioni di legge, ma in combinato con il par. 7.4 potrebbe essere intesa anche come prescrittiva del contenuto massimo di tali obblighi, con il conseguente rischio di creare ostacoli all'attività di monitoraggio sulla corretta gestione del contratto di partenariato.

Par. 8. Resoconto economico-gestionale.
La Commissione evidenzia che non è chiara la finalità del resoconto periodico economico-gestionale sull'esecuzione del contratto che ai sensi del par. 8.2 l'amministrazione "acquisisce" "*per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione*", e in particolare se tale attività rientra nell'ambito della

funzione di *report* all'amministrazione aggiudicatrice circa i dati e le informazioni concernenti le principali fasi di esecuzione del contratto "*necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento"* (art. 31, comma 4, lett. f), del Codice).

Del pari, non è chiaro con quale cadenza debba essere acquisita e se questa Linea guida sia compatibile con la base fondante primaria costituita dall'art. 181, comma 4, del Codice.

Par. 9. Entrata in vigore.

La Commissione rileva l'opportunità della previsione di una *vacatio* minima dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle Linee guida in esame e anzi invita l'ANAC a valutare l'opportunità di un periodo maggiore al fine di consentire alle amministrazioni di adeguarsi alle prescrizioni in esse contenute.

Infine, dal punto di vista del *drafting* si suggerisce l'opportunità di specificare sempre, al primo utilizzo di sigle, il loro significato per esteso, se del caso accompagnato dalla doppia indicazione in lingua italiana e in lingua inglese, nonché quella di richiamare gli articoli e le leggi per esteso (e non "*art.* " o "*D.lgs. n. 50/2016*").

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere favorevole con osservazioni della Commissione speciale con osservazioni e condizioni.

Ai sensi dell'art. 58 del r.d. n. 444 del 1942 si dispone la trasmissione del presente parere al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), al fine di segnalare la necessità di un intervento correttivo in relazione alla necessità di un raccordo tra l'art. 3, comma 1, lett. zz), e l'art. 180, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (osservazione *viii)* relativa al par. 2 dello schema di Linee Guida).

GLI ESTENSORI
Carlo Saltelli, Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio