



DELIBERA N. 219

Adunanza del 16 marzo 2021

Oggetto

Partenariato pubblico-privato - risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità nel 2020 – analisi

Riferimenti normativi

d. lgs. n. 50/2016, art. 3 comma 1 lett. eee), art. 180, art. 183; d. l. n. 76/2020 art. 8 comma 5 lett. d); d.lgs. n. 175/2016, art. 20

Parole chiave

Partenariato Pubblico Privato (PPP), concessione di costruzione e gestione, concessione di servizi, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità, finanza di progetto (*project financing*), promotore, affidamento a società mista

Visto

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visto

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni;

Visto

il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Visto

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.241 del 16 ottobre 2018);

Viste

le relazioni dell'Ufficio UVS e URCP



il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Premessa

1. Sulle finalità della presente deliberazione

Nel corso del 2020, l'Autorità ha svolto un'analisi delle risultanze emerse nell'ambito dell'attività di vigilanza, svolta con riferimento ai contratti di partenariato pubblico-privato.

L'esame riguarda un numero di 70 procedimenti avviati e/o conclusi nel corso del 2020, in seguito al ricevimento di esposti o d'ufficio, nel rispetto del Regolamento del 16.10.2018, che disciplina l'esercizio dei poteri di vigilanza dell'Autorità.

L'esame della casistica e della documentazione acquisita nel corso della predetta attività ha consentito di individuare i settori di intervento mediante forme di PPP, le tipologie contrattuali di maggiore diffusione, e, soprattutto, le criticità presenti con più frequenza nell'applicazione concreta degli istituti: nei paragrafi che seguono è contenuta una descrizione ragionata delle problematiche riscontrate nelle diverse fasi dell'affidamento e della gestione del contratto.

Si tratta di distorsioni che possono avere l'effetto di vanificare del tutto l'indubbia utilità di questa particolare tipologia di contratti pubblici, trasformandoli in operazioni tutt'altro che convenienti, non solo per l'amministrazione concedente, ma soprattutto per la collettività. Infatti, se mediante il modello in esame è possibile conseguire i diversi vantaggi correlati all'apporto operativo e/o economico di operatori privati, resta ferma l'estrema complessità dello strumento che si rivela già nell'attività di programmazione/progettazione, oltre che nella procedura di scelta del contraente e nel corso della esecuzione/gestione del contratto.

Con la presente deliberazione, l'Autorità intende, così, continuare la propria azione di impulso all'utilizzo di un istituto certamente strategico per il settore pubblico e con indubbe ricadute positive anche sulla collettività, affiancando agli atti di indirizzo e di regolazione, adottati di recente o in corso di aggiornamento, uno strumento ulteriore, che fornisca una diversa prospettiva e contribuisca a porre l'attenzione delle amministrazioni sulle diverse difficoltà applicative, nelle quali potrebbero imbattersi.

Come si vedrà, alcune delle problematiche riscontrate potrebbero essere evitate, proprio tenendo nella dovuta considerazione le puntuali indicazioni contenute nello schema di "*Contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato*", emanato di recente dall'Autorità e dal Ministero dell'Economia delle Finanze, unitamente ad una relazione illustrativa. Si tratta di un nuovo strumento che si aggiunge agli indirizzi che erano stati forniti, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 181, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, riguardo all'allocazione dei rischi e all'elaborazione della relativa matrice, nelle Linee guida n. 9 recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018. Al riguardo, è stata peraltro avviata una consultazione, nell'ambito della valutazione di impatto della regolazione (VIR), finalizzata ad un aggiornamento delle predette linee guida.

L'ultima parte della presente delibera, infine, contiene altri suggerimenti per le stazioni appaltanti, elaborati sempre tenendo conto della casistica esaminata dall'Autorità.



Risultanze dell'attività di vigilanza sul PPP

2. Ambito di applicazione del PPP

Nell'ambito della propria attività, l'Autorità ha avuto modo di riscontrare un **ampio ricorso a tutte le forme contrattuali** che danno luogo ad un partenariato pubblico privato secondo la definizione dell'articolo 3, comma 1, lettera eee) del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, di quelle elencate nell'art.180 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 (ossia: ".....*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 o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti*"). Un dato questo che conferma l'interesse per l'istituto anche presso gli enti locali di più piccole dimensioni, spesso non abbastanza strutturati per la gestione di strumenti progettuali, giuridici ed economici così complessi.

I **settori** nei quali si è affermato questo modello di affidamento, soprattutto presso gli enti locali, sono i seguenti:

- realizzazione e gestione di cimiteri;
- lavori per la realizzazione e gestione di impianti sportivi;
- lavori per la realizzazione e/o messa in funzione di immobili per servizi pubblici, sociali anche mediante la locazione finanziaria;
- realizzazione e gestione di parcheggi;
- servizi di illuminazione pubblica e teleriscaldamento.

Quanto, invece, alle opere di **maggior impatto economico**, è stato riscontrato che il maggior ricorso a forme di partenariato è avvenuto nell'ambito dei trasporti, per la realizzazione e gestione di nuove infrastrutture stradali e in quello della sanità, per la realizzazione e gestione di nuovi ospedali.

Le evidenze emerse, riguardo ai settori in cui è diffuso il ricorso allo strumento in esame, sono in linea con i dati ufficiali riportati dalla Relazione sull'attività svolta dal DIPE nel 2017 – 2018, ai sensi dall'art. 1, comma 589, della legge 28 dicembre 2015, n. 208¹.

3. In generale: le criticità

Nel corso dell'attività di indagine condotta dall'Autorità, diverse sono risultate le criticità connesse in generale al PPP. In questo senso, ed in via di prima approssimazione, si può affermare che le maggiori difficoltà sono state registrate:

- da un punto di vista *soggettivo*, quando l'Amministrazione interessata a concludere un PPP era di dimensioni ridotte ovvero quando non aveva, in materia, una pregressa e consolidata *expertise*;

¹ Secondo la Relazione: "Nel 2018 i settori che hanno mostrato maggior dinamicità sono: energia e telecomunicazioni, trasporti, porti e logistica, sanità e cimiteri. Proprio il settore dell'Energia nell'ultimo anno ha fatto registrare un importante incremento del numero dei bandi e dell'importo. In termini di numero di iniziative di PPP, i primi quattro settori sono: edilizia sociale e pubblica, impianti sportivi, arredo urbano e verde pubblico, energia e telecomunicazioni. Invece, rispetto al valore medio delle iniziative, i settori "trasporti" ed "energia e telecomunicazioni" sono quelli con il valore più alto, con circa 15,7 milioni di euro per bando, mentre il più basso è quello relativo ai settori "arredo urbano e verde pubblico" e "impianti sportivi", con un valore medio di circa 1 milione di euro".



- da un punto di vista *oggettivo*, quando i progetti alla base del PPP risultavano particolarmente complessi e articolati, come nel caso di realizzazione di ospedali o di parcheggi interrati.

Sempre in termini generali, si deve dare conto che le problematiche riscontrate e il grado di complessità delle forme di affidamento in esame confermano la necessità di assicurare un adeguato supporto tecnico, legale e in materia economico-finanziaria alle Pubbliche Amministrazioni, in tutte le fasi dei procedimenti, ivi compresa l'attività di monitoraggio e quella di classificazione "on/off balance" dei contratti, quale quello fornito - prima dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto UTFP fino al 2015 e poi - dal DIPE (Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha acquisito le funzioni per effetto dell'art. 1, comma 589, della legge 28 dicembre 2015, n. 208. Tuttavia, soprattutto per gli affidamenti di minor importo effettuati dagli enti locali, è stato riscontrato che le amministrazioni committenti non sempre si rivolgono al DIPE per un ausilio, anche in casi in cui si è poi rivelata esservene la necessità.

Raramente è stata riscontrata una piena adesione alle già richiamate **Linee Guida n. 9**, nelle quali - come sopra ricordato - sono contenute diverse indicazioni per l'individuazione dei rischi dell'operazione e il controllo sull'esecuzione dei contratti.

Si deve, infine, registrare che permangono criticità anche nell'utilizzo di una forma di cooperazione, per la quale si è consolidato un quadro normativo chiaro e che dovrebbe presentare minori difficoltà applicative, quale è quella della **società mista** (c.d. partenariato istituzionalizzato).

Questo sistema, infatti, presuppone che - nel rispetto dei principi europei del mercato interno degli appalti di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento - il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, da svolgere previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione e sulla base delle caratteristiche dell'offerta, in relazione alle prestazioni da fornire; al contempo, è necessario - in sintesi - che nell'ambito della c.d. "*gara a doppio oggetto*", sia garantita l'esatta determinazione temporale dell'affidamento e la previsione di un obbligo di cessione della quota del socio privato allo scadere del termine previsto.

In diversi casi esaminati dall'Autorità, invece, è stata riscontrata, nonostante gli obblighi di revisione delle partecipazioni societarie imposti dall'art. 20 del d.lgs. n. 175/2016, la persistenza di società miste a carattere generalista o, comunque, di durata indefinita, in quanto non costituite sulla base delle già richiamate regole per la c.d. "*gara a doppio oggetto*".

4. Criticità nella fase di predisposizione della documentazione di gara.

4.1) La fase di predisposizione dei documenti di gara rappresenta un momento fondamentale nella corretta strutturazione di qualsiasi PPP.

In questo senso, è di primaria importanza che l'Amministrazione concedente, già in fase di redazione degli atti di gara, individui correttamente i rischi insiti nella realizzazione dell'opera e nella successiva gestione, ponderandoli adeguatamente e allocandoli correttamente.

Infatti, una completa analisi dei rischi e una loro adeguata allocazione permette al mercato di conoscere le peculiarità dell'operazione, consentendo una partecipazione più attenta e consapevole da parte degli operatori economici. In questa ottica, assume senza dubbio un ruolo di spiccata rilevanza la **matrice dei rischi**, ossia quel documento in cui vengono individuati e ripartiti tra le parti



del rapporto concessorio i rischi connessi all'operazione, nonché le misure idonee, se non ad eliminare, quanto meno a ridurre il concreto verificarsi dei rischi individuati.

Tanto premesso, deve osservarsi che, nella casistica analizzata dall'Autorità, si è verificata, talvolta, una **scarsa analisi preventiva dei rischi** insiti nei diversi interventi, anzitutto riscontrata nella predisposizione di una matrice di rischi approssimativa o con rinvii a documenti di gara del tutto inconferenti.

Inoltre, l'Autorità ha avuto modo di riscontrare spesso che, proprio in sede di analisi e ripartizione dei rischi, l'Amministrazione consente l'inserimento di clausole contrattuali che hanno l'effetto di **limitare le conseguenze negative derivanti dal verificarsi di rischi, anche nelle ipotesi in cui gli stessi siano – solo sulla carta - posti in capo al concessionario.**

Così ad esempio, è stato riscontrato che nell'ambito di un *project financing* concernente l'ampliamento di un cimitero, veniva già previsto, nella documentazione di gara, che qualsiasi ritardo maturato in fase progettuale o di esecuzione, purché non imputabile al concessionario, avrebbe consentito la revisione del piano economico finanziario. In questo modo, quindi il rischio di costruzione risultava trasferito sul concessionario solo formalmente ma non sostanzialmente, potendo (se non dovendo) intervenire un riequilibrio del PEF al verificarsi del predetto rischio.

4.2) Uno strumento utile al fine di procedere alla realizzazione di opere più in linea con l'esigenza della collettività, ma spesso impiegato per finalità non coerenti con quelle perseguite dal legislatore, è rappresentato dal **dibattito pubblico** disciplinato in via generale dall'art. 22 del codice degli appalti. Infatti, l'Autorità ne ha potuto riscontrare un uso talvolta distorto, soprattutto da parte di alcuni enti locali che, nella realizzazione di opere che non rientrano nell'ambito applicativo del predetto decreto, procedono secondo modalità e tempistiche che rischiano di svilirne le finalità; ciò, in quanto, molto spesso, se ne prevede lo svolgimento in fasi successive all'aggiudicazione, finendo così per aggravare l'esecuzione dell'appalto e determinare forti ritardi nel completamento dell'intervento, anche mediante l'approvazione di varianti dalla dubbia legittimità.

Così, ad esempio, nell'ambito di un *project financing* (per la gestione, manutenzione ed efficientamento energetico, nonché riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione), il percorso del dibattito pubblico è stato promosso dall'amministrazione comunale dopo più di un anno dall'individuazione del promotore e dopo diversi mesi dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'intervento oggetto di *project financing*, procedendo nel frattempo mediante numerosi affidamenti diretti allo stesso operatore economico e, da ultimo, tramite una "gara ponte", incompatibile con la conclusione della gara relativa al *project financing*.

O ancora, nell'ambito di un altro intervento esaminato, in cui il dibattito pubblico, sebbene previsto fin dal principio, come momento fondamentale nella fase progettuale, ha determinato il protrarsi della fase di progettazione definitiva per circa un anno, con la necessità di un successivo coinvolgimento degli organi preposti alla tutela dei beni archeologici provinciali.

Sotto diverso profilo, è emerso da altre istruttorie, che la mancata consultazione della cittadinanza nella fase preliminare della definizione dell'intervento non ha consentito alla stazione appaltante di valutare criticità che sono emerse solo dopo l'aggiudicazione, anche in seguito alle rimostranze delle associazioni dei cittadini interessati. Così, è stato rilevato, che per assecondare le proteste della cittadinanza manifestatesi dopo l'aggiudicazione, la stazione appaltante ha approvato sostanziali modifiche al progetto del promotore, con rilevanti ricadute sul PEF (sostituendo un parcheggio interrato, con uno a raso). Analogamente, in altro caso, il tardivo svolgimento del



dibattito pubblico, in ordine alla realizzazione di un impianto crematorio, ha comportato la revoca dell'affidamento già assegnato sulla base del contrario avviso sulla realizzazione dell'opera espresso dalla popolazione coinvolta.

5. Criticità della fase di esecuzione

5.1) Anche nella fase di esecuzione del contratto di PPP, l'Autorità ha potuto riscontrare diverse criticità ricorrenti, alcune delle quali, comunque, connesse alla carenza della progettazione a monte. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, è fondamentale – come in tutte le procedure comparative - una adeguata individuazione dell'esigenza posta a base di gara.

Al riguardo, l'Autorità ha dovuto censurare le **modifiche all'originario progetto posto a base di gara** apportate in ragione di (presunti) sopraggiunti ed imprevedibili eventi.

Così, in un intervento, si è riscontrato che a pochi anni dall'aggiudicazione di una concessione che prevedeva l'ampliamento del cimitero con annessa sua gestione, è stata affidato, in via diretta, al concessionario la realizzazione di più di oltre 1000 loculi non previsti in origine.

Analogamente è stata contestata, la legittimità di una modifica all'originario progetto relativo alla realizzazione di un impianto sportivo per consentire, dopo l'aggiudicazione, la costruzione di manufatti (un percorso ciclopeditone e un parcheggio), non previsti originariamente.

5.2) Anche con riguardo alla fase di esecuzione del contratto, viene in rilievo il **rispetto dell'allocazione dei rischi** così come previsti nell'originario assetto concessionario. In questo senso, l'Autorità ha verificato che spesso concedente e concessionario, a fronte di difficoltà riscontrate nella fase progettuale o di realizzazione dell'opera, si accordano per ridurre le conseguenze pregiudizievoli conseguenti al potenziale ritardo nel completamento dell'opera, attraverso la proroga della concessione, ovvero la mancata applicazione di penali o la mancata risoluzione contrattuale, o ancora la concessione di illegittime sospensioni dei lavori.

Di tanto è stato dato rilievo in alcune delibere, in cui:

- è stato contestato sia che alcune varianti disposte nel corso dell'esecuzione erano invero tese a correggere un errore progettuale che avrebbe legittimato la risoluzione della concessione, sia che l'aumento delle tariffe orarie per i parcheggi comunali era finalizzato a compensare le varianti rese necessarie, addirittura a causa degli inadempimenti posti in essere dal concessionario;
- è stata contestata la legittimità di una sospensione concessa per effettuare indagini geognostiche, in quanto ritenuta riconducibile a cause di forza maggiore, nonostante il contratto imponesse l'esecuzione di dette attività, con la conseguente mancata applicazione delle penali previste in contratto.

Il minimo comune denominatore delle contestazioni appena illustrate è rappresentato dall'alterazione del **rischio di costruzione**, che, sebbene dovrebbe caratterizzare il rischio imprenditoriale del concessionario, per il tramite delle anomalie riscontrate, viene trasferito, in via diretta, in capo al concedente e, in via indiretta, sull'intera collettività. Su quest'ultima, infatti, viene spesso traslato il rischio d'impresa del concessionario e la difficoltà da parte del concedente di assumere le iniziative più opportune, sebbene in alcuni casi drastiche (come nel caso di una possibile risoluzione del rapporto contrattuale).



L'Autorità ha altresì ravvisato in talune ipotesi il trasferimento del **rischio di domanda sull'amministrazione**. Ne rappresentano un esempio le modalità con le quali alcune amministrazioni hanno affrontato le conseguenze negative connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulle concessioni in essere.

In particolare, per consentire ai gestori degli impianti sportivi di mitigare le conseguenze connesse alla contrazione della domanda, un'importante amministrazione ha consentito in via generale di prorogare la durata delle concessioni in essere senza richiedere una attenta e ponderata analisi delle condizioni di fatto accedenti alla concessione - quali ad esempio la durata residua della stessa - e connesse sul quale l'evento di forza maggiore ha inciso.

Al riguardo, sebbene sia comprensibile la volontà di fornire un sostegno ad operatori economici in difficoltà a causa di un evento eccezionale come quello dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, deve nondimeno rammentarsi che le concessioni - a differenze degli appalti - prevedono per definizione un'allocatione peculiare dei rischi che non può essere completamente annullata, anche in presenza di un evento imprevedibile.

5.3) Sotto diverso profilo, e prendendo in considerazione la circostanza che i partenariati pubblici-privati per loro stessa natura danno luogo a rapporti contrattuali che si protraggono per svariati anni (talvolta anche decine di anni), ulteriori aspetti critici ravvisati dall'Autorità sono rappresentati, per un verso, dal rispetto delle previsioni normative e contrattuali in tema di modifiche soggettive dell'aggiudicatario nel corso dell'aggiudicazione e, per l'altro, dal mantenimento da parte dell'aggiudicatario dei requisiti, oltre che generali, anche speciali richiesti per le singole fasi della concessione.

Con riferimento al primo profilo (**modifiche soggettive dell'aggiudicatario**), l'Autorità ha riscontrato che talvolta - soprattutto in presenza di ritardi nella fase di progettazione e di esecuzione dell'opera - il concessionario ha proceduto a modificare la propria compagine sociale, anche in spregio alla normativa in materia applicabile e agli accordi contrattuali assunti.

Nello specifico, in alcune concessioni vigilate dall'Autorità, è stata contestata l'illegittimità della modifica soggettiva dell'aggiudicatario, avvenuta in violazione delle previsioni di legge applicabili al caso di specie, che vietano la fuoriuscita dalla compagine sociale prima che intervenga il collaudo dell'opera realizzata dei soci che abbiano concorso a qualificare il soggetto.

Con riguardo al secondo aspetto (**mantenimento dei requisiti generali e speciali**), l'Autorità ha avuto modo di constatare, che, in ragione di peculiari rapporti contrattuali tra i soci dell'aggiudicatario, la realizzazione del manufatto oggetto di concessione era stato realizzato da un soggetto che non poteva ritenersi legittimato a costruirlo, con l'ulteriore conseguenza per cui il requisito speciale della SOA - necessario per la corretta esecuzione delle lavorazioni - non era stato adeguatamente garantito e, comunque, speso in conformità alla normativa di settore. Parimenti, nell'ambito del predetto procedimento, è stata rilevata la mancata verifica dei requisiti generali in capo ai soggetti esponenziali variati nel corso dell'esecuzione della concessione.

6. Criticità emerse nell'utilizzo del *project financing*

La maggior parte dell'attività di vigilanza dell'Autorità è stata incentrata proprio sugli interventi da realizzare mediante *project financing*.



6.1) Una prima criticità riscontrata dall’Autorità è connessa alle predette condizioni di favore per il proponente che fanno sì che, nella maggior parte dei casi, **il promotore sia l’unico partecipante alla gara**. Evidentemente il mercato di riferimento percepisce come troppo alto il rischio correlato al fatto che il promotore possa esercitare il diritto di prelazione adeguando la propria offerta a quella del primo in graduatoria, ovvero, in alternativa, possa pretendere la corresponsione da parte dell’aggiudicatario di una somma pari al 2,5 % che, soprattutto a fronte di investimenti importanti, diviene particolarmente significativa.

A ciò si aggiunga che, in assenza di un effettivo confronto concorrenziale e a fronte di un impiego non pienamente consapevole o una corretta padronanza dell’istituto, l’Autorità ha spesso riscontrato che le proposte che danno luogo alle concessioni non si contraddistinguono per la qualità.

Questa constatazione trova conferma nel fatto che molto spesso si verificano plurime varianti disposte in fase di esecuzione, per lo più in assenza delle condizioni previste dalla normativa vigente.

Nel corso di un’istruttoria è stato addirittura rilevato che, in fase di esecuzione, si sono susseguiti più di venti atti aggiuntivi, alcuni dei quali tesi a modificare radicalmente l’originario assetto concessorio, prevedendo, nello specifico, la realizzazione *ex novo* di manufatti di ingente importo.

6.2) Al fine di evitare queste derive, è necessario che la stazione appaltante sia adeguatamente strutturata e possa contare su una consolidata **competenza** nella gestione del *project financing*, che le permetta, già in fase di valutazione della proposta, di poter condurre sufficienti approfondimenti tecnici e giuridici in merito al progetto e al piano economico finanziario presentato dal promotore.

Tanto anche al fine di evitare che si verifichino ipotesi – come quelle constatate dall’Autorità – nelle quali il promotore divenga aggiudicatario di una concessione a fronte di una proposta che, nei fatti, si sostanzia nella semplice gestione di un’opera senza alcun particolare impegno finanziario a carico del proponente, che ha fatto ricorso al *project financing* al solo fine di poter beneficiare delle prerogative (*rectius* diritto di prelazione) proprie dell’istituto in esame.

A quanto finora rilevato occorre aggiungere che, al fine di un corretto impiego del *project financing*, ricopre un ruolo di assoluta rilevanza anche **l’indipendenza e l’autonomia dell’amministrazione nella predisposizione dei documenti di gara**, nell’ottica di mitigare sia il rapporto privilegiato che *naturaliter* intercorre tra amministrazione e promotore fin dalla presentazione della proposta, sia il vantaggio “conoscitivo” proprio di colui che ha predisposto e presentato la proposta.

Nell’attività condotta dall’ANAC è talvolta emersa una forte (e discutibile) collaborazione tra amministrazione e promotore anche nella fase di predisposizione della documentazione.

Infatti, è stato appurato – ad esempio - che, a fronte di una specifica previsione nel bando di gara e nella relativa documentazione di interpretazione non inequivoca e della presentazione di due offerte, solo quella del promotore risultasse in linea con le esigenze della stazione appaltante.

In altra situazione è avvenuto nell’ambito di una procedura di gara nella quale, approvata la proposta, la stazione appaltante ha ritenuto di introdurre nella documentazione di gara l’obbligo in capo all’aggiudicatario di corrispondere un corrispettivo per ristorare i costi dei servizi di committenza ausiliari resi da un soggetto terzo proprietario della piattaforma telematica, sulla quale gestire la procedura di gara. Nel caso di specie, dopo aver contestato la previsione di questo obbligo di corrispettivo in capo all’aggiudicatario come illegittimo anche perché, introducendo un



costo non previsto nell'originario PEF, avrebbe reso diseconomica la partecipazione del promotore, la gara è andata deserta e la stazione appaltante ha ritenuto corretto non procedere all'escussione della richiesta garanzia.

6.3) Passando ad analizzare l'ipotesi di **project financing su iniziativa della stazione appaltante**, deve anzitutto confermarsi come, in questa fattispecie, ricopra un ruolo di fondamentale importanza la competenza della stazione appaltante nell'analisi delle esigenze da soddisfare e le finalità da perseguire attraverso la promozione del *project financing* e nella conseguente predisposizione di documenti di gara corretti, completi ed esaustivi.

In questo senso, è stato appurato, in una vicenda vigilata dall'Autorità, che il progetto di riqualificazione immobiliare predisposto dall'amministrazione e posto a base di gara presentava **carenze progettuali e previsionali**, emerse solo in fase di valutazione delle offerte presentate dai concorrenti.

Proprio a causa di dette carenze, la stazione appaltante si è trovata a ricevere, in seguito alla pubblicazione del bando, solo un'offerta, peraltro difforme dal capitolato, con cui a fronte del medesimo importo a base di gara - sul quale è stato offerto un ribasso minimo - è stato incluso un numero di opere di ristrutturazione inferiore rispetto a quello previsto nel capitolato. Tuttavia, al fine di non perdere il contributo regionale ricevuto per l'intervento, la stazione appaltante ha illegittimamente aggiudicato la concessione all'offerta difforme, piuttosto che procedere all'indizione di una nuova procedura di gara, adeguando la documentazione posta a base di gara e l'importo dell'intervento. L'errata quantificazione dell'importo dei lavori necessari per la realizzazione dell'opera funzionale all'interesse pubblico, può aver pregiudicato la possibilità di partecipazione alla procedura di aggiudicazione di operatori economici potenzialmente interessati. In questo senso, la mancata esclusione dell'offerta pervenuta non conforme agli atti di gara e il non aver svolto una nuova procedura di aggiudicazione hanno determinato la violazione non solo della *lex* di gara, ma anche del principio della *par condicio*. Come già evidenziato, poi, le descritte criticità hanno origine dalla inadeguata attività di progettazione della stazione appaltante.

6.4) Un ulteriore e diffuso profilo di criticità caratterizzante le procedure di *project financing* attiene ai rapporti tra **concedente e promotore** che devono ispirarsi a principi di **buona fede e correttezza** reciproci, peculiarmente incisi dalla complessità delle procedure e dei progetti in esame. La violazione di tali obblighi dà luogo a responsabilità del concessionario, come recentemente ricordato dalla giurisprudenza (*ex plurimis*, Cons. St., V, 368/2021), con inevitabili riverberi risarcitori (potenzialmente rilevanti anche sotto il profilo erariale).

Si è avuto modo di registrare tempistiche di svolgimento delle procedure spesso eccessivamente lunghe: in diverse occasioni è stato accertato che vi è una cesura temporale, anche elevata, tra la fase di valutazione ed esame (anche positivo) della proposta avanzata dal promotore e lo svolgimento della successiva gara, in ciò rendendo i progetti presentati vetusti o comunque necessari di aggiornamenti ove si annidano la necessità di svolgere successivamente varianti in corso di esecuzione.

In altre situazioni, gli eccessivi passaggi procedurali (o la loro eccessiva durata) conducono allo svolgimento di una procedura di gara che va deserta, per il successivo disinteresse al progetto del promotore, derivante sia dal tempo intercorso ma anche dalla introduzione di clausole di gara peculiari ed ostative al successivo affidamento.



A tal proposito l'Autorità ha adottato anche un Comunicato, in data 11.11.2020, avente ad oggetto l'obbligo di concludere le procedure di gara avviate mediante *project financing* mediante provvedimento espresso².

Considerazioni dell'Autorità

Sulla base di quanto è stato rilevato, l'Autorità ritiene opportuno svolgere le seguenti considerazioni.

7. Quanto alla qualificazione delle stazioni appaltanti

Anzitutto, appare opportuno ricordare che la stazione appaltante è responsabile dell'approvazione dei progetti di fattibilità tecnica ed economica posti a corredo della proposta di *project financing* presentata dal privato e a tal fine può richiedere le opportune integrazioni progettuali (art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016). Alla stazione appaltante compete, inoltre la predisposizione di criteri qualitativi per la valutazione dell'offerta (nell'ambito della redazione dei documenti di gara, attività che non può essere delegata al promotore), in modo tale da consentire l'effettivo miglioramento qualitativo del progetto presentato dal promotore.

La complessità dello strumento impone il ricorso a strutture e competenze adeguate alla gestione dello stesso, in grado di comprendere gli aspetti tecnici, economici, giuridici esaminati e di verificare in fase di valutazione del progetto, che il rischio sia correttamente allocato, nonché effettivamente assunto e mantenuto anche in corso di esecuzione dal promotore/concessionario, anche ricorrendo eventualmente agli ordinari rimedi contrattuali, quali quello della risoluzione del rapporto concessorio.

La riflessione si inserisce nel più ampio e generalizzato richiamo, più volte formulato da parte dell'Autorità³, alla **professionalizzazione delle stazioni appaltanti**, che dovrebbe assumere carattere ancor più pregnante in ambiti così complessi.

Pertanto, pare opportuno suggerire alle stazioni appaltanti di utilizzare lo strumento del *project financing* (e in generale gli strumenti di PPP), ove siano previamente dotate di adeguate strutture e competenze, in grado di analizzare approfonditamente le proposte presentate.

Ove ciò non sia possibile - ad esempio per le ridotte dimensioni dell'ente - si richiama l'attenzione delle stesse sull'opportunità di utilizzare gli strumenti previsti dal codice dei contratti, quali i servizi di committenza ausiliari da parte delle centrali di committenza legittimate oppure la consulenza degli organi centrali che svolgono questa funzione (in tal senso, con Determina n. 10/2015, l'Autorità aveva svolto talune riflessioni, alle quali si ritiene opportuno rinviare, ancorchè riferite al precedente quadro normativo).

² Il Comunicato è disponibile sul sito dell'Autorità:

<https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/ComunicatiPresidente/2020/Comunicato%20del%20Presidente%2011112020.pdf>

³ "È necessario investire sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, sulla formazione del personale in modo da avere a disposizione professionalità specializzate nel settore in grado di rispondere alle esigenze del complesso sistema dei contratti pubblici" (stralcio dell'Audizione del Presidente Giuseppe Busia Commissioni congiunte 8^a e 14^a Politiche dell'Unione europea Camera dei Deputati del 10.11.2020 - p.2).



8. Quanto all'utilizzo del dibattito pubblico

È stato ampiamente evidenziato come accada di sovente che gli affidamenti mediante *project financing*, inclusi quelli ad iniziativa privata, subiscano, in seguito all'aggiudicazione, dei consistenti ritardi sulle tempistiche previste per la redazione della progettazione definitiva e l'acquisizione delle prescritte autorizzazioni.

Queste difficoltà determinano, quale conseguenza, la necessità di apportare sostanziali modifiche all'intervento ed alla conseguente revisione del PEF, nella maggior parte dei casi a scapito dell'amministrazione concedente.

Non di rado, poi, le descritte lungaggini costituiscono anche l'occasione per un ripensamento su aspetti essenziali dell'intervento, che può essere innescato da cambi del vertice politico, a cui può anche fare da sponda l'opposizione manifestata (tardivamente) da una parte della comunità locale. Per queste ragioni, sembra utile, in questa sede, evidenziare come l'utilizzo del dibattito pubblico di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 possa costituire un proficuo strumento che se opportunamente utilizzato, lungi dal determinare un aggravio del procedimento, ha il pregio di assicurare che la trattazione di ogni preliminare esigenza o opposizione della comunità interessata dall'intervento si esaurisca in una fase antecedente all'avvio della procedura di aggiudicazione; per l'effetto, con il dibattito pubblico si ottiene anche il risultato di tenere in considerazione le evidenze emerse in occasione della redazione del progetto definitivo.

Pertanto, l'Autorità ritiene auspicabile che, anche con riferimento ad interventi di importo inferiore a quello indicato nel D.P.C.M. 10 maggio 2018 n. 76 (recante "*Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico*"), gli enti locali possano prevederne e disciplinarne l'utilizzo, attraverso proprie disposizioni generali. Con riferimento, al singolo intervento, nell'atto di approvazione del progetto di fattibilità, potrebbe poi, esserne previsto l'avvio.

Ove ritengano utile svolgere un dibattito pubblico, le stazioni appaltanti sarebbe opportuno rispettare le linee direttrici indicate dalle disposizioni nazionali, con riferimento alla necessità di:

- fissare tempistiche brevi e perentorie per lo svolgimento delle attività;
- avviarlo con riferimento a progetti che sono ancora allo stadio di progetto di fattibilità o di documento delle alternative progettuali;
- concluderlo, comunque, in una fase antecedente all'avvio della procedura di aggiudicazione;
- individuare un soggetto terzo che coordini le attività.

9. Possibili strumenti per la sollecitazione della concorrenza e della qualità nel *project financing*

9.1) Quanto alla **manifestazione di interesse**, si osserva che, come illustrato in precedenza, l'utilizzo del *project financing* su proposta del privato, secondo quanto previsto dall'art. 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016, in assenza di opportuni accorgimenti, rischia di risolversi in una completa sostituzione del proponente alla stazione appaltante, fin dalla fase di progettazione dell'intervento.

Inoltre, il *project financing* è caratterizzato da una scarsa concorrenza, dovuta a vari fattori, pur costituendo uno straordinario volano di incontro di esigenze e potenziali pubblico/privati, che, in ultima analisi, se ben amministrato consente di creare valore per l'intera collettività, anche attraverso il possibile recupero di beni pubblici abbandonati.



Per scongiurare le predette criticità (sostituzione del promotore alla stazione appaltante e la scarsa concorrenza) potrebbe rivelarsi utile esperire una fase preventiva finalizzata a sollecitare il mercato all'invio di proposte alternative da comparare.

A tal fine, si ritiene che la sollecitazione del mercato, attraverso la previa pubblicazione di un **avviso per manifestazione di interesse o anche consultazioni preliminari di mercato**, possa rivelarsi utile anche quando non sia ancora del tutto chiara la tipologia di intervento che si intenda realizzare attraverso il partenariato con il privato.

In questi casi, l'amministrazione potrebbe fissare un congruo termine entro il quale ricevere proposte ai sensi dell'art. 183 comma 15, indicando nel relativo avviso di manifestazione di interesse il settore nel quale si auspica di sviluppare interventi mediante *project financing* o l'obiettivo che si intende perseguire (in riferimento ad opere o immobili in disuso), con l'impegno che sarà poi valutata la fattibilità degli stessi, nel termine indicato dalla legge.

Il confronto tra le varie proposte pervenute potrebbe consentire di individuare l'opzione più conveniente e conforme alla pubblica utilità perseguita, nell'ambito di un'istruttoria che, pur conservando un ampio grado di discrezionalità, si svolgerebbe, comunque, attraverso un confronto tra diversi progetti.

All'esito della descritta fase comparativa, il progetto di fattibilità prescelto e approvato dovrà essere posto a base di una gara, alla quale è invitato il proponente, in applicazione di quanto previsto sempre dall'art. 183 comma 15 del d.gs. n. 50/2016.

La descritta modalità operativa potrebbe trovare applicazione anche per interventi previsti nella programmazione triennale.

Di recente, l'evenienza che la proposta privata riguardi interventi già previsti negli strumenti di programmazione triennale è stata nuovamente ammessa dal legislatore con il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"* (pubblicato in G.U.R.I. del 16.07.2020, n. 24/L) che ha ampliato i presupposti per l'avvio del *project financing* ad iniziativa privata.

Il Legislatore ha, infatti, ritenuto opportuno dare ulteriore slancio a questo modello procedurale, consentendo al promotore di proporre progetti per interventi già inseriti negli strumenti di programmazione, per *"...assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell'amministrazione, la disposizione"* (relazione illustrativa).

Pertanto, prima di procedere all'eventuale elaborazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica di un intervento già inserito negli strumenti di programmazione, la stazione appaltante, mediante la pubblicazione di un avviso esplorativo, potrebbe informare il mercato di riferimento e richiedere agli operatori economici di presentare proposte di *partnership* da porre a confronto, nell'ambito della verifica della fattibilità di cui all'art. 183 comma 15 del d.lgs. 50/2016.

Per gli interventi di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50/2016, per i quali, ai fini dell'inserimento nel programma triennale, è prevista ai sensi dell'art 21 comma 3 la preventiva approvazione *del documento di fattibilità delle alternative progettuali, di cui all'articolo 23, comma 5*, la stazione appaltante con l'avviso esplorativo potrà mettere a disposizione dei partecipanti il predetto documento e richiedere, se ritenuto utile, che sulla base dello stesso, siano sviluppati progetti di fattibilità che includano il contributo privato alla realizzazione dell'operazione, da presentare ai sensi dell'art. 183 comma 15.



9.2) L'analisi condotta ha evidenziato, come detto, una **ridotta concorrenza** nel settore (soprattutto del *project financing* ad iniziativa privata) che si riverbera sulla scarsa qualità dei progetti e sulla minore affidabilità dei concessionari, in qualche modo connessa al vantaggio competitivo riconosciuto al promotore.

Si è detto anche che una delle criticità caratterizzanti gli affidamenti di *project financing*, soprattutto se ad iniziativa privata, è costituita dalla scarsa qualità di taluni progetti iniziali o dalla scarsa affidabilità di taluni concessionari, che conducono al ritardo o alla modifica nella approvazione dei progetti e, talvolta, alla modifica soggettiva (*rectius*: alla sostituzione) del concessionario al di fuori delle ipotesi consentite dall'ordinamento. Tale criticità appare direttamente riconducibile allo scarso numero di partecipanti, tendenzialmente coincidenti con il promotore (il quale ha l'obbligo di partecipare all'affidamento, come ribadito recentemente dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 5642/2018, e da questa Autorità con delibera 741/2020). La scarsa concorrenza del settore di riferimento è, probabilmente, in parte riconducibile alla posizione di vantaggio competitivo del promotore che, avendo presentato il progetto, ha un'approfondita conoscenza dello stesso, superiore a quella di altri operatori economici. Tuttavia, se tale conseguenza appare in qualche modo strutturale e fisiologica, il diritto di prelazione riconosciuto in favore del promotore e, in alternativa, la possibilità di ricevere comunque una somma di denaro per l'attività svolta nell'ambito della fase prodromica della procedura di gara rappresentano un ulteriore vantaggio, che può scoraggiare la contendibilità dell'affidamento⁴.

Orbene, se il vantaggio di posizione del promotore appare strutturale e per certi versi ineliminabile, al fine di mitigarne gli effetti, potrebbe essere utile per le stazioni appaltanti prevedere nel disciplinare di gara una **clausola di sbarramento** (*ex art. 95 co. 8 d.lgs. 50/2016*)⁵; infatti, alla luce di un recente orientamento giurisprudenziale, il mancato raggiungimento della cd. soglia di sbarramento dell'offerta del promotore preclude l'esercizio del diritto di prelazione⁶.

In tal modo si potrebbe garantire:

- in caso di unica offerta (es.: quella del promotore, come detto, obbligato a partecipare all'affidamento), un livello qualitativo elevato del progetto, e quindi dell'opera (e del concessionario), necessario per superare la soglia di sbarramento e vedersi aggiudicare la concessione;

⁴ Come detto, l'183 co. 15 d.lgs. 50/2016 consente al promotore non aggiudicatario, *alternativamente*:
– di esercitare il diritto di prelazione, entro 15 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione, obbligandosi ad eguagliare la migliore offerta formulata dall'aggiudicatario;
– ottenere il pagamento di un importo pari al 2,5% del valore dell'investimento (art. 183 co. 9 d.lgs. 50/2016). E' stato precisato che il diritto al pagamento dell'importo previsto dal comma 9 spetta solo al concorrente non aggiudicatario, che abbia cioè presentato un'offerta giudicata idonea (Cons. St., 1005/2020).

⁵ La clausola o soglia di sbarramento ha lo scopo di assicurare un filtro di qualità, impedendo la prosecuzione della gara a quelle offerte che non raggiungano uno standard minimo corrispondente a quanto (discrezionalmente) prefissato dalla *lex specialis*. Sul punto si veda il Bando Tipo n. 1, par. 18.1, nonché la connessa relazione di AIR.

⁶ "il giudizio di inidoneità dell'offerta tecnica del concorrente/promotore derivante dal mancato raggiungimento del previsto punteggio minimo, che rende insuscettibile di valutazione la correlata offerta economica e impossibile la graduazione finale dell'offerta complessiva, che viene conseguentemente esclusa, si riflette anche sul diritto di prelazione, rendendo la stessa offerta complessiva *tamquam non esset* anche ai fini della venuta a esistenza del diritto" – Cons. St., V, n.1005 del 10.2.2020.



- in presenza di più concorrenti, uno stimolo per il promotore a presentare un’offerta qualitativamente non troppo “distante” dalla migliore, o quanto meno idonea a superare la soglia di sbarramento, così da mantenere inalterata l’esercizio del diritto di prelazione.

10. Quanto alla corretta allocazione dei rischi e rispetto delle tempistiche

Nel quadro così delineato, appare opportuno che le stazioni appaltanti rivolgano particolare attenzione ai seguenti accorgimenti:

- a. al fine di poter valutare la fattibilità e la sostenibilità dell’intervento presentato dal promotore, occorre che la stazione appaltante sia in possesso di adeguate competenze tecnico-economiche, di modo da poter esaminare criticamente la proposta avanzata (che include progetti allo stadio preliminare) con particolare riferimento, tra l’altro, all’effettiva remuneratività e all’assunzione dei rischi da parte del concessionario; è inevitabile che se un progetto non è remunerativo fallirà e, in tal senso, è importante che i relativi rischi siano assunti dal concessionario e non dalla stazione appaltante;
- b. in generale, in fase di esecuzione della concessione è necessario che la stazione appaltante monitori il costante rispetto delle tempistiche indicate per l’esecuzione contrattuale, non ricorrendo, in assenza dei necessari presupposti, a varianti, proroghe e rinegoziazioni; nel corso dell’esecuzione, va, altresì, mantenuta una corretta allocazione dei rischi in capo al concessionario e verificato il rispetto delle corrispondenti clausole contrattuali, anche alla luce del contenuto della matrice dei rischi;
- c. sempre in fase di esecuzione, con specifico riferimento alla fase di progettazione, occorre scongiurare tempistiche di redazione e approvazione della stessa progettazione definitiva e/o esecutiva delle opere (successivamente all’aggiudicazione delle stesse) talvolta di anni, a fronte di previsioni contrattuali di pochi giorni; in sede di proposta, un accurato esame della progettazione e delle difficoltà legate a varie tipologie di autorizzazioni amministrative (ambientali, paesaggistiche, architettoniche, urbanistiche) consente di valutare a monte la fattibilità di un progetto e di evitare i ritardi emergenti in fasi successive; nel contempo, tale accurata analisi consente di avviare per tempo gli *iter* amministrativi, vari e complessi, funzionali alla concreta realizzazione del progetto. In relazione alle autorizzazioni amministrative può essere utile definire già in sede di gara il soggetto competente al conseguimento delle singole autorizzazioni, che si assumerà il rischio di eventuali ritardi nel conseguimento medesimo, in analogia a quanto indicato nello schema di "*Contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato*";
- d. al fine di evitare continui allungamenti “in corsa” (proroghe, revisioni, ecc.) della durata dei contratti di concessione (per rinegoziazione delle condizioni, anche in conseguenza delle varianti proposte, che talvolta introducono nuove lavorazioni), appare necessario dotarsi di strutture in grado di comprendere l’effettiva ricorrenza delle condizioni di rinegoziazione del PEF specificatamente indicate negli atti contrattuali (cfr. schema di "*Contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato*") e delle difficoltà tecniche, adottate a base delle varianti proposte, riconducendole alle sole ipotesi consentite dalla norma, al fine di evitare il ribaltamento del rischio in capo all’amministrazione;



- e. occorre, inoltre, tener presente che i ritardi, progettuali ed esecutivi, ove imputabili a carenze progettuali e quindi al concessionario, possono determinare un inadempimento contrattuale con conseguente risoluzione del contratto di concessione. In tali casi, l'art. 176 co. 8 d.lgs. 50/2016 (applicabile ai PPP, ex art. 179 d.lgs. 50/2016) consente di risolvere il contratto sostituendo il concessionario con altro, adeguatamente qualificato, mediante il coinvolgimento degli enti finanziatori (ai sensi dell'art. 176 co. 8, d.lgs. 50/2016), a condizione che il diritto di subentro sia stato previsto nella documentazione di gara.

Alla luce di quanto emerso dall'attività di vigilanza sugli interventi mediante partenariato pubblico privato,

DELIBERA

di approvare le suesposte considerazioni, invitandosi le stazioni appaltanti a tener conto di tutte le indicazioni rese negli atti di regolazione già adottati sull'utilizzo del PPP.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 marzo 2021

Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente