



.....OMISSIS.....

Oggetto

Realizzazione Nuovo Ospedale diOMISSIS..... – partenariato pubblico-privato – art. 174 del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

FUNZ CONS 9/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 ottobre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 91956, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 febbraio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda l'intervento indicato in oggetto, per la realizzazione del quale la stazione appaltante intende ricorrere allo schema del partenariato pubblico-privato, rappresentando al riguardo di non essere in possesso della necessaria qualificazione per il settore dei lavori pubblici e che al momento la realizzazione dell'iniziativa in parola non risulta inserita nel programma triennale come previsto dall'art.175, comma 1, del d.lgs. 36/2023. Sulla base di tali premesse, sono stati formulati all'Autorità i seguenti quesiti: (i) se è preliminare ad ogni ulteriore atto della procedura in esame, la valutazione di convenienza e fattibilità del ricorso al PPP, prevista dall'art.175, comma 2, del Codice; (ii) In caso di conclusione positiva del procedimento di valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del ricorso al PPP, se è consentito all'Amministrazione, pur non potendo rivestire la qualifica di ente concedente, sollecitare i privati ai sensi dell'art. 193, comma 11, del d.lgs. 36/2023 a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel Titolo IV del d.lgs. 36/2023, ovvero mediante avvisi pubblici, al fine di consentire al maggior numero possibile di operatori economici di valutare la possibilità di formulare proposte; (iii) In caso di risposta affermativa al precedente quesito, se vi sono specifici adempimenti che potrebbero essere ancora nella titolarità dell'Amministrazione richiedente, ferma restando la competenza a tutti i successivi incombenti (valutazione delle proposte, procedura di gara, eventuale stipulazione del contratto di PPP) da parte di ente qualificato al momento non ancora individuato.

Con riguardo ai quesiti sopra illustrati e per quanto di interesse ai fini del parere, si osserva preliminarmente che ai sensi dell'art. 174 del d.lgs. 36/2023 «1. Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato».

Il comma 3 della stessa disposizione aggiunge che «Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

Il comma 5 dell'art. 174 citato specifica, a sua volta, con disposizione di carattere generale rivolta a tutte le forme di PPP sopra elencate, che «I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63».

Come evidenziato nella relazione Illustrativa del nuovo Codice dei contratti pubblici, «L'art. 174, insieme all'art. 175, sostituisce integralmente gli articoli 179, 180, 181 e 182 del codice vigente (articoli, dunque, soppressi) che contenevano la disciplina generale del partenariato pubblico-privato. Il comma 1 introduce una nuova nozione generale di partenariato pubblico-privato, comprensiva sia del partenariato pubblico-privato contrattuale, sia del partenariato pubblico-privato istituzionale. Innanzitutto, il partenariato pubblico-privato è stato definito come un'operazione economica. La definizione è stata scelta al fine di evidenziare la *complessità* di tale fenomeno, che comprende diverse figure contrattuali, nonché gli importanti riflessi economici ad esso collegati. Il partenariato pubblico-privato, invero, indica un fenomeno di cooperazione fra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività che è rivolta a coniugare il perseguimento di finalità di interesse generale, la salvaguardia di vincoli di bilancio e la valorizzazione del contributo di soggetti privati in termini di apporto finanziario e di competenze specifiche. Nella definizione sono state evidenziate le quattro componenti che debbono sussistere affinché l'operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato».

Tenuto conto delle caratteristiche del partenariato pubblico privato, come individuate dall'art. 174 del Codice, e della complessità di tale istituto (nel senso indicato nella Relazione Illustrativa richiamata), l'art. 175 prevede e disciplina, ai fini del ricorso allo stesso, una fase preliminare di valutazione della convenienza e fattibilità dell'operazione, rimessa alla specifica competenza della stazione appaltante.

Più in dettaglio, l'art. 175 citato, dispone al comma 1 che «Le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. 2. Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare

soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente».

La norma sopra richiamata prevede, quindi, l'adozione di un programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, «ciò anche al fine di garantire la massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e della collettività. (...). Al comma 2 è contenuta la previsione secondo la quale il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, la quale si deve incentrare sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private e sulla possibilità di ottimizzare il rapporto costi e benefici, nonché sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. Si è precisato che, a tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato nell'arco dell'intera durata del rapporto con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente. La norma è volta a garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del partenariato pubblico-privato sia basata su *approfondite valutazioni in ordine alla sua convenienza e fattibilità, per evitare, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e dall'altro, che, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica* (idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, ottimizzazione del rapporto costi e benefici, efficiente allocazione del rischio operativo, capacità di indebitamento dell'ente e disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale) dette iniziative risultino non convenienti per l'amministrazione» (Relazione Illustrativa cit.).

Per quanto sopra, ai fini del parere e in risposta al primo quesito, può quindi osservarsi che l'art. 175, comma 2, del d.lgs. 36/2023, richiede espressamente, ai fini del ricorso al PPP, la previa valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto da finanziare con risorse private, quale atto che, anche alla luce delle finalità di interesse generale sottese allo stesso (come evidenziate nella Relazione illustrativa del Codice), costituisce un *adempimento necessario* e non derogabile, per il ricorso alla procedura di PPP, da svolgere secondo le indicazioni contenute nella disposizione medesima.

Sembra opportuno aggiungere a quanto sopra che secondo l'art. 63, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, il sistema di qualificazione riguarda: a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Nel caso della concessione da affidare mediante finanza di progetto, la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto, coincide con la vera e propria attività di progettazione, comportando la valutazione di complessi aspetti giuridici, contabili ed economico-finanziari dell'operazione (come sottolineato nella Relazione Illustrativa del Codice).

Le proposte di realizzazione in concessione di lavori o servizi provenienti da operatori economici ai sensi dell'art. 193 del Codice devono contenere infatti il progetto di fattibilità, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. L'ente concedente deve poi valutare entro novanta giorni dalla predisposizione della proposta, la fattibilità medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Il comma 3 dello stesso art. 193, infine, stabilisce che "Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione".

Pertanto la valutazione preliminare in realtà non è riconducibile alla mera attività di “programmazione” degli acquisti ma attiene propriamente alla fase di “progettazione tecnico-amministrativa” della procedura che, in quanto tale, deve ritenersi riservata a soggetti qualificati.

Per quanto sopra, si ritiene quindi che per la valutazione delle proposte di PPP, tramite l’istituto della finanza di progetto, provenienti da operatori economici ai sensi dell’art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, è necessaria la qualificazione per tutte le fasi relative alla progettazione, affidamento ed esecuzione dei medesimi contratti, ivi compresa la fase di valutazione preliminare ex art. 193.

Le considerazioni che precedono valgono altresì con riguardo al secondo e terzo quesito, riferiti alle azioni che l’Amministrazione può compiere ai fini del ricorso all’istituto del partenariato pubblico-privato, in assenza di specifica qualificazione ai sensi degli artt. 62 e 63 del Codice.

In merito, oltre a quanto già in precedenza osservato, sembra utile evidenziare che il comma 5, dell’art. 174 del Codice, dispone espressamente che i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell’articolo 63.

Ciò in ragione «*della complessità di tale istituto giuridico, che richiede competenze specifiche per essere realizzato e gestito, si precisa che i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati*» (Relazione Illustrativa del Codice).

Anche la delibera n. 441/2022 dell’Autorità, recante linee guida di «*attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici*», ribadisce che la predetta qualificazione è obbligatoria per i soggetti che intendono affidare un contratto di PPP.

A ciò si aggiunge che con riguardo ai predetti contratti, per lo svolgimento delle attività di progettazione, affidamento ed esecuzione degli stessi, il Codice ha previsto un regime di qualificazione speciale *rafforzato*, sia per quanto attiene ai livelli di qualificazione posseduti, sia per quanto attiene alla presenza in organico di adeguate professionalità, in considerazione della particolare complessità e multidisciplinarietà che caratterizza tali tipologie contrattuali (In tal senso parere MIT n. 2114/2023).

Per i predetti contratti, infatti, l’art. 62, comma 18, del d.lgs. 36/2023 stabilisce espressamente che «*La progettazione, l’affidamento e l’esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all’articolo 63, comma 2, lettere b) e c)*», dunque i predetti soggetti devono essere in possesso almeno della qualificazione intermedia o avanzata.

Inoltre, l’Allegato II.4 (*Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza*), del d.lgs. 36/2023, cui rinvia la disposizione del citato art. 63, stabilisce all’art. 3 (*Livelli di qualificazione per la progettazione e l’affidamento di lavori per le stazioni appaltanti*), comma 5, che «*Ai fini dell’affidamento e dell’esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo, le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello SF2 e garantire la presenza di un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi*». L’art. 5 (*Livelli di qualificazione relativi alla progettazione e all’affidamento di servizi e forniture per le stazioni appaltanti*), comma 5 dello stesso Allegato ribadisce per l’affidamento di servizi e forniture che «*Ai fini dell’affidamento e dell’esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo, le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello SF2 e garantire la presenza di un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi*».

Le disposizioni richiamate chiariscono quindi che il procedimento teso all'affidamento di un contratto di PPP deve essere svolto, *nel suo complesso*, da un soggetto qualificato ai sensi degli artt. 62, comma 18 e 63, nonché dell'Allegato II.4 del Codice, i quali richiedono, come sopra evidenziato, un livello di qualificazione specifico per gli enti concedenti, in ragione della complessità e multidisciplinarietà che caratterizza tali tipologie contrattuali (nel senso indicato nella Relazione Illustrativa del Codice sopra richiamata) senza possibilità quindi di suddivisione del procedimento stesso in diverse fasi, seguite da stazioni appaltanti distinte e in assenza di specifica qualificazione, nel senso indicato nell'istanza di parere.

La necessità che gli enti concedenti siano dotati di specifica qualificazione per l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato emerge peraltro anche dal "*Regolamento per l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, ai sensi dell'art. 62, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*", adottato dall'Autorità con delibera n. 266/2023, il quale prevede per tali tipologie di contratto: *(i)* una specifica indicazione, nell'elenco delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. 36/2023, del possesso dei requisiti per appalti di partenariato pubblico privato (art. 3), *(ii)* la presentazione della domanda di assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza, con indicazione, tra l'altro, dell'oggetto dell'affidamento riferito all'appalto o al "partenariato pubblico privato" (art. 6), *(iii)* l'individuazione della stazione appaltante/centrale di committenza qualificata, (tra l'altro) sulla base del settore di qualificazione riferito al partenariato pubblico privato (art. 8, comma 2, lett. a).

Consegue da quanto sopra che «gli enti concedenti non qualificati o in possesso di una qualificazione di livello L3 o SF3, non possono svolgere direttamente attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti di PPP e sono tenuti a rivolgersi ad una centrale di committenza o ad una stazione appaltante qualificata ai sensi dell'art. 62, comma 6, d.lgs. 36/2023» (parere MIT n. 2114/2023).

In caso di risposta negativa da parte del soggetto qualificato interpellato, «la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata., individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2. Eventuali inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio di cui al terzo periodo possono essere sanzionate ai sensi dell'articolo 63, comma 11, secondo periodo» (art. 62, co.10, d.lgs. 36/2023).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente