

Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo portale Dipe - Mef

Di Marco CATALANO

4 ottobre 2022

- ▶ Tra le varie ipotesi di collaborazione tra pubblica amministrazione e impresa spiccano quei contratti complessi in cui al soggetto privato non viene più assegnato appalto per la costruzione di un bene, o la concessione per lo sfruttamento del bene; ma si instaura un complesso dialogo che parte dalla volontà della amministrazione di esercizio del pubblico interesse attraverso una complessa regolamentazione della procedura, e il soggetto privato, affidatario di parte o tutta la attività; sebbene alcune volte la iniziativa spetta al soggetto privato (cfr comma 19 art. 153 codice dei contratti del 2006 e artt. 180 e seguenti del codice del 2016).

- ▶ Esso trova la sua definizione completa nella lett. eee) dell'art. 3 del codice, secondo cui:
- ▶ il «contratto di partenariato pubblico privato», è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella (1)realizzazione, (2)trasformazione, (3)manutenzione e (4)gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat;

- ▶ E' altresì noto che fino a non poco tempo addietro la differenza tra appalto e concessione era data dalla bilateralità del primo contratto e la trilateralità del secondo; nel senso che oltre ad un rapporto amministrazione concessionario, vi era quello tra concessionario e terzo fruitore (i rapporti individuali di utenza li chiamava la legge 1034 del 1091, istitutiva dei TAR).

- ▶ PPP
- ▶ CONTRATTUALE
- ▶ ISTITUZIONALE

- ▶ Secondo la definizione contenuta nel Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 , relativo al « Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea » (cd. " SEC2010") , i PPP « sono contratti a lungo termine stipulati tra due unità, sulla base dei quali un ' unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e quindi le cede a una seconda unità. Tali accordi sono normalmente stipulati tra un' impresa privata e un' amministrazione pubblica, ma non sono escluse altre combinazioni: ad esempio, una società pubblica da una parte e un' istituzione senza scopo di lucro privata dall'altra ».

- ▶ Tra le varie figure di PPP spicca la finanza di progetto, prevista fin dall'art. 37 bis legge 109 del 1994, e a tutt'oggi contemplata nel codice dei contratti (art. 183).

- ▶ Si pensi alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità (Art. 187), al contratto di disponibilità (art. 188), agli interventi di sussidiarietà orizzontale (art. 189), al baratto amministrativo (art. 190), alla cessione di immobili in cambio di opere (art. 191).

- ▶ Dal punto di vista economico-contabile europeo, il PPP deve ricoprire alcune caratteristiche, ovvero evidenziare un rischio di costruzione, un rischio di domanda e un rischio di disponibilità

- ▶ Secondo la Corte dei conti (SSRR in sede di controllo nr. 49 del 2011), per potersi ritenere che l'intervento realizzato tramite operazioni di leasing immobiliare sia considerabile quale partenariato pubblico-privato ai fini dell'inserimento nella contabilità pubblica, e, in particolare, per non essere considerato nel calcolo del disavanzo e del debito pubblico, rispetto ai tre rischi classificati da Eurostat di costruzione, di domanda e di disponibilità, almeno due - normalmente quelli di costruzione e di domanda negli interventi relativi alla realizzazione di opere pubbliche - devono pienamente sussistere in modo sostanziale e non solo formale a carico del privato. La mancata sussistenza di almeno due parametri indica che l'operazione non ha realmente natura di partenariato con utilizzo di risorse private ma che, di fatto, rientra nella piena disponibilità e rischio per l'ente pubblico.

La rappresentazione finanziaria



- ▶ Uscita come investimento o come locazione-mutuo?

- ▶ operazione preliminare per la realizzazione di un PPP per una pa è rispondere a questo semplice interrogativo: che cosa vuole la amministrazione? Godimento di un bene o acquisizione in proprietà?
- ▶ La risposta a questa semplice domanda è fondamentale, sia per stabilire dall'inizio come distribuire la matrice dei rischi, sia per evitare CAMBI IN CORSA che nuocciono alla collettività.

- ▶ Quante volte, oltre alla normale alea di un futuro giudizio, le scelte economiche sono state pregiudicate da ripensamenti della amministrazione (magari a seguito di un cambio della compagine amministrativa).

L'equilibrio economico finanziario



- ▶ fff) «equilibrio economico e finanziario», 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 [ovvero lucro]; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento;

Secondo ANAC

- ▶ In generale e fermi i criteri e le buone pratiche definite dalle Autorità di regolazione competenti, l'equilibrio economico-finanziario è verificato quando, dato un tasso di congrua remunerazione del capitale investito, il valore attuale netto dei flussi di cassa del progetto (VAN del progetto) è prossimo a zero. Segnatamente, il PEF è in equilibrio quando il TIR dell'azionista è prossimo al costo atteso del capitale di rischio investito; il TIR di progetto è prossimo al costo medio ponderato del capitale (Weighted Average Cost of Capital - WACC); di conseguenza VAN e di progetto e di azionista sono prossimi a zero.
- ▶ Se i valori di VAN e TIR di progetto non tendono all'equilibrio il contratto può contenere margini di extra-reddittività per il partner privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e, pertanto, queste situazioni devono essere attentamente valutate dalle amministrazioni. Dette verifiche sono svolte confrontando il TIR con opportuni benchmark eventualmente disponibili e rilevati, ad esempio, dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) o dalle Autorità di regolazione.



quindi



- ▶ Inserire clausole di revisione prezzo e/o condizioni e/o benchmark

Art. 165, comma 6 del codice



- ▶ 6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incide sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

182, comma 3



- ▶ 3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

- ▶ Recentemente il PPP è stato posto alla attenzione della Presidenza del consiglio dei Ministri quale modalità di attuazione degli obiettivi del PNRR

- ▶ Con la circolare del 19 maggio del 2022 esso è stato attenzionato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri come mezzo per l'attuazione degli obiettivi del PNRR

- ▶ monitoraggio delle clausole di flessibilità nell'ambito delle regole del Patto di stabilità e crescita europea, con particolare riferimento alle previsioni contenute nei documenti di cui agli articoli 10 e 10-bis della legge n. 196 del 2009 (il DEF)

La circolare menziona



- ▶ i contratti di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 180, comma 8, decreto legislativo n. 50 del 2016 e successive modificazioni ed integrazioni, ove riferiti a operazioni in cui l'Amministrazione si configuri come principale acquirente dei servizi resi dall'infrastruttura

- ▶ i contratti di concessione affidati ai **sensi della normativa previgente**, di cui agli articoli 144 e 153 (cd. Finanza di progetto) del decreto legislativo n. 163 del 2006, ovvero ai sensi degli articoli 20 e 37-bis e seguenti della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni - ove novellati da atti aggiuntivi adottati a partire dall'anno 2016 e non ancora trasmessi al DIPE

- ▶ le ulteriori operazioni in partenariato pubblico-privato, ivi compresa la costituzione di società miste
- ▶ ATTENTI al nuovo art. 5 dlgs 175 del 2016

L'oggetto della comunicazione - precisazioni



- ▶ Secondo la circolare, art. 3
- ▶ *Con riferimento a ciascun contratto stipulato ai sensi di quanto previsto dal vigente Codice dei contratti pubblici*
- ▶ Art. 4
- ▶ *I soggetti aggiudicatori indicati al paragrafo 3, che pongano in essere contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) compresi nelle tipologie indicate al paragrafo 2, sono tenuti a caricare la documentazione indicata al paragrafo 4, relativamente a ciascuna operazione, esclusivamente sul Nuovo portale RGS per il Monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato di cui al paragrafo 3.3 entro trenta giorni dalla stipula del contratto avendo, altresì, cura di comunicare successivamente con tempestività il raggiungimento del relativo financial close.*
- ▶ *Gli stessi soggetti aggiudicatori dovranno impegnarsi a caricare gli atti aggiuntivi e i documenti di modifica dei documenti già trasmessi entro trenta giorni dalla stipula degli stessi.*

- ▶ Quindi, nulla è previsto per i contratti pendenti, ma NON E' ESCLUSO

Modifiche e riequilibri



- ▶ Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare **mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio**. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. **In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto**. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

Quindi



- ▶ Obbligo di rinegoziazione per la riduzione ad equilibrio del precedente contratto; quindi NON si stipula un NUOVO contratto, quindi la comunicazione NON deve essere fatta, ma PUO' esserlo

- ▶ L'obbligo di comunicazione incombe su tutte le PA appartenenti al conto economico consolidato delle amministrazioni

La finanza di progetto



- ▶ Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea, è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

- ▶ Quindi scopo della PF è la effettuazione di LAVORI (in senso lato).
- ▶ Lo ipotizzo difficilmente applicabile per la fornitura di servizi di supporto all'ente, per il quale vedo al limite una società in house

Affidamento servizi terzo settore



- ▶ Art. 55 del codice

- ▶ 1. In attuazione dei principi di **sussidiarietà**, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, ..nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso **forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento**, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.
- ▶ 2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare,
- ▶ degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.
- ▶ 3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2.
- ▶ 4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner

rapporto tra Codice dei Contratti e Codice del Terzo Settore, il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale n.1382 del 26/07/2018, ha posto una linea netta di distinzione tra:



- ▶ le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, ovvero non tese all'affidamento del servizio, ovvero ancora ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma integralmente gratuita
- ▶ - le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare, accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono, viceversa, **soggette al Codice dei contratti pubblici**, al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore, **ove il servizio sia prospetticamente svolto dall'affidatario in forma onerosa**, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione; l'Amministrazione, inoltre, deve specificamente e puntualmente motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, che, in quanto strutturalmente riservate ad enti non profit, de facto privano le imprese profit della possibilità di rendersi affidatarie del servizio.

Il PPP conviene?

- ▶ Dipende dalla scelta della pa.

