

## ***Linee Guida n. 9 di ANAC:***

### ***Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato***

#### ***Due parole sulla data della loro "applicazione"***

Pubbligate sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 20 aprile 2018 le Linee Guida n. 9 «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato» in attuazione dell'articolo 181, comma 4, del Codice dei contratti.

In questa sede non si vuole sindacare le predette linee guida nel merito, anche se ce ne sarebbe il motivo, in quanto si tratta di un'esposizione allo stesso tempo esageratamente prolissa se si voleva attirare l'attenzione su alcuni principi cardine del PPP e troppo sintetica per fornire strumenti pratici di lavoro per gli operatori pubblici e privato che continueranno pertanto a rifarsi a prassi consolidate fornite nel tempo dall'Unità Tecnica Finanza di progetto (oggi confluita nel Dipartimento interministeriale per la programmazione economica, presso la presidenza del Consiglio dei ministri), da alcuni organismi regionali (es. FinLombarda S.p.A.), di istituzioni universitarie e di una copiosa dottrina.

Solo alcuni punti trascurati: la forse necessaria astrattezza delle linee guida non consente di dire che interventi di PPP sotto una certa soglia di importo sono antieconomici per definizione, in considerazione dello sforzo organizzativo necessario all'amministrazione e dei costi delle tre istruttorie pressoché obbligatoriamente "esterne" alle stesse amministrazioni: quella tecnico-prestazionale, quella economico-finanziaria e quella contrattuale, oltre che della redazione dei documenti propedeutici quali il Public Sector Comparator. In presenza di investimenti modesti tali sforzi organizzativi (assenza di competenza specifiche o, se presenti, la loro sottrazione agli ordinari compiti d'ufficio) e l'impegno economico "al buio" (vista l'elevata mortalità delle iniziative) non sono ragionevolmente sostenibili.

Manca del tutto la comprensione delle condizioni "capestro" del invitato di pietra: la banca finanziatrice. Si ha un bel dire che l'iniziativa in PPP deve "poter fallire"; affermazione che in astratto è incontestabile, ma calata nella realtà, anche sotto il solo profilo psicologico, provare per credere, a presentarsi in banca con questa affermazione. È fuor di dubbio che in qualunque iniziativa di PPP l'istituto finanziatore pretenderà che il rimborso del debito sia "blindato"; aldilà di una misura congrua del DSCR che formalmente dovrebbe garantire tale rimborso, non

ci saranno “riduzioni del canone” o “penali che incidano sul canone” (quantomeno sulla parte del canone destinato al rimborso del debito) oppure altre ipotesi di riduzione del flusso di cassa che possano compromettere il rimborso. Tradotto in parole povere: che nevichi o faccia il sole, terremoti o alluvioni, la banca ogni sei mesi vuole garantirsi l’incasso del dovuto. E qui crollano metà dei sogni sul “trasferimento dei rischi”.

Non sarà un caso che, malgrado i pareri della Corte dei conti (per tutte: Sezione delle autonomie, pronuncia n. 15 del 13 giugno 2017) si contrabbandano come PPP banali operazioni di leasing o contratti di disponibilità che non sono altro che un appalto di lavori combinato con un appalto pluriennale di manutenzione, dove la remunerazione dell’istituto finanziatore è pressoché intangibile.

Trascurano il curioso modo con il quale ANAC autoqualifica quali parti delle linee guida sono vincolanti e quali non vincolati (avvallata da un sempre troppo benevolo Consiglio di Stato in sede consultiva di fronte allo strapotere di ANAC) si vuole porre l’accento sull’entrata in vigore, stabilita al punto 8.2 *«Le disposizioni delle presenti linee guida si applicano alle procedure avviate dopo l’entrata in vigore delle stesse [dopo il 5 maggio 2018, in forza del punto 8.1 - n.d.r.]. I contratti già in essere alla data di entrata in vigore delle presenti linee guida si adeguano progressivamente, secondo le previsioni del piano regolatorio»*.

Cosa si intende per procedure avviate? Le linee guida riguardano certamente tutti i PPP ma trascurano la netta ripartizione procedimentale tra PPP di iniziativa pubblica e di iniziativa privata. Attenzione, non procedure d’appalto o di gara, ma procedure “tout court”. Quando la norma o le linee guida si riferiscono alle procedure di gara o di appalto lo affermano espressamente, anche se il termine rimane ambiguo e potrebbe non coincidere con la pubblicazione del bando ma precederlo (ad esempio nella programmazione ex art. 31, comma 1, del Codice, oppure la determinazione a contrattare).

Nel caso di specie le linee guida si limitano alle parole “procedure avviate”. Al più si può individuare l’avvio della procedura nel momento il cui viene “turbato” il mercato con il formarsi di una potenziale platea di operatori interessati in astratto all’oggetto della procedura.

Ebbene se la discussione può essere infinita in caso di PPP di iniziativa privata, nel caso di PPP di iniziativa privata (articolo 183, commi 15, 16 e 17) deve per forza di cosa intendersi la presentazione della proposta dell’operatore privato, o quantomeno la sua istruttoria. È infatti noto che in tale fattispecie, da un lato la catena procedimentale non può svilupparsi né avere un percorso in assenza della proposta, dall’altro lato che malgrado l’articolazione del

procedimento sia a formazione progressiva (prima la proposta, poi la sua approvazione, poi l'indizione della gara, poi l'aggiudicazione e infine il consolidarsi dell'aggiudicazione o l'esercizio/rinuncia al diritto di prelazione) esso è comunque un processo unitario (un segmento non può vivere in assenza del precedente né sopravvivere in assenza del successivo); in terzo luogo la proposta del proponente è tecnicamente un'offerta anche se unilaterale, con efficacia contrattuale una volta a conoscenza dell'altra parte. Lo stesso Consiglio di Stato, sezione IV, 26 gennaio 2009, n. 391 e n. 392; sezione V, 28 maggio 2009, n. 3319 ebbe ad affermare che la proposta è un'offerta e, in Adunanza Plenaria, 28 gennaio 2012, n. 1, ne ha riaffermato l'unitarietà procedimentale. Tali pronunce, ancorché risalenti, non solo non sono mai state contraddette da una giurisprudenza successiva, ma conservano tutto il loro valore interpretativo, a maggior ragione in quanto erano incardinate sul PPP ex articoli 37-bis e seguenti della cosiddetta Legge Merloni, dove il procedimento era ancora più articolato.

Quindi la presentazione della proposta e, a maggior ragione il suo mancato rigetto, nei casi di PPP ad iniziativa privata costituisce "procedimento avviato" anche ai sensi del punto 8.2, primo periodo, delle Linee guida n. 9.

Quanto al secondo periodo, l'adeguamento progressivo dei contratti già stipulati, così come degli interventi già approvati, non potrà spingersi fino a mutamenti sostanziali del contratto o dell'intervento già approvato, per ragioni facilmente comprensibili e, peraltro, ciò non dovrebbe verificarsi laddove sia l'intervento approvato che il contratto stipulato siano coerenti con i principi fondamentali che caratterizzano il PPP, ma questa è una condizione presupposta che deve ricorrere a prescindere dalla Linee guida.