



CANTIERABILI.it
Sviluppo Partenariato Pubblico Privato

POSITION PAPER: PPP e Fondi PNRR

· 6/2022 ·

Abstract

Le Public Private Partnership (PPP) hanno il fine ultimo di realizzare progetti di rilevanza pubblica contemperando gli interessi delle parti e generando una corretta allocazione dei rischi.

Benché l'appalto sia tradizionalmente stato la prima scelta nei rapporti tra Operatore Economico "OE" e Pubblica Amministrazione "PA", nell'odierno contesto economico, per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), le PPP rappresentano senza dubbio un ottimo strumento per la realizzazione e gestione di progetti d'interesse pubblico e privato. Il punto cruciale per l'utilizzo delle PPP è la capacità dell'OE di creare valore ed essere in grado di accollarsi i rischi operativi del progetto mentre appaiono di scarso rilievo le modalità di finanziamento dell'opera.

L'utilizzo del PPP per la realizzazione di progetti legati ai fondi PNRR, non è un tema semplicemente auspicabile per i reciproci vantaggi, ma è un obbligo previsto dalla legge già in fase di programmazione (DM 16 gennaio 2018, n.14), che impone l'uso di contratti di PPP o di concessione (IV e III parte del Codice dei contratti) quando sia possibile lo sfruttamento economico nelle operazioni di durata pluriennale. Ne consegue che i Fondi del PNRR dovrebbero essere erogati anche per progetti in PPP e concessioni.

Un contratto di PPP deve essere preferito a un contratto di appalto, quando c'è la possibilità di creare valore e trasferire il rischio operativo del progetto all'OE. Il *trade-off* di scelta dell'ente basato, invece, sugli elementi di natura finanziaria - finanziamento 49% (PA) - 51% (OE) - è distorsivo per il mercato. L'eliminazione di tale vincolo, e soprattutto le soluzioni interpretative e operative prospettate in questo Position Paper, a legislazione vigente, permetterebbe di aumentare la diffusione dello strumento del PPP per la realizzazione di opere pubbliche a valere sui fondi PNRR.

Si ricorda infine, che l'utilizzo di fondi europei esula già dal vincolo 49-51% e che nel contesto Europeo questo vincolo ha rilievo solo come uno degli elementi per la valutazione della contabilizzazione *on-off* balance dell'investimento. Per investimenti prioritari per il nostro paese, la sospensione del vincolo del 49% e l'utilizzo anche integrale di risorse pubbliche, non comprometterebbe in alcun modo la naturale struttura e funzionamento dei PPP, comportando al più la (consapevole) contabilizzazione *on-balance* dell'investimento.

1. La questione cruciale: usare il PPP per intercettare i fondi PNRR

La Public Private Partnership (PPP) è un rapporto di collaborazione tra due soggetti che vogliono realizzare dei progetti d'interesse pubblico con intenti "comuni" e, comunque, complementari tra di loro.

Pubblico e Privato hanno obiettivi complementari perché:

- i) la pubblica amministrazione (PA) ha bisogno di realizzare "opere d'interesse pubblico" con tempi di esecuzione e spesa certi e con la garanzia di una loro gestione efficiente ed efficace;
- ii) l'operatore economico (OE) ha interesse a progettare ed eseguire l'investimento, in cambio di un'equa remunerazione del lavoro svolto, sia in relazione all'attività costruttiva, sia alla successiva attività gestionale.

Il PPP è uno strumento valido quando queste rispettive esigenze si contemperano e si traducono in quello che la letteratura economica e la normativa chiamano "corretta allocazione dei rischi tra le Parti", secondo la regola aurea di intestarli a chi li sa gestire al meglio, ed è per questo motivo il costo complessivo dell'operazione è contenuto ed ottimizzato.

Quando si parla di fondi PNRR per la realizzazione d'investimenti pubblici, il primo strumento a cui ci si riferisce è l'appalto, probabilmente perché il "tiraggio" dei fondi è stato pensato, in quanto a modalità e tempistica di affidamento, esclusivamente su quel contratto pubblico. Ma il contratto di appalto non è sufficiente a rispondere al fabbisogno di produzione realizzativa della PA e, inoltre, rischia di dilatare eccessivamente i tempi di affidamento anche a causa della necessità, lato pubblico, di disporre della progettazione a sua volta "divoratrice" di tempo anche per il potenziale contenzioso che si riverbera a valle sull'esecuzione.

Il rapporto 2018 dell'Agenzia della Coesione "tempi medi di attuazione delle opere pubbliche" certifica che il tempo di attuazione delle opere infrastrutturali è pari a 4,4 anni e cresce progressivamente all'aumento del valore economico dei progetti e, inoltre, che la crescita riguarda indifferentemente le tre fasi procedurali considerate (progettazione, costruzione e gestione). Inoltre la fase di progettazione assorbe mediamente anche più di 2,5 anni senza mai scendere, neppure per opere più piccole (<0,1 mln.) sotto i 18 mesi.

I contratti di PPP e i procedimenti di affidamento sono in linea con la normativa sull'uso di fondi PNRR e possono garantire una rapida, efficiente ed efficace spesa dei Fondi PNRR, costituendo una valida alternativa all'appalto, soprattutto per opere che abbiano un'elevata componente gestionale o tecnica/tecnologica.

Le condizioni di contesto "culturale" per assicurare un efficace uso del PPP sono da ricercarsi in:

- i) bandi con contenuti chiari e coerenti con il ricorso a schemi di PPP;
- ii) standardizzazione delle procedure per settore/tipologia d'intervento con accordi interministeriali/inter-enti oppure per gruppi di committenti;
- iii) assistenza mirata ai progetti da parte delle Istituzioni (MEF, PCDM, CdP ecc.);
- iv) corretta allocazione dei rischi al soggetto Pubblico o Privato che li sappia gestire al meglio.

Con oltre 191 miliardi di euro da spendere entro il 2026 (di cui 68,9 a fondo perduto) le sole procedure per aggiudicare i contratti di appalto non sono sufficienti in considerazione della limitata produttività e la possibilità di sfiorare i tempi di esecuzione. Lo strumento del contratto di PPP è stato “discriminato” fino ad ora perché non avrebbe consentito l’utilizzo integrale dei fondi pubblici, che coprono il 100% degli investimenti, fatto che, secondo alcuni, rende il PPP inadatto allo scopo.

È, invece, necessario sfruttare al meglio l’arsenale contrattuale disponibile per un’efficiente spesa delle risorse PNRR, che faccia ripartire la nostra economia e faccia crescere il Prodotto Interno Lordo (PIL) del Paese.

In merito è opportuno ricordare come la letteratura anglosassone chiarisce che l’utilizzazione di un contratto di PPP non deve avere come esclusiva motivazione la carenza di risorse pubbliche, ma che la scelta dipenda principalmente dalla capacità del privato di creare Value For Money, in altre parole di accollarsi i rischi operativi (il VfM è, infatti, misurabile attraverso il PSC, ovvero i flussi di cassa dell’iniziativa aggiustati per il fattore rischio). La finanza dell’operazione è una componente aggiuntiva da valutare caso per caso solo ai fini di un corretto equilibrio economico del progetto e dell’ottenimento di un rendimento equo per il partner privato.

Non si deve tralasciare che, per alcune tipologie di progetti, la presenza di una componente di capitali privati può generare un effetto moltiplicativo delle risorse pubbliche già disponibili, avviando positivi meccanismi di leva finanziaria, volano ulteriore di crescita degli investimenti, in questo momento prospettiva desiderabile.

È essenziale, perciò, immaginare “strade nuove” ma allo stesso tempo robuste, ovvero procedure standardizzate e snelle di operazioni di PPP che mettano insieme le competenze private e le esigenze pubbliche in un sistema efficiente che riesca a contrarre i tempi di progettazione e acceleri la partenza dei cantieri. A tal fine il PPP costituisce una valida alternativa all’appalto soprattutto per le opere con elevata componente gestionale o consistente contenuto tecnologico e d’innovazione. Il valore del PPP è, in questi casi, da ricercare nelle competenze del soggetto privato capace di formulare proposte corredate dalle progettazioni necessarie ad avviare rapidamente i cantieri, e nella capacità di realizzare e gestire in modo efficiente le opere progettate.

In un contesto di urgente impegno e spesa per investimenti dei fondi PNRR da parte della PA in molteplici settori della nostra economia (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, rivoluzione verde e transizione ecologica, infrastrutture per una mobilità sostenibile, istruzione e ricerca, ecc.), con questo Position Paper, Cantierabili (www.cantierabili.it) non solo riflette sull’opportunità di utilizzo di schemi di PPP, quale strumento in grado di garantire progettazioni rapide e di qualità, la tempestiva esecuzione degli investimenti e la gestione degli stessi con la collocazione dei rischi opportuni a carico del *partner* privato ma, soprattutto, indica come ci siano - a legislazione vigente e senza modifiche normative - soluzioni interpretative ed operative per rimuovere gli apparenti “colli di bottiglia” che hanno impedito fin ora di utilizzare i fondi PNRR con i contratti di PPP.

2. L'obbligo dell'utilizzo del PPP nell'attuale contesto normativo

Il Codice regola in due Parti (parte III e IV) rispettivamente il contratto di concessione e il contratto di PPP, mentre riserva la Parte III al contratto di appalto.

In tale contesto appare meritevole di evidenza il fatto che in fase di programmazione il Legislatore "prema" sulla PA nella direzione di adottare obbligatoriamente i due succitati contratti che hanno una medesima struttura. Infatti, l'art. 21, comma 4, del Codice, rubricato (Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti) prescrive *"Nell'ambito del programma di cui al comma 3 (triennale e annuale NdR), le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato".* L'intimazione ad individuare interventi da realizzare con i due contratti di concessione e di PPP non ammette comportamenti facoltizzanti, è un evidente obbligo per la PA.

La direttiva dell'obbligo di individuazione nella programmazione dei bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati è ripresa nel DM 16 gennaio 2018, n. 14, "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali" (Regolamento). Tuttavia, all'interno del Regolamento c'è un'indicazione ancor più stringente e denotativa degli obiettivi sottesi del Legislatore, che impatta sulle scelte ordinarie di programmazione della PA: quella sulle priorità di destinazione dei fondi disponibili dell'amministrazione all'interno dell'elenco in programmazione. Infatti, l'art. 3, comma 11, del Regolamento prescrive *"Nell'ambito della definizione degli ordini di priorità le amministrazioni individuano come prioritari [...] i lavori per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario".*

La PA non solo è spinta nella programmazione a individuare le opere realizzabili con contratti di concessione e di PPP, ma inoltre il criterio di "appostamento" delle risorse pubbliche disponibili nella programmazione, impone di destinarle a quei lavori che coinvolgono capitali privati.

È in questo contesto che i Fondi PNRR devono e possono essere utilizzati con priorità con ricorso a contratti di PPP e di concessione.

Il contratto di PPP è ampio e vi rientrano molteplici tipologie contrattuali (locazione finanziaria, concessione di lavori, concessione di servizi, contratto di disponibilità, ecc.) con le seguenti caratteristiche rilevanti:

- la presenza di un contratto di durata relativamente lungo;
- il ruolo strategico del privato, in ogni fase del progetto, ma soprattutto in quella gestionale;
- ripartizione del rischio dell'attività tra soggetto pubblico e privato, con trasferimento del rischio operativo a carico del soggetto privato.

I contratti di PPP possono consentire, inoltre, l'opportunità di deconsolidare la spesa privata dal bilancio pubblico, quando ricorrano le condizioni indicate dalla direttiva Eurostat per la sua contabilizzazione *off-balance*, e cioè quando siano stati trasferiti i principali rischi di progetto, di cui uno è sempre quello di progettazione/costruzione (*rectius* d'investimento), e l'altro potrà essere di disponibilità e/o di domanda.

A livello Europeo il parametro di Maastricht “Debito/PIL” è al momento sospeso ed è sicuramente prioritario eseguire gli investimenti concordati con l’Europa (che porteranno auspicabilmente ad un incremento del PIL) piuttosto che mettere in campo strategie di contrazione del debito che restringano gli investimenti come quello di limitare l’uso dei contratti di PPP o di concessione rispetto a quelli di appalto.

Pertanto, l’attuale impostazione normativa già prevede l’utilizzo del PPP per la spesa dei fondi PNRR, è quindi necessario guidare le amministrazioni nella scelta dello strumento più adatto rispetto ai loro fabbisogni d’investimento e nella redazione di bandi semplici e chiari che aprano alla possibilità di ricorso al PPP, agevolando la partecipazione degli operatori privati. Questo ruolo di guida è e dovrà essere ricoperto dalle Istituzioni competenti (MEF, PCDM, CdP ecc.), che, attraverso un’assistenza mirata, crei veri e propri corridoi progettuali che suggeriscano alle PA quando il PPP sia lo strumento più adatto, risolvendo tempestivamente le spesso bloccanti incertezze procedurali.

3. La sostanza di un contratto di PPP: il trasferimento dei rischi o il vincolo quantitativo al contributo pubblico?

La disciplina del Codice ha trasformato il vincolo di contabilizzazione *off balance* europeo dei contratti di PPP in una prescrizione normativa, che sembra condizionare l’esistenza degli stessi contratti e, questo, ha generato un’autolimitazione, tutta nazionale, alla piena utilizzabilità dei contratti di PPP rispetto ai contratti di appalto.

I contratti di appalto consentono l’utilizzo integrale dei fondi PNRR per ogni progetto, mentre per i contratti di PPP, potrebbe essere solo utilizzato il 49 % del finanziamento pubblico, mentre il residuo 51 %, corrisposto a canone periodico, dovrebbe trovare copertura nel bilancio degli Enti locali titolari dei progetti.

Prima di tutto si sottolinea come, in un contratto di PPP, l’aspetto sostanziale di validità è il trasferimento del rischio operativo in capo all’operatore economico, in particolare attraverso:

- a) il trasferimento del rischio di costruzione al concessionario, inteso, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. aaa), del d.lgs. n. 50/2016, come il ritardo imputabile nei tempi di consegna, il mancato rispetto degli standard qualitativi del progetto, l’aumento dei costi dovuti ad inconvenienti di tipo tecnico negli Interventi e al loro mancato completamento, ecc.;
- b) il trasferimento del rischio disponibilità al concessionario, inteso, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. bbb), del d.lgs. n. 50/2016, quale rischio legato alla capacità di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti e tutto quanto si renderà necessario per l’erogazione dei servizi;
- c) l’ingegnerizzazione di un sistema automatico di rilevamento degli inadempimenti e di applicazione delle penali a scomputo del canone, predeterminate in adeguate previsioni

contrattuali in caso di mancato raggiungimento di specifici Service Level Agreement (SLA) dopo la determinazione della metrica dei Key Performance Indicator (KPI);

d) la strutturazione di una piattaforma collaborativa di gestione delle informazioni digitalizzate nella piena disponibilità della Concedente che consenta il controllo h/24 in ogni fase dell'investimento e della fase gestionale, che ha la funzione di verificare l'effettivo trasferimento dei rischi nei contratti di PPP di nuova generazione in attuazione delle disposizioni del Codice in materia di controllo e di *governance* del contratto (artt. 181, comma 4 e 182, comma 2, del Codice, Linee Guida ANAC 9/2019 e Decreto BIM).

Tuttavia, nel contratto di appalto i fondi PNRR coprono l'intero valore del progetto, l'appalto ordinario consente l'integrale assorbimento della somma stanziata dai fondi, mentre nel contratto di PPP emerge il vincolo di "tiraggio" del solo 49% , come investimento in conto capitale –limite inserito per il contratto di PPP all'art. 180, comma 6, del Codice– fatto che costringe l'Ente locale a far fronte al restante 51%, tramite l'erogazione di risorse proprie in conto gestione, sotto forma di canoni di disponibilità per la durata della concessione: risorse economiche proprie che, tra l'altro, ingessano il bilancio dell'amministrazione locale.

Il dilemma dell'Ente locale si esaurisce in questa semplice alternativa: attivo il contratto di appalto che mi consente di utilizzare integralmente i fondi del PNRR oppure attivo il contratto di PPP, che, però mi costringe a metter mano al bilancio dell'amministrazione per la copertura finanziaria del 51 % dell'investimento?

L'evidente effetto distorsivo disincentiva l'Ente locale all'utilizzo del contratto di PPP, nonostante il Legislatore gli imponga nella programmazione sia l'uso di tali contratti, come di utilizzare le risorse pubbliche disponibili con priorità su queste operazioni e, nonostante lo stesso abbia verificato - a seguito dell'uso di tecniche di valutazione (il Public sector comparator, abbreviato PSC), mediante strumenti di comparazione obbligatoriamente prescritti dall'art. 181, comma 3, del Codice - la convenienza del ricorso a forme di PPP rispetto alla realizzazione diretta tramite le normali procedure di appalto.

In Italia si è creato un evidente *misunderstanding* tra:

- i) la possibilità di ricorso al PPP anche a valere integralmente su fondi pubblici a causa della presenza nel Codice del limite quantitativo di contribuzione pubblica sull'investimento;
- ii) i problemi di contabilizzazione on-off balance degli investimenti in PPP ai fini del calcolo del parametro "Debito/PIL" quando i fondi pubblici erogati ex-ante superano il 49%.

I due aspetti che la nostra normativa ha fuso (inserendo nel Codice la previsione di finanziamento massimo del 49% per le PPP) sono invece da considerare separati. Laddove non ci sia l'interesse (o non sia prioritaria) alla contabilizzazione *off-balance* dell'opera, dovrebbe essere possibile utilizzare schemi di PPP senza alcun vincolo 49-51%.

Eliminare (anche in via interpretativa) il vincolo del 49-51 %, permetterebbe di mandare avanti opere prioritarie per il paese sia in appalto che in PPP secondo di valutazioni di sostanza (componente gestionale e trasferimento dei rischi), piuttosto che concentrate sulle modalità di finanziamento. Darebbe inoltre maggior certezza alla contabilità pubblica che saprebbe fin dall'inizio cosa è da classificare on-balance mentre si trova oggi a dover riclassificare anche il 100% degli interventi inizialmente appostati off-balance.

Per arrivare a quest' approdo dirimente, soprattutto in via interpretativa e a legislazione vigente, è utile fare dei passi di guado, di avvicinamento per comprendere come questo scenario sia (già) molto più attuato

di quanto si possa pensare. Ad esempio molteplici operazioni di PPP non avendo raggiunto un sufficiente trasferimento del rischio o non avendo rispettato il parametro 49-51 sono stati *ex post* valutate da Eurostat come operazioni *on-balance* riclassificate nel debito pubblico italiano. Come già detto è accaduto di recente per il 100% delle operazioni di efficientamento energetico (Contratti EPC-PPP) ma anche a molte strutture ospedaliere. L'effetto finale è che tali operazioni non cessano di essere contratti di PPP validi ma il relativo investimento è considerato spesa pubblica *on balance*.

4. Alcuni precedenti sulla natura esclusivamente contabile del vincolo del 49% al contributo pubblico

A questo punto è opportuno procedere per gradi per comprendere come la prescrizione 49 – 51%, presente nel Codice, non possa essere considerata una prescrizione sostanziale di validità del contratto di PPP, se ci sono o ci sono state eccezioni, significa che la prescrizione limitativa è recessiva rispetto alla validità del contratto ed incide solo ai fini della contabilizzazione:

1) Il primo riferimento utile è l'ammissibilità del superamento del vincolo 49-51 in termini assoluti quando si attinge a fondi UE.

E' decisivo a questo riguardo pensare che l'utilizzo di fondi PNRR, qualora siano fondi europei, permetta di superare la previsione normativa sulla ripartizione di fondi 49-51% in termini assoluti pur richiedendo sempre il trasferimento del rischio operativo con i metodi efficaci descritti nel capitolo 3, punti da a) a c).

In altre parole i fondi europei non concorrono a determinare la soglia del 49% e per tale ragione può provvedersi al pagamento in SAL di erogazioni superiori al 49% e la conseguente riduzione del canone di disponibilità che grava sul bilancio dell'Ente locale.

Infatti, la non computabilità dei fondi di derivazione europea nel suddetto limite del contributo pubblico al 49% del costo dell'investimento, è confermata dal combinato disposto delle seguenti prescrizioni:

- a) Art. 3, lett. eee), del Codice, contenente la definizione di «Contratto di partenariato pubblico privato», il quale prevede che, 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;
- b) I contenuti delle decisioni Eurostat sono previsti nel *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 – 2016 edition* (MGDM 2016 SEC 2010), vincolante per gli Stati in merito alla contabilizzazione del *deficit* e del debito, il quale, nel Paragrafo IV.4, rubricato “Public – Private Partnerships (PPP's)”, a pag. 343, sub paragrafo 56, prevede che: “*This would apply only to cases of financing from national government units, therefore*

excluding any financing from international entities resulting from intergovernmental agreements, such as from EU funds (ESIFs, Cohesion Fund) that are granted to non-government units.

Dunque, la lettura in combinato disposto della predetta normativa - la prima della quale, sulla definizione del Contratto di PPP, rimanda per la sua strutturazione espressamente ai principi comunitari di contabilizzazione e la seconda, relativa al principio di contabilizzazione dei contratti di PPP - indica con molta chiarezza che i fondi comunitari erogati nell'operazione di PPP non devono computarsi al fine del rispetto del limite del 49% dell'investimento quale contribuzione pubblica.

A maggior conforto del quadro interpretativo prospettato si rinvia al Documento EPEC 2016 "Guidance Note Blending EU Structural and Investment Funds and PPP's in the 2014-2020 Programming Period" dove, a pag. 22, al paragrafo 3.1, si indica per l'appunto che l'utilizzo dei fondi comunitari permette alle Amministrazioni pubbliche di ridurre il canone di disponibilità, ma soprattutto a pag. 31, paragrafo 4.4, si chiarisce che l'utilizzo dei fondi europei, secondo EUROSTAT, non viene computato ai fini della determinazione del valore del contributo pubblico che deve posizionarsi al di sotto del 49% del costo dell'investimento. In sostanza i fondi UE vengono sterilizzati ai fini della computazione del limite del 49%. La prevalenza relativa della partecipazione privata deve, comunque, rimanere rispetto al contributo pubblico residuo.

2) Il secondo riferimento utile è il superamento del vincolo 49-51 per uso della deroga di cui al d.l. 76/2020, art. 2, comma 4 per affidamenti fino al 31 dicembre 2021.

L'essenza non strutturale del limite di finanziamento pubblico del 49% (prevista dal Codice), emerge anche applicando a molti settori, ricadenti nel PNRR, la deroga al Codice stesso, disposta dal decreto semplificazioni, il D.L. 76/2020, all'art. 2, comma 4, fino al 31 dicembre 2021.

In altre parole la sospensione del vincolo del 49% al contributo pubblico (in linea teorica ci si poteva anche spingere ad utilizzare il 100 %) è stata riconosciuta possibile dalla legge e questo non ha "compromesso" la struttura del contratto di PPP, sempre che si fossero mantenuti i requisiti di trasferimento del rischio operativo elencati al precedente paragrafo 3, da a) a d).

Infatti, *"Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonche' per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, di affidamenti di interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonche' dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonche' dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti*

dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto”.

Giova ricordare, pertanto, che se temporaneamente è stato consentito di sospendere il vincolo del Codice all'utilizzo del contributo pubblico inferiore al 49%, si sarebbero applicati solo i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, i cui principi avrebbero comportato esclusivamente la contabilizzazione *on balance* dell'eventuale residuo finanziamento privato, ben al di sotto del 51%.

La posizione di CANTIERABILI (www.cantierabili.it)

1 - La posizione interpretativa

Le riflessioni e gli esempi riportati sono utili a delimitare la portata prescrittiva del limite del 49% previsto per il contratto di PPP all'art. 180, comma 6, del Codice, che ha come portato molto di più che una mera richiesta di modifica legislativa volta ad eliminare il vincolo, si tratta di individuare, invece, gli effetti a legislazione vigente della violazione del limite del 49% del contributo pubblico, se siano essi “demolitori” o invalidanti il contratto di PPP o se, invece, producano esclusivamente effetti contabili sul debito pubblico.

Appare fuor di dubbio, dagli esempi sopra riportati, che il contratto di PPP è valido indipendentemente dall'erogazione di contributo pubblico superiore al 49%, inoltre se ci fosse stato un limite strutturale dovrebbero ritenersi invalidi tutti i contratti stipulati prima del suo inserimento, ricordiamo che i quattro ospedali toscani realizzati con un contratto di PPP, prevedevano in bando il finanziamento degli investimenti all'80%, ma nessuno mette in dubbio la vigenza di quei contratti in considerazione del fatto che i rischi sono stati distribuiti tra le parti in modo appropriato.

Detto questo allora è necessario identificare nel Codice la norma che consente di ricondurre, nel proprio alveo, l'interpretazione del superamento del vincolo del 49% e gli effetti sul contratto di PPP.

Infatti, è già stata commentata la definizione del contratto di PPP, di cui all'art. 3, lett. eee), del Codice, laddove prescrive *“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”***.

In altre parole il riferimento alle decisioni Eurostat (in materia d'indebitamento *on e off balance*), commentate al paragrafo 3.A, irrobustite dai profili costituzionali di tutela della finanza pubblica, orienta l'interpretazione degli effetti del superamento del vincolo del 49% degli investimenti come contributo pubblico in un contratto di PPP: sono di natura esclusivamente contabile.

Si aggiunga un'altra considerazione, il divieto di «gold plating» inteso come cattiva pratica ovvero quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità, è stato inserito nella legge n. 246 del 2005 ad opera della legge n. 183 del 2011. In pratica, dunque, esso è presente nel nostro ordinamento da oltre dieci anni. Oltre a ciò, si evidenzia come grazie al richiamo contenuto all'art. 32 della legge 234/2012, il divieto di «gold plating» sia diventato un criterio di delega generalizzato nel recepimento del diritto UE e come tale principio abbia vincolato il Governo nell'emanazione di ben 152 decreti legislativi adottati dal 2013 ad oggi. Infine, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli previsti dal diritto UE costituisce un criterio di delega anche nella legge 11/2016 di riforma del Codice.

In particolare se s'interpreta il vincolo del 49% in modo strutturale (es. o si rispetta il limite o il contratto è invalido), questo impone un livello di regolazione superiore a quello imposto dalla Direttiva 23/2014 UE sulle concessioni, da cui è derivato il Codice e ciò non è consentito. Infatti, la limitazione del contributo pubblico comporta:

- 1) una forte limitazione alla partecipazione delle imprese a causa della difficoltà di reperire nel mercato la finanza sostitutiva residuale;
- 2) una deviazione dall'obbligo sancito a carico della PA di agevolare la bancabilità dell'iniziativa, ai sensi dell'art. 165, comma 3, del Codice (richiamato espressamente anche dall'art. 180, comma 7 riferito ai contratti di PPP), laddove prescrive *“Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito”*.

L'interpretazione degli effetti esclusivamente contabili del superamento del vincolo del 49% per evitare il «gold plating», supportata dalla norma sulla definizione del contratto di PPP, in positivo consente alla PA di contemperare molti interessi:

- I. quelli propri di tutela della finanza pubblica assicurata con idonei meccanismi di trasferimento dei rischi;
- II. quella degli operatori economici a una maggiore partecipazione ai procedimenti di affidamento di PPP favorendo la concorrenzialità;
- III. quella della PA stabilendo la neutralità nell'uso dei contratti di PPP con quelli di appalto, eliminando il deterrente nella scelta del contratto di PPP, che l'avrebbe costretta ad impegnare risorse proprie per remunerare il residuo dell'investimento con canoni in fase gestionale;
- IV. quella della politica economica nazionale che, come oggi, ritiene sia prioritario dare esecuzione in tempi e costi certi agli investimenti attingendo ai fondi PNRR e PNC messi a disposizione con contratti pubblici idonei e fortemente imposti dal Legislatore in fase di programmazione e di priorità di appostamento delle risorse disponibili.

2 - La posizione operativa

Infine, si prospetta, qualora si volesse salvaguardare comunque il vincolo del 49%, un meccanismo di disarticolazione dei Fondi PNRR destinati alla copertura integrale del progetto:

- 1) una parte, ad esempio il 35% dell'investimento, destinarli come contributo pubblico in conto costruzione al Comune che provvederà ad erogarli a SAL al concessionario;
- 2) una parte, il complementare 65% dell'investimento, destinarli al Comune per la costituzione di un fondo quando siano stati completati e collaudati i lavori eseguiti dal concessionario. Il Comune provvederà ad erogare il canone di disponibilità al concessionario, attingendo al fondo costituito presso di lui e applicando i consueti meccanismi di trasferimento dei rischi su cui ci si è soffermati al paragrafo 3, punti da a) a d).

Le obiezioni a questa disarticolazione possono essere due:

a) i fondi comunitari sono erogati a valle della spesa e non possono essere cumulati.

In questo caso, i fondi PNRR verrebbero erogati a valle della spesa (dell'investimento) da parte dell'operatore economico, solo che il 35 % sarebbe destinato a SAL al Concessionario, mentre il 65% al fondo costituito presso il Comune;

b) i canoni rientrano nella categoria dei consumi intermedi quindi della spesa corrente, non hanno la natura d'investimento.

In questo caso per superare l'obiezione si dovrebbe approdare ad una visione sostanzialistica: i canoni di disponibilità consentono di ripagare il valore residuo dell'investimento in modo efficiente, applicandosi un idoneo trasferimento del rischio in fase gestionale, ineriscono all'investimento, sono commisurati ad esso ma vengono somministrati in fase gestionale per mantenere una idonea tensione operativa sul concessionario per tutto il tempo contrattuale.

Anche in questo modo verrebbe annullata la distorsione tra contratti di appalto e di PPP per attingere ai Fondi PNRR.