

Il Partenariato Pubblico Privato alla luce delle Linee Guida dell'ANAC n. 9/18

di Sergio Fidanzia

Data di pubblicazione: 9-1-2019

1. Il Partenariato Pubblico Privato 2. Le Linee Guida ANAC n. 9/18 3. Parte I delle Linee Guida 4. Parte II delle Linee Guida.

1. Il Partenariato Pubblico Privato.

La nostra epoca è caratterizzata dalla crescente esigenza di fare affidamento sull'impiego di risorse private a causa della carenza di quelle pubbliche, ma soprattutto del costo che rappresentano per la collettività.

La soluzione più interessante offerta dall'ordinamento, nel panorama di diritto attualmente in vigore, per coniugare la costante necessità di godere dei servizi pubblici e la carenza di risorse pubbliche che li espletino, sembra essere di natura contrattuale.

Si tratta del Partenariato Pubblico Privato - PPP, contratto disciplinato dal Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, che si pone in essere mediante svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. Le opere pubbliche e infrastrutture di grandi dimensioni, tradizionalmente fornite dal settore pubblico, sono sempre più tipico oggetto dei contratti di Partenariato Pubblico Privato in cui il ruolo di protagonista è assunto dal soggetto privato e dalle risorse che esso si impegna ad investire.

Il Partenariato Pubblico Privato è una figura contrattuale che si incentra sull'esistenza di un rapporto lungo e duraturo tra PA e privato, il quale – necessariamente – assume maggior parte del rischio economico dell'operazione rispetto alla PA^[1], concretizzando l'auspicato risparmio per la parte pubblica^[2]. Esso è stato introdotto per la prima volta dal d.lgs. n. 152/08 (c.d. terzo decreto correttivo) nel testo del precedente Codice degli Appalti, d.lgs. n. 163/06 (art. 15-ter). Già il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008^[3], precisava che *“la ratio dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività”* e che *“il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile”* nello svolgimento della funzione amministrativa.

Tuttavia, sebbene l'ampia definizione ne aumenti l'ambito applicativo, l'istituto non è esente da critiche ed aspetti problematici che fanno sorgere le costanti perplessità sul suo buon esito.

L'attenzione posta sull'istituto è stata evidenziata dalle indicazioni contenute nella legge

delega sulla riforma della codificazione relativa ai contratti pubblici, la legge n. 11/2016^[4]. L'avvertenza, trasfusa nella Parte IV del Codice dei Contratti Pubblici, Titolo I, artt. 180 e seguenti, ha imposto al legislatore la creazione di una disciplina quanto più organica della forma di collaborazione del Partenariato Pubblico Privato.

La definizione di partenariato è riportata alla lettera eee) dell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016^[5] cui l'art. 180, il primo che si occupa dell'istituto nel Codice, fa rinvio.

Al di là della controversa natura dell'istituto^[6] – se esso sia un contratto o sia un *genus*^[7] contrattuale in cui convergono le diverse tipologie di contratto pubblico tra le quali la concessione è la principale – e dell'ampiezza del suo ambito di applicazione - il PPP può essere infatti sottoscritto per qualsiasi opera pubblica (fredda, tiepida o calda) nei vari settori pubblici. Ciò che più rileva è il profilo del rischio che ne è anche l'aspetto distintivo rispetto alle altre forme contrattuali a disposizione dell'amministrazione. La condivisione del rischio con il privato, infatti, è la peculiarità che distingue il PPP dal tradizionale contratto di appalto e che ne giustifica il ricorso e la predilezione ai fini di un risparmio della spesa pubblica.

Il privato è onerato della maggior parte del rischio economico dell'opera. Il predetto rischio è tipicamente strutturato in più tipologie di rischi tra i quali il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità e, in alternativa a quest'ultimo, nel caso di servizi erogati direttamente a terzi, il rischio di domanda. Pertanto, in linea generale, sul privato ricadranno i rischi relativi alla progettazione, costruzione e manutenzione dell'opera nonché i rischi relativi al finanziamento delle stesse, mentre sulla parte pubblica graveranno i rischi normativi, regolamentari e politici.

Sul privato ricade sia il rischio proprio dell'appalto che quello operativo legato alla gestione dei lavori realizzati o servizi resi. Quest'ultimo aspetto è quello che assicura una reale esposizione dell'investimento del privato alle fluttuazioni negative – ove esistenti – di mercato. Per tale ragione il contratto deve *ex ante* prevedere che i costi sostenuti dal privato siano recuperati direttamente dai ricavi dell'opera, che possono consistere sia in un canone dell'amministrazione che nella sua gestione diretta, in un sistema che prende il nome di equilibrio economico – finanziario.

La finalità è quella di alleggerire il bilancio della PA che, a differenza del tradizionale contratto di appalto, non finanzia più integralmente la realizzazione ed esecuzione dell'opera.

Il funzionamento dell'istituto, e la sua buona riuscita, dipende dall'equilibrio economico finanziario dell'operazione per il quale si deve evidenziare che esso sia il presupposto dell'allocazione dei rischi e sussista quando ci sia contemporanea presenza di convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

L'equilibrio economico finanziario, infatti, è definito dallo stesso Codice come “*la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*”, ove con la prima si intende l'autonomia del progetto a generare reddito e per la seconda il fatto che tale reddito consenta il recupero dell'investimento.

Per raggiungere l'equilibrio finanziario, peraltro, la pubblica amministrazione può sostenere un

prezzo che non può mai superare il 49% del costo dell'investimento complessivo, come specificato nella stessa disposizione di cui all'art. 180 del Codice.

Tuttavia, sebbene la disciplina sia tesa al raggiungimento degli obiettivi sopradetti e la struttura della forma contrattuale siano sulla carta idonee, si registra in concreto una certa difficoltà al buon funzionamento del Partenariato Pubblico Privato per una serie di ragioni, ampiamente affrontate recentemente dalla Corte dei Conti Europea [\[8\]](#).

La Corte ha infatti raccomandato alla Commissione di non sponsorizzare il ricorso al PPP in difetto di un adeguato quadro normativo e in carenza di una pubblica amministrazione in grado di gestire, anche da un punto di vista delle competenze, il progetto e la sua realizzazione nel tempo.

I problemi applicativi che si riscontrano attengono soprattutto agli eventi che si verificano nel corso dell'esecuzione dell'opera o, addirittura, già nella fase di predisposizione del contratto. Le inefficienze di cui si parla attengono sia ai ritardi in fase di costruzione che all'incremento – non previsto *ex ante* – dei costi necessari.

Il ritardo e le varie rinegoziazioni, peraltro, comportano una spesa che sarà necessariamente affrontata dalla pubblica amministrazione che si trova di fronte alla scelta se proseguire l'opera aumentando la propria esposizione o abbandonare il progetto (dopo anni di costose negoziazioni o già in periodo di esecuzione contrattuale).

Le inefficienze sono spesso dovute all'incompletezza degli studi preparatori.

In riferimento a tale ultimo aspetto assume particolare rilievo l'esigenza che ci siano delle analitiche analisi preliminari di confronto tra il PPP e la tradizionale forma di contratto di appalto per verificare la convenienza. Ove ci sia carenza di tali passaggi, utili proprio per forme contrattuali così ad ampio raggio, si rischia di rinviare dei costi che comunque l'amministrazione dovrà affrontare.

A tal riguardo, ancor meglio si può apprezzare lo sforzo chiarificatore ed anche precettivo delle Linee Guida dell'ANAC-Autorità Nazionale Anticorruzione n. 9/18[\[9\]](#), le quali tengono conto degli aspetti problematici suddetti e cercano di definire un sistema per anticipare tutte le valutazioni e non dover ricorrere a rimedi riparatori che generino costi elevati per il settore pubblico.

2. Le Linee Guida ANAC n. 9/18.

Il potere dell'ANAC di adottare le Linee Guida è espressamente disciplinato, in via generale, dal legislatore nell'art. 213, comma 2, del Codice[\[10\]](#). La norma spiega la funzione dell'Autorità nel sistema dei contratti pubblici. In particolare, l'ANAC deve vigilare e controllare tutto ciò che attiene ai contratti pubblici e la regolazione degli stessi. L'Autorità deve altresì garantire la promozione dell'efficienza, la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e per questo fornisce loro supporto "*attraverso le linee guida*" nonché mediante l'uso di altri strumenti di "*regolazione flessibile*".

Orbene, scopo della funzione è quello di garantire l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e uno dei mezzi è, tra gli altri, l'adozione delle Linee Guida. Quest'ultime sono indirizzate alle stazioni appaltanti, ma nella prassi applicativa le Linee Guida rappresentano un parametro utile di comparazione e verifica sulla correttezza del proprio agire anche per gli stessi operatori del settore.

Alla luce di ciò, appare evidente che il legislatore, consapevole della difficoltà applicativa della tipologia contrattuale del Partenariato Pubblico Privato e altresì della necessità che il ricorso a tale forma di accordo sia incentivata, ha dato mandato all'ANAC, per soccorrere le parti agevolando la portata applicativa dell'istituto.

Infatti, l'art. 181, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che l'ANAC adotti delle Linee Guida per definire le modalità con cui le amministrazioni possano monitorare i privati nel corso dell'esecuzione del contratto.

La peculiarità e l'importanza del monitoraggio riferito al Partenariato Pubblico Privato, considerato che la verifica di monitoraggio sull'esecuzione dell'accordo è aspetto tipico di ciascun tipo di contratto, è un controllo che si caratterizza per insistere anche – e soprattutto – sul mantenimento del rischio operativo in capo al privato^[11]. Tale ultima condizione deve, pertanto, sussistere e permanere per tutta la durata del contratto, anche nel caso in cui si verificano varianti o modifiche. Si vuole evitare che nel corso della fase operativa, fatti o eventi possano influire sull'equilibrio economico finanziario spostando il rischio in capo all'amministrazione.

Il monitoraggio, quindi, rappresenta uno dei punti distintivi del contratto di Partenariato Pubblico Privato^[12] e, per far sì che esso sia efficace, lo stesso legislatore ha predisposto, sin dalla versione iniziale del Codice, che l'ANAC intervenisse con questa funzione essenziale.

Preliminarmente occorre analizzare la portata applicativa delle Linee Guida.

L'art. 1 delle Disposizioni sulla Legge in Generale preliminari al Codice Civile nell'elenco delle fonti del diritto non fanno riferimento alle Linee Guida, bensì esclusivamente alle leggi, regolamenti e agli usi (consuetudini).

Tuttavia, sebbene non espressamente richiamate nel predetto articolo di legge, le Linee Guida sono uno strumento molto utilizzato nella prassi ed, in particolare, nella materia amministrativa dei contratti pubblici trovando la loro più ampia diffusione. Non a caso, le Linee Guida in commento sono state disposte direttamente dal legislatore come strumento di ausilio pratico.

L'esigenza e l'uso di questo strumento si è resa necessaria sempre più dalla prassi attuativa relativa al mondo della finanza e del mercato^[13]. Tale esigenza si giustifica, quindi, per la necessità di maggiore flessibilità che meglio si coniuga con il mondo reale della prassi.

A ben vedere, le Linee Guida sono state immaginate proprio quale strumento di facilitazione, come c.d. *better regulation* che il Consiglio di Stato ha esortato di prediligere nella redazione del Codice^[14]. L'intervento si pone in coerenza con la legge delega, necessariamente ispirata

alla razionalizzazione e riduzione del quantitativo di norme fino ad allora in vigore, ad esempio in riferimento al regolamento attuativo – d.p.r. n. 207 del 2010 – del precedente Codice degli Appalti più corposo della normativa stessa.

Al di là delle varie categorie enucleate dal Consiglio di Stato – sempre in sede di adozione del parere sullo schema legislativo del Codice dei contratti pubblici – di Linee Guida^[15], quel che più rileva è che quelle in commento coniugano, seppur nello stesso documento, varie tipologie con diversa forza precettiva.

Infatti, le Linee Guida relative al monitoraggio sui contratti di Partenariato Pubblico Privato sono sia di indirizzo generale che vincolanti, secondo quanto le stesse dispongono nelle premesse al documento, come ha statuito il Consiglio di Stato nel parere richiesto per l’emanazione delle stesse^[16].

Le Linee Guida n. 9/18 sono suddivise in due Parti. La prima, “*Analisi e allocazione dei rischi*”, contiene le indicazioni per l’identificazione del rischio e la sua gestione, corretta valutazione e ripartizione tra le parti contraenti. Essa non ha valore vincolante, ma contiene esclusivamente delle indicazioni tali da influenzare e guidare l’operato delle stazioni appaltanti.

La seconda Parte, “*Monitoraggio dell’attività dell’operatore economico*” ha portata vincolante per le amministrazioni aggiudicatrici e contiene delle prescrizioni sulle modalità di controllo dell’attività svolta dagli operatori economici.

3. Parte I delle Linee Guida.

La condivisione del rischio tra soggetto privato e parte pubblica è, come detto, elemento essenziale del contratto di Partenariato Pubblico Privato che ne condiziona anche la riuscita.

A tal fine, l’ANAC svolge una completa rassegna dei rischi che possono paventarsi nel regolamento contrattuale del PPP. Ai contraenti è imposto di valutare ed indicare preventivamente quali rischi ciascuno di essi supporterà.

Il criterio di scelta consiste nell’identificare il soggetto che presenta maggiore capacità di controllo del rischio e della sua gestione, anche evitando l’evento dannoso, e ne attutisce il peso a fronte dei ricavi ottenuti. A sua volta, il criterio per valutare chi è in grado di gestire il rischio è quello di verificare la possibilità di adottare misure che inibiscano il verificarsi del rischio o i suoi effetti negativi.

Qualora il privato non sia individuato quale soggetto in grado di sostenere gran parte del rischio non potrà trovare applicazione la disciplina del PPP.

L’equilibrio dell’allocazione dei rischi si riversa nel Piano Economico Finanziario (PEF) nel quale risulta il bilanciamento tra i flussi di cassa ottenuti dai ricavi e i flussi di cassa relativi ai costi. L’equilibrio economico – finanziario è precario in ragione delle rinegoziazioni e degli aggravii di spesa che si rendono inevitabili sempre più frequentemente. In tal modo, i risparmi auspicati di spesa pubblica si vanificano, e con essi l’incentivo e la preferenza per il

Partenariato Pubblico Privato.

L'Autorità, nello specifico, prende in considerazione tutti i rischi che possono riguardare il contratto di Partenariato Pubblico Privato. Tra questi vi è il rischio operativo^[17], nel quale rientrano il rischio di costruzione, di domanda e di disponibilità. Il primo di essi comprende tutte le fasi dell'iter di realizzazione dell'opera, a partire dalla progettazione fino ad arrivare alla esecuzione della stessa o del servizio^[18]. Il rischio di domanda, invece, consiste nel vero e proprio rischio economico dell'operazione di mercato che grava su ogni operatore economico. Il rischio di domanda non è presente in quei contratti in cui la PA corrisponde un canone fisso in quanto mancano le normali condizioni di mercato che consentono incontro di domanda e offerta ed una variazione delle stesse, in quanto si registra la mancanza per gli operatori finali della possibilità di scegliere non esistendo le condizioni di mercato (carceri, ospedali ecc.). Il rischio di disponibilità, in ultimo, attiene al rischio di erogazione delle prestazioni pattuite, sia in termini di quantità che di qualità^[19].

Oltre al rischio operativo, esistono delle categorie di rischio diverse ed ulteriori che possono far parte del regolamento contrattuale, ma che possono anche non essere presenti. Essi sono, infatti, presi in considerazione esclusivamente come facoltativi e le Linee Guida ne individuano un elenco esemplificativo. Tra questi si segnalano il rischio amministrativo, normativo, politico, regolamentare, ambientale, di espropri, di finanziamento, finanziario ed altri, tutti citati dall'Autorità.

L'aspetto operativo delle definizioni fornite si riversa sul tema della revisione del piano economico finanziario che è il documento in cui si dà formalmente atto dell'equilibrio che il sistema dei rischi garantisce per la durata del contratto.

L'equilibrio economico finanziario è, infatti, rappresentato dai valori di specifici indicatori (esposti nel PEF, quali ad esempio quelli che misurano la capacità del progetto/investimento di generare ricchezza o che individuano la redditività del soggetto privato) il cui andamento è considerato altresì quale utile mezzo di monitoraggio, immediato ed efficace.

L'importanza del piano economico finanziario è tale da incidere sulla eventuale modifica dello stesso in corso d'opera. Esso, infatti, non può mai essere oggetto di revisione parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario.

4. Parte II delle Linee Guida.

La seconda parte delle Linee Guida è quella avente forza vincolante per le stazioni appaltanti e di conseguenza anche per gli operatori contraenti.

Il momento del concreto monitoraggio è una fase fondamentale. Il controllo nello specifico caso dei contratti di Partenariato Pubblico Privato si connota di una peculiarità specifica ovvero la verifica sul fatto che il rischio operativo derivante dal contratto resti in capo al soggetto privato.

Per il raggiungimento di tale scopo l'ANAC prescrive diversi strumenti di aiuto^[20].

Primo tra essi è la corretta predisposizione delle clausole contrattuali (con i contenuti minimi dell'offerta e del tipo di partenariato prescelto) poiché l'ANAC ritiene che il contratto sia *“il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito”*. Per questo l'amministrazione deve redigere le clausole contrattuali con particolare attenzione.

Quest'ultime, correlate all'offerta, sono esemplificate dalle Linee Guida che compiono una rassegna del contenuto minimo che il contratto deve avere^[21].

Si consideri che dopo la pubblicazione delle Linee Guida, il Ministero dell'Economia e della Finanze-Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha pubblicato, in data 21 settembre 2018, la *“Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in Partenariato Pubblico Privato”*. In essa è contenuto lo schema di contratto di concessione da realizzare in PPP che costituisce una base fondamentale per tutti gli operatori del settore.

Secondo strumento per un corretto monitoraggio è rappresentato dalla matrice dei rischi^[22] che è, innanzitutto, *“parte integrante del contratto”*. Tale documento consente di definire la migliore allocazione dei rischi in modo analitico (anche con un riferimento puntuale agli articoli della convenzione che rispettano il requisito in riguardo), tanto che l'ANAC ritiene che *“più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocazione dei rischi”*. L'operatore deve mantenere i rischi suesposti e una corretta redazione di una matrice dei rischi intende raggiungere questa finalità.

La matrice dei rischi è composta dai singoli rischi possibili. Ognuno di essi è posto in relazione alla percentuale di sua verifica in riferimento alle singole attività del contratto. Lo strumento è utile in qualsiasi fase della contrattazione, dalla predisposizione del documento di fattibilità economico finanziaria, a base della valutazione dell'offerta – poiché mediante la matrice l'amministrazione acquista cognizione circa le criticità del contratto – fino alla fase di esecuzione vera e propria del contratto agevolando l'immediatezza del controllo e la risoluzione di eventuali problematiche emerse.

Ultimo strumento che ANAC individua come funzionale al monitoraggio è l'informativa. Il flusso di informazioni tra privato e amministrazione deve essere frequente e costante. Il privato, pertanto, dovrà notificare la stazione appaltante sui dati relativi alla gestione dei lavori o dei servizi relativi a ciascun rischio previsto al momento della conclusione del contratto. La stazione appaltante deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. Le informazioni da fornire all'amministrazione riguardano anche l'esecuzione del contratto in modo da dar evidenza dell'andamento dei lavori o comunque ogni elemento di rilievo contrattuale possibile (applicazioni di eventuali penali o decurtazioni del canone, etc).

Alla luce di quanto sopra risulta che le Linee Guida predisposte dall'ANAC per disciplinare l'attività di monitoraggio espletata dalla Pubblica Amministrazione rappresentano un utile

strumento per promuovere gli aspetti più innovativi del Partenariato Pubblico Privato e gli incentivi di risparmio che consente di ottenere. Esse, oltre ad avere un ruolo centrale nella fase di verifica dell'esecuzione del contratto, sono in grado di assurgere anche quale mezzo di ausilio preventivo ovvero esser prese come parametro per la redazione della documentazione contrattuale sia per l'amministrazione che per gli operatori economici.

[1] OCSE, *Principles of Public Governance of Public-Private Partnerships*, 2012, definisce il PPP come l'accordo contrattuale a lungo termine tra il governo e un partner privato, in base al quale quest'ultimo presta e finanzia servizi pubblici utilizzando un capitale fisso e condividendo i rischi associati.

[2] La definizione, di matrice europea, compare per la prima volta nel Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile del 2004, nonché nelle comunicazioni interpretative del 2005, 2008 e 2011.

[3] www.giustizia-amministrativa.it.

[4] Art. 1, comma 1, lettera ss) della legge n. 11 del 2016: *“razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti”*.

[5] Art. 3, comma 1, lettera eee) del d.lgs. n. 50/2016: *“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 realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso 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'.

[6] S. Amorosino, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, cap. VII "Il partenariato pubblico privato".

[7] Linee Guida ANAC n. 9 del 2018, pag. 3.

[8] Cfr. Relazione Speciale della Corte dei Conti europea n. 9 del 2018 "*Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*".

[9] Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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.

[10] Art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016: "*L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o*

comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”.

[11] A. Carullo e G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018.

[12] G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di Dottrina e Giurisprudenza*, Milano, 2017.

[13] *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* di Carlo Deodato in www.giustizia-amministrativa.it.

[14] Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 855 del 2016.

[15] Punto II.g.3 del Parere predetto ha previsto tre tipologie di Linee Guida: Linee Guida approvate con decreto ministeriale, Linee Guida vincolanti dell'ANAC e Linee Guida non vincolanti dell'ANAC.

[16] Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 775 del 2017: “*Nondimeno, al fine di evitare incertezze applicative è indispensabile che le Linee guida rispondenti a questo modello rechino una espressa autoqualificazione, ovviamente sulla base delle previsioni normative, e che sul piano sistematico i diversi contenuti siano indicati in modo separato*”.

[17] Art. 3, lett. zz), del d.lgs. n. 50/2016.

[18] Non può considerarsi trasferito all'operatore economico il rischio di costruzione, laddove l'amministrazione si obblighi a corrispondere allo stesso le somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata o nel caso in cui si obblighi a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa.

[19] Non può considerarsi trasferito all'operatore economico il rischio di disponibilità, qualora il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate; il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico; il valore del canone di disponibilità risulti così sovrastimato da annullare l'assunzione del rischio.

[20] A. Carullo e G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2018.

[21] La funzione di parametro ed esempio per la corretta strutturazione di un contratto di PPP per gli operatori del settore, oltre che per la Pubblica Amministrazione, delle Linee Guida n.

9/18 è stata fatta propria anche dalle Linee Guida sulle modalità di presentazione e di valutazione di una proposta di Partenariato Pubblico Privato ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. adottate dalla Provincia Autonoma di Bolzano con delibera della Giunta Provinciale datata 6 settembre 2018. Esse, premessa la loro funzione di completamento ed integrazione del modello già delineato dal Codice e dalle Linee Guida ANAC n. 9/18, intendono perseguire lo scopo di fornire espressamente agli operatori economici le indicazioni necessarie per la presentazione di proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità o servizi mediante PPP.

[\[22\]](#) La citata Guida pubblicata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 21 settembre 2018 contiene all'Allegato 3 lo schema di matrice dei rischi.