



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Relazione AIR

**Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi
ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163**

L'Autorità, nell'ambito delle proprie competenze, ha ritenuto opportuno procedere alla revisione e all'aggiornamento delle Determinazioni 14 gennaio 2009, n. 1, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo"*, e della Determinazione 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, alla luce delle importanti modifiche normative intervenute in materia di partenariato pubblico-privato. Ciò anche in considerazione dell'evidente farraginosità delle procedure che conducono spesso alla mancata aggiudicazione delle concessioni e a gravi ritardi nell'avvio dei lavori e delle gestioni.

Conseguentemente l'Autorità ha svolto una prima consultazione pubblica finalizzata soprattutto alla ricognizione delle problematiche presenti in materia di finanza di progetto, al fine di pervenire ad una nuova determinazione che integri le due precedenti determinazioni, le aggiorni e approfondisca ulteriormente alcuni specifici elementi.

Il settore della finanza di progetto è stato oggetto negli ultimi anni di numerosi e importanti interventi normativi che, per quanto volti a superare criticità presenti nel quadro normativo vigente, hanno introdotto ulteriori elementi di incertezza in un settore particolarmente sensibile ai mutamenti normativi, in considerazione delle relazioni di lungo periodo che caratterizzano i rapporti tra concedente e concessionario.

Nella consultazione si è cercato, quindi, di cogliere l'impatto delle recenti innovazioni normative nella disciplina di settore, durante il breve periodo di loro applicazione e le eventuali istanze del mercato in ordine a possibili ulteriori modifiche. Successivamente alla conclusione della prima consultazione, il legislatore comunitario ha emanato le nuove Direttive in materia di appalti che, sebbene ancora non recepite dal nostro ordinamento, costituiscono comunque un punto di riferimento obbligato per le linee guida oggetto di consultazione, di cui occorre quindi tener conto.

L'Autorità, con la prima consultazione ha voluto anche verificare se e in quale misura le linee guida ivi contenute siano state effettivamente utilizzate dagli operatori del settore, gli effetti prodotti sullo svolgimento delle procedure di affidamento e gli eventuali approfondimenti necessari in merito a questioni connesse con l'oggetto dei due documenti.

La consultazione pubblica ha visto la partecipazione di una molteplicità di soggetti, tra cui rappresentanti delle associazioni di categoria delle imprese artigianali, manifatturiere e industriali; delle associazioni di enti pubblici, delle associazioni bancarie e dei soggetti che svolgono attività di studio e analisi della materia. Si è avuto modo così di approfondire le problematiche sotto vari aspetti e da diversi punti di vista: quello degli operatori economici, delle stazioni appaltanti, degli enti finanziatori e della ricerca scientifica.

In merito agli esiti della consultazione, in generale è emersa una certa difficoltà nell'effettiva utilizzazione delle due determinazioni oggetto di revisione, dovuta al mancato approfondimento di alcune tematiche, specie quelle relative alla fase di esecuzione dei contratti, e alla necessità evidenziata di adottare modelli/procedure standard (ovvero bandi-tipo) sia per lo svolgimento delle gare che per la fase di esecuzione dei contratti. Si ritiene che la nuova bozza di determinazione, posta in consultazione, sia maggiormente orientata a fornire indicazioni operative agli operatori economici e approfondisca in maggior dettaglio alcuni elementi rispetto alle precedenti, anche perché alcuni chiarimenti normativi sono intervenuti per effetto dell'adozione del Regolamento di attuazione del Codice e delle successive integrazioni normative.

In ogni caso, l'Autorità è disponibile ad integrare la bozza di determinazione con tutti gli approfondimenti che si riterranno necessari, a seguito di osservazioni e proposte puntuali che perverranno dai partecipanti alla consultazione.

Inoltre, successivamente all'adozione della determinazione oggetto della presente consultazione, anche in base all'esperienza maturata per i bandi-tipo di lavori, l'Autorità intende predisporre bandi-tipo per la finanza di progetto, quali la bozza di convenzione.

Tutti i soggetti intervenuti alla prima consultazione sono concordi nell'individuazione delle disfunzioni all'origine delle problematiche del settore, che determinano un uso improprio del project financing e un elevato numero di gare non aggiudicate e di investimenti non portati a termine. L'Autorità nel documento di consultazione aveva individuato numerose criticità rappresentate, tra l'altro, da un uso non corretto della finanza di progetto anche per affidamenti che sarebbe più corretto classificare come appalti, dall'eccessivo numero di procedure previste dalla normativa per gli affidamenti in project financing, che si affiancano a quelle già previste per le concessioni di lavori e di servizi, dalla presenza della clausola di prelazione che può scoraggiare una concorrenza effettiva in gara, dalle difficoltà di conciliare l'orizzonte di lungo periodo della finanza di progetto con quello di breve-medio periodo degli operatori economici, tra cui gli istituti finanziatori, dalle possibili modificazioni alle convenzioni in fase di esecuzione.

I partecipanti alla consultazione hanno inoltre indicato le seguenti anomalie:

1. molti affidamenti per cui si adotta il project financing sono di importo limitato e non necessiterebbero di uno strumento che possiede tempi e costi sproporzionati rispetto a interventi di ridotte dimensioni;
2. i bandi si presentano spesso lacunosi e insufficienti a evitare incertezze e contenzioso nel ciclo di vita del contratto;
3. dati i tempi lunghi entro cui si sviluppa la procedura e l'esecuzione del contratto, spesso intervengono mutamenti, quali cambi di decisione del concedente, modifiche normative e mancato rinnovo dei finanziamenti, che creano evidenti difficoltà e determinano elementi di incertezza tali da superare il livello di rischio sopportabile dall'operatore economico;
4. la non soddisfacente bancabilità dei progetti: la lunghezza delle procedure e la rischiosità dell'operazione, non supportata da adeguate garanzie, rende poco appetibile per gli investitori l'intervento;
5. l'allocazione non efficiente dei rischi nelle previsioni contrattuali - dovuta anche alla mancanza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti (specie per i servizi), ad un'inadeguata elaborazione dello studio di fattibilità e a una ridotta competenza dei soggetti incaricati dall'amministrazione di effettuare un corretto calcolo del value for money - comporta costi non sostenibili per l'amministrazione, elevato contenzioso, nonché può contribuire a ridurre il numero dei concorrenti.

Tra le soluzioni proposte si segnalano l'adozione di una normativa unitaria relativa al partenariato pubblico-privato, superando il quadro attuale caratterizzato da una serie di rimandi, non sempre coerente, ad altre normative, la qualificazione della committenza e l'affidamento della materia a soggetti aggregatori, la previsione di un soggetto unico nazionale, autorevole e indipendente, anche dotato di poteri sostitutivi ad acta, che costituisca un punto di riferimento focale per il mercato.

Naturalmente con la predisposizione di linee-guida non si possono introdurre modifiche al quadro normativo vigente, ma si possono fornire agli operatori strumenti operativi per poter adempiere, nel modo migliore, agli obblighi imposti dall'attuale legislazione. Tuttavia, si ritiene che le osservazioni pervenute in occasione della prima consultazione, già pubblicate sul sito dell'Autorità, e quelle che perverranno a seguito della seconda consultazione potranno costituire importanti punti di riferimento per le modifiche normative che si dovranno introdurre in materia di affidamenti di concessioni e di finanza di progetto a seguito dell'emanazione delle nuove Direttive appalti.

Tutto ciò considerato, come previsto dall'art. 7 del Regolamento – Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013, l'Autorità intende sottoporre ad ulteriore consultazione pubblica le linee guida derivanti dall'elaborazione e organizzazione dei contributi ricevuti.

Il documento formulato è stato aggiornato alla legislazione vigente. Al suo interno, si è cercato anche di evidenziare le perplessità emerse e di inserire proposte per il superamento delle maggiori criticità.

Nel presente documento non si forniscono risposte puntuali alle singole osservazioni pervenute, anche perché si tratta spesso di osservazioni di carattere generale e non relative a contestazioni di singoli punti contenuti nelle linee-guida, peraltro, non poste esplicitamente a consultazione. L'Autorità si riserva, tuttavia, ai sensi del citato Regolamento, di fornire una risposta completa ed esauriente a tutte le osservazioni pertinenti ricevute, nella prima e nella seconda consultazione, specie quelle che presentano elementi di difformità con l'atto che verrà adottato.

Infine, si rappresenta che nel documento posto in consultazione non sono state poste domande specifiche sui singoli punti trattati, ciò in considerazione della complessità e ampiezza della materia che suggerisce l'opportunità di non limitare gli elementi su cui acquisire osservazioni da parte del mercato.