

Il ruolo di Anac nella corretta gestione dei contratti pubblici

L'intervista al presidente Busia

**OPERE PUBBLICHE:
UN FUTURO CHE
GUARDA OLTRE
IL PNRR**

Quali prospettive dopo il 2026?

05

Il nuovo Partenariato Pubblico Privato

Con la digitalizzazione e l'autonomia contrattuale, strumento efficace per la rigenerazione urbana

di Chiara Micera, avvocato Studio legale Micera



A fronte dell'entrata in vigore del Nuovo Codice Appalti (D.Lgs.36/2023), che esprime un forte indirizzo alla digitalizzazione, nonché per l'apprestarsi della **scadenza prevista per il prossimo 1° gennaio 2025, dell'entrata in vigore dell'obbligo dell'utilizzo della gestione informativa digitale per gli appalti per importi superiori a due milioni di euro**, come così recentemente previsto con l'emanazione del c.d. "Correttivo", abbiamo a disposizione un migliorato strumento per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel Pnrr (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), rispetto all'impianto giuridico previgente.

Paradigmatico è il contenuto del primo articolo del Codice Appalti, che introduce il "principio del risultato", cioè l'esecuzione dell'affidamento con la massima tempestività ed il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Per garantirne il rispetto, è necessaria l'adozione di procedure

digitalizzate perché in quanto tali tracciabili, confermando inoltre l'obbligatorietà di tali processi, con il ruolo dell'Anac quale gestore della Banca Nazionale dei Contratti Pubblici, per brevità Bdncp (già prevista dall'art. 213 del Codice precedente, nonché dall'art. 62 bis del Codice dell'Amministrazione Digitale), e alla quale fa capo l'intero sistema di *e-procurement*, basato sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici appunto, comprensiva della fase programmatica e progettuale. Il tutto trova riscontro negli articoli da 19 a 31 del nuovo Codice, ma con particolare attenzione all'art. 30 che prevede l'utilizzo di algoritmi nelle decisioni da assumersi mediante automazione con l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, e i registri distribuiti, meglio noti come blockchain, richiamati dall'art. 106 per assicurare monitoraggio, pronta reperibilità e veridicità delle polizze a garanzia, prodotte dagli operatori economici.

Sarà necessario quindi mettere a disposizione della Pa file nativi digitali interoperabili per permettere l'iterazione con altre



banche dati esistenti, ma altresì di consentire alle stazioni appaltanti di trasferire le informazioni alla Banca Dati dell'Anac che metterà tutto "a sistema".

Vettore di questi processi è l'utilizzo della gestione informativa delle costruzioni, nota come Bim, la quale è disciplinata dall'art. 43 del Codice Appalti, nonché dall'allegato tecnico I.9.

Detta norma prevede l'adozione della metodologia, mediante l'acquisizione di competenze, strumenti e metodi di lavoro, interamente digitalizzati, per i quali è possibile monitorare tutti i processi per la realizzazione di un opus, e soprattutto per la sua successiva manutenzione, atteso che il Bim interessa l'intero ciclo di vita dell'opera, ivi compresa la dismissione.

A riprova dell'interesse del Legislatore per l'adozione della gestione informativa digitale stia il contenuto dell'art. 45 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, il quale prevede "Incentivi alle funzioni tecniche" in favore dei propri dipendenti, che godono della maggiorazione di una misura

superiore al quindici per cento.

Di recente una sentenza della Corte dei Conti, Sez. Reg. Controllo per la Lombardia, deliberazione 21 settembre 2023 n. 187 *"Gli incentivi alle Funzioni Tecniche di cui all'art.45 del D.Lgs. 31 marzo 2016 n.36 sono ora applicabili anche nell'ambito di una operazione di partenariato pubblico - privato con le caratteristiche di cui all'art.174 del medesimo D.Lgs. 31 marzo 2016 n.36"*

Gli art. 174 e segg. del nuovo Codice Appalti 2023, nell'ottica della semplificazione e razionalizzazione della materia dei contratti pubblici, hanno ridefinito la nozione di partenariato pubblico privato, chiarendo che non si tratta di una tipologia di contratto contrapposta al contratto di concessione - come poteva apparire dalla disciplina previgente - bensì di una complessa operazione di tipo economico in cui vi rientra, in rapporto di genere a specie, anche l'accordo concessorio. Il testo legislativo mira a favorire ulteriormente le forme di cooperazione tra pubblico e privato, mediante una operazione economica complessa, i cui

elementi caratterizzanti sono elencati nel comma 1, del sopracitato articolo.

Essi sono:

- **a) un rapporto di lunga durata per raggiungere un risultato di interesse pubblico;**
- **b) le risorse finanziarie messe a disposizione prevalentemente dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;**
- **c) conseguentemente a quest'ultima spetta la realizzazione e gestione del progetto, mentre a quella pubblica la definizione degli obiettivi e la verifica dell'attuazione;**
- **d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.**

I vantaggi derivanti dalla partnership sono evidenti, sia per gli investitori che mettono a disposizione le proprie capacità e risorse finanziarie, ottenendo attraverso la gestione successiva dell'opera l'adeguato ritorno e marginalità, che per il lato pubblico, con l'ottenimento di beni e servizi di maggiore qualità, a parità di spesa pubblica, oltre che il miglioramento della dotazione infrastrutturale del Paese.

L'art. 174 del Nuovo Codice Appalti, al comma 3, non dà una definizione contrattuale "tipizzata" dell'accordo, ma utilizza una diversa modalità proprio per consentire agli operatori una certa discrezionalità nell'utilizzo di fattispecie che, sebbene espressamente richiamate, possono ammettere una rielaborazione, a condizione che rispettino i principi generali espressi al comma sopracitato, ed in maniera più ampia, ai criteri ispiratori dell'intero testo normativo, portati non a caso, nel Libro I intitolato "Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione".

Le figure contrattuali citate sono la concessione, la locazione finanziaria ed

il contratto di disponibilità.

La concessione, di cui all'All.I.1 del Codice, è il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto a pena di nullità, in virtù del quale una o più amministrazioni o enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori o la fornitura o la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

La locazione finanziaria di opere pubbliche, di cui all'art. 196, è una forma di realizzazione di opere per mezzo della quale una società di leasing acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla Pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso, comprensivo di eventuali servizi accessori.

Il contratto di disponibilità, di cui all'art. 197, prevede che un operatore economico si obblighi, a fronte di un corrispettivo, e con organizzazione e gestione a proprio rischio, a realizzare e mettere a disposizione dell'Amministrazione aggiudicatrice un'opera, destinata al pubblico, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti; il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà dell'amministrazione dell'opera, a fronte di un ulteriore corrispettivo (come previsto ancora nell'All.I.1 del Codice).

La norma fa altresì riferimento a **tutti gli altri contratti stipulati dalla Pa con operatori economici privati**, tra cui ad esempio i contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica, meglio noti con l'acronimo anglosassone Epc, disciplinati dall'art. 200 del Codice.

È da citarsi l'ultima fattispecie richiamata dalla norma, che è il **partenariato istituzionale**, il quale prevede che la collaborazione si realizzi mediante la creazione di "un ente di scopo" o "società mista", evitando così l'esternalizzazione di servizi, mediante

l'acquisizione degli stessi in house. La sommaria esposizione delle prospettive contrattuali non esaurisce però le declinazioni possibili, in quanto, fermo il rispetto dei requisiti di cui al comma 1 sopracitati, l'art.1322 c.c. sancisce il principio dell'autonomia contrattuale, per il quale le parti possono liberamente determinare il contenuto di un contratto, nei limiti della legge, anche concludendo accordi che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Per meglio comprendere quanto il Legislatore abbia voluto imprimere un dinamismo all'intero ecosistema della Pubblica amministrazione, con lo strumento della digitalizzazione come mezzo, e con il principio del risultato come scopo, basti richiamare l'art.8 che prevede espressamente il principio di autonomia contrattuale, per il quale le stesse **"...possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito,** salvo i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge".

E se a ciò aggiungiamo che l'ultimo comma dell'art. 174 che introduce il partenariato, prevede **che detti accordi possano essere stipulati solo da enti concedenti, qualificati ai sensi dell'art. 63,** quindi in possesso dei requisiti per la più efficiente gestione della procedura, ivi compreso come criterio ulteriormente qualificante, l'utilizzo della gestione informativa digitale, se

ne conclude che in base al complessivo impianto normativo, la Pubblica amministrazione ha la possibilità di perseguire i propri obiettivi, come mai prima d'ora, con gli stessi strumenti di un imprenditore privato.

Ulteriore impulso in tale senso, sta negli interventi legislativi che attengono alla transizione digitale ad ulteriore corredo delle previsioni codicistiche prima accennate, ma anche nel tentativo di emanare una normativa organica sulla rigenerazione urbana. Infatti, a metà settembre è approdato in Senato il Disegno di Legge 29/S, che collaziona le precedenti proposte ed innova significativamente la portata del quadro normativo vigente, che risale ben ad ottanta anni fa, con la L.1150/1942, integrato dal D.M. 1444/1968.

Il primo obiettivo che si propone è la definizione stessa di rigenerazione urbana, tenendo conto altresì del termine indicato dall'Unione Europea del 2050 di azzeramento del consumo di suolo.

I temi di base sono: a) il recupero del patrimonio costruito; b) favorire l'efficienza energetica e idrica, nonché la sicurezza sismica e la dotazione tecnologica; c) promuovere politiche urbane integrate e sostenibili, in modo

da perseguire la coesione sociale, la tutela dell'ambiente, del paesaggio e del suolo.

Per tali ambiziosi scopi, nel Disegno di Legge, **si fa espresso riferimento alla necessità** di attrarre investitori privati, considerando anche la necessità di perseguire obiettivi, che definirei, ultrattivi rispetto alla mera realizzazione di un'opera, quali ad esempio evitare lo spopolamento dei residenti dai centri storici o evitare le marginalità sociali delle periferie, per i quali sono necessarie competenze non sempre appannaggio delle risorse statali.

E in questo c'è uno sguardo anche al mondo finanziario, magari consentendo a Società di Gestione del risparmio e Banche Depositarie di svolgere un servizio immobiliare-finanziario di valorizzazione e gestione di un portafoglio di immobili pubblici, anche e non solo, utilizzando nuovi metodi di *facility management*, consentiti dalla digitalizzazione e dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale. Il percorso è sicuramente impegnativo, ma la prospettiva ci sembra possibile con lo sforzo comune verso un cambio di approcci e metodi, in quanto gli strumenti ci sono.

