
Eterointegrazione del Contratto di Servizio e redazione del Piano Economico e Finanziario di Affidamento (PEFA): riferimenti regolatori, linee guida e modalità operative

Avv. Luca Tosto

Responsabile Servizi Pubblici Locali e Regolazione di Assoambiente

- 1. Richiami alla delibera 385/2023/R/RIF**
- 2. Richiami allo Schema di Contratto di servizio**
- 3. Contesto del Vademecum Anci/Utilitalia/Assoambiente**
- 4. Eterointegrazione**
- 5. Corrispettivo ed EEF**
- 6. Regolazione e nuove gare**

Richiami alla delibera
385/2023/R/RIF

Schema-tipo contrattuale – elementi minimi

- Con la Deliberazione ARERA 3 agosto 2023 385/2023/R/RIF è stato adottato uno schema di contratto tipo “**caratterizzato da contenuti minimi essenziali**”
 - *"il presente provvedimento fissa i contenuti minimi essenziali obbligatoriamente richiesti dalla normativa vigente in ordine allo schema di contratto di servizio, **non comprimendo, tuttavia, l'autonomia contrattuale** dell'Ente territorialmente competente e del gestore del servizio che sottoscrivono il contratto nello statuire, all'uopo, contenuti ulteriori, in ragione, tra l'altro, dei peculiari assetti locali del servizio [...]"*
- Obiettivo: **Imporre l'adeguamento allo schema tipo dei contratti in corso di esecuzione**
- da trasmettere all'Autorità dagli ETC entro il **20 AGOSTO 2024**

Adeguamento

- **ATTENZIONE:** la mancanza oggi di sanzioni in caso di ritardi non deve assolutamente indurre a ritenere che l'adeguamento dei contratti sia un adempimento da trascurare. Necessario procedere con adeguamento del contratto e trasmissione ad ARERA quanto prima.
- obbligo cogente ed una delle parti può pretenderne legittimamente l'applicazione.
- L'autorità può decidere l'avvio di specifiche iniziative di controllo o condizionare l'approvazione delle predisposizioni tariffarie future al caricamento sul portale ARERA del contratto aggiornato.

Richiami allo Schema-tipo di Contratto di servizio

Ambito di applicazione

- casi in cui l'ETC disponga **l'affidamento al gestore del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani o dei singoli servizi** che lo compongono secondo una delle modalità di gestione stabilite dalla normativa vigente;
- sono, invece, **esclusi** dall'applicazione dello schema tipo tutti i casi in cui il servizio sia gestito dall'ETC in economia, per la mancanza di alterità soggettiva tra affidante e affidatario, tale da giustificare una disciplina negoziale dei rapporti tra le parti

Focus MTR- 2: DEFINIZIONE SOGGETTO GESTORE: È il soggetto che eroga il servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani, ovvero i singoli servizi che lo compongono, ivi inclusi i comuni che gestiscono in economia. Non sono considerati gestori **i meri prestatori d'opera, ossia i soggetti come individuati dall'ETC che, secondo la normativa di settore, sono (erano) stabilmente esclusi dall'obbligo di predisporre il Piano Economico Finanziario**

Ambito di applicazione - FOCUS Prestatore d'opera

Prestatore d'opera non deve fare il PEF in quanto non è gestore (ai fini regolatori)

La mancata qualifica di gestore comporta che il contratto qualificato come prestazione d'opera (?) non è soggetta ad obblighi di adeguamento (manca la responsabilità della gestione)

Interpretazione restrittiva di ARERA per evitare effetto elusivo, ma da valutare caso per caso:

L'idea che sia l'Autorità a dare indirizzo rigido potrebbe scontrarsi con l'impostazione della governance multilivello: a prescindere dall'attività che si svolge e dal «nome» del contratto è necessaria valutazione nel merito delle modalità dell'accordo committente/impresa

Chiarimenti dati con Deliberazione 3 marzo 2020 57/2020/R/RIF e FAQ pubblicate sul sito dell'Authority circa i *“meri prestatori d'opera”* non hanno risolto i dubbi: *“Spetta all'Ente territorialmente competente verificare che tali soggetti [le imprese] siano identificabili come gestori del servizio, ovvero **come soggetti effettivamente responsabili della gestione** o, piuttosto, come meri prestatori d'opera”*.

Ambito di applicazione - FOCUS Prestatore d'opera

- Incertezza applicativa del passaggio al «vecchio» al «nuovo» sistema spiega la "spinta" alle concessioni presente nel TUSPL
 - *"Art. 15 Affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, comma 1: Gli enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, **favorendo, ove possibile** in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da **assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore**"*

Lo schema di contratto

- Lo schema non contiene vere novità regolatorie, ma le **assimila**, come **completamento** del disegno regolatorio adottato nell'agosto 2023. *“Regolazione pro tempore vigente”*
- L’obbligo di allineamento tra regolazione e contratto è di per sé una novità che aiuta il lavoro applicativo e di interpretazione
- Adeguamento contratto deve esser visto come occasione di chiarezza in quanto cornice giuridica "vicino" alle parti
- Processo partecipativo di adeguamento del contratto quale chiave per il successo

Contesto del Vademecum Anci/Utilitalia/Assoambiente

Teoria VS pratica

- Da una parte, ARERA ha garantito la sua attività istituzionale dall'altro vi è stata una diffusa lentezza/difficoltà nella comprensione degli obiettivi e nella capacità di adattamento. Tra obiettivi, strumenti normativi e messa a terra/operatività delle diverse questioni c'è notevole distanza
- Mancanza di un ruolo guida/applicativo ***unitario***
- ETC e gestori sono stati condotti ad **un'assunzione di responsabilità**, rendendoli parte attiva del processo di valutazione degli obiettivi ambientali raggiunti e da raggiungere
- Oggettivo atteggiamento istituzionale/aziendale di “minimizzazione” portata regolatoria e i necessari processi di adeguamento dei contratti (lavoro complesso e articolato ma necessario)

Il vademecum - Obiettivo delle parti

- **Favorire ordinato recepimento della disciplina**

La complessità delle disposizioni regolatorie, ed il loro inserimento in un quadro articolato di ulteriori previsioni di legge e regolamentari (Codice appalti, CAM, atti ANAC, ecc.) generano spesso incertezza, rallentamenti dei processi, oltre che alimentare contenziosi

- **Unità di intenti su aspetti condivisi**

- **Documento non troppo tecnico/non troppo ampio**

facilitare percorsi volti sensibilizzare, coinvolgere, e informare gli associati

Il vademecum - elenco contenuti

- Eterointegrazione
- Contratto (corrispettivo, PEFA, verifica EEF, valorizzazione componenti metodo, nuovi affidamenti, inventario dei beni strumentali, possibile piano di lavoro coordinato tra ETC/gestore)

Il vademecum ha una valenza interpretativa "forte" ma pur sempre non autentica

Eterointegrazione

Eterointegrazione nel diritto regolatorio

nel diritto (regolatorio) è la possibilità, nell'ambito dell'esplicazione della potestà di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti, del potere di intervenire con effetti conformativi sugli assetti contrattuali preesistenti

- modifica "in via amministrativa" dell'assetto negoziale prefissato dalle parti
- all'interno di tali mercati si assiste alla presenza di un rapporto peculiare fra “autorità” e “libertà” nel quale il contratto deve essere visto non quale esaltazione del potere di auto-normazione tra parti ma, al contrario, quale strumento giuridico che sia in grado di proiettare all'interno del rapporto PA/gestore/utenza gli interessi generali emergenti

Supporto normativo originario: comma 37 dell'art. 2 della l. n. 481 del 1995.

Eterointegrazione nel diritto regolatorio

- L'ARERA persegue finalità che non possano essere adeguatamente e tempestivamente perseguite ove non si ammetta la possibilità di un **repentino adattamento della regola al nuovo assetto di interessi** di cui il diritto regolatorio sopravvenuto si fa promotore
- Abbandono concezione “sacramentale” dell'autonomia negoziale, della *lex specialis*
- momento genetico dell'accordo > il meccanismo di eterointegrazione può portare il contratto a produrre effetti che si collocano ben al di là delle prospettive originariamente immaginate dalle parti (aspetto che pone altri temi di discussione quali le offerte di gara)

Come si manifesta l'eterointegrazione della regolazione ARERA nei contratti di servizio per la gestione dei rifiuti?

- L'entrata in vigore di una nuova norma regolatoria fa sì che sia data "prevalenza" a quest'ultima rispetto a disposizioni dei contratti di servizio in essere confliggenti
- **Da un punto di vista operativo**, i profili regolatori contenuti nello schema tipo di ARERA che non necessitano di specificazioni vanno introdotti *sic et simpliciter* nel contratto; mentre i profili previsti dallo schema di ARERA che necessitano di integrazioni vanno introdotti, con le opportune precisazioni, come concordate tra le Parti
 - **Accordo agevole**: clausole standard di tipo generale (Titolo II - Clausole su aggiornamento del PEF, procedura di riequilibrio economico finanziario; Titoli IV e V – Obblighi generali del gestore, attività di controllo da parte dell'ente locale competente; Titolo VII – Procedura di subentro e pagamento al gestore uscente);
 - **Alcuni elementi del contratto richiedono una rinegoziazione**: calcolo del corrispettivo fermo restando l'MTR; Programma degli interventi infrastrutturali e piano finanziario degli investimenti (facente parte del PEFA); definizione degli obblighi specifici a carico del gestore, determinazione delle penali in caso di inadempimento, ecc.

Quale è il rapporto tra la regolazione ARERA e le altre norme di settore? Come si risolvono eventuali antinomie fra norme? Sentenza TAR LECCE 484/2024 – domanda di un RTI di revisione e adeguamento del prezzo ai sensi del codice appalti

- Le norme anteriori sono destinate a recedere, in virtù del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie, secondo cui una legge posteriore può derogare a una legge precedente, disciplinando in modo nuovo una parte della materia già regolata da altra legge di carattere generale. La norma generale non viene abrogata ma viene derogata, cioè trova applicazione nei casi in cui non si applica la norma speciale (***“lex specialis posterior derogat priori generali”***).
- la norma posteriore generale non abroga la norma anteriore speciale, salvo che dalla lettera o dalla ratio della prima si evinca la volontà di abrogare la seconda. Ovvero, salvo eccezioni, il criterio della specialità prevale su quello cronologico (***“lex posterior generalis non derogat priori speciali”***).
- **NON è RETROATTIVITA’**. Disponendo **SEMPRE E COMUNQUE** pe l’avvenire, la norma sopravvenuta incidere immediatamente sugli effetti che il contratto deve ancora produrre in futuro (retroattività c.d “impropria”).

Corrispettivo ed EEF

Prevalenza disciplina ARERA e corrispettivo del gestore

- sebbene l'avvento della regolazione ci dice da tempo quale sia la regola applicabile:
 - la mancanza di chiarezza dei rapporti tra contratti in essere e regolazione ha generato spesso effetti distorsivi producendo un rallentamento dei processi decisionali e alle volte contenzioni
 - Presa di consapevolezza: l'Autorità non può spingersi oltre un certo grado di dettaglio delle regole

**il settore la riflesso la sue forte eterogeneità anche sulla interpretazione e
l'applicazione delle norme**

Esempio emblematico



Prevalenza disciplina ARERA e corrispettivo del gestore

le entrate tariffarie determinate ai sensi del MTR-2 sono considerate come valori massimi. È comunque possibile, in caso di equilibrio economico finanziario della gestione, applicare valori inferiori, indicando, con riferimento al piano economico finanziario, le componenti di costo ammissibili ai sensi della disciplina tariffaria che non si ritengono di coprire integralmente

- Applico il MTR per la determinazione dei corrispettivi (che deve essere recepito subito)?
- Preservo efficienze nei costi derivanti dalla realizzazione di procedure concorsuali?
- I valori inferiori si possono applicare solo in caso di equilibrio economico finanziario della gestione. Ma in che misura? Ma cos'è l'EEF della gestione? Soprattutto in caso di gare d'appalto?

Il vademecum offre una lettura coerente con lo schema di contratto-tipo e con gli orientamenti della giurisprudenza

MTR-2 – passi in avanti

L'ARERA con l'MTR-2 riferito al periodo 2022-2025 ha introdotto misure e regole specifiche per rafforzare il principio di **permanenza per tutta la gestione dell'Equilibrio Economico Finanziario**

- Possibilità di recuperare l'Extra-Cap tariffario; possibilità di modulare le quote di conguaglio riconosciute nei PEF anche in anni successivi rispetto a quelli ordinari ed anche oltre il 2025; facoltà di integrare e/o modificare i dati e le informazioni trasmesse dal gestore, ma ETC sono tenuti a **comunicare** al gestore le valutazioni e le **motivazioni** alla base delle scelte adottate, che dovranno essere evidenziate da parte degli ETC nella Relazione di Accompagnamento al PEF, ECC.

ULTERIORMENTE COMPLETATO con Del. 385/2023 con obbligo di adeguare la cornice di riferimento (ovvero il contratto) ed l'obbligo di PEFA

PEFA – aspetti generali

Per approcciare il PEF e adottare le tariffe è necessario dichiarare l'EEF della gestione

Nei casi in cui mancava ad origine un PEFA (**referimento per l'orizzonte temporale preso in considerazione dal contratto**) la verifica dell'EEF è stata spesso (anche incolpevolmente) approssimativa

Oggi viene in aiuto strumento funzionale ovvero l'obbligo del PEFA

Cosa è il PEFA. Art. 8 schema contratto-tipo:

- *"8.1. Il Piano Economico Finanziario **di Affidamento** allegato al presente contratto, di cui costituisce parte integrante e sostanziale [redatto secondo lo schema tipo definito dall'Autorità ai sensi dell'articolo 7, comma 1, del Decreto legislativo 201/22 per gli affidamenti assentiti ai sensi delle disposizioni ivi previste] riporta, con **cadenza annuale e per l'intero periodo di durata dell'affidamento**, l'andamento dei costi di gestione e di investimento, nonché la previsione annuale dei proventi da tariffa"*

PEFA – aspetti generali

- "8.2 Il Piano Economico Finanziario di Affidamento si compone del **piano tariffario, del conto economico, del rendiconto finanziario e dello stato patrimoniale** e deve comprendere almeno i seguenti elementi:
 - a. *il programma degli interventi e il piano finanziario degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi del Servizio affidato, anche in coerenza con gli obiettivi di sviluppo infrastrutturale individuati dalle programmazioni di competenza regionale e nazionale;*
 - b. *la specifica dei beni, delle strutture e dei servizi disponibili per l'effettuazione del servizio integrato di gestione, ovvero delle singole attività che lo compongono, nonché il ricorso eventuale all'utilizzo di beni e strutture di terzi, o all'affidamento di servizi a terzi;*
 - c. *le risorse finanziarie necessarie per effettuare il servizio integrato di gestione ovvero delle singole attività che lo compongono."*

PEFA – aspetti generali

l'obbligo del PEFA vera novità dello schema di contratto-tipo > Ogni contratto dovrà avere il PEFA e aggiornato periodicamente. Ne consegue che:

1. il corrispettivo va determinato secondo il metodo tariffario ARERA;
2. le entrate tariffarie determinate ai sensi del metodo tariffario vanno considerate come valori massimi;
3. Nel caso in cui ci si avvalga della facoltà di applicare valori inferiori alle entrate tariffarie determinate ai sensi del MTR-2 aggiornato, l'Ente territorialmente competente:
 - a. **indica** le componenti di costo ammissibili che si ritiene di non coprire integralmente;
 - b. **esprime** le proprie valutazioni in ordine alla coerenza della rinuncia al loro riconoscimento rispetto agli obiettivi definiti e al mantenimento dell'equilibrio economico finanziario della gestione;
 - c. **Motiva le scelte** adottate illustrando gli esiti delle valutazioni compiute;
4. L'Ente territorialmente competente **verifica** il rispetto dell'EEF della gestione, comunicando al gestore gli esiti delle valutazioni al riguardo compiute, nonché motivando le scelte adottate;

PEFA – aspetti generali

la verifica del rispetto dell'equilibrio economico finanziario del gestore deve essere effettuata, in primis, attraverso il confronto con il PEFA.

5. Le entrate tariffarie calcolate secondo quanto detto sopra e riportate nel PEF dell'anno di riferimento costituiranno il corrispettivo riconosciuto al Gestore.

Non si possono applicare i prezzi predefiniti contrattualmente senza una piena copertura dei costi effettivi e senza un'adeguata verifica del mantenimento dell'equilibrio economico e finanziario.

L'aggiornamento del contratto è l'occasione per avere un comportamento uniforme nel tempo e garantire le parti sulla coerenza tra servizi offerti e costi sostenuti e riconosciuti con la possibilità di monitorarli in maniera più chiara.

Se è possibile che si “taglino” i costi efficienti riconosciuti dal metodo non è concepibile una gestione in perdita.

PEFA – aspetti generali

Fondamentale definire gli indicatori che identificano:

- Equilibrio Economico: quale marginalità?
- Equilibrio Finanziario: quale dinamica dei flussi?

Sentenza TAR Brescia 636/2024 – EEF e disapplicazione della regolazione non ammessa

- Il Comune ha considerato **insuperabile** il corrispettivo contrattuale aggiornato con la variazione ISTAT limitando di conseguenza il riconoscimento tariffario a una parte soltanto dei costi documentati dalla ricorrente (nel c.d. «pef grezzo»).
- Mancanza totale di motivazione sull'esistenza o meno dell'EEF: *“in quanto i costi ritenuti inefficienti sono meramente elencati in un foglio excel”*.

“Nell’ambito del metodo tariffario, ogni decisione viene presa in una logica di equilibrio tra interessi contrapposti»

Sentenza TAR Brescia 636/2024 – in sintesi

- Tema centrale della sentenza non è su **quantum** (tanto? Poco?), ma sulla base di quale motivazione/presupposto si è deciso per un certo riconoscimento. Si supera il concetto dell'automatismo per entrale in una logica di EEF di **affidamento** a prescindere da quale fosse il contratto originario (appalto/concessione).
- Anche in assenza di un PEFA Originario. Ora va fatto, per l'intero (anche se residuo) periodo di durata dell'affidamento, ed è strumento di **confronto** per valutazione delle scelte.
- A prescindere da quanto fosse soddisfattivo per il gestore l'aggiornamento degli importi con la variazione ISTAT, il **comune ha disapplicato il MTR-2 in una parte essenziale**, eliminando la necessaria correlazione tra i costi del servizio e il livello tariffario che deve assicurare una gestione non in perdita
- *“L'art. 4.6 della deliberazione dell'ARERA n. 363/2021 impone invece al Comune di affrontare il problema dell'attuale sostenibilità finanziaria della gestione **solo qualora non intenda concedere al gestore l'intero incremento** derivante dall'applicazione dei parametri del MTR-2”. “È quindi necessario che il Comune effettui una nuova valutazione del PEF e degli atti connessi, esaminando singolarmente le voci di costo escluse, per stabilire motivatamente se possano essere considerate efficienti o meno”.*

Regolazione e nuove gare

Delibera 596/2024/R/rif del 27 Dicembre 2024 «DEFINIZIONE DI UNO SCHEMA TIPO DI BANDO DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI URBANI»

Strumento per avere una coerenza tra i nuovi affidamenti con le previsioni regolatorie vigenti

- Regola soltanto i contenuti “minimi” del bando di gara, intervenendo unicamente sugli elementi che riflettono peculiarità tecniche, economiche ed industriali del servizio
- Rinvio generale alla normativa vigente sui contratti pubblici
- Salvaguardia autorganizzazione e discrezionalità entro certi limiti (modalità di affidamento, oggetto, durata, condizioni di partecipazione)

Delibera 596/2024/R/rif del 27 Dicembre 2024 «DEFINIZIONE DI UNO SCHEMA TIPO DI BANDO DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE INTEGRATA DEI RIFIUTI URBANI»

- Nel 2025
 - lo schema di contratto tipo va **allegato** alle nuove procedure di affidamento
 - L’adozione del bando tipo **non è obbligatoria** ma di ausilio in sede di progettazione e redazione della documentazione per l’avvio delle procedure in quanto GIA’ OGGI E FIN PRIMA DELL’ADOZIONE DEL BANDO TIPO è richiesto ai committenti un lavoro di **verifica del quadro regolatorio vigente**, come declinato nello schema di contratto tipo, affinché sia garantita una “conformità minima”
- AVER UN ANNO DI TEMPO è FONDAMENTALE per avviare il **percorso di convergenza tra i bandi di gara pubblicati e la regolazione**, ovvero per garantire che bandi di gara e nuovi contratti di servizio siano, ab origine, coerenti con le disposizioni regolatorie.

Grazie per l'attenzione

l.tosto@fise.org