



Autorità Nazionale Anticorruzione

RELAZIONE AIR

Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015

*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*

INDICE

Introduzione.....	3
Il quadro normativo di riferimento.....	3
I più recenti interventi normativi.....	4
Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....	8
Esiti attesi delle Linee guida.....	8
Procedure di consultazione effettuate	9
Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.....	10
1. Definizioni.....	10
2. La concessione di lavori e servizi e la finanza di progetto	11
3. La fase della programmazione.....	14
4. Lo studio di fattibilità.....	16
5. La scelta del modello di realizzazione dell'intervento: partenariato pubblico e privato o appalto...	16
6. L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi	17
7. Contenuti del bando e del disciplinare di gara	19
8. Le garanzie.....	22
9. Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione	24
10. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21).....	25
11. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto	27

Introduzione

La presente Relazione AIR, redatta in base all'art. 8 del Regolamento recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (di seguito, "Regolamento AIR") descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione della determinazione avente ad oggetto «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» (di seguito, "Linee Guida").

Il quadro normativo di riferimento

Tra i principali interventi in materia di partenariato pubblico privato (di seguito, "Ppp") deve annoverarsi il «Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», COM (2004) 327 definitivo, emanato dalla Commissione Europea il 30 aprile 2004.

In tale sede la Commissione, dopo aver precisato che il termine "partenariato pubblico privato" «si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio», ha individuato le caratteristiche principali del Ppp nei seguenti elementi: a) la durata relativamente lunga della cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; b) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti, sebbene spesso quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati; c) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), mentre il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; d) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico, sebbene non necessariamente il partner privato deve assumersi tutti i rischi legati all'operazione o la parte più rilevante degli stessi. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

In Italia il decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (cd. "Terzo Decreto Correttivo") ha introdotto all'art. 3 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di seguito denominato "Codice") il comma 15-ter, che definisce i contratti di partenariato pubblico privato come i «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». Si tratta, in sostanza, di modelli di partnership tra organismi pubblici e settore privato per il conseguimento efficace di obiettivi di politiche pubbliche grazie alla condivisione del rischio, alla concentrazione di competenze del privato ovvero a forme aggiuntive di capitale¹. Rientrano nei contratti di Ppp, a titolo

¹ V. il Regolamento(UE) n. 1303/2013, che stabilisce le norme applicabili ai fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) e abroga il Regolamento (UE) n. 1083/2006 del Consiglio.

esemplificativo, la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, le società miste e gli affidamenti di lavori o servizi mediante finanza di progetto.

La finanza di progetto è stata introdotta nell'ordinamento giuridico italiano dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (cd. legge "Merloni ter") che aggiunse gli articoli 37-bis e ss. alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro sui lavori pubblici) ed è attualmente disciplinata dagli artt. 153 e seguenti del Codice, oggetto di più modifiche ad opera sia del decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (cd. "Secondo Decreto Correttivo"), che del già citato decreto Terzo Decreto Correttivo. Il Codice, sebbene disciplini l'istituto principalmente nei suoi aspetti procedurali, non fornisce una definizione di finanza di progetto.

Autorevole dottrina riferisce tale denominazione ad una operazione di finanziamento di un particolare progetto, nella quale il finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili del progetto in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le relative attività come garanzia reale del prestito².

Nel 2010 è intervenuto sulla materia anche il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici (di seguito, "Regolamento"), che all'art. 278 ha definitivamente chiarito l'applicabilità della disciplina della finanza di progetto, in quanto compatibile, anche ai servizi. Il Regolamento disciplina le modalità attraverso cui gli operatori privati possono formulare all'amministrazione aggiudicatrice proposte finalizzate all'affidamento in project financing di concessioni di servizi.

I più recenti interventi normativi

In considerazione della perdurante crisi economico-finanziaria, le forme di partenariato pubblico-privato, tra cui il project finance, configurandosi come preziosi strumenti sia per il rilancio dell'economia e degli investimenti pubblici (soprattutto infrastrutturali) che per il miglioramento dei conti pubblici (per la possibilità di contabilizzazione *off balance*), sono promosse ed incoraggiate oltre che dall'Europa³ anche dal Governo italiano, come dimostrano i più recenti interventi normativi di seguito descritti.

DECRETO SVILUPPO

Il decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70 (cd. "Decreto Sviluppo"), convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha modificato sotto diversi profili l'art. 153 del Codice. Al comma 9 ha previsto che l'asseverazione dei piani economici e finanziari non sia più di competenza esclusiva delle banche ma che possa essere garantita anche da società di servizi costituite dalla banca stessa ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre

² Nevitt K.P., *Project Financing*, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987, 13.

³ Ad esempio, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato, nel dicembre 2013, un pacchetto legislativo, al fine di riformare gli orientamenti per lo sviluppo della rete trans-europea dei trasporti e la politica di coesione. Ai fini delle operazioni di PPP rilevano, in particolare, i Regolamenti (UE) n. 1315/2013 e n. 1316/2013 relativi alle Trans - European Network - Transport (TEN-T) e il Regolamento (UE) n. 1303/2013 che stabilisce le norme applicabili ai fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) che possono essere utilizzati per co-finanziare operazioni in PPP (art. 62). Da questo nuovo quadro normativo si evince un rinnovato interesse dell'Europa per le operazioni di PPP, costituendo le stesse uno strumento in grado di integrare le risorse comunitarie messe a disposizione per le politiche di coesione e sviluppo territoriale e per l'innovazione, la ricerca e il trasferimento tecnologico.

1939, n. 1966. Al comma 19 ha modificato il modello di project finance ad iniziativa totalmente privata, tramite cui si possono proporre alla pubblica amministrazione interventi di realizzazione in concessione di lavori pubblici non inseriti nella programmazione triennale, assicurando al promotore il diritto di prelazione.

LEGGE DI STABILITÀ 2012

La legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) ha previsto il finanziamento delle infrastrutture mediante defiscalizzazione, ovvero che il contributo pubblico a fondo perduto per le società di progetto costituite ai sensi dell'art. 156 del Codice può compensare totalmente o parzialmente le imposte sui redditi, l'IRAP e l'IVA generate durante il periodo di concessione.

DECRETO SALVA ITALIA

Il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (cd. "Decreto Salva Italia") ha modificato l'art. 143 del Codice introducendo la possibilità per le nuove concessioni di estendere la gestione del concessionario anche in via anticipata alle opere già realizzate, a patto che siano direttamente connesse a quelle oggetto della concessione o da ricomprendere nella stessa. Tanto viene previsto allo scopo di generare un *cash flow* per il concessionario prima che l'opera sia in gestione o addirittura ancora in costruzione. Al comma 5, viene poi prevista la cessione di immobili al concessionario privato come forma alternativa di contributo pubblico. Per le nuove concessioni di importo superiore al miliardo di euro, viene estesa la durata massima dell'affidamento a 50 anni al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio del piano economico-finanziario. All'art. 175, comma 20, è stata introdotta la procedura di gara a fase unica anche per le grandi infrastrutture.

DECRETO LIBERALIZZAZIONI

Il decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1 (cd. "decreto liberalizzazioni"), al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, conferisce alle società di progetto di cui all'articolo 156 del Codice nonché alle società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 15-ter, del Codice la facoltà di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile.

Prevede, inoltre, un alleggerimento ed un'integrazione della disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche modificando l'art. 175 comma 14.

Al fine di porre rimedio alla grave situazione di emergenza dovuta all'eccessivo affollamento delle carceri, introduce la possibilità di ricorrere in via prioritaria al project financing per la costruzione di nuovi istituti penitenziari.

Introduce all'art. 3, comma 15-bis, la definizione del "contratto di disponibilità", disciplinato all'art. 160-ter del Codice, la cui peculiarità risiede nel fatto che, benché l'opera da realizzare sia destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, una volta realizzata, rimane, ordinariamente, di proprietà privata ed è posta a disposizione dell'Amministrazione che ha bandito la gara, la quale versa un "canone di disponibilità" all'affidatario.

Il decreto in parola apporta, poi, all'art. 143 le seguenti modificazioni: al comma 5 prevede che «Le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto

di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice unitamente all'approvazione ai sensi dell'articolo 97 del progetto posto a base di gara, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. Nel caso di gara indetta ai sensi dell'articolo 153, le predette modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito dello studio di fattibilità». Al comma 7, aggiunge che «Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto». All'articolo 144, dopo il comma 3 è inserito il seguente: «3-bis. 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 dell'opera». All'articolo 159, comma 1, lettera a) prevede che in caso di subentro di una nuova impresa «la concessione è affidata, avendo comunque riguardo alla situazione concreta del progetto ed allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro».

Inoltre, modifica l'art. 177, comma 2, del Codice, prevedendo che per l'affidamento di concessioni sarà possibile porre a base di gara oltre al progetto preliminare anche il progetto definitivo.

DECRETO CRESCI ITALIA

Il decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (cd. "Decreto Cresci Italia") convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, prevede agevolazioni fiscali, contemplate nel novellato art. 157 del Codice. In particolare, l'aliquota dei *project bond* è fissata al 12,5%, analogamente ai titoli del debito pubblico; si stabilisce la completa deducibilità degli interessi passivi, l'applicazione delle imposte di registro ipotecarie e catastali in misura fissa (pari a 168 euro); si prevede la possibilità di emettere obbligazioni, anche ai fini del rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità nonché senza garanzia ipotecaria, purché siano sottoscritte da investitori qualificati, ovvero da tutti i soggetti autorizzati ad operare sui mercati finanziari.

All'art. 153 del Codice viene previsto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di indire una Conferenza preliminare di servizi con il compito di esprimersi sulla base dello studio di fattibilità o, per le procedure che lo prevedono, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara. Inoltre, per garantire i necessari requisiti di esperienza e competenza, lo studio di fattibilità deve ora essere redatto da personale interno all'amministrazione solo se in possesso dei molteplici requisiti soggettivi necessari alla sua predisposizione, in caso contrario, le amministrazioni possono affidare la realizzazione degli studi di fattibilità a soggetti esterni individuati con gara.

DECRETO DEL FARE

Il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (cd. "Decreto del fare"), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 all'articolo 19 contiene la modifica dell'art. 143, comma 5, del Codice, per la quale alla consegna dei lavori è previsto l'obbligo del concedente di dichiarare la legittimità, efficacia e validità di tutti gli atti (autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta permessi) di cui dispone.

Anche il comma 8 dell'articolo 143 è modificato, prevedendo la possibilità che la revisione del piano economico-finanziario si realizzi anche a seguito di novità legislative o regolamentari che possono

incidere sul piano economico e finanziario, previa verifica del CIPE, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Di conseguenza viene introdotto il comma 8-bis con cui è precisato che la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione si occupa della definizione dell'equilibrio economico finanziario con riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché della procedura di verifica e della cadenza temporale degli adempimenti connessi.

Con la modifica introdotta all'art. 144 del Codice, per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, si prevede la possibilità di stabilire nel bando che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità. L'amministrazione può provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

All'art. 144 sono, poi, inseriti i due nuovi commi 3-ter e 3-quater in cui si prevede che il bando per le concessioni può stabilire che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. Inoltre l'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o della sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. In caso di parziale finanziamento del progetto, per uno stralcio che sia da ritenersi tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimane valido per la parte che lo regola. Le stesse indicazioni si applicano in quanto compatibili alla finanza di progetto (art. 153 del codice) e alla disciplina delle infrastrutture (art. 174 del codice).

LA DIRETTIVA EUROPEA 2014/23/UE

Agli inizi del 2014 si è concluso il lungo iter approvativo delle tre nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni, il cui testo finale è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, rispettivamente, il 15 gennaio e l'11 febbraio 2014. Esse sono entrate in vigore a decorrere dal 17 aprile 2014 e dovranno essere recepite entro il 18 aprile 2016 dai singoli Stati membri.

Nell'ambito della nuova direttiva europea 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione assumono particolare rilievo, anche ai fini delle presenti Linee Guida, gli aspetti relativi alle modalità di aggiudicazione dei contratti, alla determinazione del relativo valore, oltre che alla disciplina dell'allocazione dei rischi.

La nuova direttiva prevede, infatti, che deve «essere lasciato alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario»⁴, introducendo così in materia di concessioni un innovativo principio di “libertà procedurale”. È possibile, quindi, attendersi significative rivisitazioni dell'attuale disciplina delle modalità di aggiudicazione delle concessioni e della finanza di progetto.

La nuova direttiva stabilisce, inoltre, che «il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'Iva, stimato dall'Amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori o servizi». In tal modo, è stato chiarito che ai fini del calcolo del valore di una concessione occorre computare tutti i flussi di cassa dalla stessa generati, non potendosi considerare esclusivamente il valore dell'opera oggetto di concessione.

In tema di allocazione dei rischi tra amministrazione e concessionario, la direttiva esplicita che elemento indefettibile per la qualificazione del contratto come “concessione” è il trasferimento al concessionario del “rischio operativo” legato alla gestione dell'opera.

Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

I numerosi ed importanti interventi normativi che negli ultimi anni hanno interessato il settore della finanza di progetto, per quanto volti a superare criticità presenti nel quadro giuridico 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. L'Autorità, nell'ambito delle proprie competenze, ha ritenuto pertanto opportuno procedere alla revisione e all'aggiornamento delle Determinazioni 14 gennaio 2009, n. 1 recante «Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. “terzo correttivo”» e della Determinazione 11 marzo 2010, n. 2 recante «Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici» e, in tale occasione, approfondire ulteriormente alcuni specifici elementi. Ciò anche al fine di effettuare una ricognizione delle problematiche presenti in materia di finanza di progetto, anche in considerazione dell'evidente farraginosità delle procedure che conducono spesso alla mancata aggiudicazione delle concessioni ed a gravi ritardi nell'avvio dei lavori e delle gestioni.

Esiti attesi delle Linee guida

Con l'emanazione delle Linee Guida l'Autorità si pone l'obiettivo, nell'ambito delle proprie competenze, di fornire agli operatori del settore chiarimenti ed indicazioni sugli aspetti risultati più problematici, al fine di agevolare un corretto utilizzo dello strumento della finanza di progetto, in linea con il quadro normativo nazionale ed europeo vigente.

Con la pubblicazione delle nuove Linee Guida le due determinazioni richiamate in precedenza si intendono definitivamente superate.

Sebbene non ancora recepite nell'ordinamento, nelle presenti Linee Guida si fa continuo riferimento alle novità introdotte dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni; ciò, non per indicare obblighi a cui stazioni appaltanti e operatori economici devono sottostare, ma quale utile criterio per l'interpretazione dei singoli istituti esaminati.

⁴ V. Considerando n. 68 e art. 30 della Direttiva UE n.23/2014.

In applicazione del regolamento AIR, il grado di raggiungimento degli obiettivi regolatori sarà oggetto di apposita verifica di impatto della regolazione. In ogni caso è possibile inviare osservazioni sugli effetti della determinazione anche prima dell'avvio del procedimento di VIR al seguente indirizzo mail: vir@anticorruzione.it.

Procedure di consultazione effettuate

L'emanazione delle Linee Guida è stata preceduta da una prima consultazione avente ad oggetto il documento recante «Finanza di progetto. Revisione della Determinazione n. 1/2009, Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo", e della Determinazione n. 2/2010 Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici», dal 9 dicembre 2013 al 31 gennaio 2014⁵, al fine di ottenere le osservazioni ed i suggerimenti di tutti i soggetti interessati. In particolare, l'Autorità ha voluto verificare, tra l'altro, se e in quale misura le linee guida contenute nei succitati documenti siano state effettivamente utilizzate dagli operatori del settore e quali effetti le stesse abbiano prodotto sullo svolgimento delle procedure di affidamento, nonché 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.

Tale 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 ed 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.

Successivamente alla conclusione della prima consultazione, il legislatore europeo ha emanato le sopra citate nuove direttive in materia di appalti e concessioni che, sebbene ancora non recepite nel nostro ordinamento, costituiscono comunque un punto di riferimento obbligato per la regolazione del settore.

Pertanto, l'Autorità ne ha tenuto conto, unitamente ai contributi ricevuti, nella stesura della bozza di determinazione avente ad oggetto «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», che conformemente a quanto previsto dal regolamento AIR è stata sottoposta a consultazione pubblica dall'8 gennaio 2015 al 2 marzo 2015. L'Autorità ha ritenuto tale bozza di determinazione maggiormente orientata a fornire indicazioni operative agli operatori economici e ad approfondire alcuni elementi con maggior dettaglio rispetto alle precedenti linee guida, anche perché alcuni chiarimenti normativi sono intervenuti per effetto dell'adozione del Regolamento di attuazione del Codice e delle successive integrazioni normative.

⁵ Il termine di scadenza della consultazione, non è stato però considerato come perentorio, atteso che sono stati acquisiti agli atti del procedimento e valutati per la redazione del secondo documento di consultazione anche contributi pervenuti successivamente a tale termine,

Nel termine fissato sono pervenute le osservazioni delle seguenti pubbliche amministrazioni e società pubbliche: Ministero del Tesoro, Università Bocconi di Milano, Comune di Conegliano e Cassa depositi e prestiti S.p.A.

Sono stati presentati inoltre i contributi delle seguenti associazioni di categoria e comitati: Anci Nazionale, ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili, Alberto Sperotto - Presidente Comitato di cittadini contro collegamento autostradale Torricelle, AISCA, nonché dell'operatore economico Olimpia Agency Spa e di un ulteriore operatore del settore che ha chiesto la pubblicazione in forma anonima.

I contributi ricevuti dai soggetti partecipanti alla consultazione, pubblicati sul sito dell'Autorità, manifestano generalmente un parere favorevole a quanto esposto nella bozza di Linee Guida; nel testo definitivo sono state accolte diverse osservazioni e sono stati forniti chiarimenti a taluni quesiti. Non tutte le osservazioni formulate, però, hanno potuto trovare accoglimento per le motivazioni illustrate nella presente relazione.

In particolare, si evidenzia che numerose sono state le richieste di modifiche normative della disciplina del partenariato pubblico privato e, in particolare, della finanza di progetto, avanzate nel corso della consultazione, le quali saranno tenute in considerazione nelle attività di competenza dell'Autorità inerenti il recepimento delle nuove direttive europee.

Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.

1. Definizioni

L'Università Bocconi ha suggerito di specificare meglio il glossario utilizzato nelle Linee Guida, al fine di non creare confusione soprattutto tra le nozioni di Ppp, appalto, concessione e project finance.

L'Autorità, ritenendo condivisibile il suggerimento proposto, ha inserito al paragrafo 1 delle Linee Guida il "Glossario", che raccoglie le definizioni dei principali termini utilizzati nel documento. Tale glossario è stato predisposto per permettere una migliore comprensione del testo della determinazione. Si suggerisce il suo utilizzo anche nei documenti di gara e nelle convenzioni, eventualmente integrato con gli ulteriori termini maggiormente ricorrenti nel testo, ciò al fine di fornire un'interpretazione univoca e certa dei principali termini utilizzati, favorendo in tal modo la partecipazione alle gare e riducendo il rischio dell'insorgere di contenzioso.

Si evidenzia che nel glossario il PF è definito come: «il finanziamento di un progetto in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio, che qualora si concretizzi nell'affidamento di una concessione che contempli l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico di soggetti privati è disciplinato nei suoi aspetti procedurali all'art. 153 del Codice». Con tale definizione, che riassume i principali tratti distintivi del PF, non si pretende di definire la complessa natura giuridica di un contratto affidato mediante PF, natura giuridica sulla quale è presente un ampio dibattito dottrinale derivante dalla non riconducibilità dell'istituto in parola ad una categoria contrattuale tipica. Al riguardo, si ritiene che possa condividersi che l'essenza di un contratto affidato mediante PF sia ravvisabile nell'integrazione del profilo finanziario con quello della realizzazione e gestione di un'opera e/o di un

servizio e che, dal punto di vista “strutturale”, esso ruoti intorno alla concessione⁶, dalla quale si distingue oltre che per la presenza di una pluralità di finanziatori e di garanti, anche per la specificità della procedura di affidamento disciplinata all’art. 153 del Codice.

Nelle Linee Guida è stato anche evidenziato che la nuova direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione unifica le definizioni di concessione di lavori e di concessione di servizi e le relative normative⁷ e che il recepimento della stessa potrà costituire l’occasione per fissare più chiaramente i rapporti tra concessioni e Ppp (si veda anche la disposizione sub lett. ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee, che individua tra i criteri guida quello di procedere alla razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato). L’art. 153 del Codice risulta attualmente di difficile lettura in quanto spesso gli istituti della concessione e delle possibili modalità di finanziamento, tramite il PF, tendono spesso a sovrapporsi.

2. La concessione di lavori e servizi e la finanza di progetto

Criticità riscontrate

Alcuni dei soggetti che hanno partecipato alla consultazione hanno segnalato che permangono criticità applicative nella corretta distinzione tra appalto e concessione, e nella corretta qualificazione e contabilizzazione delle operazioni di Ppp.

L’Università Bocconi evidenzia che la costituzione di una società di progetto è *conditio sine qua non* per finanziare un progetto mediante la tecnica del project finance. Inoltre, ritiene che sia necessario definire chiari sistemi di contabilizzazione delle operazioni di Ppp anche a livello locale, per enti locali, aziende pubbliche e aziende sanitarie, al fine di creare una maggior armonizzazione tra le regole di consolidamento del debito a livello nazionale e i modelli contabili applicati dai concedenti, anche alla luce del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (“Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42”).

Nel contributo pubblicato in forma anonima è stato evidenziato, inoltre, un utilizzo improprio dei contratti di Ppp, soprattutto da parte degli enti locali, che adotterebbero lo schema della concessione di servizi - pur non ricorrendone i presupposti - al fine di godere dei vantaggi della relativa disciplina giuridica (maggiore durata contrattuale, norme di semplificazione e derogatorie per l’affidamento dei contratti). Ciò ricorrerebbe, in particolare, con alcune società a partecipazione pubblica di enti locali, che presentano ad altri enti locali (che non detengono nessuna partecipazione) proposte di PF per settori e attività che, invece, dovrebbero essere soggette alla normativa sugli appalti, come per quei servizi che non prevedono un corrispettivo dell’utente ma solamente un costo per l’amministrazione (es.: illuminazione pubblica o fornitura di vettori energetici). Tale comportamento sarebbe in contrasto, oltre che con le norme del Codice dei contratti pubblici, anche con la disciplina restrittiva di cui all’art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, laddove dispone che le società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di attività strumentali ovvero per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative dell’ente devono «operare esclusivamente a

⁶ S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 luglio 2012

⁷ Come già evidenziato in precedenza, il richiamo al contenuto delle nuove Direttive comunitarie è volto ad indicare le probabili modifiche che si renderanno necessari in vista del recepimento delle stesse nell’ordinamento.

favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale». Tali contratti si pongono anche in contrasto con il divieto di impegni pluriennali che superano l'arco temporale del bilancio preventivo pluriennale. Si propone, pertanto, di evidenziare nelle Linee Guida le conseguenze derivanti da un'applicazione del PF elusiva della normativa sugli appalti.

Sempre in tema di corretta qualificazione del contratto oggetto di affidamento e, precisamente, in ordine alla corretta stima del valore di tale contratto, l'Anci Nazionale ritiene che sia poco chiaro il riferimento contenuto nella Direttiva 2014/23/UE agli «introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore», da considerare ai fini del calcolo del valore stimato della concessione. Andrebbe chiarito, invece, che nel calcolo del valore della concessione rientrano anche le tariffe riscosse direttamente dal concessionario in luogo dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'Anci Nazionale chiede, inoltre, precise indicazioni in merito alla natura dell'istituto della "cessione del credito" da parte del concessionario nei confronti dei finanziatori.

Opzione scelta

In via preliminare, si condivide da un punto di vista teorico-economico che il PF debba necessariamente prevedere la costituzione di una SPV, in quanto è proprio l'isolamento del destino del progetto da quello dei propri promotori che differenzia il project finance dal corporate finance. Il fatto che il Codice non abbia previsto la necessaria costituzione di una società di progetto costituisce una delle ragioni di un utilizzo improprio di tale strumento anche per affidamenti per i quali non sembra necessario il ricorso alla finanza di progetto, essendo anche dubbia la natura di concessione, e non di appalto, dell'affidamento sottostante. Tuttavia, nella redazione delle Linee Guida non si può che prendere atto del quadro normativo esistente, suggerendo di utilizzare gli strumenti della finanza di progetto per tutti quegli affidamenti per i quali la costituzione di una SPV si mostri necessaria.

Occorre osservare, altresì, che il Ppp costituisce uno strumento prezioso per la realizzazione di investimenti pubblici in un periodo, come quello attuale, caratterizzato da scarsità di risorse finanziarie e dalla esigenza di contenere il debito pubblico, grazie al risparmio di risorse pubbliche che da esso potrebbe conseguire ed alla possibilità di classificare *off balance* tali operazioni. Tuttavia, a tal fine, è necessario, a monte, un'adeguata valutazione ex ante della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'operazione, nonché una corretta impostazione dell'operazione di Ppp, rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina sia giuridica che contabile da applicare alla fattispecie contrattuale. In mancanza, si corre il rischio che eventuali fallimenti del progetto impattino esclusivamente sul bilancio pubblico e che l'eventuale "riclassificazione" di tali operazioni nei bilanci delle amministrazioni pubbliche comporti un incremento di spesa, con impatto negativo sui saldi di finanza pubblica. In ogni caso il ricorso al PF (o al Ppp) non può limitarsi ad una traslazione sui bilanci futuri di costi attuali, ma la scelta dello strumento deve essere basata su criteri di convenienza, esplicitati nelle Linee Guida.

Nelle Linee Guida è stato evidenziato che i criteri per operare una corretta classificazione del contratto di Ppp sono stati fissati nella Decisione Eurostat 2004 e vanno integrati ed aggiornati con i contenuti del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a maggio del 2013 (cd. "SEC2010"), che a partire dal 1° settembre 2014 ha sostituito il SEC95 precedentemente in vigore. Inoltre, un indispensabile complemento a SEC2010 è il Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico (*Manual on Government Deficit and Debt - MGDD*), pubblicato per la prima volta da Eurostat nel

1999 e da ultimo aggiornato nel mese di agosto 2014, che dedica il capitolo 4 della parte VI alla *Public Private Partnership*.

L'Autorità non è competente a definire chiari sistemi di contabilizzazione delle operazioni di Ppp anche a livello locale, in ogni caso si richiama quanto evidenziato dalla Corte dei Conti (deliberazione n. 66/PAR/2012 del 31/05/2012), secondo la quale, non prevedendo la normativa in materia di partenariato pubblico privato uno schema rigido o ben definito, il corretto inquadramento dell'operazione di Ppp, anche ai fini contabili, non può che scaturire da un'attenta valutazione, caso per caso, delle singole fattispecie; gli Enti nella redazione del capitolato prestazionale, del bando di gara e delle conseguenti clausole contrattuali dovranno utilizzare capacità di valutazione delle diverse categorie di rischio, onde fissare in maniera certa, trasparente e conforme ai criteri elaborati in sede europea la distribuzione dei rischi e dei rendimenti sottostanti il contratto di partenariato pubblico privato.

Con riferimento al segnalato utilizzo improprio dello schema della concessione, si ritiene opportuno chiarire, preliminarmente, che le operazioni di Ppp possono costituire un valido strumento anche per la realizzazione delle opere destinate all'utilizzazione diretta da parte della pubblica amministrazione (cd. "opere fredde" quali, ad esempio, scuole, uffici; v. Sezioni Riunite della Corte dei conti, deliberazione del 16/09/2011 n. 49/CONTR/2011). Pertanto, l'assenza di un corrispettivo a carico dell'utenza non è, di per sé, indice di un contratto di Ppp privo dei necessari requisiti.

Ciò premesso, in considerazione della rilevanza di una corretta qualificazione dell'operazione posta in essere dalle amministrazioni, al paragrafo 3.1 delle Linee Guida, nel quale sono descritti gli elementi distintivi della concessione rispetto all'appalto, è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti ad una corretta valutazione della sussistenza dei presupposti che caratterizzano la concessione e la distinguono dall'appalto, evidenziando che gli eventuali maggiori costi sopportati dall'amministrazione a causa di uno scorretto utilizzo dello strumento del PF rilevano in punto di responsabilità amministrativa e contabile. In particolare, è stato sottolineato come il giudice amministrativo abbia sancito la nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile ("contratto in frode alla legge"), di un contratto di concessione nel quale non erano stati osservati i precetti comunitari nella distribuzione dei rischi (v. Tar Sardegna, sentenza 10 marzo 2011, n. 213). Sotto il profilo della responsabilità amministrativo-contabile, la Corte dei Conti ha più volte evidenziato come sia necessario accertare che il contratto da concludere abbia le caratteristiche proprie del Ppp con utilizzo di risorse private ai sensi del comma 15-ter dell'art. 3 del Codice e non rappresenti, invece, un meccanismo elusivo del divieto di indebitamento dell'Ente, sia per precedenti violazioni del patto di stabilità, che per mancato rispetto dei parametri *ex art.* 204 TUEL (v. *ex multis* Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr Veneto, 2 settembre 2011, n. 352/2011/par, in tema di leasing immobiliare).

Certamente, una corretta implementazione delle operazioni di Ppp richiede specifiche e talvolta anche elevate conoscenze e competenze tecniche in una pluralità di settori e discipline, che potrebbero essere carenti all'interno dell'organico delle amministrazioni, specie quelle di dimensioni più piccole. In tal caso, le Linee Guida e i diversi documenti in esse richiamati per fornire i criteri da seguire al fine di poter correttamente utilizzare lo strumento del Ppp e, in particolare, quello del PF, potrebbero non essere da soli sufficienti a risolvere i diversi problemi applicativi che tali strumenti presentano. Pertanto, al fine di fornire un ulteriore e più concreto strumento di ausilio alle amministrazioni, l'Autorità ha già manifestato l'intenzione di procedere all'adozione di uno schema di convenzione-tipo, avendo riguardo anche alle novità che saranno introdotte nel nostro ordinamento a seguito del recepimento delle nuove direttive europee.

In ordine alla segnalata circostanza che società partecipate da regioni e enti locali, deputate allo svolgimento di attività strumentali o all'esercizio di funzioni amministrative dell'ente, presentino ad altri

enti locali (che non detengono nessuna partecipazione) proposte di PF, in violazione dell'art. 13 del sopra citato d.l. n. 223/2006, appaiono opportune due precisazioni:

1. come chiarito dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 326/2008), il citato art. 13, prescrivendo che tali società operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti e che non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, intende evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata, né limitata la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza;
2. il citato art. 13 non si applica alle procedure di affidamento di servizi pubblici locali, né si applica ai servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici (v. Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2084).

Ciò precisato, al paragrafo 9 delle Linee Guida («Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati – commi 19-21»), nella parte in cui si elencano gli operatori economici che possono presentare proposte, è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulle disposizioni contenute nel citato art. 13 del d.l. 223/2006 e sulla conseguente necessità di prestare attenzione alla legittimazione negoziale delle società partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali che presentino proposte o che comunque partecipino alla procedura in esame.

In merito alle osservazioni formulate da Anci Nazionale sul significato degli «introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ai fini del calcolo del valore della concessione», espressione contenuta nella Direttiva 2014/23/UE, si ritiene che il legislatore europeo abbia utilizzato una definizione molto ampia per ricomprendere nel calcolo del valore della concessione tutto ciò che compone il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto.

Le richieste formulate da Anci Nazionale in tema di cessione del credito, esulano invece dall'ambito di riferimento delle Linee Guida.

3. La fase della programmazione

Criticità riscontrate

I soggetti che hanno partecipato alla consultazione hanno in generale espresso apprezzamento per la previsione di meccanismi di coinvolgimento degli stakeholder e della collettività interessata dagli interventi, già in fase di predisposizione dello studio di fattibilità.

Il Presidente del Comitato di cittadini contro il collegamento autostradale Torricelle sottolinea, tuttavia, come il più delle volte, nella prassi, la concertazione sia intesa come semplice comunicazione, rapida e superficiale, che nulla sa di *débat public*. Pertanto, ritiene che, nel caso in cui il legislatore vorrà introdurre la concertazione, occorrerà fare in modo che la stessa non sia nella sostanza svilita. Soprattutto occorrerà assicurare ai cittadini la massima trasparenza garantendo loro, fra l'altro, l'accesso alla documentazione più delicata, quella dei costi, dei contratti, delle varianti. L'informazione va poi garantita nel tempo, dal momento che non avrebbe senso che i cittadini diano in fase iniziale il loro assenso ad un'opera, se poi con il trascorrere del tempo sono introdotti cambiamenti sui quali la cittadinanza non viene adeguatamente informata. Si suggerisce, inoltre, di evidenziare nelle Linee Guida

come la consultazione preventiva dei cittadini sia non solo un mezzo per evitare l'opposizione di parte della popolazione alla realizzazione di interventi sul territorio ma soprattutto un'opportunità di crescita democratica, valorizzando così l'azione positiva dei movimenti e dei comitati.

Sul medesimo tema, AISCAT ha evidenziato che le consultazioni possono spiegare la loro reale efficacia di strumento democratico e, nel contempo, di reale accelerazione nella realizzazione di infrastrutture, solo se effettuate su un livello di progettazione sufficientemente definito, non soggetto, pertanto, a successive variazioni di tipo anche sostanziale che potrebbero avere l'effetto di depotenziare lo strumento. Sarebbe, inoltre, necessario che le consultazioni rappresentino, con tempi certi, il momento unico e definitivo nel quale far confluire, in unico tavolo, utilizzando gli istituti previsti dalla legge n. 241/90 (in particolare quello della conferenza di servizi), tutte le esigenze e prescrizioni delle altre Amministrazioni, anche centrali, preposte alla fase autorizzativa del progetto. Pertanto, AISCAT ritiene che sia ragionevole attivare il dibattito pubblico sulla base di un progetto definitivo che potrebbe poi essere direttamente posto in gara e consentire all'aggiudicatario il suo ulteriore sviluppo e la sua conseguente realizzazione.

Opzione scelta

L'Autorità condivide che la "consultazione preventiva" dei soggetti interessati dagli interventi non debba ridursi ad un formale adempimento ma debba poter realizzare un'effettiva ed efficace partecipazione dei predetti soggetti, garantendo la necessaria trasparenza. Pertanto, nel paragrafo 4 delle Linee Guida è stato espressamente evidenziato che la consultazione preventiva consente di corroborare lo studio di fattibilità attraverso l'acquisizione del contributo e del punto di vista di chi è interessato dall'intervento in questione ed è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità di garantire un'effettiva partecipazione degli *stakeholder* e della collettività interessata. A tal fine, è necessario che le amministrazioni assicurino agli stessi le informazioni strumentali ad un effettivo confronto, nel rispetto della disciplina sull'accesso agli atti, nonché forniscano la motivazione delle scelte effettuate, esplicitando le valutazioni compiute anche con riferimento a quanto rappresentato in sede di consultazione dai soggetti interessati.

In ordine alla individuazione della fase in cui è opportuno svolgere la consultazione, se da un lato è innegabile che quanto più dettagliato e definitivo è il documento oggetto di consultazione tanto più la stessa potrà considerarsi efficace, dall'altro non si può trascurare che un livello elevato di dettaglio del progetto può essere raggiunto solo dopo numerosi passaggi rispetto ai quali il dibattito pubblico assume un ruolo fondamentale. Al riguardo, si deve evidenziare che nelle procedure di project finance ai sensi dell'art. 153 del Codice è posto a base di gara lo studio di fattibilità, documento preliminare alla progettazione ed appare dunque utile acquisire i contributi dei soggetti interessati dall'intervento anche in questa fase prodromica alla progettazione, al fine di addivenire alla redazione di uno studio di fattibilità idoneo a rappresentare un quadro globale, con tutte le possibili interferenze ed a fornire soluzioni adeguate alla realtà in cui il progetto si inserisce.

Nel paragrafo 4 delle Linee Guida è stato, infine, segnalato che all'art. 1, comma 1, lettera ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee è espressamente previsto tra i criteri di delega quello della garanzia di trasparenza e di pubblicità degli atti nelle operazioni di Ppp. Occorrerà, quindi, verificare se saranno introdotte dal legislatore interno forme obbligatorie di pubblicazione anche sul web di un *dataset* riferito a ciascun contratto di Ppp, che comprenda le informazioni dalla fase di programmazione sino al termine della gestione del contratto di concessione. D'altra parte questa scelta appare in linea con le recenti esperienze normative in materia di trasparenza che hanno imposto, ad

esempio con la legge n. 190/2012 e il successivo d.lgs. 33/2013, specifici obblighi in materia di contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

4. Lo studio di fattibilità

Criticità riscontrate

Nel contributo pubblicato in forma anonima è stato segnalato che, soprattutto in ambito delle concessioni di servizi (p.es.: sanità), dovrebbero essere specificati, già in sede di studio di fattibilità, i livelli minimi di prestazioni da garantire all'utenza, con riferimento a diritti essenziali (es. i LEA in ambito sanitario), legislazione vigente (p. esempio delibere dell'AEEG, direttive europee sui servizi pubblici essenziali), livelli assicurati in precedenza. In particolare, si suggerisce di prevedere che i livelli minimi da garantire siano definiti mediante una pubblica consultazione. Il richiamo contenuto nel documento in consultazione alla «domanda da soddisfare per la collettività di riferimento e le opportunità in atto» non sarebbe, infatti, sufficiente dal momento che l'analisi della domanda può essere fatta “per aggregati” o, comunque, con riferimento al bacino dell'utenza mentre occorrerebbe individuare i livelli minimi di prestazioni da garantire al singolo.

Opzione scelta

Le Linee Guida sottolineano come sia necessario, ai fini della redazione dello studio di fattibilità, raccogliere tutti gli elementi occorrenti per la formazione di un quadro completo dei bisogni e delle esigenze della collettività e che l'identificazione della domanda non può essere generica, ma deve basarsi su parametri facilmente identificabili e misurabili. In accoglimento dell'osservazione sopra esposta, il paragrafo 5.1 delle Linee Guida è stato integrato richiamando l'opportunità che le amministrazioni individuino, già in sede di studio di fattibilità, standard qualitativi e quantitativi prestazionali dei servizi richiesti che siano misurabili. Naturalmente le modalità di individuazione e di definizione degli standard variano a seconda della natura della concessione. Queste considerazioni, lette congiuntamente con quelle presentate nel paragrafo precedente, confermano l'opportunità di un *débat public* realizzato in una fase non troppo avanzata dell'iter di approvazione di un progetto.

5. La scelta del modello di realizzazione dell'intervento: partenariato pubblico e privato o appalto

Criticità riscontrate

L'Università Bocconi, in relazione all'analisi del *Value for Money*, raccomanda una profonda revisione della metodologia suggerita. Il documento proposto presenterebbe, infatti, le seguenti criticità: in primis, il fatto che sia completamente ispirato alla metodologia anglosassone che per alcuni aspetti non è coerente con gli assetti istituzionali e con le caratteristiche del Ppp in Italia. Inoltre, la *competitive neutrality* non consente di apprezzare costi che poi effettivamente dovranno essere sostenuti dai bilanci del concedenti pubblici. Infine, la quantificazione dei rischi non appare adeguatamente valutata.

In ordine ai criteri per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento, partenariato pubblico e privato o appalto, Anci Nazionale ritiene che oltre il rispetto dei principi indicati alle lettere

a), b) e c) [identificazione del rischio, *risk assessment* e *risk management*] occorrerebbe prevedere anche il principio della massima trasparenza di tutti gli elaborati prodotti e posti a base di gara.

Opzione scelta

Sulle modalità di calcolo della convenienza del ricorso ad un PF rispetto ad un appalto tradizionale, l'Autorità ha richiamato la metodologia maggiormente utilizzata in ambito nazionale ed internazionale, indicando il *public sector comparator* (di origine britannica) come uno dei possibili strumenti. Il PSC sopporta, al pari di ogni strumento finalizzato a stimare ex-ante i costi e i rischi di un determinato investimento, i limiti derivanti dalle metodologie adottate e dalla discrezionalità delle scelte effettuate circa i possibili scenari futuri. Naturalmente, l'Autorità si riserva la possibilità di verificare l'applicabilità di altre tecniche alternative, che potrebbero rilevarsi più confacenti al caso italiano. Ciò che il *Value for Money* richiede, ed è richiamato nella determinazione, è che il ricorso ad un finanziamento per la collettività più costoso rispetto a quello che lo Stato potrebbe ottenere direttamente nel mercato dei capitali sia più che bilanciato dalla riduzione dell'alea che si determina da una corretta allocazione dei rischi.

Di conseguenza, l'Autorità ha ritenuto che potesse essere di ausilio per le stazioni appaltanti inserire nelle Linee Guida un possibile schema di matrice dei rischi. Pertanto, il par. 5.2. è stato integrato con una tabella che riporta, nella prima colonna, alcune delle tipologie di rischio che si possono verificare nell'arco di vita del progetto. Nella seconda e nella terza la probabilità del verificarsi dell'evento e le relative conseguenze in termini di costi (e di tempo/ritardi di realizzazione dell'opera e della sua fruizione). Nella quarta colonna è indicata la possibilità di mitigazione del rischio nel caso di trasferimento dello stesso al privato; appare evidente che la risposta contenuta nella colonna (ad esempio, bassa, media, alta) dovrebbe essere correlata con la percentuale di trattenimento del rischio da parte del pubblico (colonna 6) e quella trasferita al privato (colonna 7). Nella quinta colonna sono indicati gli strumenti reputati maggiormente utili per la mitigazione del rischio.

In ordine al principio della massima trasparenza, principio generale di tutte le procedure ad evidenza pubblica, come esposto al paragrafo 4 delle Linee Guida in tema di "consultazione preventiva", è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità di garantire le informazioni strumentali ad un effettivo confronto con i soggetti interessati nel rispetto della disciplina sull'accesso agli atti.

6. L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi

Criticità riscontrate

In relazione all'affidamento dello studio di fattibilità, Anci Nazionale propone di fare esplicito riferimento alle attività di committenza ausiliarie di cui al comma 15 dell'art. 2 della Direttiva 2014/24/UE per la costituzione di soggetti di supporto per le iniziative di Ppp. In merito ai relativi corrispettivi, invece, ritiene che per le modalità di calcolo del valore del servizio di redazione dello studio di fattibilità, alla luce del suo carattere interdisciplinare (tecnico, amministrativo ed economico) e, quindi, non riconducibile *sic et simpliciter* ad incarichi tecnici di cui ai tariffari nazionali, sarebbe utile riaffermare quanto già previsto nella parte conclusiva delle «linee guida per la redazione dello studio di fattibilità», di cui alla determinazione AVCP n. 1/2009, laddove alla conclusione del documento è

indicato che per la stima del costo delle prestazioni ci si dovrebbe basare sul numero di giornate-uomo necessarie per il loro svolgimento.

Sul tema, l'Università Bocconi ritiene, invece, che sarebbe opportuno che le amministrazioni assumessero un vero e proprio ruolo di *project management*, evitando di appaltare all'esterno la totalità delle prestazioni a un unico soggetto (anche ATI), preferendo piuttosto il modello “*hub-spoke*” in base al quale le amministrazioni dovrebbero indentificare le competenze rilevanti per redigere lo studio di fattibilità e, quindi, avviare percorsi di selezione diversificati, sulla base delle specifiche attività che formano lo studio di fattibilità.

Opzione scelta

La nuova Direttiva Appalti 2014/24/UE definisce «attività di committenza ausiliarie» quelle attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, che dovrebbero essere fornite dalle centrali di committenza (v. Considerando 70, art. 2 n. 15 e art. 37 della Direttiva). Nessun analogo riferimento è contenuto nella Direttiva Concessioni 2014/23/UE. Nelle Linee Guida è stato, tuttavia, evidenziato che, anche sulla base delle modalità con cui saranno recepite le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni, le amministrazioni potranno far ricorso a soggetti di supporto e/o unità tecniche di riferimento che si occupano di programmazione e gestione degli interventi, strutturazione delle gare, monitoraggio dei contratti, interne alla Pubblica Amministrazione.

Ad ogni modo, nelle Linee Guida è stato aggiunto il paragrafo 3.4 dedicato alla “centralizzazione della domanda” finalizzato a chiarire l'applicabilità o meno alle concessioni di lavori affidate mediante finanza di progetto del novellato art. 33, comma 3-bis, del Codice, che prevede un obbligo di acquisto aggregato/centralizzato per i Comuni non capoluogo di provincia, che dovrebbe estendersi, stante l'attuale contesto normativo, anche alle concessioni di lavori. In particolare, con la Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015, in fase di aggiornamento, l'Autorità ha evidenziato che, da un punto di vista formale, depone a favore dell'applicabilità della predetta disposizione alle concessioni di lavori l'art. 142, comma 3, del Codice, secondo cui «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice», tra le quali è contenuto l'art. 33, la cui applicazione non è derogata da nessuna disposizione.

Ciò premesso, al fine di stabilire se la disposizione in esame trova applicazione anche per le concessioni di lavori affidate mediante finanza di progetto deve aversi riguardo a quanto stabilito all'art. 152 del Codice che - in apertura del Capo III (del Titolo III - Parte II del Codice) dedicato a «Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per il lavori e del contratto di disponibilità» - individua la disciplina comune applicabile a tali procedure di affidamento. In particolare, l'art. 152 prevede l'applicazione delle disposizioni del Titolo I – Parte II del Codice (in cui è contenuto l'art. 33 in esame) solo «in quanto non incompatibili» con le previsioni del succitato Capo III.

Al riguardo, si osserva che la centralizzazione consentirebbe, soprattutto in un settore come quello della finanza di progetto, caratterizzato da una particolare complessità tecnica, economica e giuridica, di ridurre i rischi connessi alla gestione delle procedure, in virtù della maggiore competenza dei soggetti aggregatori e della crescente specializzazione che dovrebbe essere assicurata agli altri soggetti deputati alla centralizzazione della domanda. Ulteriori vantaggi possono derivare dalla centralizzazione in termini di programmazione, progettazione, mancata duplicazione degli interventi e riduzione dei costi.

Tuttavia, come già evidenziato dall'Autorità nella bozza di determinazione avente ad oggetto «Obbligo per i Comuni non capoluogo di provincia di procedere all'acquisizione di lavori, beni e servizi in forma aggregata - art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo del 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii. – Ulteriori indirizzi interpretativi», non possono non rilevarsi le difficoltà applicative del comma 3-bis dell'art. 33 del Codice alle concessioni di lavori, tenuto conto della specificità delle stesse e della necessità di un raccordo molto stretto che la gestione di un rapporto concessorio impone all'eventuale pluralità di enti concedenti. Si fa riferimento alle difficoltà di aggregazione degli interventi da realizzare, avendo riferimento alla specificità dei lavori, per i quali è più facilmente ipotizzabile una centralizzazione della procedure piuttosto che un'aggregazione dell'acquisti (che può, invece, più agevolmente avvenire per servizi e forniture); o, ancora, alle difficoltà connesse alla gestione dell'intera procedura che implica un coinvolgimento attivo dell'amministrazione (si pensi alla richiesta di modifica al progetto preliminare e, in caso di mancata accettazione del promotore, all'interpello di quelli che seguono in graduatoria (art. 153, comma 3 del Codice).

Con riferimento alla proposta dell'Università Bocconi di preferire un modello “*hub-spoke*” per l'affidamento all'esterno dello studio di fattibilità, che sarebbe quindi affidato a più soggetti in relazione alle specifiche competenze di ciascuno, si ritiene tale soluzione non condivisibile dal momento che l'unicità del soggetto affidatario, il quale deve comunque garantire tutte le professionalità necessarie alla redazione dello studio di fattibilità, è indispensabile per consentire l'integrazione ed il contemperamento dei diversi aspetti e fattori interessati dal progetto.

In ordine ai corrispettivi, si ribadisce quanto già indicato nel documento di consultazione, ossia che l'Allegato Z2 del d.m. 31 ottobre 2013, n. 143, «Regolamento recante determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria», prevede ora i corrispettivi per i diversi servizi rientranti nella parte di progettazione degli studi di fattibilità. Al riguardo, nelle Linee Guida si è comunque ritenuto opportuno precisare, in linea con quanto indicato nella determinazione n. 4/2015, che le amministrazioni sono tenute ad esplicitare le relative modalità di calcolo al fine di garantire la massima trasparenza.

7. Contenuti del bando e del disciplinare di gara

Criticità riscontrate

In ordine ai contenuti del bando di gara e del disciplinare, sono pervenute le seguenti osservazioni.

Anci Nazionale ritiene che occorrerebbe prevedere non solo la possibilità di sfruttare anticipatamente parte di un'opera laddove i lavori non siano ancora terminati ma anche la possibilità di sfruttare anticipatamente le opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione.

Nel contributo pubblicato in forma anonima si osserva che la durata della concessione dovrebbe essere tale da non compromettere la libertà economica delle aziende del settore. Quindi, oltre che prevedere una durata minima più ampia rispetto agli appalti, si dovrebbe prevedere una durata massima non eccessiva, eventualmente prorogabile, al fine di garantire la libera concorrenza e/o l'aggiornamento della qualità dei servizi. Potrebbero, altresì, essere previste delle durate differenziate per tipologia di concessione, nonché la possibilità, prima della scadenza della concessione, di rinegoziare il contratto a vantaggio dell'Amministrazione, entro *range* definiti, tenendo conto dell'innovazione

tecnologica e/o comunque delle mutate condizioni del servizio. Si potrebbe, inoltre, prevedere un aggiornamento quinquennale del piano economico-finanziario.

L'Università Bocconi in relazione ai contenuti del piano economico finanziario suggerisce di far menzione nel testo della Determinazione dell'importanza della valutazione della componente "allocazione dei rischi" all'operatore privato, che si traduce in specifici valori all'interno dei costi operativi e di costruzione. Inoltre, ritiene di rilevante importanza la definizione di tutti i parametri della struttura finanziaria, che tra l'altro dovrebbe indicare in modo chiaro (e motivato) il rendimento atteso del capitale investito.

In relazione poi ai criteri di valutazione e nello specifico agli elementi economico-finanziari sarebbe opportuno chiarire che oggetto della valutazione dovrebbero essere gli "output" del progetto, *ceteris paribus* in termini di qualità. Ovvero, l'output è quanto paga la PA e/o il cittadino. In altri termini, oggetto di valutazione dovrebbero essere i contributi erogati dalla PA (se vi sono), i canoni di disponibilità o le tariffe a seconda che sia operazione a tariffazione sull'utente o sulla PA. Infatti, si ritiene molto rischioso e poco opportuno disperdere i punteggi su vari elementi, tra l'altro poco definiti, come quelli indicati genericamente all'art. 153.

Inoltre, sarebbe anche opportuno che l'amministrazione avesse la possibilità di valutare l'attendibilità del Piano, che è elemento che, nei fatti, non viene mai assicurato dalle asseverazioni. Infatti, a tal proposito, occorrerebbe una profonda revisione dell'asseverazione, che purtroppo ad oggi non rappresenta affatto certificazione di qualità e attendibilità del piano economico finanziario. Studi condotti dall'Università Bocconi, basati su un modello multi-agente, dimostrano infatti che un'amministrazione capace di assegnare un punteggio anche legato all'affidabilità/bontà/appropriatezza del Piano è in grado di ridurre in modo significativo i fenomeni di azzardo morale che caratterizzano queste operazioni e che possono portare poi a una non adeguata allocazione dei rischi ex post, specie in presenza di contratti imperfetti.

Opzione scelta

Con riferimento alla possibilità di consentire al concessionario una gestione funzionale ed economica anticipata delle parti di opere già realizzate, così come previsto dal comma 4 dell'art. 143, si ribadisce l'opportunità di dettagliare nei documenti di gara gli stralci funzionali o le parti di opera che possono essere oggetto di gestione autonoma o anticipata rispetto al completamento dei lavori, anche relativamente ad opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione, poste al servizio di quelle principali. Al riguardo, si è ritenuto opportuno integrare le Linee Guida richiamando l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che i flussi di cassa derivanti dall'eventuale gestione anticipata siano computati nel piano economico-finanziario e tenuti in considerazione anche ai fini della determinazione della durata contrattuale.

Sulla durata delle concessioni, tenuto conto che l'Autorità non può intervenire sulle disposizioni normative in vigore, nel paragrafo 6.3 delle Linee Guida è stata richiamata espressamente l'opportunità di attenersi a quanto indicato nella Direttiva 2014/23/UE, che al Considerando n. 52, indica «per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti» (v. anche art. 18). Si è ritenuto opportuno ulteriormente

precisare nelle Linee Guida che, ai fini della determinazione della durata contrattuale, deve tenersi conto della complessità dell'operazione posta in essere e dei flussi di cassa complessivi dalla stessa generati.

In ordine alla richiesta di prevedere rinegoziazioni del contratto a vantaggio dell'Amministrazione e/o revisioni del Piano, si richiama quanto già statuito al comma 8 dell'art. 143, laddove prevede che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o condizioni di base del PEF, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In particolare, la disposizione in esame prevede espressamente che nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente.

In relazione ai contenuti del Piano, nelle Linee Guida è stato evidenziato che, in assenza di una chiara specificazione nel Regolamento degli elementi costitutivi del piano economico-finanziario, si ritiene che debbano essere contenuti nello stesso almeno gli elementi oggetto di valutazione nel processo di asseverazione di cui all'art. 96, comma 5 del Regolamento (prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice; prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti; canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione; tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione; durata prevista della concessione; struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario; costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe).

Al riguardo, si condivide quanto evidenziato dall'Università Bocconi in ordine all'importanza di una corretta identificazione ed allocazione dei rischi tra l'operatore privato e l'operatore pubblico per poter efficacemente intraprendere un'operazione di PF, dal momento che tale valutazione consente di stimare l'effettiva convenienza del ricorso a tale strumento rispetto ad un tradizionale contratto di appalto. Ciò appare tanto più rilevante se si considera che la possibilità di una contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PF può indurre le amministrazioni a scegliere tale strumento proprio al fine di superare i vincoli di finanza pubblica e del patto di stabilità, senza tuttavia verificare preventivamente la sostenibilità del progetto e la relativa convenienza.

Pertanto, particolare attenzione deve essere posta alle clausole contrattuali che regolano l'allocazione dei rischi in capo ai contraenti, la quale deve essere evidenziata in maniera dettagliata, chiara, oggettiva ed inequivocabile nel contratto. Come noto, per una corretta ed efficiente allocazione dei rischi ciascun rischio dovrebbe essere posto in capo alla parte più idonea a gestirlo. Pertanto, può affermarsi che, in linea generale, l'amministrazione dovrebbe assumersi i rischi legati al tempestivo ed efficiente svolgimento dell'iter amministrativo ed autorizzativo, mentre dovrebbero fare capo al concessionario i rischi inerenti la progettazione, costruzione, collaudo, messa in esercizio, manutenzione, gestione e finanziamento dell'opera. Tale allocazione dei rischi dovrebbe costituire anche una parte importante del piano economico e finanziario, oltre che costituire un elemento fondamentale ed imprescindibile della documentazione di gara e della successiva convenzione.

In relazione ai criteri di valutazione, nelle Linee Guida è stato richiamato quanto statuito dal comma 5 dell'art. 153, secondo il quale tali criteri devono includere, oltre a quanto previsto dall'art. 83 del Codice, anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, al valore economico finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. È stata, inoltre, evidenziata l'opportunità che

l'amministrazione, nella valutazione del valore economico-finanziario del piano, presti particolare attenzione agli oneri economici previsti a carico della pubblica amministrazione e/o dell'utenza (contributi erogati dalla PA, canoni di gestione, tariffe).

In ordine alla necessità che l'amministrazione valuti anche l'attendibilità del PEF, si evidenzia che l'asseverazione del piano economico finanziario da parte dell'Istituto di credito o della società a ciò abilitata attesta la correttezza e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione e fornisce una positiva valutazione sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) verificandone l'equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto; tuttavia, tale attestazione si basa esclusivamente sui dati forniti dall'impresa, essendo rimessa all'amministrazione la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo (Cons. St., Sez. V, 17 giugno 2009, n. 3944; 10 novembre 2005, n. 6287). Peraltro, si ritiene che possa concordarsi con quanto affermato dall'Università Bocconi in ordine alla necessità di una profonda revisione dell'istituto dell'asseverazione, che purtroppo, ad oggi, non è in grado di certificare effettivamente la coerenza ed attendibilità del piano proposto, dal momento che l'Istituto bancario resta estraneo alla correttezza e congruità dei dati di partenza e delle ipotesi industriali utilizzate per la redazione del PEF, che restano di esclusiva responsabilità dell'operatore economico che ha richiesto l'asseverazione e dal momento che l'asseverazione non comporta alcun impegno dell'Istituto bancario al successivo finanziamento dell'opera. Ciò è dovuto anche al lungo lasso di tempo che ad oggi ancora si registra tra il momento dell'asseverazione e quello del *closing* finanziario, nel corso del quale possono variare molte delle condizioni valutate al momento dell'asseverazione. Tali considerazioni rendono ancor più necessaria la valutazione dell'attendibilità del PEF da parte dell'amministrazione, in ordine alla quale la stessa esercita un potere discrezionale, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti (Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843; sull'obbligo di verifica della sostenibilità finanziaria dell'operazione da parte del soggetto concedente, v. Cons. St., sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503 e 10 gennaio 2012 n. 39).

8. Le garanzie

Criticità riscontrate

Olimpia Agency Spa, relativamente al rilascio di una cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, che garantisca il pagamento del progetto realizzato dal promotore nel caso in cui l'aggiudicatario sia persona diversa dallo stesso promotore, si chiede innanzitutto se tale garanzia debba essere presentata anche dal promotore stesso. Infatti, ritiene che possa essere un controsenso richiedere la presentazione di tale ulteriore cauzione anche da parte del soggetto che ha presentato il progetto e dovrebbe ricevere il pagamento dell'importo garantito da parte dell'aggiudicatario.

Olimpia Agency Spa segnala, inoltre, che spesso in sede di aggiudicazione e di rilascio della cauzione definitiva ex art. 113 D. Lgs. 163/2006, non si presta adeguata attenzione alla fondamentale distinzione tra la fase di costruzione e la successiva fase di gestione, con la conseguenza che le stazioni appaltanti richiedono il rilascio di una cauzione definitiva omnicomprensiva, il cui importo è calcolato sulla quota parte di investimento che riguarda i lavori cumulata a quella che comprende i costi di gestione. Invece, l'art. 153 del Codice letteralmente fa riferimento ad una cauzione definitiva e ad una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi derivanti dalla gestione dell'opera. La questione produce importanti effetti sulla garanzia ex art. 113 D. Lgs

163/2006, sia relativamente all'importo della garanzia sia alla sua durata. La cauzione definitiva rilasciata a garanzia della corretta esecuzione dei lavori ha, infatti, una scadenza che coincide con il corretto completamento dei lavori stessi ed il suo ammontare è gradualmente diminuito in proporzione ai lavori eseguiti attraverso la presentazione degli stati di avanzamento lavori. Pertanto, il soggetto garante sarebbe esposto esclusivamente per l'importo garantito e calcolato sulla base dell'importo totale dei lavori, il quale non comprenderebbe anche il distinto e non cumulabile importo relativo ai costi di gestione. In sostanza, in mancanza di una siffatta distinzione, il garante si potrebbe vedere esposto all'ipotesi di escussione della cauzione definitiva e, quindi, al pagamento dell'intero importo garantito con la stessa, sia in caso di mancato o inesatto adempimento del contratto di appalto, sia in caso di inadempimento degli obblighi relativi alla gestione dell'opera. Inoltre il garante resterebbe obbligato al rilascio di una garanzia di durata decisamente lunga, trattandosi anche di garanzia degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, senza poter godere del beneficio dello svincolo automatico proporzionato ai lavori eseguiti. Dovrebbe, invece, restare distinta la cauzione definitiva dalla cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi derivanti dalla gestione. In tal modo, la prima avrebbe un importo calcolato solo sul costo dei lavori, una scadenza coincidente con il termine dei lavori stessi e la possibilità di automatica riduzione proporzionata alle opere realizzate. La seconda avrebbe un importo calcolato esclusivamente sulla quota relativa ai costi di gestione.

Infine, allo scopo di evitare che il PF, esponendo gli operatori a costi elevati, sia appannaggio solo di pochi, Olimpia Agency ritiene che, ad esempio, un importo fisso della cauzione definitiva pari al 10 per cento, calcolato sul valore contrattuale, consentirebbe di individuare in via fissa e predeterminata l'importo da garantire, già nella fase di partecipazione alla gara, riducendo così i costi globali del progetto di finanza e altresì diminuendo l'alea che caratterizza la cauzione definitiva. Tale obiettivo si potrebbe inoltre perseguire anche riducendo la durata contrattuale e prevedendo ad esempio dei tempi di gestione meno lunghi. Questa soluzione potrebbe avere il beneficio di rilasciare garanzie per una durata inferiore e rendere meno gravosa la posizione delle compagnie assicurative. È, infatti, difficile reperire nel mercato garanti in grado di esporsi per un periodo di tempo notevolmente lungo, con il rischio, sempre più attuale, che le imprese cerchino di reperire i prodotti assicurativi necessari in mercati secondari e poco affidabili.

In ordine alla cauzione a garanzia delle penali per il mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla fase di gestione dell'opera, AISCAT segnala l'indisponibilità degli operatori assicurativi o finanziari a rilasciare garanzie per l'intera durata della concessione e ritiene, pertanto, auspicabile il riconoscimento della possibilità per il concessionario di stipulare garanzie di durata più limitata, con obbligo di rinnovo per tutto il periodo di gestione dell'opera.

Opzione scelta

Nella procedura a gara unica e nella prima fase della procedura a doppia gara la cauzione del 2,5% del valore dell'investimento è presentata a corredo dell'offerta e, quindi, in un momento in cui non è stato ancora individuato il promotore.

Nella procedura a doppia gara, inoltre, il promotore - nel caso in cui eserciti il diritto di prelazione a valle della seconda gara - è tenuto a versare, tramite l'amministrazione aggiudicatrice, al miglior offerente le spese di partecipazione alla gara (che non possono superare il 2,5% del valore dell'investimento). Per tali ragioni è necessario che anche il promotore presenti la cauzione del 2,5%.

Con riferimento, invece, alle garanzie che è tenuto a prestare il soggetto aggiudicatario, si concorda con l'osservazione che la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera sono due cauzioni distinte, il cui importo è normativamente fissato. Precisamente l'importo della cauzione definitiva è fissato dall'art. 113 del Codice in misura pari al «10 per cento dell'importo contrattuale» mentre l'importo della citata cauzione a garanzia delle penali è fissato dall'art. 153 del Codice in misura pari al «10 per cento del costo annuo operativo di esercizio»; inoltre, mentre la prima cauzione deve essere prestata al momento della sottoscrizione del contratto, la seconda è dovuta dalla data di inizio dell'esercizio del servizio.

In ordine alla progressiva e proporzionale riduzione della cauzione definitiva di cui all'art. 113 in correlazione con l'avanzamento dei lavori, appare opportuno evidenziare che la giurisprudenza ha affermato che l'art. 113, co. 3, del Codice e l'art. 123, co. 1, del Regolamento sono vevoli anche per gli affidamenti in project financing e che il principio, sancito dalla norme richiamate, di progressiva e proporzionale riduzione della garanzia in correlazione con l'avanzamento dei lavori, ha carattere imperativo (come testimoniato dalla nullità testuale delle pattuizioni in deroga), integrando “*ab externo*” il regolamento contrattuale, quindi anche in sostituzione delle eventuali clausole difformi (TAR Lombardia, 14 novembre 2013, n. 2518).

Pertanto, si ribadisce la distinzione tra le due cauzioni sopra descritte, evidenziando che le amministrazioni non possono chiedere il rilascio di una cauzione unica, comprensiva di entrambe le garanzie, dato anche il diverso *dies a quo* delle due garanzie.

In ordine ad una riduzione della durata della cauzione quale conseguenza di una ridotta durata contrattuale, le Linee Guida, come già sopra rilevato, evidenziano che la durata contrattuale può rappresentare uno degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e richiamano le indicazioni fornite dal legislatore europeo nel Considerando n. 52 della Direttiva 2014/23/UE.

Infine, non sembrano sussistere impedimenti alla possibilità, richiesta da Aiscat, di stipulare una cauzione a garanzia delle penali di durata più limitata rispetto al previsto periodo di gestione dell'opera, con obbligo di rinnovo per tutto il periodo di gestione. Tuttavia, in tal caso è necessario che la cauzione oggetto di rinnovo sia fornita prima che venga a scadenza quella precedente, al fine di assicurare all'amministrazione la possibilità di escussione nel caso in cui il concessionario non riesca a rinnovarla oppure decida di abbandonare il progetto.

9. Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione

Criticità riscontrate

Il Presidente del comitato di cittadini contro il collegamento autostradale Torricelle ha evidenziato l'opportunità di chiarire nelle Linee Guida il momento nel quale, in caso di procedura a doppia gara, il promotore è tenuto a presentare la dichiarazione sul possesso dei requisiti, che non dovrebbe essere oltre la data ultima stabilita per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti alla seconda gara.

Opzione scelta

L'art. 153, comma 8, del Codice stabilisce che alla procedura ivi disciplinata sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal Regolamento per il concessionario, anche associando o

consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38.

Nella determinazione n. 3/2009 l'Autorità ha previsto, sia nella procedura a gara unica, sia nella prima fase (volta all'individuazione del promotore) che nella seconda fase (volta all'aggiudicazione della concessione) della doppia gara, che la commissione giudicatrice procede, nella prima seduta pubblica o in sedute successive pubbliche, "ad una verifica circa il possesso dei requisiti generali e speciali dei concorrenti al fine della loro ammissione alla gara, sulla base delle dichiarazioni da essi presentate e dei riscontri eventualmente rilevabili dai dati risultanti dal casellario informatico delle imprese istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e ad effettuare, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006, il sorteggio di almeno il dieci per cento dei concorrenti da sottoporre alla verifica del possesso dei requisiti speciali".

Al riguardo, è necessario che il promotore, che non partecipa alla successiva gara ma è titolare del diritto di prelazione, abbia i requisiti del concessionario sin dalla prima fase di gara e, quindi, anche nella seconda gara.

Per quanto concerne i requisiti di ordine generale è evidente che questi debbano essere posseduti in tutte le fasi in cui si articola la procedura di gara; mentre per i requisiti di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, possono verificarsi due ipotesi: 1) in sede di approvazione del progetto presentato dal promotore non sono state apportate modifiche sostanziali e, di conseguenza, i requisiti di partecipazione restano quelli indicati nel bando, il cui possesso da parte del promotore deve essere verificato alla conclusione delle operazioni della prima gara; 2) il progetto necessita di modifiche che comportano requisiti ulteriori rispetto a quelli inizialmente richiesti e, in tal caso, laddove il promotore accetti di modificare il progetto, si ritiene che la verifica dei nuovi requisiti in capo allo stesso andrà eseguita prima della indizione della seconda gara, dal momento che il promotore non partecipa a tale seconda gara ma, ove non siano presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose, il contratto è aggiudicato allo stesso. Laddove il promotore necessiti di possedere requisiti in misura maggiore a quelli inizialmente richiesti, si ritiene che possa integrare la propria compagine con nuovi soggetti che apportino ulteriori requisiti.

Tale interpretazione si impone per ragioni di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, dal momento che laddove il promotore, il cui progetto è stato approvato e posto a base della seconda gara, non possieda i requisiti di partecipazione potrebbe essere del tutto vanificato l'esperimento della seconda gara (situazione che si verifica quando non vi è un'offerta valutata economicamente più vantaggiosa), con conseguente dispendio di tempo e risorse.

Naturalmente, restano ferme le verifiche di legge che l'amministrazione dovrà eseguire al momento della stipula del contratto di concessione.

10. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21)

Criticità riscontrate

Il Comune di Conegliano, con riferimento allo svolgimento di una procedura ad iniziativa di privati (comma 19), chiede di chiarire quando la cauzione provvisoria di cui all'art. 75, che deve essere allegata alla proposta, possa essere escussa dall'Amministrazione essendo questa a garanzia di un contratto che, nel momento in cui viene presentata, non è detto che ci sarà in quanto non solo non è stata indetta alcuna gara ma la proposta deve ancora essere dichiarata di pubblico interesse. Si chiede, inoltre, se, a seguito dell'approvazione del progetto preliminare e dell'avvio della gara per l'affidamento della concessione, il promotore possa, in sede di gara, avvalersi della stessa cauzione provvisoria già

presentata in sede di proposta eventualmente prorogata se fossero superati i 180 gg. di validità della stessa.

Opzione scelta

Il comma 19 dell'art. 153 disciplina la procedura ad iniziativa privata per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale, prevedendo che la proposta dell'operatore economico sia corredata dalla cauzione di cui all'art. 75 del Codice. Come noto, il comma 6 del predetto art. 75 stabilisce espressamente che tale cauzione copre il rischio di «mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario». Appare evidente, tuttavia, che nella procedura descritta nel comma 19 dell'art. 153 e, in particolare, nella prima fase di valutazione delle proposte presentate dai privati, non solo non è presente ancora alcun contratto da stipulare ma non è stato ancora stabilito se ci sarà una gara per l'affidamento della concessione oggetto di proposta. Infatti, solo laddove la proposta presentata sia valutata di pubblico interesse e sia stato approvato il progetto preliminare, l'amministrazione aggiudicatrice pubblicherà una gara per l'affidamento della concessione, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato. A questa gara è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore, il quale, come gli altri concorrenti, dovrà presentare un'offerta.

Pertanto, sono sorti dubbi su quale possa essere la finalità della cauzione provvisoria posta a corredo della proposta originaria e, quindi, su quali possano essere i casi nei quali - nel corso della prima fase della procedura descritta al comma 19 (ossia prima dell'eventuale indizione della gara per l'affidamento della concessione) - l'amministrazione è tenuta a procedere all'escussione di tale cauzione. Al riguardo, giova ricordare, innanzitutto, quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 10 dicembre 2014 n. 34: l'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica e la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. Inoltre, per costante giurisprudenza essa costituisce una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, qualora non si pervenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario.

Pertanto, con riferimento alla fattispecie in esame, si ritiene che la cauzione possa essere escussa nel caso in cui l'amministrazione accerti la mancanza in capo al proponente dei requisiti di cui al comma 21 dell'art. 153, il cui possesso è stato autodichiarato dal proponente medesimo; inoltre, si ritiene che, per analogia, possa farsi riferimento a quanto previsto al comma 17 dell'art. 153 (per l'ipotesi di PF su proposta di privati in relazione a lavori inseriti in programmazione) a tenore del quale la cauzione deve essere incamerata nel caso di mancata partecipazione del proponente alla successiva gara per l'affidamento della concessione avente ad oggetto il progetto preliminare approvato dalla stazione appaltante a seguito della proposta ricevuta.

In ordine alla possibilità per il proponente di avvalersi, nella gara indetta per l'affidamento della concessione, della cauzione provvisoria già prodotta a corredo dell'originaria proposta, si rappresenta quanto segue.

Sul punto, appare utile richiamare quanto previsto al comma 19, quinto periodo: «la proposta è corredata (...) dalla cauzione di cui all'articolo 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo [*n.d.r.* ossia del 2,5% del valore dell'investimento], nel caso di indizione di gara».

Il legislatore ha, quindi, richiesto che nella prima fase della procedura sia acquisito un espresso impegno del fideiussore (che ha già prestato la cauzione provvisoria) a prestare, in caso di successiva gara, l'ulteriore garanzia del 2,5%. Il legislatore sembra, pertanto, considerare già acquisita - anche per l'eventuale successiva fase di gara - la cauzione ex art. 75. Altrimenti, sarebbe stato ragionevole che il legislatore avesse richiesto l'impegno del fideiussore a rilasciare, nella eventuale successiva gara, entrambe le garanzie necessarie (la cauzione provvisoria e quella del 2,5%). Pertanto, nel caso d'indizione della gara per l'affidamento della concessione, a seguito della positiva valutazione di pubblico interesse della proposta presentata e dell'approvazione del progetto preliminare, si ritiene che l'attuale quadro normativo non impedisca al promotore di avvalersi della cauzione provvisoria allegata alla proposta originaria e di presentare solo la cauzione del 2,5% del valore dell'investimento. Si ritiene, tuttavia, in tal caso, anche al fine di evitare possibili contestazioni in sede di escussione, che la cauzione rilasciata a corredo della proposta originaria debba far espresso riferimento al fatto che è posta a garanzia anche dell'offerta che sarà presentata dal promotore in caso di indizione della gara. Inoltre, è altresì necessario che nella successiva fase di gara tale cauzione sia eventualmente integrata nell'importo, laddove il valore economico del progetto preliminare posto a base di gara fosse maggiore del valore stimato nella proposta originaria e che sia altresì esteso il termine di validità della garanzia al fine di coprire l'intero periodo di efficacia dell'offerta presentata dal promotore in sede di gara per l'affidamento della concessione. Resta, infatti, nell'ambito dell'autonomia dei rapporti privati tra operatore economico e fideiussore la scelta tra il rilascio di un'unica cauzione al momento della presentazione della proposta, da riferire anche all'eventuale successiva proposta ed eventualmente da integrare nell'importo e nella durata, oppure, il rilascio di due distinte cauzioni. L'interesse della stazione appaltante è soddisfatto, infatti, in entrambi i casi, con la presenza di una garanzia che accompagna l'offerta presentata in sede di gara che sia conforme in termini di importo e di durata alle disposizioni di legge e della *lex specialis*.

Tale interpretazione appare idonea ad evitare ulteriori ed inutili oneri a carico del promotore consentendo, allo stesso tempo, il soddisfacimento dell'interesse della stazione appaltante, della ratio della norma di cui all'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 nonché del principio del favor participationis.

11. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto

Criticità riscontrate

In ordine ai contenuti dello schema di convenzione, gli operatori intervenuti in sede di consultazione hanno generalmente apprezzato l'intenzione dell'Autorità di procedere all'adozione di uno schema di convenzione-tipo, manifestando interesse a poter fornire il proprio contributo alla luce delle specifiche esperienze da ciascuno maturate.

In merito alla fase di esecuzione dei lavori, Anci Nazionale ritiene che la stessa dovrebbe essere maggiormente disciplinata anche mediante il ricorso a forme di "*soft law*". In particolare, si ritiene necessario operare una differenziazione circa la nomina del Direttore dei Lavori individuando come discrimine la natura del rapporto concessorio. Si ritiene, infatti, che laddove i lavori sono finalizzati a soddisfare esigenze dirette della pubblica amministrazione e il concessionario sia remunerato attraverso un canone di disponibilità, la nomina del Direttore dei Lavori debba essere posta in capo all'ente concedente.

In ordine alla revisione del piano economico-finanziario ed alla disciplina relativa al recesso del concessionario in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. suggerisce che le Linee Guida:

- chiariscano che le fattispecie suscettibili di giustificare il riequilibrio del PEF (ad oggi previste dall'art. 143, co. 8 bis del Codice contratti pubblici) non rientrano unicamente nelle ipotesi di *factum principis* e di modifiche legislative attualmente regolate dal comma 8, articolo 143, Codice dei contratti pubblici;
- definiscano la portata dei diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso, anche alla luce della previgente legge quadro n. 109/1994, che rinviava alle previsioni stabilite per la risoluzione per inadempimento del concedente prevedendo in tali casi il riconoscimento delle somme di cui alle lettere (a) e (b) del comma 1 dell'art. 158 del Codice dei contratti pubblici;
- prevedano l'individuazione del soggetto tenuto al pagamento delle somme di cui all'alinea precedente e di meccanismi di pagamento idonei a dare certezza sui tempi di incasso;
- precisino che il ricorso alla proroga del termine di scadenza delle concessioni nei casi di riequilibrio deve comunque assicurare il rispetto dei parametri finanziari espressi nel piano economico-finanziario, ivi inclusi quelli connessi alla cadenza temporale degli adempimenti correlati, quali il rimborso del debito finanziario contratto.

In ordine alle conseguenze derivanti dalla scadenza, anche anticipata, del contratto di Ppp, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. suggerisce di precisare nelle Linee Guida che:

- qualora, a seguito di scadenza naturale o cessazione del rapporto concessorio, il concedente intenda individuare un nuovo concessionario per l'affidamento della concessione, le procedure di gara per la relativa selezione siano indette con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione e, negli altri casi, entro termini ragionevoli;
- il bando della gara per l'affidamento della concessione possa prevedere che il pagamento dell'indennizzo in favore del concessionario uscente sia posto a carico del nuovo concessionario subentrante;
- in ogni caso, il bando della gara per l'affidamento della concessione preveda che il subentro del nuovo concessionario sia sospensivamente condizionato al pagamento al concessionario uscente dell'indennizzo, fatta salva la facoltà del concessionario uscente di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i relativi ricavi e senza obbligo di effettuare ulteriori investimenti, fino alla effettiva corresponsione delle somme dovute;
- che, nel caso in cui l'indennizzo, laddove dovuto nelle ipotesi di cessazione anticipata della concessione, non sia corrisposto entro un congruo termine (es. 24 mesi dalla cessazione del rapporto concessorio), il pagamento dell'indennizzo sia direttamente esigibile da parte del concessionario nei confronti del concedente, anche nelle more dell'eventuale procedura di gara avviata per l'individuazione del nuovo concessionario;
- che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concessionario o altro motivo attribuibile allo stesso siano rimborsati al concessionario gli importi attualmente previsti dal comma 1, lettera a) del dell'art. 158 del Codice contratti pubblici;
- che, l'indennizzo includa gli oneri connessi allo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e altri costi derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti relativi ai finanziamenti ottenuti dal concessionario;
- che, le somme dovute al concessionario a seguito della cessazione anticipata del rapporto concessorio siano destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di obbligazioni di progetto (articolo 157 Codice dei contratti

pubblici), e siano indisponibili per il concessionario fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

In ordine all'istituto del c.d. "subentro" (art. 159 del Codice), Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. evidenzia che l'attuale disciplina pone alcune problematiche che incidono sulla finanziabilità dei progetti, in particolare:

- il rinvio al contratto o, in mancanza di specifica clausola, alla determinazione dell'amministrazione aggiudicatrice per la fissazione del termine entro il quale gli enti finanziatori possono designare un nuovo concessionario, non tiene conto del fatto che detto termine deve necessariamente essere congruo in ragione della complessità delle attività preliminari che gli enti finanziatori e il potenziale interessato devono svolgere;
- la previsione di un decreto del Ministro delle infrastrutture per fissare criteri e modalità di attuazione del cosiddetto diritto di subentro (comma 2, articolo 159, Codice dei contratti pubblici), unitamente alla previsione che, nelle more dell'emanazione del suddetto decreto, rimette alle parti la facoltà di definire nel contratto i medesimi aspetti (comma 26-bis, art. 253, Codice dei contratti pubblici), si presta a letture strumentali che spesso inficiano di fatto la possibilità di esercitare tale diritto.

Anche AISCAT evidenzia che il subentro, laddove non supportato da idonee garanzie, ostacola fortemente la bancabilità del progetto dal momento che gli istituti bancari non sono disposti a finanziare valori la cui recuperabilità possa risultare incerta. Sarebbe, pertanto, necessario garantire, attraverso l'inserimento di apposite norme convenzionali, che:

- il subentro del nuovo concessionario, sia contestuale al pagamento (da parte del concessionario entrante al concessionario uscente) del valore di subentro;
- il diritto del concessionario uscente, che prosegue nella gestione fino all'effettivo incasso del valore di subentro, a vedersi riconosciuto: i) per un dato periodo la remunerazione del capitale investito nei termini previsti nel PEF allegato alla Convenzione (metodologia del WACC); ii) oltre tale termine, una remunerazione aggiuntiva rispetto a quanto definito al punto precedente, fino all'effettivo pagamento del valore di subentro.

In assenza di garanzie di tal genere, appare senz'altro preferibile, ai fini della bancabilità del progetto, impostare la concessione prevedendo un orizzonte temporale adeguato a garantire, nell'arco della durata contrattuale, il recupero degli investimenti e la remunerazione del capitale, a tariffa sostenibile.

L'Università Bocconi suggerisce di specificare il significato di equilibrio economico e finanziario, concetto spesso non chiaro nell'ambito delle concessioni di costruzione e gestione.

Infine, sulle modalità di esecuzione della concessione AISCAT evidenzia che la Direttiva 2014/23 lascia il concessionario sostanzialmente libero di adempiere al proprio contratto organizzandosi nel modo che ritiene più opportuno, vale a dire eseguendo direttamente, anche tramite società collegate, oppure sub-affidando liberamente a soggetti terzi. La presenza di elementi di rigidità nella disciplina della concessione e della sua esecuzione sarebbe, infatti, destinata a tradursi in perdita di appetibilità delle operazioni di partenariato.

Opzione scelta

In merito alla direzione dei lavori, occorre rilevare che gli artt. 130 del Codice dei contratti pubblici e 147 del Regolamento prevedono che l'attività di direzione dei lavori sia espletata dalle amministrazioni aggiudicatrici. Deve ritenersi che tali disposizioni siano applicabili anche alle

concessioni, non essendo stata prevista alcuna deroga nella specifica disciplina dettata per le concessioni (alle quali si applicano le disposizioni del Codice, salvo che non siano derogate nel Capo II ad esse dedicato - art. 142, comma 3). L'unica deroga alla nomina del direttore dei lavori da parte della stazione appaltante è prevista per l'affidamento a contraente generale. L'art. 176, comma 2, lett. d), del Codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, che il contraente generale provvede «all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione». La ratio di tale previsione è da ricercarsi in alcune caratteristiche qualificanti la figura del contraente generale e, in particolare, nella natura prevalente dell'obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lo lega al soggetto aggiudicatore (art. 176, commi 4 e 10 del Codice) e nella facoltà di eseguire l'opera con qualsiasi mezzo, quindi anche mediante affidamento ad imprese terze. Ciò consentirebbe, da un lato, l'esenzione dell'ente concedente dal difficile compito della direzione dei lavori, dall'altro, di responsabilizzare su tale attività il *general contractor* specie per la parte che fa eseguire ad altre imprese. Tale deroga non è, tuttavia, estensibile a fattispecie diverse, come quella della concessione. Peraltro, occorre rilevare che nel disegno di legge delega per il recepimento delle nuove direttive europee, approvato dal Senato il 18 giugno scorso, tra i criteri guida è previsto il «rafforzamento della funzione di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, vietando comunque, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato, e prevedendo altresì che i soggetti che realizzano insediamenti produttivi strategici privati o infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale debbano adottare forme di contabilità esecutiva e di collaudo analoghe a quelle previste per gli appalti pubblici di lavori» (art. 1, comma 1, lett. ee).

Pertanto, il legislatore sembra orientato ad eliminare nel nuovo Codice dei contratti pubblici la previsione oggi vigente che attribuisce la nomina del direttore dei lavori al contraente generale.

Ciò fornisce un ulteriore elemento per affermare la spettanza all'ente concedente della nomina del direttore dei lavori, che è stata, quindi, espressamente prevista nelle Linee Guida, ponendosi in linea con l'importante compito assegnato al direttore dei lavori di assicurare la corretta realizzazione dell'intervento nel pieno rispetto dei patti contrattuali e, quindi, di garantire l'interesse pubblico alla migliore esecuzione dell'opera.

Appare opportuno specificare che quanto previsto nella determinazione n. 2/2010 deve riferirsi esclusivamente agli affidamenti del concessionario ad imprese terze. In questo caso, infatti, il concessionario è obbligato a nominare il direttore dei lavori quando ha natura di amministrazione aggiudicatrice, in virtù dell'esplicito rimando di cui all'art. 142, comma 3, del Codice. Tale obbligo dovrebbe valere anche per il concessionario che abbia natura di soggetto privato in considerazione dei compiti svolti e della natura fiduciaria del direttore dei lavori.

Tuttavia, poiché il concedente è interessato alla corretta esecuzione del progetto nella sua unitarietà è opportuno che adotti specifiche misure per verificare la coerenza e qualità dei lavori affidati dal concessionario a imprese terze, ciò che può realizzarsi attraverso l'espressione di gradimento del direttore dei lavori nominato dal concessionario oppure attraverso la previsione di uno specifico organo con poteri di vigilanza.

In ordine alla revisione del PEF, occorre ricordare, innanzitutto, che i termini economici del rapporto concessorio, di regola, non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, sarebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente.

La revisione del PEF è, infatti, specificamente disciplinata dal comma 8 dell'art. 143, così come novellato dal D.L. n. 69/2013 che ha ampliato le possibilità di revisione del piano economico-finanziario, con possibile aumento del contributo pubblico, ricomprendendo tra le cause giustificatrici della revisione, oltre alle variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e condizioni di base del PEF, anche le norme o regolamenti sopravvenuti che, non solo determinano nuove condizioni di esercizio della concessione (come previsto prima della citata novella), ma che comunque incidono sull'equilibrio del piano. Come già evidenziato dall'Autorità nell'atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013, si tratta di una previsione dal contenuto di fatto indeterminato che potrebbe esporre il concedente a richieste di revisione anche fondate su mere interpretazioni di norme e non su variazioni effettive delle condizioni di esecuzione, anche tenuto conto di quanto previsto al successivo comma 8-bis.

In ordine all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 158 del Codice (che disciplina il rimborso dovuto al concessionario in caso di risoluzione del rapporto concessorio per inadempimento del soggetto concedente) all'ipotesi di recesso del concessionario per mancato adeguamento del PEF ex art. 143, comma 8, del Codice, si ritiene tale richiesta non accoglibile. Se, infatti, il legislatore del 2006 ha sostanzialmente riprodotto all'art. 143, comma 8, del Codice la stessa disposizione contenuta all'art. 19, comma 2-bis, della Legge 109/1994 omettendo, tuttavia, proprio il richiamo alle disposizioni dell'articolo 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2 della Legge 109/1994 - oggi riprodotte all'art. 158 del Codice - ciò sta a significare che ha ritenuto non applicabile alla fattispecie del recesso del concessionario per mancato adeguamento del PEF la disciplina della risoluzione per inadempimento del concedente.

Tuttavia, nelle Linee Guida è stata evidenziata l'opportunità che nella Convenzione siano specificatamente individuati i diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso del concessionario ex art. 143, comma 8, richiamando l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che anche in tale fase occorrerà prestare attenzione affinché permanga una corretta allocazione dei rischi. Pertanto, tali diritti patrimoniali conseguenti al recesso non potranno assumere una dimensione ed un contenuto tale da azzerare i rischi assunti dal concessionario.

Si ritiene accoglibile la richiesta di precisare nelle Linee Guida che il ricorso alla proroga del termine di scadenza delle concessioni, nei casi di riequilibrio, deve comunque assicurare il rispetto dei parametri finanziari espressi nel piano economico-finanziario, ivi inclusi quelli connessi alla cadenza temporale degli adempimenti correlati, quali il rimborso del debito finanziario contratto.

In ordine all'ipotesi in cui alla scadenza del contratto il concedente intenda individuare un nuovo concessionario, nelle Linee Guida è stato precisato che la gara per la scelta del nuovo concessionario deve essere fatta con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione.

In merito al subentro ai sensi dell'art. 159 del Codice e, in particolare, al termine per la designazione del nuovo concessionario, in accoglimento delle osservazioni formulate, nelle Linee Guida è stata sottolineata la necessità che il termine per la designazione della società subentrante da parte degli enti finanziatori del progetto, fissato nel contratto o in mancanza assegnato dall'amministrazione, sia congruo, avuto riguardo anche alla complessità delle attività preliminari necessarie a tale designazione. Inoltre, in attesa dell'emanazione del decreto del Ministero delle infrastrutture di cui al comma 2 dell'art. 159 del Codice, il contratto dovrà puntualmente disciplinare i criteri e le modalità di attuazione del subentro.