



Le scelte del Legislatore per rilanciare i contratti di concessione e di PPP nel Decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici

19 giugno 2017

Sala Convegni "La Cittadella" - Piazza Bardella, 2 - Padova

Massimo Ricchi

I settori di intervento

Risorse idriche

**Captazione – Adduzione - Trattamento - Potabilizzazione
Distribuzione - Reti fognarie e depurazione**

Trasporti

**Strade - Autostrade - Ponti e Tunnel - Aeroporti – Porti -
Interporti - Trasporto pubblico locale**

Ambiente

Smaltimento RSU

**Strutture
sportive**

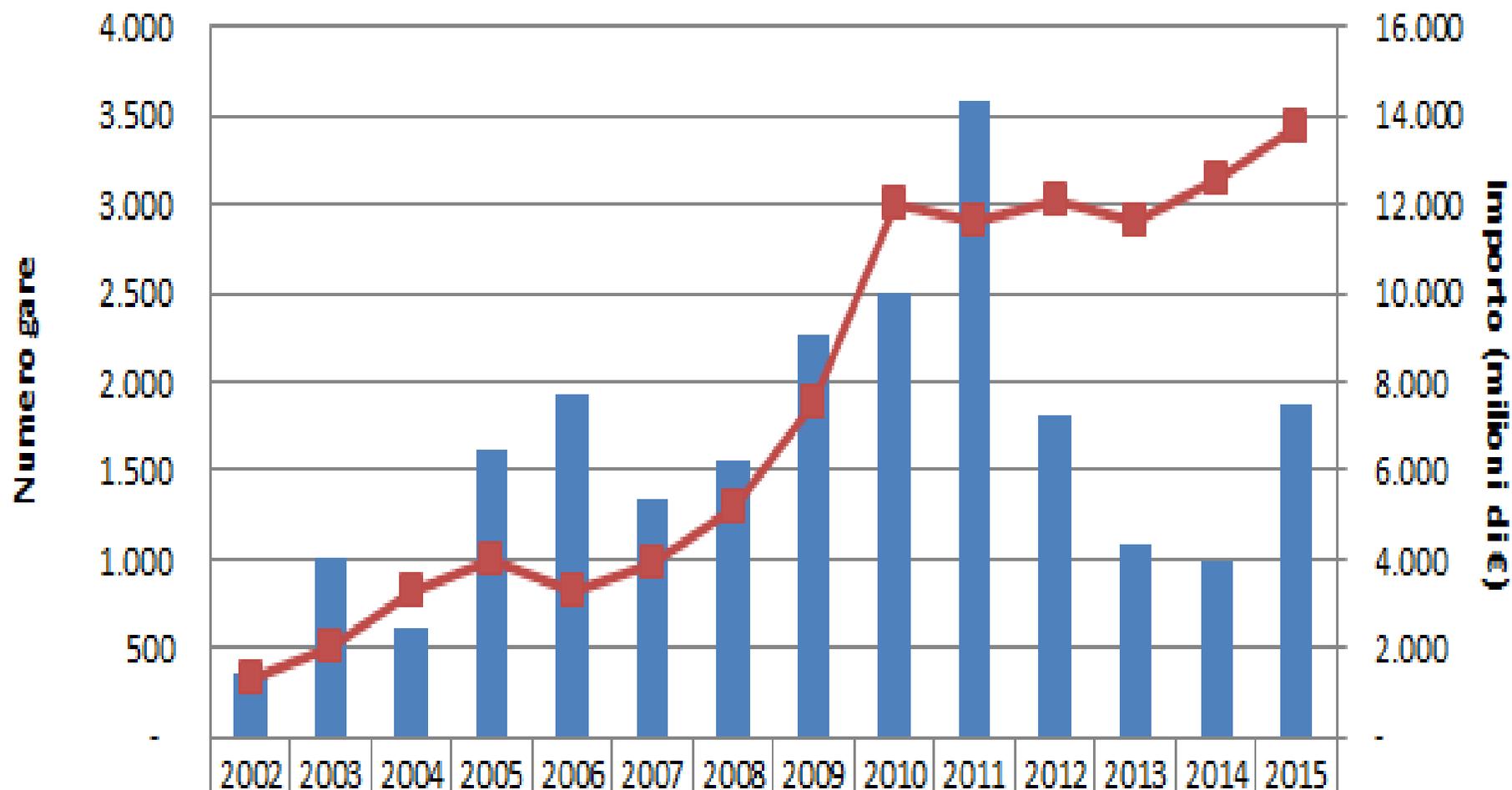
**Impiantistica sportiva (piscine, centri sportivi
polivalenti, etc.)**

**Strutture
culturali**

**Centri congressi - Recupero immobili storici – Musei –
Biblioteche – Riqualficazione urbana**

**Opere pubbliche
varie**

**Edilizia Sanitaria – Edilizia Penitenziaria – Edilizia
Scolastica – Immobili uso PA – Alloggi personale militare
– Caserme – Parcheggi – Data Centre**

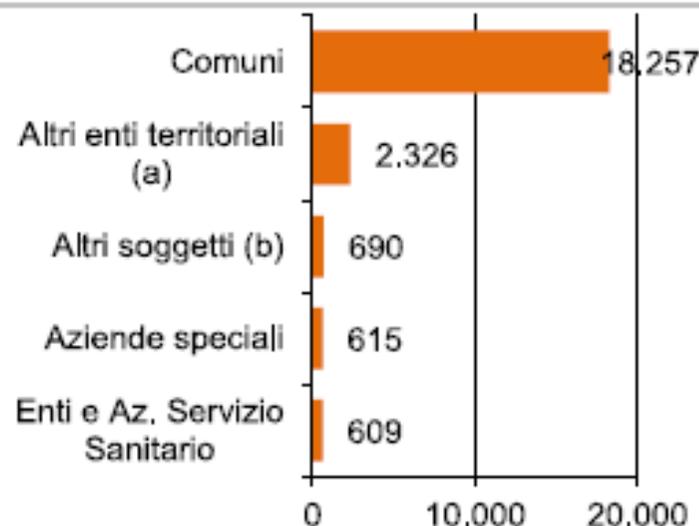


■ Importo	1.43	4.01	2.49	6.44	7.72	5.36	6.21	9.04	10.0	14.3	7.235	4.336	3.923	7.493
■ Numero	339	509	827	992	820	976	1.29	1.87	2.99	2.91	3.025	2.903	3.150	3.429

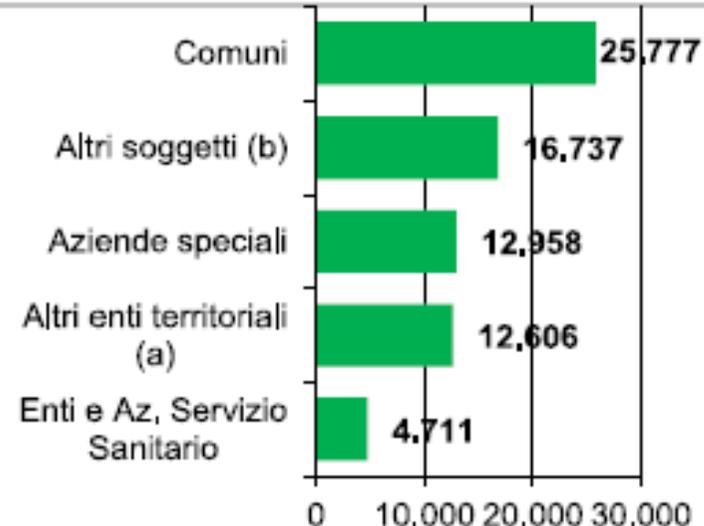
Fonte: www.infopieffe.it

PERIODO 2002-2014

Numero

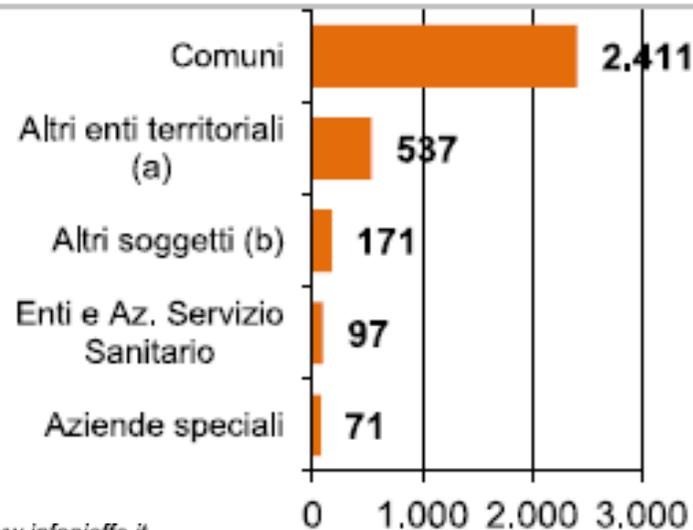


Importo (Meuro)

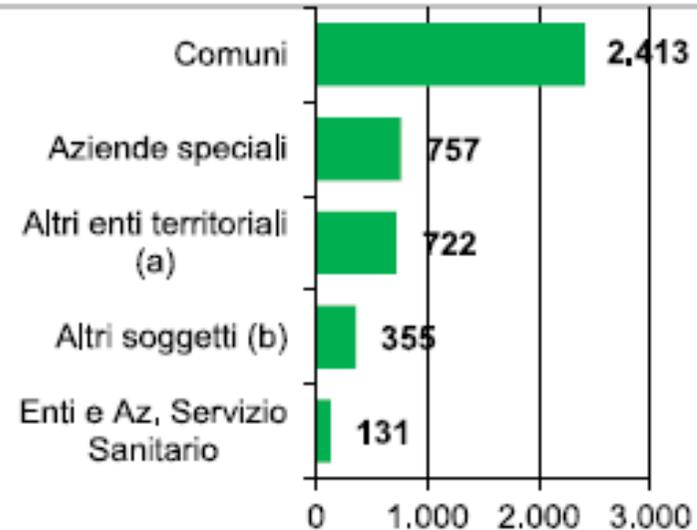


2014

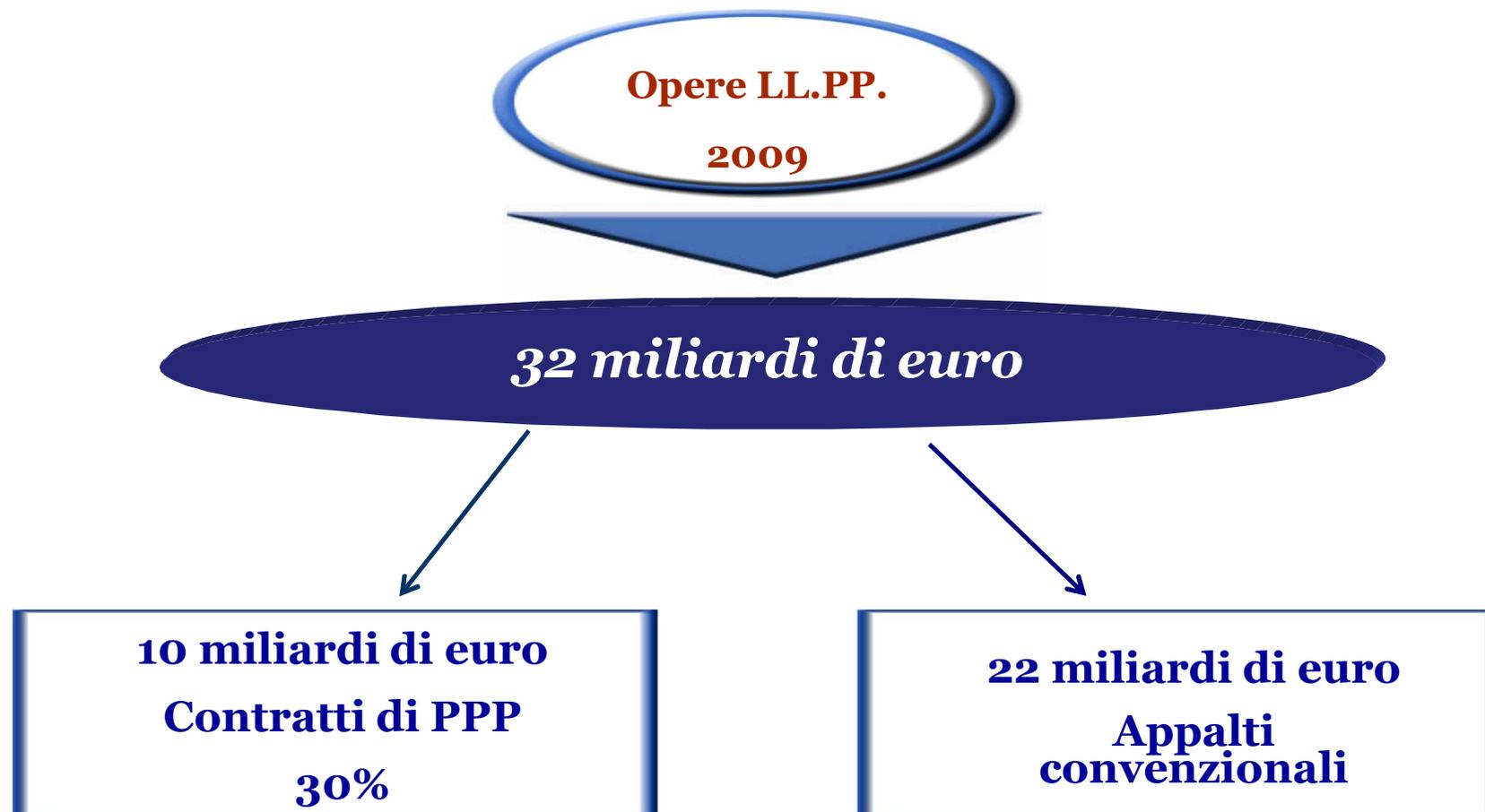
Numero



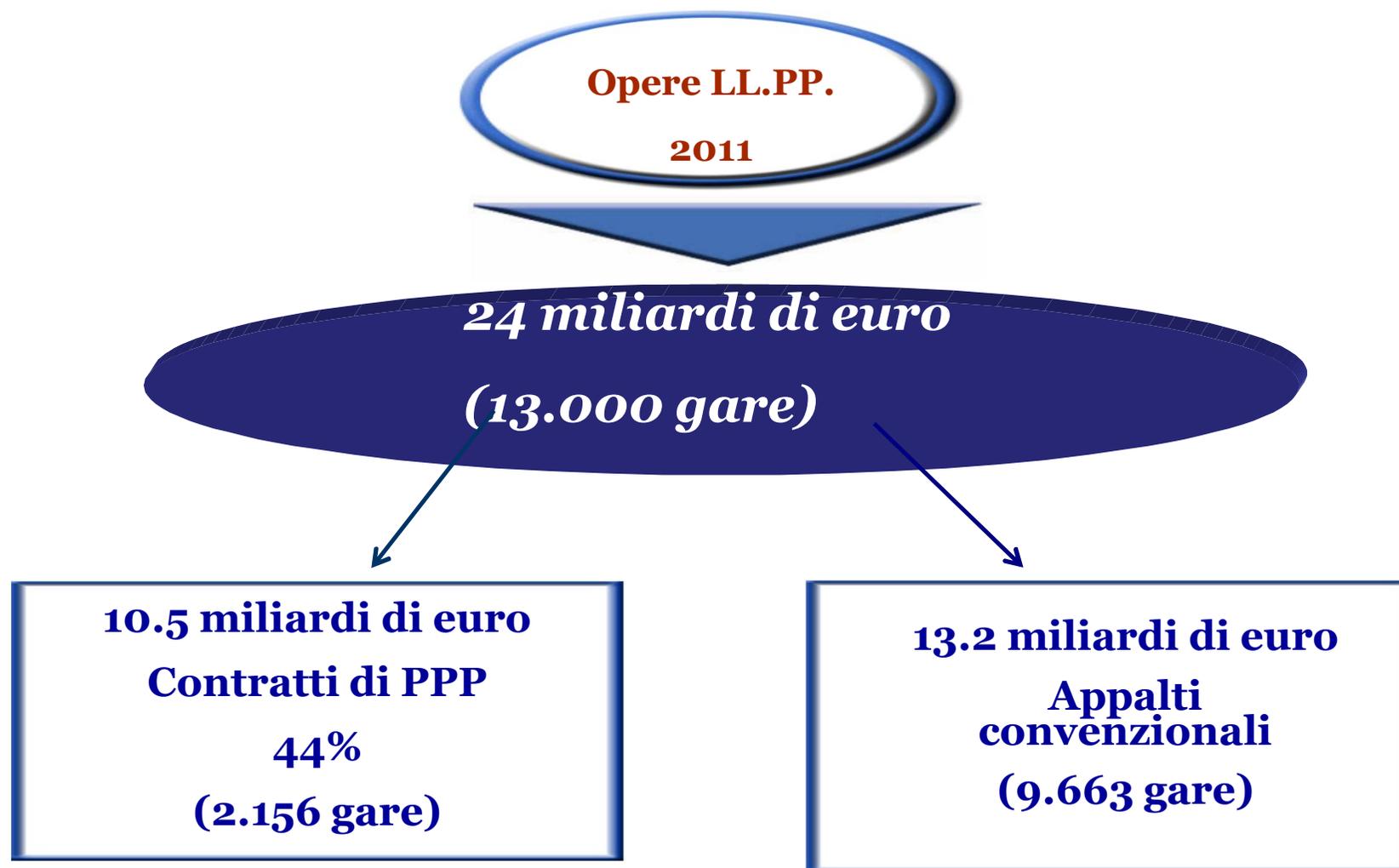
Importo (Meuro)



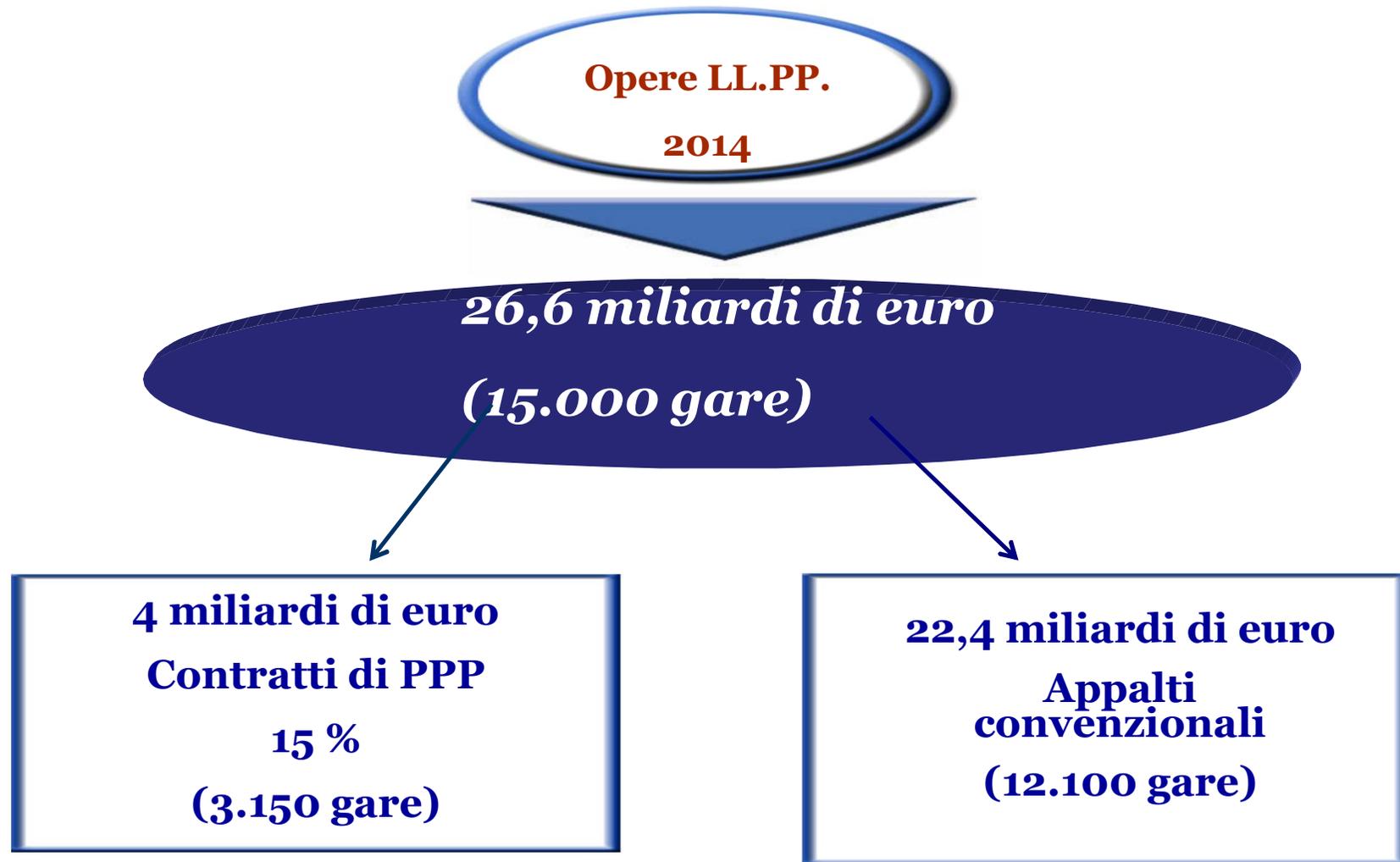
MERCATO COMPLESSIVO LL.PP. PPP SU APPALTI ITALIA - 2009



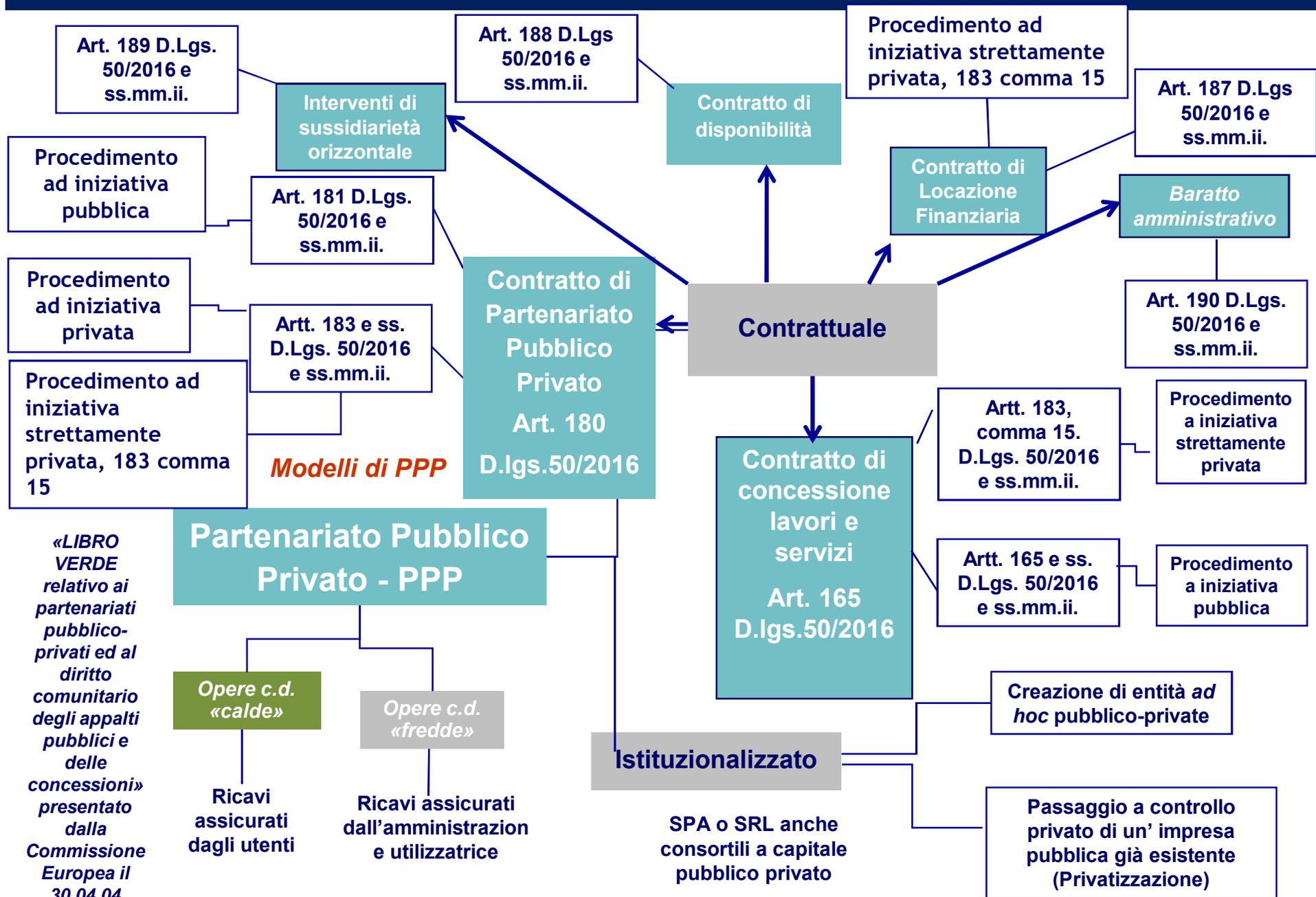
MERCATO COMPLESSIVO LL.PP. PPP SU APPALTI ITALIA - 2011



MERCATO COMPLESSIVO LL.PP. PPP SU APPALTI ITALIA - 2014



Il PPP in Italia



LA RIPARTIZIONE NEL NUOVO CODICE TRA CONCESSIONI E CONTRATTI DI PPP – LA RIVOLUZIONE ANCORA INCOMPRESA

Il Codice e' suddiviso in VI Parti:

PARTE I - AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI

PARTE II - CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI SERVIZI E FORNITURE

PARTE III - CONTRATTI DI CONCESSIONE

PARTE IV - PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONTRAENTE GENERALE ED ALTRE MODALITA' DI AFFIDAMENTO

PARTE V - INFRASTRUTTURE E INSEDIAMENTI PRIORITARI

PARTE VI - DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Art. 3 uu) - La Concessione di lavori e servizi nel Codice D.Lgs . 50/2016 _ DEFINIZIONE FORMALE

Art. 3 - uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori **ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori** ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere;

Art. 165 - La Concessione di lavori e servizi nel Codice D.Lgs . 50/2016 - DEFINIZIONE SOSTANZIALE

Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), **la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato.** Tali contratti comportano il **trasferimento al concessionario del rischio operativo** definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Art. 3, lett. fff) (Contratto di Partenariato pubblico privato) - DEFINIZIONE FORMALE

eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, **trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità,** ... Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, **convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano per i soli profili di tutela della finanza pubblica,** i contenuti delle decisioni Eurostat;

Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Contratto di Partenariato pubblico privato) - DEFINIZIONE SOSTANZIALE

2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, **i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o** da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.
3. Nel contratto di partenariato pubblico privato **il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità.**

Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) I CONTRATTI DI PPP

Comma 8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 (Contratto di PPP) rientrano **la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi** **che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.**

Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Le Forme della remunerazione

1. Infatti la prima opzione di remunerazione, quella tipica a canone, solo perché più nota, è chiaramente indicata al comma 4 dell'art. 180: “A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice **può scegliere di versare un canone all'operatore economico** che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi”.
2. La seconda opzione di erogazione è collocata nella prima parte del comma 5 sempre dell'art. 180: “L'amministrazione aggiudicatrice ***sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante***”.
3. La terza opzione di remunerazione è quella anzidetta inserita nella seconda parte del comma 5 dove il privato ***si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo***”. Tutte le opere c.d a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello *shadow toll* in operazioni remunerate dalla PA ma con rischio mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità ecc .

Art. 166 D.Lgs . 50/2016 (CONTRATTO DI CONCESSIONE)

Le ricadute procedurali

1) Art.166: “Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, *fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte.*

LIBERA STRUTTURAZIONE GARA

O predefiniti:

- a) Procedura aperta (art. 60);
- b) Procedura ristretta (art. 61);
- c) Procedura competitiva con negoziazione (art. 62);
- d) Dialogo competitivo (art. 64);
- e) Partenariato per l'innovazione (art. 65);
- f) Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63);
- g) Finanza di progetto (art.183);
- h) Finanza di progetto aprogrammatica o strettamente privata (art. 183, comma 15).

Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Le ricadute procedurali

L'art. 181 del Codice (Procedure di affidamento relative ai PPP) circoscrive la libertà invece valida solo per le concessioni: “**La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo**”.

- 1. Si noti la preoccupazione di includere anche il dialogo competitivo, ma di escludere tutto ciò che sia a libera strutturazione, quello che non abbia un modello procedimentale definito nel Codice e anche tutto ciò che spinge a comportamenti con tassi di negoziazione non codificati**
- 2. pertanto la “variante negoziale” non potrà essere importata nei procedimenti di PPP.**

Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Garanzie procedurali – ADEGUATA ISTRUTTORIA

Art. 181, comma 3, dove “La scelta è preceduta da **adeguata istruttoria** con riferimento:

- 1) all’analisi della domanda e dell’offerta
- 2) della sostenibilità economico-finanziaria e
- 3) economico-sociale dell’operazione,
- 4) alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.

Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Garanzie procedurali – LIVELLO DI PROGETTAZIONE

- 1) SPARISCE LO STUDIO DI FATTIBILITA' Art. 14 DPR 207/2010
- 2) Art. 181, comma 2 del Codice, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP, in cui la PA deve porre a base di gara un **progetto definitivo** e anche
- 3) Art. 183 (Finanza di progetto), dove l'amministrazione pone a base di gara un progetto di fattibilità tecnica ed economica - che costituisce il primo livello di progettazione ex art. 23 del Codice - ed i concorrenti sono tenuti a presentare **nell'offerta un progetto definitivo**”

Art. 3 Il rischio operativo nel Codice D.Lgs . 50/2016

zz) «**rischio operativo**», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario.

bbb) «**rischio di disponibilità**», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti.

ccc) «**rischio di domanda**», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

LA NULLITA' DELLA CONCESSIONE PER EFFETTO DEL MANCATO TRASFERIMENTO DEI RISCHI SECONDO LE PRESCRIZIONI COMUNITARIE

1. TAR SARDEGNA N. 213 del 10 Marzo 2011 - Il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile recante "contratto in frode alla legge" per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento.

2. Del. CORTE DEI CONTI Sez. Controllo N.352 del 2 Settembre 2011 –

- a) La locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell' art. 20, commi 10 e 12, della legge 111 del 2011 che così recita: "I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli"

- b) Qualora le sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 10 volte l'indennità di carica percepita al momento della commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico – finanziario una **sanzione pecuniaria fino a tre mensilità.**"

Art.181 (Procedure di affidamento) NUOVO CODICE

4. L'amministrazione aggiudicatrice **esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti.** L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi.

Art.182 (Finanziamento del progetto) NUOVO CODICE

2. Il contratto definisce i rischi trasferiti le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del **rapporto contrattuale** e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del negozio tali da assicurare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.

Il PPP nel Nuovo Codice: il Sistema di Monitoraggio B.I.M.

IL NUOVO MONITORAGGIO – BIM (Building Information Modelling) – IT – Project Management

- 1) La chiave per ottenere concessioni di servizi fredde (ma anche di lavori) è il sistema di monitoraggio che deve consentire in tempo reale h/24 e con un grado elevato di dettaglio di verificare gli scostamenti dagli standard costruttivi e gestionali e applicare automaticamente le penali consentendo al concessionario di intervenire per il ripristino.
- 2) E un sistema software di gestione delle informazioni win – win del concessionario (riduzione dei costi e dei tempi) e concedente (consegna ai cittadini servizi in piena efficienza e con effettiva distribuzione dei rischi per la decontabilizzazione).
- 3) La PA deve imporlo nei bandi delle concessioni ai concessionari in modo che il cruscotto delle informazioni sia a propria disposizione per il controllo della concessione in remoto.

ANAC ha predisposto le **“Linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”** che costituiscono norma di azione amministrativa non eludibile.



LABORATORIO:

L'affidamento mediante il procedimento in finanza di progetto pubblica e quella strettamente privata con il diritto di prelazione: negoziazioni e interlocuzioni "sensibili"

19 giugno 2017

Sala Convegni "La Cittadella" - Piazza Bardella, 2 - Padova

Massimo Ricchi

La Competenza

ART. 183, 2 Codice

Il progetto di fattibilità (tecnica ed economica) da porre a base di gara è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio del progetto di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal presente codice. Gli oneri connessi all'affidamento di attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico dell'opera.

Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Garanzie procedurali – ADEGUATA ISTRUTTORIA

Art. 181, comma 3, dove **“La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento:**

- 1) all’analisi della domanda e dell’offerta**
- 2) della sostenibilità economico-finanziaria e**
- 3) economico-sociale dell’operazione,**
- 4) alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto” (Corte dei Conti).**

Il Promotore Monofase

Art. 183, comma 1-14

I TEMI CRITICI

- **I contenuti del bando:** 1) oltre a quelli *standard* previsti dall'art. 72 del Codice elencati all'art. 183, c. 3, a) e b). **A base un PROGETTO DI FATTIBILITA'**
- **Valore della concessione art. 167, comma. Fatturato totale per la durata del contratto.**
- **L'offerta economicamente più vantaggiosa art. 183, c. 5:** “Oltre a quanto previsto dall'articolo 95 (OEV), l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla (a) qualità del progetto definitivo presentato, (b) al valore economico e finanziario del piano e (c) al contenuto della bozza di convenzione.
- **La negoziazione del progetto:** 1) **183, c. 3, sub a)** una volta individuato il promotore la PA ha la possibilità di chiedere di apportare delle modifiche al progetto e le conseguenti modifiche al PEF. Sia dalla PA che dalla conferenza dei servizi; 2) Riflessione ulteriore sui poteri della PA di modifica per far raggiungere la convenienza dell'operazione;
- **Lo scorrimento:** 1) **183, c. 3, sub b)** in caso di rifiuto di apportare le modifiche la PA chiede ai successivi in graduatoria il primo che accetta si aggiudica il contratto. Si osservi il meccanismo che sottrae la PA dal ricatto ma specialmente se si abbraccia la tesi di negoziazione aperta. Il c. 12 il concorrente aggiudicatario compensa il promotore incentivo da pagare al promotore 2.5 investimento
- **La conferenza dei servizi e il rischio amministrativo: art. 183, c. 10, lett. c) e art. 27** Viene parzialmente abbattuto il rischio amministrativo: i costi delle modifiche richieste al **PROGETTO DEFINITIVO** sono a carico del promotore +

Il Promotore Monofase

Art. 183, comma 1-14

I TEMI CRITICI

Le garanzie art. 183, c. 13:

- **ex art. 93**, comma 1 del Codice, cauzione provvisoria 2% investimento
- 2.5% costi del valore dell'investimento per la compensazione dall'aggiudicatario al promotore.
- Cauzione definitiva 10% investimento alla firma del contratto
- Garanzia gestionale 10% del costo annuo operativo di esercizio.

- **L'asseverazione art. 183, c. 9:** “Le offerte devono contenere ... un piano economico finanziario asseverato da una banca” anche dalle società di revisione. Storia dell'asseverazione Determine 34/2000 e 14/2001 AVCP. Soluzione per costringere le banche a seguire l'operazione per il finanziamento all'aggiudicazione del contratto.

ART. 96, comma 4 REGOLAMENTO DPR 207/2010

L'asseverazione del PEF presentato dal concorrente ai sensi dell'art. 153 del Codice consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e della verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati della bozza di convenzione. Comma 5 spiega cosa deve tenere in considerazione.

La modifica introdotta dal correttivo d.lgs. 57/2017 apre alla liberalizzazione delle operazioni promosse dai promotori privati ex art. 183, comma 15.

Art. 183, comma 16 La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, (la locazione finanziaria di cui all'articolo 187ELIMINATO) **tutti i contratti di partenariato pubblico privato.**

La Sentenza TAR Lazio 05702/2017 pubblicata l'11 maggio 2017 apre finalmente nei rapporti tra PA e Promotori privati, che hanno investito materialmente nella predisposizione della proposta oltre ai costi della cauzione preliminare e dell'asseverazione bancaria, ad un procedimento dialettico di esame di fattibilità ed integrazioni e modifiche senza che sia più possibile da parte della PA rigettare per PI o perché non erano state previste alcune opere, investimenti ulteriori o per incapacità finanziaria.

Finanza di Progetto

e Partenariato Pubblico-Privato 2015

Temi europei,
istituti nazionali
e operatività

a cura di
Gian Franco **Cartei**
Massimo **Ricchi**

introduzione di
Stefano **Gatti**



Editoriale Scientifica

2015

Volume “**Finanza di Progetto: e Partenariato Pubblico Privato 2015** - Temi europei, istituti nazionali e operatività”, Editoriale Scientifica – Napoli, edizione 2015, a cura di **G. Cartei** e **M. Ricchi**, introduzione di **S. Gatti**.

Il volume raccoglie 27 contributi giuridico amministrativi, economico finanziari e tecnici con un indice ragionato.

Patrocinato dalla Conferenza delle Regioni, e ITACA e con il contributo di ABI, ANCE, CNA ANCIteleenergia, Borghi Servizi & Ambiente, Servizi parlamentari e IGI.



Avv. Massimo Ricchi

Consulente e Formatore sul PPP e la Finanza di Progetto per le PA e le Imprese



+39 347 225 3268



ricchi.massimo@gmail.com