

L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016

di Massimo Ricchi

Sommario. 1. Il *Genus* della concessione europea: il rischio operativo e la definizione sostanziale. - 2. Le concessioni e i contratti di PPP. - 3. I contratti di PPP e il contratto di PPP. - 4. I contratti di PPP e le scelte di remunerazione del privato. - 5. Le ricadute procedurali per i contratti di concessione. - 6. Le ricadute procedurali per i contratti di PPP e l'incremento obbligatorio dei livelli di garanzia. - 7. Le garanzie procedurali generali e specifiche per l'affidamento dei contratti di PPP. - 8. Il livello di progettazione. - 9. Il sistema di monitoraggio e controllo: il BIM e sistemi di controllo assimilabili.

1. *Il Genus della concessione europea: il rischio operativo e la definizione sostanziale*

L'architettura del sistema dei contratti di concessione e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) delineato nel nuovo Codice dei Contratti, il d.lgs. 50/2016 (Codice), poggia sul concetto sostanziale di concessione europea precisato nell'art. 5 della direttiva 2014/23/UE¹ (Direttiva): «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi».

Il *genus* europeo di concessione² è caratterizzato dal predetto concetto sostanziale di rischio, articolato, in ambito nazionale, nelle

¹ Scritti sulla versione definitiva della Direttiva: M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria delle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in «Urbanistica e Appalti», n. 7/2014; H. Caroli Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in «Urbanistica e Appalti», 12/2014, pp. 1135-1150; G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2015, pp. 1095-1126; A. Tonetti e A. Bracaletti, *La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di recepimento*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, versione giugno 2015; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2015, pp. 101.

² Cfr. M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 13; l'Autore constata che il «PPP europeo si esaurisce nelle concessioni di cui alla direttiva 23».

specie dei contratti di concessione e dei contratti di PPP a seconda del tipo di rischio assunto dal privato, dal lato della domanda o dell'offerta con due varianti estremamente circoscritte ma sempre giustificate dal fatto che, come verrà argomentato, il *main payer* rimane sempre la PA. Invece, nel *genus* di concessione europea, espresso dalla Direttiva, sono comprese, ma non distintamente denominate, entrambe le tipologie contrattuali in relazione alle forme che il rischio operativo può assumere.

Per gli operatori nazionali l'effetto è stato spiazzante, abituati ad impostare le operazioni in concessione e in PPP, prima sul piano procedurale e poi sulla definizione formale del contratto, il paradigma è stato capovolto: prima è necessario individuare il rischio operativo nelle due possibili forme dal lato della domanda e/o dell'offerta per considerare valido ed esistente il contratto³, riferendosi questa volta alla definizione sostanziale, che si è ipotizzato di utilizzare e poi individuare la procedura applicabile e i livelli di garanzia associati allo specifico contratto previsti dal Codice.

La definizione europea sostanziale della concessione è stata ripresa nella lett. zz) dell'art. 3 del Codice: «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».

L'art. 5 della Direttiva, poi, è stato «assimilato» nelle definizioni formali dei contratti di concessione di lavori, di servizi e del contratto di partenariato pubblico privato rispettivamente alle lett. uu), vv) ed eee) dell'art. 3 del Codice:

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 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;

vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione

³ Sulla nullità dei contratti di concessione elusivi delle prescrizioni sostanziali della Direttiva si veda M. Ricchi, *I contratti di concessione 2.C.*, in *Finanza di Progetto: temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit., pp. 53 ss; V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2014, fasc. 3-4, pp. 865-866.

di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lett. *ll*) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, *con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi;*

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, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, *con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.*

Il rischio operativo a cui il privato concessionario deve essere esposto ha una natura economica per i potenziali riflessi sulla sostenibilità del piano economico finanziario (PEF) associato al contratto di concessione (*genus* europeo) e può riguardare sia il lato della domanda sia dell'offerta.

In generale il rischio di domanda consiste nel fatto che la fruizione di quel servizio possa avere un calo per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, come per mancanza di appeal della gestione del concessionario, oltretutto a fattori del tutto esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica. Il Codice lo definisce all'art. 3, lett. *ccc*) come «“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».

Quanto al rischio operativo dal lato dell'offerta, coincide con il rischio di disponibilità⁴ secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (così il considerando n. 18 ultimo capoverso della Direttiva) i contratti in cui i privati vengono «remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice», in altre parole il riferimento è alle concessioni «fredde» per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici, ecc. Il Codice lo definisce proprio

⁴ Così M. Ricchi, *La nuova Direttiva*, cit., pp. 746 ss.; con forti dubbi invece F. Goisis, *La Concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, Padova, CEDAM, 2014, tomo II, p. 1702.

rischio di disponibilità, all'art. 3, lett. *bbb*), come «il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti».

2. *Le concessioni e i contratti di PPP*

La trasposizione del concetto di rischio operativo nel Codice, nelle due forme di rischio dal lato della domanda e dell'offerta, ha determinato due specie contrattuali distinte: i contratti di concessione connotati dalla presenza del rischio della domanda o di mercato (art. 165), i cui proventi sono generati dai pagamenti degli stessi utenti fruitori dell'opera o del servizio al concessionario, e i contratti di partenariato pubblico privato (PPP), quelli connotati dal rischio di disponibilità (art. 183), ma anche da quello di mercato, i cui proventi diretti all'affidatario sono generati dalla PA.

Questo è uno snodo estremamente innovativo per il sistema italiano e quello europeo delle concessioni ma non è sconosciuto in altri Stati europei come la Francia, la Spagna, il Portogallo e il Regno Unito dove sono state da tempo distinte le figure dei contratti di concessione da quelle di partenariato pubblico privato⁵.

A questo riguardo l'art. 165 del Codice chiarisce come «Nei contratti di concessione come definiti all'art. 3, comma 1, lett. *uu*) e *vv*), *la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato*» e l'art. 183, comma 3 del Codice stabilisce come «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*».

La ragione di questa differenziazione, che, come si vedrà, ha delle importanti ricadute imposte dalla legge alla PA e all'operatore economico sul piano procedurale e sul livello di «garanzie» da rispettare, risiede nella capacità del mercato (il rischio dal lato della domanda) di «disciplinare» il privato a comportamenti performanti in termini di efficienza ed efficacia durante tutta la filiera

⁵ A. Germani e M. Ricchi, *Il Sistema del Partenariato Pubblico-Privato in Spagna – Confronto con l'Italia*, Documento Unità Tecnica Finanza di Progetto, febbraio 2008; C. Rangone, *PPP e PPPI nel diritto comunitario*, Relazione IGI, 2009.

di generazione dell'opera pubblica e della sua gestione o, nel caso di concessione di servizi, durante la gestione del servizio.

La risposta del mercato all'attività del concessionario tramite l'acquisto o meno del servizio – anche generato mediante la costruzione dell'opera pubblica o di pubblica utilità – induce l'operatore economico affidatario a progettare, finanziare, costruire e gestire con attenzione alla convenienza dell'operazione ed al livello del servizio da cui dipende l'entità della risposta degli utenti. Il bilancio di questi due fattori, ottimizzazione dei costi ed elevazione degli *standard* dei servizi per ottenere maggiori ricavi, è l'incentivo autodeterminante il concessionario a mantenersi in linea con le prospettive del PEF.

Invece nelle operazioni «fredde» a canone o a pagamento della PA (rischio dal lato dell'offerta o anche di mercato ma con *main payer* la PA) manca nell'affidatario questa spinta autodeterminante all'attenzione ai costi e al livello dei servizi erogati; l'aspettativa del privato a ricevere un canone, cadenzato temporalmente, nei contratti di PPP comprime l'incentivo, sempre in assenza di correttivi regolatori, alla migliore *performance*.

Dunque il Legislatore ha compreso che nei contratti di partenariato pubblico privato sono necessari dei correttivi regolatori, che, infatti, sono stati introdotti nel Codice, sia di natura procedurale e contrattuale per evitare che la PA paghi in eccesso rispetto ai rischi sostenuti dal *partner* privato o paghi senza ottenere gli *standard* qualitativi attesi⁶.

3. I contratti di PPP e il contratto di PPP

Come precisa l'art. 180, comma 8 del Codice appartengono ai contratti di PPP, specie del *genus* più ampio dei contratto di concessione europeo, quelli con le caratteristiche del contratto di partenariato pubblico privato: «Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 (contratto di partenariato pubblico privato) rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione (si noti il *lapsus calami* al posto di concessione di lavori), la concessione di

⁶ Con un taglio economico sui vantaggi di una corretta impostazione delle operazioni di PPP si veda E. Iossa e D. Martimort, *The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships*, Paper 13 June, 2008; in una versione critica per sistema italiano E. Iossa e F. Antellini Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato Pubblico Privato in Italia*, in «Riv. polit. econ.», 2008, vol. 98, n. 3, pp. 125-158.

servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti».

In questa classificazione dei contratti di PPP *per relationem* al contratto di partenariato pubblico privato, delineato nell'art. 180, si rileva la confusione, auspicabilmente da emendare, tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto, disciplinata nell'art. 183 del Codice, è un procedimento di individuazione dell'affidatario e non un contratto, fatto per cui andrebbe elisa dal disposto, come andrebbe corretto il riferimento fatto a qualunque altra procedura.

I contratti prima elencati, per essere classificati nella specie dei contratti di PPP, devono possedere le caratteristiche tipiche del contratto di partenariato pubblico privato di cui all'art. 180 del Codice. In particolare, il concessionario deve essere remunerato dalla PA assumendosi, oltre al rischio costruzione (art. 3, lett. *aaa*) del Codice) anche il rischio disponibilità (art. 3, lett. *bbb*) del Codice) e/o il rischio domanda (art. 3, lett. *c*) del Codice), e vi sono pertanto: *i*) i contratti di concessione di lavori freddi (con la PA *main payer*) già conosciuti nel codice previgente all'art. 143, comma 9; *ii*) la novità delle concessioni di servizi fredde con servizio esclusivo alla PA definitivamente riconosciute senza la necessità di attendere pronunce giurisprudenziali confermative⁷; *iii*) il contratto di disponibilità (art. 188); *iv*) la locazione finanziaria di opere pubbliche (art. 187); *v*) lo stesso contratto di partenariato pubblico privato (art. 3, lett. *eee*) del Codice) che è sia contratto autonomo in cui convergono le formule contrattuali atipiche che paradigma per la specie dei contratti di partenariato pubblico privato.

4. I contratti di PPP e le scelte di remunerazione del privato

La disposizione apparentemente anomala riferita nell'art. 180 del Codice, cioè l'ammissibilità per il concessionario, nei contratti

⁷ Sull'ammissibilità delle concessioni di servizi «fredde» come conseguenza della Direttiva 2014/23/UE si veda M. Ricchi, *La nuova Direttiva*, cit., 2014, p. 749 e ampliato in M. Ricchi, *I contratti di concessione* 2.€, cit., pp. 73 ss.; G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2015, pp. 1095-1126; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2015, pp. 101-193; *contra* F. Goisis, *La Concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, cit.

di PPP, di poter trattenere anche il rischio domanda (oltreché quello di disponibilità) in modo esclusivo nella singola operazione, sembrerebbe mettere in crisi la costruzione che è stata qui prospettata e confermata anche da coloro che hanno partecipato alla redazione del Codice o che appartengono alle strutture di supporto del Governo⁸.

In tal senso, possono essere annoverati sia il comma 2 dell'art. 180, «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*», sia, ancora, il comma 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 o, *nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi*».

Mentre la definizione del contratto di partenariato di cui all'art. 3, lett. *eee*), non fa luce sull'ammissibile alternatività tra rischio di disponibilità e di domanda, invece la lettura specialistica dell'art. 180, comma 5, rispetto alle forme di PPP e ai meccanismi di remunerazione erogati dalla PA, sembra consentire di conciliare il tema dei servizi resi verso l'esterno con l'assunzione del rischio di domanda o di fluttuazione del mercato a carico del privato affidatario.

Infatti nel comma 5 è precisato: «L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi (...) *rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo*».

La remunerazione da parte della PA e la contemporanea allocazione del rischio domanda a carico del concessionario è soddisfatta qualora siano previsti i meccanismi di *shadow toll* utilizzati ampiamente all'estero.

Milita verso questa interpretazione non solo la ricerca della riduzione a coerenza dell'ampio sistema del PPP – che è un valore

⁸ R. Dalla Longa Edilizia, *Rischio di mercato o di disponibilità, ecco la differenza tra concessioni e PPP*, in «Edilizia e Territorio», Rivista *on line* del 27/04/2016; P. Marasco e M. Tranquilli, *Concessioni e Ppp: per trasferire il rischio operativo la legge non basta, serve un Pef congruo*, in «Edilizia e Territorio», Rivista *on line* del 30/03/2016; P. Piacenza, *Rischio operativo al privato e domanda di mercato per la concessione di servizi*, in «Edilizia e Territorio», Rivista *on line* del 30/03/2016.

quando ci siano degli effetti sostanziali che vadano oltre la chiarezza tassonomica – ma anche la collocazione del meccanismo di remunerazione del concessionario che si pone nelle opzioni prospettate come una «terza scelta».

La remunerazione a canone

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».

La remunerazione in diritti

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». Questa forma di remunerazione, ricordando che è sempre generata dalla PA, riguarda una casistica atipica che pone come condizione di applicazione la previsione contrattuale ex ante. A dire il vero ogni forma di remunerazione viene pattuita ex ante, ciò che emerge è che il corrispettivo per remunerare il privato non sia generato dagli introiti della domanda (tariffe) e neppure dai canoni versati dalla PA: si tratta piuttosto di forme di remunerazione «in kind», di conferimento al privato di diritti di godimento, di cessione di proprietà immobiliari o in proprietà delle stesse opere realizzate.

La differenza rilevante rispetto al contributo pubblico «in diritti» disciplinato dal successivo comma 6 dell'art. 180, riguarda il fatto che quest'ultimo è parziale, limitato al 30% del valore dell'investimento, va imputato durante il periodo di costruzione dell'opera e deve solo contribuire al raggiungimento dell'equilibrio del PEF⁹; mentre la parte importante dell'equilibrio economico finanziario¹⁰ del PEF è generata dalla domanda di mercato (rischio domanda) o dal canone della PA (rischio di disponibilità).

Invece, la scelta di remunerazione delineata nella prima parte del comma 5 dell'art. 180 è totalizzante, il suo valore – *melius*

⁹ G. Ferrante e P. Marasco, *Equilibrio Economico Finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in *Finanza di Progetto: temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 563-587.

¹⁰ G.F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in *Finanza di Progetto: temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit., pp. 23-48.

il rilascio del suo valore perché avviene in un ampio lasso di tempo – è la contropartita economica riconosciuta al privato per completare l'intera operazione partenariale. Temporalmente il rilascio di valore interviene esclusivamente successivamente alla realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità e consiste nella possibilità di valorizzare il patrimonio immobiliare in contropartita.

Un ambito elettivo di applicazione di questo contratto di partenariato, con questa specifica remunerazione in diritti, può essere quello afferente ai contratti di trasformazione urbana, che trovano al loro interno un equilibrio economico finanziario, sempre giustificato da un PEF: l'equilibrio potrà essere trovato da una parte con la richiesta allo sviluppatore aggiudicatario di un *mix* di opere pubbliche o opere messe a disposizione del pubblico e dall'altra il corrispettivo viene appunto assegnato dalla PA al privato in sviluppi edificatori residenziali, commerciali e direzionali la cui alienazione/affitto costituirà la contropartita economica all'intera operazione urbanistica¹¹.

La remunerazione verrà percepita, attraverso l'alienazione controllata, dallo sviluppatore nel tempo successivo al completamento le opere pubbliche, inclusa l'urbanizzazione primaria e secondaria dell'area interessata. Questo indirizzo è interessante perché consente di contrattualizzare e di porre sotto un controllo (dei tempi e dei costi) forte e diretto della PA, anche tramite un PEF e un *masterplan* dell'iniziativa, lo sviluppo e la rigenerazione di un territorio urbano o periferico.

Ciò che in questa sede va notato è come in questi contratti il pagamento all'affidatario sia un'attribuzione in diritti che dalla PA vanno nella direzione del privato, la sua remunerazione è costituita da questa attribuzione economica e solo in una fase successiva lo sviluppatore si assumerà il rischio di valorizzazione ben diverso dalla vendita dei servizi diretti al mercato¹².

¹¹ Si veda la Sentenza CEG 18 gennaio 2007, causa C-220/05, che afferma come il valore di una trasformazione urbana comprenda non solo i pagamenti diretti della PA all'affidatario privato ma anche tutti gli introiti che provengono dai terzi. Cfr. anche E. Micelli, *I diversi approdi al partenariato pubblico-privato: regole urbanistiche e regole economiche declinate nelle esperienze*, Castelfranco Veneto, Associazione veneta avvocati amministrativisti, 25.11.2011.

¹² Si veda l'Areale di Bolzano (www.arealbozen.it/) come esempio di una complessa trasformazione urbana da affidare mediante gara ad uno sviluppatore; l'operazione, prossima ad essere messa in gara, trova la sua economia di compensazione tra costi e ricavi futuri all'interno di un PEF; guida i possibili spazi di flessibilità edificatoria, invece, il masterplan redatto con elaborati attuativi.

La remunerazione tramite shadow tolls

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 ecc¹³.

Il privato è sempre, comunque, incentivato ad erogare un servizio all'altezza per aumentare il proprio ricavo mentre l'esazione del corrispettivo per ogni utenza a carico della PA è rimesso al conteggio mediante strumenti o sensori automatici di rilevamento dei passaggi o delle presenze.

5. Le ricadute procedurali per i contratti di concessione

La tipologia dei rischi assunti dall'affidatario dei contratti di PPP può certamente variare, come si è visto, ma le costanti rimangono l'onere diretto della PA a corrispondere in vario modo il reddito al privato e l'elevatissima complessità dell'operazione partenariale. La ragione della differenziazione tra concessioni e contratti di partenariato pubblico privato risiede proprio nell'esigenza di regolare le operazioni di PPP, dove la PA è il principale soggetto pagatore (*main payer*), con specifiche prescrizioni per garantire che abbia intrapreso il procedimento più conveniente in termini di costi, tempi e livelli di *performance*.

Riguardando gli effetti di questa ripartizione delle specie contrattuali individuate dal Codice, risalta l'estrema flessibilità¹⁴ nell'utilizzo delle forme procedurali associabili ai contratti di concessione – anche se quelle per i contratti di PPP sono assai ampie ma comunque limitate –; non solo in termini numerici per la moltiplicazione generata, come si vedrà, dalla «variante negoziale»,

¹³ PricewaterhouseCoopers Advisory, *Evaluation and future of road toll concessions*, Study to ASECAP, 2014; M.G. Santos e B.F. Santos, *Shadow-tolls in Portugal: How we got here and what were the impacts of introducing real tolls*, Paper European Transport Conference Glasgow 2012.

¹⁴ Sulla flessibilità nelle gare si veda, anche nelle note richiamate, M. Cafagno, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina della evidenza pubblica*, in *Negoziazioni Pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 258 ss.

riconosciuta solo per questi tipi contrattuali, ma soprattutto per la possibilità di strutturare in autonomia il percorso procedimentale adatto alle circostanze, creando potenzialmente *n* soluzioni di confronto competitivo.

Per questi procedimenti, associati alla specie dei contratti di concessione vige il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche sancito da uno specifico articolo del Codice, il 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. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici». Si evidenzia come il solo limite esterno per organizzare il procedimento di affidamento sia solo il rispetto delle norme della Parte III, rubricato «Contratti di concessione».

Oltre alla libertà di disegnare liberamente la gara, il Codice mette a disposizione della PA, le procedure di scelta del contraente valide per l'appalto nei settori ordinari (art. 59-65), quelle valide nei settori speciali (122-132) e quelle valide per i contratti di partenariato pubblico privato (181 e 183). Eliminando le sovrapposizioni possono essere elencate come:

- 1) Procedura aperta (art. 60);
- 2) Procedura ristretta (art. 61);
- 3) Procedura competitiva con negoziazione (art. 62);
- 4) Dialogo competitivo (art. 64);
- 5) Partenariato per l'innovazione (art. 65);
- 6) Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63);
- 7) Finanza di progetto (art. 183);
- 8) Finanza di progetto a programmatica o strettamente privata (art. 183, comma 15).

Queste procedure possono duplicarsi per l'innesto della c.d. «variante negoziale» delineata solo per le concessioni nell'art. 171, comma 7 laddove «La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni»¹⁵. La variante ne-

¹⁵ Cfr. sullo specifico punto preso dalla Direttiva M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, cit., p. 15.

goziale introduce potenzialmente un tasso di negoziazione con le potenziali controparti contrattuali mai visto in precedenza nella legislazione del *public procurement*.

6. *Le ricadute procedurali per i contratti di PPP e l'incremento obbligatorio dei livelli di garanzia*

Nei contratti di PPP non solo i procedimenti di aggiudicazione sono limitati, escludendo perciò l'applicabilità sia del principio di libera strutturazione dell'affidamento e sia la «variante di negoziazione», ma, inoltre, sono caratterizzati per le singole fattispecie contrattuali da elevati e specifici livelli di garanzia a presidio della corretta azione amministrativa e della migliore qualità procedimentale.

Ciò si traduce in una attenzione particolare del Codice nel settore degli affidamenti dove il *commitment* pubblico è rivolto alla programmazione, alla gara e alla gestione dell'esecuzione, ma è altresì stabilmente impegnato all'erogazione diretta o mediata delle risorse pubbliche da corrispondere al privato.

In forma regolatoria si riproduce la necessità di stabilire dei paletti e delle corsie di legittimità dell'azione amministrativa più pregnanti dove è presente la spesa diretta di danaro o valori pubblici. Invece, dove i ricavi devono essere «estratti» dal mercato, nei contratti di concessione, c'è la fiducia dell'effetto autodisciplinante della PA sulle sue scelte per la strutturazione delle gare con potenziali elevati tassi di negoziazione. Questa libertà di autogestione delle scelte procedurali è possibile perché gli operatori economici, dietro cui stanno le banche e su cui grava il rischio operativo di percezione del reddito, sono i primi attenti controllori della competenza della PA e dell'esattezza procedimentale, la cui mancanza verrebbe altrimenti sanzionata disertando le gare.

Tenendo presente questa differenziazione tra concessioni e contratti di PPP è possibile leggere la prescrizione *ex art.* 179, comma 1, riferita ai contatti di PPP «Alle procedure di affidamento di cui alla presente parte (Parte IV Partenariato Pubblico Privato) si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III (Contratti di Concessione), V e VI, in quanto compatibili». La compatibilità delle disposizioni con la parte III (Contratti di Concessione) deve essere condotta nell'ambito dei percorsi consentiti nella parte IV sul PPP: l'effetto dell'importazione normativa è limitato a disciplinare ciò che è già consentito nei procedimenti partenariali.

Per converso il flusso di recepimento normativo inverso, dai contratti di PPP alle concessioni, è libero, compreso il procedimento di cui al comma 15 dell'art. 183 del Codice, stante l'art. 166 del Codice che stabilisce il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.

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». 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: pertanto la «variante negoziale» non potrà essere importata nei procedimenti di PPP.

C'è un'altra ragione per negare l'accesso alla libertà di strutturare procedure di negoziazione non convenzionali, e risiede nella previsione di una finestra negoziale tipizzata proprio nei contratti di PPP (ma ce ne sono anche altre), infatti nell'art. 183, comma 3, lett. a) «l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto (...) di apportare al progetto definitivo, da questi presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto (...) e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario».

Questo appena descritto è un potente motore di negoziazione estensibile ad ogni parte della proposta presentata, perché la rinuncia all'ingaggio negoziale comporta la perdita dell'intero contratto, ripiegando solo sulla compensazione relativa alle spese di predisposizione dell'offerta. Le opportunità di negoziazione spinta nei percorsi di affidamento dei contratti di PPP sono tipizzate (e testate) e non sono ammesse contaminazioni.

7. Le garanzie procedimentali generali e specifiche per l'affidamento dei contratti di PPP

Il Codice stabilisce sia delle garanzie procedimentali generali applicabili per ogni affidamento di contratti di PPP e, poi, delle garanzie specifiche per ogni tipologia contrattuale partenariale.

Spicca tra quelle generali la necessità dell'adeguata istruttoria prevista dall'art. 181, comma 3, dove «La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, 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»¹⁶.

I contenuti dell'adeguata istruttoria, a monte della scelta procedimentale, coincidono con i contenuti dell'elaborato tecnico-economico dello studio di fattibilità (SdF) di cui all'art. 14 del D.P.R. 207/2010 (Regolamento), ancora in vigore per ampi stralci sino a quando non verranno pubblicati i decreti attuativi.

In questo momento non è chiaro se l'adeguata istruttoria costituisca un istituto di garanzia a sé stante, che precede ogni forma di programmazione delle operazioni in PPP, o se, invece, sia parte del progetto di fattibilità tecnico ed economica, che impegna la programmazione annuale e costituisce la base per lanciare la gara in finanza di progetto. L'analisi istruttoria è un perno fondamentale di legittimità dell'azione amministrativa, ma soprattutto è un passaggio imprescindibile per assimilare gli *skills* di cui la PA necessita per agire con competenza negli affidamenti di partenariato¹⁷.

8. Il livello di progettazione

Un'altra garanzia procedurale, che ammette deroghe ma chiaramente espresse, è l'innalzamento del livello di progettazione richiesto per attivare i procedimenti di affidamento del contratto di PPP e di conseguenza anche i livelli di progettazione che devono essere contenuti nelle offerte dei partecipanti.

Come esempio si può indicare l'art. 181, comma 2 del Codice, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP, in cui la

¹⁶ I sistemi francese, spagnolo e portoghese già da un decennio impongono uno *screening* selettivo e approfondito per approvare i contratti di partenariato pubblico privato in ragione dell'esborso diretto della PA e dei riflessi sulla contabilità pubblica degli investimenti privati.

¹⁷ Cfr. M. Ricchi, *Il partenariato pubblico-privato: nuove competenze e nuovi strumenti di regolazione della P.A.*, in *Negoziazioni Pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, cit.

PA deve porre a base di gara un progetto definitivo e anche l'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.

Queste disposizioni, in uno con la «sparizione» dello SdF dal Codice, privilegiano la predisposizione di gara con il livello di progettazione più elevato, quello definitivo; questo passaggio è stato introdotto per innalzare il livello di concretezza e veridicità sui costi delle offerte, abbattendo il loro rischio di oscillazione e predisponendo il mondo creditizio a finanziare le operazioni.

Il progetto definitivo ha un approfondimento dei costi di investimento e gestionali sufficientemente definito e ciò costituisce un forte incentivo a rassicurare gli istituti finanziatori sulla validità del PEF che li incorpora.

9. *Il sistema di monitoraggio e controllo: il BIM e sistemi di controllo assimilabili*

Il terzo sistema di garanzie associato esplicitamente all'affidamento dei contratti di PPP è la necessità di sottoporre a monitoraggio e controllo l'operatore privato per tutto il periodo di durata contrattuale. L'art. 181, comma 4 del Codice stabilisce «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».

La previsione di questo sistema di monitoraggio¹⁸ è legata al principio di effettività di traslazione del rischio operativo sia in fase di costruzione come in fase di gestione, se venisse a mancare *tamquam non esset* il rischio stesso e il contratto di PPP. Il rischio operativo a carico del privato non solo deve essere assegnato nel contratto ma deve essere trasferito tramite l'escussione delle penali per la mancata disponibilità dell'opera o il mancato raggiungimento degli *standard* pattuito dei servizi.

¹⁸ M. Ricchi, *I contratti di concessione 2.0*, in *Finanza di Progetto: temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit., pp. 67 ss.

Ancor di più esplicito è l'art. 182, comma 2 del Codice: «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 contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico».

Queste disposizioni costituiscono il principio di effettività nei contratti di PPP imponendo di approntare un sistema di controllo e di riduzione di quanto la PA deve corrispondere al privato. Il principio di effettività di traslazione del rischio, come man mano viene a delinearsi, si salda con due condizioni importanti per la PA:

1) di esistenza della stessa del contratto di PPP, infatti il mancato trasferimento del rischio operativo è equiparato all'inefficace trasferimento del rischio ai fini della dichiarazione di nullità della concessione, quale negozio in frode alla legge¹⁹. L'inefficacia del trasferimento del rischio a valle, in fase di escussione, comporta l'elusione dell'applicazione delle prescrizioni comunitarie vigenti sulla distribuzione dei rischi;

2) di contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PPP fredde per effetto della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 e delle regole SEC 95²⁰.

Il principio di effettività può essere garantito esclusivamente da un sistema di monitoraggio h24 in mano al concedente in fase di costruzione come in fase di gestione; è necessario perciò approntare una strutturazione di processi digitali di gestione delle informazioni legate al ciclo di vita dell'opera con particolare riguardo ai momenti di progettazione-costruzione-gestione in cui il flusso di informazioni transiti dalla realtà dei fatti alla cognizione della stazione concedente.

Il soggetto pubblico deve poter seguire le operazioni di realizzazione dell'opera pubblica da una propria cabina di regia in quattro dimensioni (la quarta è quella temporale), man mano che

¹⁹ Vedi *supra* nota 3. La Sentenza TAR Sardegna, n. 213 del 10 marzo 2011, dichiara la nullità di una concessione in violazione dell'obbligo di traslazione dei rischi in capo al privato: «il contratto di concessione in esame si deve qualificare come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge). L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione dei lavori pubblici e il project financing, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento».

²⁰ L. Martiniello, *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di concessione e di partenariato pubblico privato*, in *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, cit., pp. 441-460.

viene a compimento, ed essere allertato quando qualsiasi rischio a carico del concessionario si avveri, sia che preveda l'applicazione automatica delle penali con rilevamento oggettivo (es. ritardi), che quando si avverino dei rischi (es. costi supplementari) a cui il concessionario deve semplicemente fare fronte.

Al termine dell'esecuzione del lavoro nella disponibilità del concedente rimane un modello *as built* completo delle informazioni utili alla gestione che corrisponde esattamente a quanto venuto ad esistenza, sezionabile a qualsiasi livello come in una risonanza e ispezionabile in un tempo successivo, potendosi scegliere anche un momento temporale specifico legato ad una fase di produzione.

Il monitoraggio *in streaming* in fase gestionale consente di verificare il raggiungimento delle performance predeterminate o i livelli minimi di qualità dei servizi con l'applicazione delle penali in automatico; l'amministrazione concedente ha il controllo effettivo sul contratto di PPP per l'arco temporale contrattualmente determinato, senza dover dipendere dai *report* periodici del privato, così eliminando le asimmetrie informative, che potrebbero innescare dinamiche di *moral hazard post* contrattuale.

Il monitoraggio *in streaming* consente all'amministrazione di dimostrare l'effettività del trasferimento del rischio nei contratti di concessione o di PPP, perciò la clausola di fornitura e messa a disposizione del sistema *software* informativo dovrà essere inserita nel contratto, rafforzata dalla disposizione del predetto comma 2 dell'art. 182 del Codice dove «L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi».

I bandi di gara dovranno prevedere l'obbligatoria adozione per i privati di sistemi di *project management* e di BIM in fase di progettazione, di realizzazione e di gestione e, la conseguente, messa a disposizione dei flussi di informazioni in un cruscotto ad uso della PA per il controllo in remoto. I contratti di PPP sono estremamente complessi ed è questa complessità che giustifica l'imposizione normativa del sistema di monitoraggio che ha costi importanti ma i cui effetti sono per valore di gran lunga superiori unitamente al fatto che la PA corrisponde al privato in modo diretto il valore del corrispettivo.

La riprova del fatto che il monitoraggio informativo nei contratti di PPP sia costitutivo del trasferimento del rischio è stata da parte dell'ANAC la predisposizione delle «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 e imperativa.

Per comprenderne la immediata vincolatività, basti pensare che, invece, per gli appalti ordinari ai sensi dell'art. 23, comma 13 del Codice «Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, *l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lett. b)*». Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato. *Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro il 31 luglio 2016, anche avvalendosi di una Commissione appositamente istituita presso il medesimo Ministero, senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica sono definiti le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni.*

In altre parole, visto il ruolo costitutivo del trasferimento del rischio nei contratti di PPP, con le Linee guida ne è stata anticipata l'obbligatorietà rispetto alle concessioni, mentre gli appalti avranno una graduale vincolatività con decreto ministeriale successivo. Questa differente soluzione è dovuta al fatto che nei contratti di PPP il *main payer* è la PA e ciò costituisce un forte *check and balance* in queste procedure alla totale esposizione economica del soggetto pubblico.