

Il Sole
24 ORE

Edilizia e Territorio

www.ediliziaterritorio.ilssole24ore.com

DOSSIER ON LINE

NUMERO 5-6

MAG. -GIU. 2017

GLI APPALTI DOPO IL CORRETTIVO

L'analisi delle norme e il testo del codice
coordinato con il Dlgs 56/2017





COMMENTI

PIANIFICAZIONE

PAGINA 6

Programmazione triennale dei lavori, nonostante le innovazioni la disciplina resta un'opera incompiuta

DI LAURA SAVELLI

PROGETTAZIONE

PAGINA 8

Progettazione in attesa dei nuovi livelli: parametri obbligatori per i compensi e tavole semplificate per le manutenzioni

DI GIULIO NARDELLI

PAGINA 13

Lavori ad alta tecnologia e manutenzioni ritrovano l'appalto integrato, ma manca la norma sulla qualificazione

DI ROBERTO MANGANI

PAGINA 17

Più scelta per i concorsi di progettazione: cinque «modelli» a disposizione della Pa. L'ex preliminare ora è anche in due fasi

DI GIUSEPPE IMBERGAMO

PAGINA 21

Risoluzione delle interferenze, spetta all'ente gestore fare il «progetto».Le norme sull'iter approvativo dei lavori

DI GIANNI MARCO DI PAOLO

QUALIFICAZIONE

PAGINA 24

Qualificazione Pa, requisiti spalmati su cinque anni: conterà anche il rispetto degli obblighi di comunicazione all'Anac

DI PIERLUIGI PISELLI

PAGINA 27

Qualificazione su 10 anni per le imprese. Per i raggruppamenti temporanei il nodo dei requisiti «gara per gara»

DI ROBERTO MANGANI

PAGINA 32

Consorzi stabili, deroghe più ampie al divieto di modificare la compagine. Qualificazione, il quadro resta incerto

DI LAURA SAVELLI

SOMMARIO

GARE

PAGINA 36

Criteria di aggiudicazione: tetto massimo di 30 punti per la variabile prezzo. Rating d'impresa fattore premiante

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

PAGINA 41

La sfida della semplificazione per i contratti sottosoglia: più inviti, ma snelliti i controlli sui requisiti

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

PAGINA 46

Aggirati i paletti Anac sui micro-appalti. Per gli affidamenti sotto i 40mila euro non serve più il doppio preventivo

DI JACOPO RECLA

PAGINA 50

Motivi di esclusione, condanna penale anche per le false comunicazioni sociali: incidono sulla moralità professionale

DI LAURA SAVELLI

PAGINA 55

Più facile regolarizzare in corsa le carenze formali delle offerte: il soccorso istruttorio diventa gratuito

DI LAURA SAVELLI

PAGINA 59

Garanzie provvisorie e definitive, spazio alle semplificazioni per le piccole e medie imprese

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

PAGINA 62

Urbanizzazioni, no ai frazionamenti elusivi. Transitorio retroattivo: nuove regole valide sulle convenzioni post-Dlgs 50

DI ROBERTO MANGANI

PAGINA 65

La sicurezza in cantiere «irrompe» nell'offerta in fase di gara: oneri aziendali indicati dall'inizio

DI LUIGI CAIAZZA

PAGINA 68

Digitalizzazione delle procedure: informazioni da inviare una sola volta, ma ora serve l'interoperabilità tra Pa

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

PARTENARIATI

PAGINA 71

Concessioni e Ppp, nel codice 2016 due discipline in base al tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi

DI MASSIMO RICCHI

PAGINA 79

Autostrade, ok all'affidamento in house per A22 e A4 Venezia-Trieste da perfezionare entro il 18 aprile 2019

DI CLAUDIO GUCCIONE

PAGINA 87

Lavori dei (vecchi) concessionari, resta l'obbligo dell'80% in gara per opere e servizi sopra i 150mila euro

DI CLAUDIO GUCCIONE

ESECUZIONE**PAGINA 93**

Subappalto, terna obbligatoria anche per le opere super-specialistiche e le nove attività a rischio infiltrazione

DI ROBERTO MANGANI

PAGINA 97

La Pa sconta dal certificato di pagamento i contributi dovuti dall'impresa per le retribuzioni pagate in ritardo

DI LUIGI CAIAZZA

PAGINA 101

Fase esecutiva, il controllo non è più solo uno strumento di verifica ma una garanzia per la competizione

DI PAOLA CONIO E LUCA LEONE

ANAC**PAGINA 104**

Cambia la raccomandazione vincolante, ma Cantone non perde potere e «guadagna» i costi standard delle opere

DI ROBERTO MANGANI

ATTUAZIONE**PAGINA 108**

La lunga marcia dell'attuazione: con il decreto correttivo il conto sale a 60 provvedimenti

DI MAURO SALERNO

LE NORME

Gli appalti a un anno dal Dlgs 50/2016 Con il decreto «correttivo» una seconda riforma in 131 articoli (Testo coordinato del Dlgs 50/2016).....Pagina 113



Concessioni e Ppp, nel codice 2016 due discipline in base al tipo di rischio Il Correttivo cancella rigidità e refusi

Nel Dlgs 56/2017 salta il tetto del 30% al contributo pubblico, riportato (sia per concessioni che per Ppp) al più "coerente" 49% Addio anche ai "12 mesi per il closing" che diventano "18 mesi" e stabilendo che il contratto si firma solo a valle del progetto definitivo Gare per il Ppp solo su progetto definitivo, mentre per le concessioni si ammette ora anche la gara sul solo progetto di fattibilità

DI MASSIMO RICCHI



Le modifiche introdotte dal d.lgs 56/2017 (Correttivo) al d.lgs. 50/2016 (Codice) nella materia delle concessioni e del partenariato pubblico privato (PPP) hanno consolidato, affinato e meglio definito il disegno del legislatore che ha creato due parti specifiche all'interno del Codice (in tutto sono sei): la Parte III (Contratti di Concessione) e la Parte IV (Partenariato Pubblico Privato, Contraente generale e **altre modalità di affidamento**), il Correttivo aggiunge in quest'ultima rubricazione "e altre modalità di affida-

mento" proprio per consentire di avere un'idea fin da subito dell'ulteriore disciplina contenuta nella Parte IV del Codice.

La distinzione tra Parte III (Concessioni) e Parte IV (PPP) rivela la forte presa di posizione del legislatore in termini *commitment* pubblico nella materia, proprio distaccandosi dalla nomenclatura indicata dalla Direttiva comunitaria sulle concessioni, 2014/23/CE, che, appunto, non contempla i contratti di PPP autonomi dai contratti di concessione.



In altre parole, la **disciplina diversificata tra i contratti di concessione e quelli di PPP**, con stringenti differenze per questi ultimi riguardo alle procedure di affidamento, il livello progettuale minimo in fase di gara, il monitoraggio dei rischi e, soprattutto, l'obbligo di "adeguata istruttoria" a carico della PA per giustificare l'utilizzo, prescritto dall'art. 181, comma 3 del Codice, costituisce l'importante innovazione di cui è necessario prendere consapevolezza. La rigorosa disciplina riservata ai contratti di PPP è stata introdotta per consentirne l'uso appropriato e l'ampia diffusione, proprio per evitare che queste operazioni, caratterizzate dall'erogazione di canoni periodici a carico della PA, non siano convenienti rispetto agli appalti tradizionali, generando così ingenti danni erariali. La normazione specifica per i contratti di PPP predispone schemi procedurali e sostanziali che dovrebbero garantire un punto di riferimento certo e delle buone regole efficaci ed efficienti per la PA (v. M. Ricchi, L'architettura dei contratti di concessione e di PPP nel nuovo codice dei contratti, d.lgs. 50/2017, Rivista giuridica del Mezzogiorno n. 3/2016).

Il **criterio discriminante** per collocare un contratto nella Parte III (Concessioni) o nella Parte IV (PPP) risiede nella **tipologia di rischio operativo assunto dall'operatore economico** e non più dal concessionario. Questo cambio di denominazione, operatore economico invece di concessionario, è stato introdotto dal Correttivo nella definizione di rischio operativo, proprio nella consapevolezza che l'affidatario avrebbe potuto non essere esclusivamente il sottoscrittore di un contratto di concessione ma anche di un contratto di PPP:

“**Art. 3 - 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 **all'operatore economico [...]**”.

Pertanto l'operatore economico quando sopporterà il rischio operativo **dal lato della domanda**, secondo la definizione sostanziale del contratto di concessione indicata nell'art. 165 del Codice, “*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*”, allora la disciplina applicabile è riferibile alla Parte III (Concessioni). Invece, quando l'operatore economico sopporterà il rischio operativo **dal lato dell'offerta (rischio di disponibilità)**, ciò comporta per l'art.3, comma 3 del Codice che “*Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente [...]*”, allora la disciplina sarà quella della Parte IV.

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*.

La tutela della finanza pubblica

Dunque il legislatore ha compreso che nei contratti di PPP 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 attesi: in altre parole spenda male i soldi pubblici.

Per sottolineare questa ragione il Correttivo ha modificato l'articolo sulla definizione dei contratti di PPP, all'art. 3, lett. eee), del Codice introducendo, con un inciso molto eloquente, un richiamo ai profili di tutela della finanza pubblica:

“**art. 3, lett. 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. 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”.

Non deve trarre in inganno l'apparente efficacia restrittiva dell'inciso “per i soli profili”, introdotto dalle Commissioni parlamentari, in realtà **i profili di tutela della finanza pubblica nelle operazioni di PPP diven-**



tano l'immanente indicatore di legittimità di questi contratti, rinviando per *relationem* ai regolamenti comunitari sul disavanzo pubblico e alla contabilizzazione *off o on balance* solo per individuare i parametri quantitativi e sostanziali di questa legittimità. In altre parole se prima della modifica del Correttivo poteva rimanere il dubbio che l'applicazione delle regole Eurostat potesse riguardare esclusivamente i profili di contabilizzazione e non toccare i profili di legittimità di tale operazioni, ora l'introduzione del principio di tutela della finanza pubblica, che si sostanzia nella verifica dell'economicità e della convenienza dell'operazione di PPP secondo i regolamenti comunitari, non sembra consentire dubbi.

Tecnicamente il citato art. 44, comma 1-bis, del decreto-legge n. 248 del 2007, richiamato dall'art. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, per consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate da tutte le pubbliche amministrazioni, e ricadenti nelle tipologie indicate nella **decisione Eurostat 11 febbraio 2004**, prescrive a tutte le stazioni appaltanti (anche gli enti locali) di comunicare all'UTFP della Presidenza del Consiglio le informazioni relative a tali contratti (secondo le modalità ed i termini indicati nella Circolare PCM 27 marzo 2009).

Le disposizioni normative sopra indicate evidenziano come i contratti di PPP siano tutti sottoposti al medesimo trattamento contabile, anche in funzione dell'esigenza di riclassificare tali operazioni, aventi strutturazione giuridica differente nei vari Stati membri, ai fini della dimostrazione del rispetto dei parametri di "disavanzo pubblico" (o indebitamento netto) e "debito pubblico", indicatori costruiti secondo i criteri contabili contenuti nel medesimo **SEC 2010**. Si rinvia, in proposito al Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi ed ai Regolamenti UE n. 479/2009 e n. 220/2014, in base ai quali il "disavanzo" ed il "debito" di tutte le unità istituzionali comprese nel settore delle "amministrazioni pubbliche" (S13), va valutato in base ai principi contabili del Regolamento UE n. 549/2013 (SEC 2010).

La valutazione come indebitamento o meno è funzionale, in particolar modo, alla corretta redazione del conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni, effettuata annualmente dall'ISTAT e dal MEF, riclassificando i bilanci degli enti considerati pubblici ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 196 del 2009, sulla base dei criteri imposti dal Regolamento UE n. 549/2013, c.d. SEC 2010 (e, in precedenza dal Regolamento UE n. 2223/2006, c.d. SEC 95).

A questo punto l'inciso "*per i soli profili di tutela della finanza pubblica*" determina una coincidenza tra la valutazione delle norme (cogenti) sull'indebitamento pubblico con quelle di legittimità delle operazioni di

PPP, con la conseguenza che in caso di risultato negativo la PA non solo perderebbe l'incentivo alla de-contabilizzazione pubblica degli investimenti privati ma realizzerebbe un contratto illegittimo perché *de jure* non conveniente. In modo ancor più estremo il **Tar Sardegna** con Sentenza n. 213 del 10 marzo 2011, ha dichiarato nullo il contratto in violazione dell'obbligo di traslazione dei rischi in capo al privato valutato secondo i principi comunitari: "*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) per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento*".

Sempre sulla linea della nullità dei contratti di PPP la **Corte dei Conti Sez. Controllo N. 352 del 2 settembre 2011** stabilisce che la locazione finanziaria (contratto di PPP) può 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 stabilisce come "*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*".

I livelli di progettazione

Ci sono una serie di norme introdotte dal Correttivo che rafforzano la misura di maggiore garanzia prevista nel Codice nelle operazioni di PPP rispetto alle concessioni, infatti i livelli di progettazione sono più elevati nei PPP, o come contenuti minimi da porre a base di gara per l'affidamento dei contratti o come oggetto del contratto in fase esecutiva. Queste norme hanno la finalità comune di innalzare il livello di progettazione oggetto dell'offerta dei concorrenti con schemi di PPP, in modo tale che gli stessi concorrenti possano ottenere il *placet* dalle banche finanziatrici sulla base di un progetto che abbia limitate possibilità di escursioni (in eccesso) dei costi. Tanto più è definito il progetto tanto più l'istituto bancario sarà disponibile al finanziamento, potendo prevedere una limitata variabilità dei costi e tanto più la PA non dovrà essere soggetta a pagare, tramite i canoni che caratterizzano gli schemi di PPP, eventuali costi di varianti che possono esserle imputate per fattori non prevedibili. Si tratta di accorgimenti regolatori disciplinati in modo diverso nelle concessioni rispetto ai contratti di PPP:

«**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 contrat-



to o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere».

In questo caso trattandosi di **concessioni** il Correttivo ha proceduto all'inverso introducendo una possibile attenuazione (per le ragioni indicate in precedenza sul rischio domanda) del livello progettuale minimo, infatti è **consentito di porre a base d'asta il primo livello di progettazione di fattibilità tecnica economica**, poi in fase esecutiva oggetto del contratto potranno essere i successivi livelli progettuali, quello definitivo ed esecutivo.

Il Correttivo con la doppia elisione coordinata di parte degli artt. 180 e 181 del Codice, consente di porre a base di gara nei **contratti di PPP esclusivamente il progetto definitivo**, i concorrenti in sede di offerta non dovranno presentare alcuna progettazione (se non nelle forme di varianti migliorative), mentre oggetto del contratto di PPP dovrà essere il progetto esecutivo.

“Art. 180 (Partenariato pubblico privato) c.1. Il contratto di partenariato è il contratto oneroso di cui all'art. 3, comma 1, lettera eee. ~~Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico economica e la progettazione definitiva delle opere e dei servizi connessi~~”.

“Art. 181. (Procedure di affidamento) c. 2. ~~Salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione come prevista dall'articolo 180, comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocatione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico~~”.

Per completezza si rileva come il Codice nel procedimento in Finanza di progetto ai sensi dell'art. 183 del Codice, il livello di progettazione posto a base di gara sia quello di fattibilità tecnica economica, mentre nel previgente D.Lgs 163/2006 era solo studio di fattibilità. Inoltre i concorrenti in sede di offerta dovranno presentare una progettazione definitiva che gli consente di ottenere, come accennato, con più facilità il finanziamento dagli istituti di credito, mentre il previgente d.lgs. 163/2006 prevedeva in sede di offerta, invece, la presentazione di un livello inferiore, quello della progettazione preliminare.

Le condizioni per la stipulazione contrattuale

Per stipulare il contratto il Correttivo ha aggiunto alla condizione esistente di presentare i documenti di richiesta del finanziamento agli istituti di credito, quella relativa all'approvazione del livello di progettazione definitiva. In questo caso entrambe le condizioni sono un accorgimento regolatorio, introdotte dal Correttivo sia per le concessioni che per i PPP, per “mettere in si-

curezza” l'operazione, significa che c'è la certezza, prima di dare esecuzione al contratto, che l'operatore sia andato in banca con una progettazione definitiva approvata (verifica e validazione ?) a chiedere il finanziamento:

«Art. 165 c. 3. La sottoscrizione del contratto di concessione **può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della** presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera”.

Questa disposizione deve essere letta e coordinata con un'altra importante variazione introdotta dal Correttivo, quella della **risoluzione del contratto qualora dopo 18 mesi dalla stipulazione** (e dall'approvazione del progetto definitivo) **non ci sia stato o il closing finanziario o il collocamento delle obbligazioni** necessarie per il finanziamento dell'operazione. La risoluzione contrattuale non consente all'operatore economico di recuperare alcun costo neppure quello necessario per la predisposizione della progettazione definitiva. Si tratta del più importante stimolo al coinvolgimento degli istituti finanziatori nella predisposizione dell'offerta di gara, in questo modo i concorrenti sono costretti a far partecipare i finanziatori alla costruzione dell'operazione fin dalle prime fasi con indubbi vantaggi qualitativi che si riverberano sulla fattibilità dell'operazione:

“Art. 165 c. 5. 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, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalle società di progetto** di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque **non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione**. [...] Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo e del comma 3, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva”.

Come è stato accennato tutte queste disposizioni sono state estese dal Correttivo anche ai contratti di PPP, infatti:

“Art. 180 (Partenariato pubblico privato) c. 7. **Si applica quanto previsto all'articolo 165, commi 3, 4 e 5, del presente codice**”.

Termination clauses

Il Correttivo è intervenuto a definire con maggiore precisione la materia delle *termination clauses* sia per le concessioni come per i contratti di PPP, in particolare: i) il tema del *quantum* dell'indennizzo o rimborso dovuto all'operatore economico nei casi di revoca del contratto per indempimento della PA o per pubblico interesse (concidono) e quello di revoca del contratto per mancato riequilibrio del PEF a seguito di una sopravve-



nienza; ii) il tema della continuità operativa gestionale in tutti casi di cessazione del contratto in attesa dell'individuazione del subentrante; iii) il tema dell'obbligatorietà di inserimento negli atti di gara e contrattuali della possibilità per gli enti finanziatori di esercitare lo *step in right*, e cioè di individuare un sostituto dell'operatore economico in caso di sua insolvenza.

Le seguenti puntualizzazioni del Correttivo sono state dettate dalla pratica perché ci sono state incertezze interpretative delle disposizioni previgenti nel caso del valore degli indennizzi, sulla continuità operativa nel caso di cessazione del contratto, come pure sulla possibilità di nomina di sostituto del operatore economico quando si trovi in una situazione di insolvenza. Tutte queste misure consentono agli istituti di credito di valutare meglio il rischio nelle situazioni critiche (insolvenza e chiusura del contratto) per la concessione del finanziamento:

“Art. 176 comma 4. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione **ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse**; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione, **nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione**”.

“Art. 165 comma 6 [...] In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. **Al concessionario spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse**”.

Gli oneri derivanti dallo scioglimento dei contratti di *hedging* (swap, derivati) per tutelare il finanziamento principale dell'operazione dalle fluttuazioni dei tassi di interesse erano un problema per le banche, spesso non venivano riconosciuti dalla PA anche perché potevano essere dei valori rilevanti che non era intenzionata a so-

stenere.

L'articolo così modificato porta ad alcune riflessioni: a) è necessario che l'operatore economico una volta aggiudicato il contratto faccia completa *disclosure* alla PA dei contratti di finanziamento e di garanzia sui tassi per consentire alla PA di valutare quale possa essere il suo costo di *exit*, potrebbe essere utile rafforzare tale obbligo inserendolo nella *lex specialis*; b) la modifica prevede solo gli oneri che devono essere riconosciuti all'operatore economico, ma talvolta in caso di chiusura anticipata dei contratti di garanzia delle fluttuazioni del tasso di interesse, in determinate condizioni di mercato, potrebbe generarsi un importante saldo positivo, che in mancanza di una norma inserita nel bando e nel contratto andrebbe solo a vantaggio del privato; c) la chiusura di questi contratti di garanzia sui tassi non consente di conoscere in anticipo quali siano gli importi da corrispondere perché dipendono dalle condizioni di mercato esistenti al momento della chiusura e potrebbero essere anche degli oneri talmente rilevanti tali da dissuadere la PA dall'opzione di *exit*. Per ovviare a questa circostanza potrebbe essere opportuno limitare contrattualmente il costo di chiusura del contratto di finanziamento, ciò consente alla PA di non accollarsi un rischio improprio, laddove non sia predeterminabile nel suo ammontare (non è il suo mestiere) e al contempo consente agli istituti di credito comunque di stipulare i contratti di garanzia a copertura delle fluttuazioni dei tassi e di trasferire sul finanziamento il costo della garanzia per la loro chiusura anticipata.

Invece, il Correttivo con la modifica introdotta nell'art. 165, comma 5, esclude la corresponsione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura delle fluttuazioni dei tassi di interessi, in caso di revoca del contratto per mancanza di riequilibrio del PEF. La ragione di questa diversa disposizione risiede nel fatto che la chiusura del contratto non è imputabile alla responsabilità della PA ma all'impossibilità di individuare delle leve di riequilibrio del PEF (modifica oggetto, aumento delle tariffe, estensione del contratto, defiscalizzazione, versamento somme, cessione in kind, ecc.) che possono essere precluse all'ente concedente.

Infine nell'art. 176, comma 4 del Codice è stato puntualizzato il metodo, ne erano disponibili diversi, per la determinazione del lucro cessante dopo il collaudo, quando l'operatore economico sia entrato in fase gestionale, individuandolo

nel “(Art. 176, c. 4) **valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione**”.

La misura di continuità operativa e gestionale tutela l'operatore economico nei casi in cui cessa il rapporto contrattuale, dunque in caso di: i) risoluzione per inadempimento della PA o revoca per pubblico interes-



se; ii) revoca per mancato riequilibrio del PEF; iii) revoca per l'esercizio dello *step in right* da parte dei soggetti finanziatori; iv) cessazione del contratto per scadenza naturale del termine e *status* di pendenza in attesa di una nuova aggiudicazione.

“Art. 176, comma 5-bis. Senza pregiudizio per il pagamento delle somme di cui al comma 4, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi”.

Tale disposizione è operativa solo quando è previsto che ci sia un soggetto subentrante ed è anche una misura a favore della PA perché: i) trasla dalla PA all'operatore subentrante l'onere di corresponsione delle somme dovute all'*incumbent* uscente; ii) differisce l'obbligo di corresponsione delle somme dovute all'*incumbent* uscente al tempo dell'effettiva individuazione dell'operatore subentrante.

Anche in questo caso il *set* regolatorio fin qui esaminato per i contratti di concessione disciplinato dall'art. 176, è stato esteso dal Correttivo ai contratti di PPP e in modo ridondante le disposizioni sugli oneri derivanti dalla chiusura dei contratti a garanzia delle fluttuazioni dei tassi di interesse sono state duplicate anche per i contratti di PPP all'art. 182, comma 3, del Codice.

“Art. 176, comma 10.bis. Il presente articolo si applica ai contratti di concessione e di partenariato pubblico privato e agli operatori economici titolari di tali contratti”.

Il contributo pubblico

Il Correttivo aumenta dal 30 % al 49 % la percentuale del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari, disponibile come limite massimo al contributo pubblico sia nei contratti di concessione come nei contratti di PPP.

“Artt. 165, comma 2 e 180, c.6. [...] quarantove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari [...]”.

Con la modifica si è voluto intervenire rimanendo entro i margini di flessibilità concessi dalla disciplina europea sulla contabilizzazione delle operazioni di PPP (Manuale Eurostat ESA 2010). Il contributo a fondo perduto fissato al 30% risultava particolarmente penalizzante per le opere con il rischio disponibilità a carico del privato e con la PA nel ruolo di *main payer*, infatti si creava la distorsione di incrementare il canone pubblico quando l'ente aveva ancora margini di spesa in

conto investimenti.

Si rileva come la correzione quanto mai opportuna di elevare la percentuale sia stata però frettolosa. Infatti il calcolo del 49 % va fatto sul costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari, se gli oneri finanziari sono superiori all'incirca al 2% del costo dell'investimento allora il contributo pubblico sfiora il limite del 50 % richiesto dalla disciplina comunitaria sull'indebitamento (ESA 2010). Per precauzione e per evitare di incappare nelle taglie dei principi di contabilizzazione pubblica, come visto rafforzati dal principio di tutela della finanza pubblica, il 49 % dovrà riguardare esclusivamente il costo dell'investimento escludendo gli oneri finanziari.

PPP e opere pubbliche

Il Correttivo poi ha introdotto una disposizione che precisa la natura delle opere oggetto dei contratti di PPP che possono riguardare tutte le opere pubbliche.

“Art. 180, comma 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. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica”.

Dietro l'apparente omnicomprensività della disposizione che sembra estendere ad ogni tipologia di opera pubblica la possibilità di utilizzare i contratti di PPP, deve rilevarsi che invece sono esclusi i c.d. “i lavori di pubblica utilità” riferibili alle opere private; questi, infatti, erano contemplati dall'art. 153 (Finanza di progetto) del previgente codice, il d.lgs. 163/2006, fatto che prima consentiva, almeno a livello teorico, l'estensione dell'utilizzo dei contratti di concessione fredde (PPP) alle opere private di interesse pubblico.

La preclusione di utilizzare i contratti di PPP per i lavori di pubblica utilità su opere private dovrebbe essere ricondotta, anche in questo caso, al fatto che la PA sia il *main payer* (paga un canone) negli schemi contrattuali di PPP e il privato non sopporta il rischio di mercato; ancora una volta l'intento è quello di riservare alle sole opere pubbliche gli eventuali sforzi economici in conto gestione della PA.

L'eccezione, a questa preclusione, è riferibile al contratto di disponibilità che nella definizione dell'art. 3, comma 1, lett. hhh) del Codice, consente espressamente l'utilizzazione dello schema contrattuale solamente quando l'opera sia privata e sia messa a disposizione della stessa PA: il contratto di disponibilità infatti **“(è) il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la**

messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio a fronte di un corrispettivo". A questo punto la preclusione riguarda la realizzazione delle opere private di interesse pubblico che rimangono nella disposizione dello stesso privato o che sono aperte al pubblico, per queste osterebbe lo schema contrattuale di PPP quando invece potrebbero essere finanziate mediante concessioni con rischio domanda a carico del privato.

Il procedimento con il promotore è stato liberalizzato

Il Correttivo non solo ha eliminato l'ingiustificata barriera alla possibilità di utilizzare il procedimento con il promotore (vedi M. Ricchi "Promotore e project financing: cinque pesanti ostacoli da rimuovere subito, Edilizia e Territorio, 5 maggio 2016) per presentare le proposte fuori programmazione, nello specifico ha corretto il refuso relativo all'obbligo di prestare la cauzione definitiva ex art. 103 del Codice con la meno onerosa cauzione provvisoria ex art. 93 del Codice, ma soprattutto ha liberalizzato l'utilizzo della Finanza di progetto con la proposta del promotore. Infatti l'art. 183, comma 15, che disciplina il procedimento con il promotore è stato esteso a tutti i contratti di partenariato pubblico privato, mentre prima era precluso ad esempio al contratto di disponibilità.

"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 187)~~ **tutti i contratti di partenariato pubblico privato**".

La portata innovativa di questa estensione è rilevante perché da conto di come l'azione del privato, nelle zone prive di programmazione pubblica, è equiparabile quanto a importanza a quella della PA, anzi ne costituisce primaria e unica fonte di integrazione. Questa disposizione dovrebbe far uscire le proposte dal promotore fuori dalla cortina di sospetto che solitamente l'accompagna e consentire di valutarle nella pienezza dell'innovazione progettuale, economico finanziaria e giuridico amministrativa di cui sono portatrici. In altre parole se non fossero proposte dotate di una forte componente di innovazione e complessità non sarebbe certamente utile per la PA ricorrere ad un suggerimento così "esterno".

A questo riguardo la forma di cautela che deve sempre ricorrere in questi procedimenti per evitare operazioni sbagliate, è semplicemente da parte della PA di esercitare il potente strumento di verifica della fattibilità della proposta prescritto nell'art. 183, comma 16 per decidere di non accoglierle nella propria programmazione.

L'operazione di verifica della fattibilità si sostanzia nelle medesime operazioni di "adeguata istruttoria"

previste dall'art. 181, comma 3 del Codice: "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".

Perché il meccanismo di integrazione programmatica funzioni è necessario che: a) i privati presentino delle proposte "fatte bene" (come se fossero operazioni predisposte dalla stessa PA); b) che la PA abbia la capacità/competenza per valutarle come "fatte bene" eseguendo l'analisi costi benefici e l'analisi comparativa di convenienza rispetto all'appalto convenzionale – queste di fatto incarnano la valutazione di pubblico interesse non più presente nel Codice – e poi la sostenibilità economico finanziaria dell'iniziativa, escludendo che ci siano fatti tecnici o giuridico amministrativi impeditivi dell'operazione.

A fronte della forte propensione del privato ad investire in tale innovazione (ricordiamo che le proposte "fatte bene" sono costose) e ad accettare il rischio di non fattibilità da parte della PA, il privato è premiato con il cd diritto di prelazione, ovvero con la possibilità, nota a tutti i potenziali concorrenti, di assicurarsi il contratto messo in gara nel bando europeo, ancorché non vincitore, dichiarando di realizzarlo alle stesse condizioni dell'aggiudicatario.

A questo riguardo è opportuno segnalare la recente Sentenza Tar Lazio n. 5702/2017, che impone alla PA di eseguire l'analisi di fattibilità della proposta (e non più rendere la dichiarazione di pubblico interesse) e questa potrà essere respinta solamente se ci siano dei vizi ostativi e non per questioni giuridiche o tecniche che possono essere risolte attraverso una negoziazione specificatamente prevista dal legislatore come metodo di definizione ottimale dell'operazione.

Il contratto di disponibilità

Infine, il Correttivo ha modificato il livello di documentazione da porre a base di gara nel contratto di disponibilità reintroducendo il capitolato prestazionale ed eliminando la progettazione di fattibilità tecnica economica, che era incongruente rispetto alla titolarità privata dell'opera come di tutti i livelli di progettazione che rimangono di esclusiva proprietà e onere di redazione in capo all'affidatario.

"Art. 188, c. 3. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 72 ovvero di cui all'articolo 36, comma 9, secondo l'importo del contratto, ponendo a base di gara **un capitolato prestazionale pre-**



disposto dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Sempre con riferimento al contratto di disponibilità e al primo livello di progettazione di fattibilità tecnica economica, da predisporre tra i contenuti dell'offerta, il Correttivo ha introdotto una fase di approvazione in capo all'amministrazione aggiudicatrice quanto mai opportuna. Infatti in quella fase di approvazione, comunque successiva alla gara, la progettazione di fattibilità tecnica deve essere congruente con il capitolato prestazionale e in ultima analisi con i desiderata dell'amministrazione che deve certificare, pertanto, la sua approvazione.

“Art. 188, c. 5. Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono

redatti a cura dell'affidatario; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del progetto di fattibilità tecnica-economica **approvato dall'amministrazione aggiudicatrice** e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice la quale può, entro trenta giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale e, ove prescritto, alle terze autorità competenti”.