



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Linee guida sulla finanza di progetto**

**Consultazione pubblica**

**Osservazioni pervenute**

## Elenco dei soggetti che hanno inviato contributi

A)	PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E SOCIETA' PUBBLICHE.....	2
1)	Ministero del Tesoro.....	2
2)	Università Bocconi Milano .....	4
3)	Comune di Conegliano.....	7
4)	Cassa depositi e prestiti S.p.A.....	7
B)	ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E COMITATI.....	12
5)	Anci Nazionale .....	12
6)	ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili.....	15
7)	Alberto Sperotto - Presidente Com. di citt. contro collegamento autostr. Torricelle.....	15
8)	AISCAT.....	18
C)	OPERATORI ECONOMICI .....	25
9)	Olimpia Agency Spa .....	25
10)	Contributo pubblicato in forma anonima.....	27

### **A) PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E SOCIETA' PUBBLICHE**

#### **1) Ministero del Tesoro**

Si fa riferimento al punto 10.2 (“La Convenzione”) delle “Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell’articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Bozza di Determinazione” oggetto di consultazione. Al riguardo, si fa presente che il Ministero dell’Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (RGS) - Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica (IGECOFIP) coordina dal 2013 un gruppo di lavoro (GdL) finalizzato all’elaborazione di uno schema di convenzione “tipo” per la realizzazione e gestione, in partenariato pubblico-privato, di opere pubbliche o di pubblica utilità. Ai lavori partecipano rappresentanti interni della RGS e componenti esterni dell’ISTAT- Dipartimento per i Conti Nazionali e le Statistiche Economiche- Direzione Centrale della Contabilità Nazionale, della Presidenza del Consiglio dei Ministri -Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica – Struttura tecnica di supporto al NARS e Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), di CDP S.p.a., dell’ANCI e della SDA-Bocconi.

Nello scegliere un modello contrattuale di riferimento, il GdL ha optato per la concessione di lavori pubblici di cui all'art. 143 e ss. del Codice dei contratti (D.lgs n. 163/2006), il cui affidamento costituisce una delle procedure contemplate dal Codice stesso nell'ambito della finanza di progetto. Con la definizione dello schema di Convenzione standard si vuole fornire uno strumento di riferimento agli operatori pubblici e privati, finalizzato a disciplinare i rapporti concessori in modo bilanciato e ad assicurare una corretta allocazione dei rischi (costruzione – disponibilità – domanda) tra le parti, nel rispetto dei principi posti dalla decisione Eurostat 2004. Si dovrebbe, in tal modo, ridurre a monte il rischio di possibili riclassificazioni ex post di un'operazione di partenariato da off a on balance sheet, alla luce, sia della citata Decisione Eurostat 2004, sia del Manuale del SEC 2010 su Disavanzo e Debito pubblico (agosto 2014) e del Regolamento UE n. 549/2013. Il lavoro in esame ha altresì l'obiettivo di mettere a disposizione delle amministrazioni pubbliche (AP) un modello contrattuale che tenga in considerazione le principali condizioni ordinariamente richieste per favorire il finanziamento di opere pubbliche o di pubblica utilità con capitali privati, promuovendo, al contempo, la sempre maggiore standardizzazione degli schemi contrattuali utilizzati, al fine di incentivare la realizzazione di operazioni di partenariato pubblico-privato da parte delle AP.

È inoltre intenzione del GdL predisporre una Relazione di accompagnamento che illustri il contenuto dell'articolato, un Allegato contenente le definizioni cui la Convenzione rinvia e una Matrice di allocazione dei rischi dove verranno indicati, per ciascun rischio, il soggetto su cui lo specifico rischio ricade e gli articoli e i commi della Convenzione che disciplinano e allocano tale rischio. Il GdL ritiene che ogni Convenzione debba essere accompagnata da tale Matrice.

Nelle Linee Guida predisposte dall'ANAC si espongono le novità cruciali della nuova Direttiva europea sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (n. 2014/23/UE). Al riguardo, pur considerandone i principi e le novità essenziali all'interno della Relazione illustrativa di accompagnamento al testo, il GdL ha scelto di non tenere conto del contenuto della direttiva nella predisposizione dell'articolato della Convenzione, proponendosi di aggiornare il testo dello schema di convenzione una volta recepita la direttiva nel nostro ordinamento. Tale scelta consentirà di riflettere in maniera puntuale non solo le nuove previsioni adottate dall'ordinamento comunitario ma anche la loro concreta attuazione a livello nazionale e si fonda sull'idea di una Convenzione standard come work in progress, da aggiornare man mano che se ne ravvisa la necessità, in relazione alle modifiche del quadro normativo vigente.

Con riferimento ai contenuti che le Linee guida considerano essenziali per uno schema di contratto di concessione, la Convenzione standard in fase di ultimazione non solo risulta pienamente in linea con le indicazioni fornite dall'ANAC, ma per alcuni aspetti propone clausole più dettagliate e puntuali rispetto agli elementi ivi indicati, con riferimento, ad esempio, alla disciplina dell'equilibrio economico-finanziario e della variabilità dei canoni, dei premi e delle penali collegati al rischio di disponibilità dell'opera. Non appare, infine, secondaria la trattazione svolta dal GdL nella fase di esecuzione dei lavori affidati in concessione.

Tutto ciò premesso, il GdL sarebbe ben lieto di avviare un dialogo costruttivo sui temi più complessi e rilevanti di uno schema di Convenzione, al fine di indicare, in particolare alle AP, una linea istituzionalmente condivisa di modus operandi nella definizione dei rapporti tra concedente e concessionario.

## 2) Università Bocconi Milano

Nelle Premesse, sarebbe opportuno specificare meglio il glossario, che spesso crea confusione.

PPP, in base alla definizione data dal libro verde della Commissione Europea, sono contratti di durata, con allocazione dei rischi tra le parti e pagamento legato alla performance (il nostro codice elenca le forme di PPP all'art. 3 comma 15 ter, che comunque non è esaustivo).

Il PPP può fare riferimento a due istituti giuridici: l'appalto e la concessione.

A tal proposito sarebbe importante specificare che le differenze tra l'art. 143/144 e 153 sono puramente procedurali.

E' un peccato che solo all'art. 153 si citi la società di progetto, la quale è conditio sine qua non per finanziare secondo la tecnica del project finance un progetto.

Il project finance come tecnica di finanziamento può essere applicato anche alle concessioni ex art. 143.

Purtroppo il nostro codice, e già prima la legge Merloni, confonde uno strumento di finanziamento con una procedura giuridica.

Le società di progetto sono raccomandabili anche per progetti di piccola entità, in quanto consentono di isolare i flussi di cassa e di godere di benefici fiscali (quali la piena deducibilità degli oneri finanziari, ex art. 96 del TUIR).

Inoltre, il riferimento a Eurostat e alla regola dei 2 su 3 rischi fa riferimento prevalentemente alle operazioni a tariffazione sulla PA o quelle in cui la PA è il principale pagatore, in quanto sono quelle che posso rappresentare un "debito" occulto.

Tuttavia si segnala la necessità di definire chiari sistemi di contabilizzazione di queste operazioni anche a livello locale, per enti locali, aziende pubbliche e aziende sanitarie, al fine di creare una maggior armonizzazione tra le regole di consolidamento del debito a livello nazionale e i modelli contabili applicati dai concedenti, anche alla luce del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118. Si segnala infatti che se la Corte dei Conti sta esortando e vigilando che gli enti locali contabilizzino adeguatamente queste operazioni (Puglia 161/PAR/2013), le aziende sanitarie invece tendono a contabilizzare i canoni di gestione (di disponibilità) dovuti come pura spesa corrente anche in presenza di un contributo pubblico superiore al 50%.

In relazione all'Analisi di Value for Money, come già scritto nel documento in risposta alla consultazione del 2014, si raccomanda una profonda revisione della metodologia suggerita. Il documento redatto nel 2009 da AVCP presenta alcune criticità – in primis il fatto che sia completamente ispirato alla metodologia anglosassone che per alcuni aspetti non è coerente con gli assetti istituzionali e con le caratteristiche del PPP in Italia. Inoltre, la competitive neutrality non consente di apprezzare costi che poi effettivamente dovranno essere sostenuti dai bilanci del concedenti pubblici. Infine, la quantificazione dei rischi non appare adeguatamente valutata.

In relazione all'affidamento dello studio di fattibilità, l'osservazione delle dinamiche di mercato consente di dire che sarebbe opportuno che le amministrazioni assumessero un vero e proprio ruolo di project management, evitando di appaltare all'esterno la totalità delle prestazioni a un unico soggetto

(anche ATT), preferendo piuttosto il modello “hub-spoke”. Ovvero, le amministrazioni dovrebbero indentificare le competenze rilevanti per redigere lo studio di fattibilità e, quindi, avviare percorsi di selezione diversificati, sulla base delle specifiche attività che formano lo studio di fattibilità. Questo consentirebbe alle amministrazioni di utilizzare le professionalità più adeguate e non necessariamente quelle appartenenti a reti già consolidate. Un tipo esempio è la dimensione economico e finanziaria dello studio di fattibilità, che spesso viene affidata dagli studi di progettazione a professionalità non esperte di PPP con il risultato che spesso la componente economico – finanziaria, fondamentale per strutturare operazioni fattibili, sostenibili e bancabili, non viene esaminata e strutturata in modo adeguato o comunque coerentemente con il significato più profondo di interesse pubblico.

Strutturare il piano economico e finanziario di queste operazioni non richiede infatti solo competenze di finanza, ma l’approfondita conoscenza di queste operazioni, tra cui: come definire il punto di equilibrio economico e finanziario e come valutare il trasferimento del rischio operativo anche attraverso il piano economico e finanziario (PEF).

In relazione, poi, ai contenuti del PEF, richiamando gli elementi minimi ai sensi dell’art. 95, comma 5, del Regolamento, si suggerisce anche di far menzione nel testo della Determinazione dell’importanza della valutazione della componente “allocazione dei rischi” all’operatore privato, che si traduce in specifici valori all’interno dei costi operativi e di costruzione. Inoltre, di rilevante importanza è la definizione di tutti i parametri della struttura finanziaria, che tra l’altro dovrebbe indicare in modo chiaro (e motivato) il rendimento atteso del capitale investito.

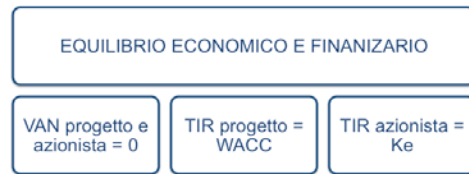
Andrebbe inoltre specificato il significato di equilibrio economico e finanziario, concetto spesso non chiaro nell’ambito delle concessioni di costruzione e gestione (vedere box di seguito per un approfondimento).

#### INIZIO BOX

L’obiettivo dell’analisi di fattibilità e finanziabilità è quella di valutare l’equilibrio economico e finanziario. Infatti, si tratta di una condizione essenziale non solo nel caso in cui si decida di realizzare un investimento in PPP, ma anche nel caso in cui l’amministrazione decida di finanziare secondo logiche tradizionali (risorse proprie di bilancio o mutuo) un investimento, al fine da controllarne gli impatti di bilancio e gli effetti sulla sostenibilità di medio e lungo termine.

L’equilibrio economico e finanziario si consegue quando i ricavi di progetto coprono i costi di gestione, i costi di investimento, il costo dei capitali investiti e le imposte. Pertanto la condizione di equilibrio economico e finanziario è verificata quando il VAN (di progetto e/o di azionista) sono nell’intorno di zero, quando il TIR di progetto è nell’intorno del WACC (costo medio ponderato del capitale) e il TIR dell’azionista è nell’intorno del  $K_e$  (rendimento atteso dell’equity). Nel caso queste condizioni non siano rispettate significa che il progetto distrugge valore oppure genera un valore maggiore del rendimento adeguato date le caratteristiche dell’operazione stessa.

*Figura: Le condizioni di equilibrio economico e finanziario*



La condizione di equilibrio economico e finanziario deve essere sempre valutata per determinare i valori e le caratteristiche del progetto, che poi rappresentano anche delle basi di gara, quali: tariffe, canone di disponibilità, contributo a fondo perduto, contributo in conto gestione, integrazione di ricavi o altre forme di supporto pubblico, quale il trasferimento di diritti di proprietà o di godimento. Oppure quando una amministrazione riceve una proposta a iniziativa privata.

Questo è l'equilibrio economico e finanziario a cui deve tendere il PEF offerto da un operatore privato in gara. Spesso, invece, capita di vedere progetti con VAN molto positivi – questo significa che, se i valori sono stati stimati adeguatamente, in caso di manifestazione di un rischio progettuale la controparte privata sarà sterilizzata per un ammontare pari al VAN stesso. Se l'operatore privato o l'amministrazione ritiene che il progetto sia più rischioso della media, il premio per questo rischio non deve transitare da un valore positivo del VAN, ma da una adeguata quotazione dei dati di input: il costo del progetto oppure il rendimento atteso sul capitale.

Questa condizione di equilibrio economico e finanziario è molto utile anche per dimostrare che eventuali contributi pubblici non determinano aiuto di stato. A tal fine si raccomanda di prestare particolare attenzione all'attendibilità dei dati di input, come per esempio il costo del capitale, il cui valore può essere determinato sulla base di specifiche metodologie, tra cui ma non solo quella del CAPM (Capital Asset Pricing Model).

## FINE BOX

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

Un esempio per tutti: come si valuta il rendimento? Si assegnano più punti al rendimento più alto o più basso? In teoria bisognerebbe valutare positivamente un rendimento più alto ma solo a condizione che sia adeguatamente valutata anche l'efficienza dei costi di costruzione e di gestione che dovranno portare a tariffe o canoni di disponibilità più competitivi. La soluzione più adeguata è quella di valutare effettivamente ciò che impatta sui cittadini e/o sulla PA.

Inoltre, sarebbe anche opportuno che l'amministrazione avesse la possibilità di valutare l'attendibilità del PEF, che è elemento che nei fatti non viene mai assicurato dalle asseverazioni. Infatti, a tal proposito, già in risposta alla consultazione del 2014, avevo fortemente suggerito una profonda revisione dell'asseverazione, che purtroppo ad oggi non rappresenta affatto certificazione di qualità e attendibilità del PEF.

Da studi condotti con alcuni colleghi presso l'Università Bocconi , basati su un modello multi-agente, abbiamo dimostrato come una amministrazione capace di assegnare un punteggio anche legato all'affidabilità/bontà/appropriatezza del PEF è in grado di ridurre in modo significativo i fenomeni di azzardo morale che caratterizzano queste operazioni e che possono portare poi a una non adeguata allocazione dei rischi ex post, specie in presenza di contratti imperfetti.

### **3) Comune di Conegliano**

Con riferimento allo svolgimento di una procedura ad iniziativa di privati (comma 19) si chiede di chiarire quando la cauzione provvisoria di cui all'art. 75, che deve essere allegata alla proposta, possa essere escussa dall'Amministrazione essendo questa a garanzia di un contratto che, nel momento in cui viene presentata, non è detto che ci sarà in quanto non solo non è stata indetta alcuna gara ma la proposta deve ancora essere dichiarata di pubblico interesse. Si chiede, inoltre, se, a seguito approvazione del progetto preliminare e avviata la gara per l'affidamento della concessione, il promotore possa, in sede di gara, avvalersi della stessa cauzione provvisoria già presentata in sede di proposta eventualmente prorogata se fossero superati i 180 gg. di validità della stessa.

### **4) Cassa depositi e prestiti S.p.A.**

Soggetti aggregatori (Agenzia nazionale del PPP e centrali di committenza).

La centralità che riveste il PPP nel finanziamento delle infrastrutture è stata ribadita nel Documento di economia e finanza 2014. Nel documento si propongono delle “azioni” per risolvere le criticità relative al limitato utilizzo e successo dello strumento.

A questo proposito, tra le varie attività, si possono richiamare le seguenti:

- l'accentramento delle gare presso “una stazione unica di gestione con competenze specifiche e favorendone l'utilizzo da parte delle singole amministrazioni”;
- la definizione di standard relativi agli Studi di fattibilità, ai bandi, alle procedure e ai contratti;
- l'istituzione di “un fondo nazionale per la progettazione di opere in PPP”.

Si ribadisce l'importanza di istituire un soggetto unico nazionale che venga dotato dei poteri di amministrazione aggiudicatrice ed eventualmente di amministrazione concedente nonché di estendere l'ambito di applicazione delle centrali di committenza ai contratti di partenariato pubblico privato che consentirebbe di realizzare economie di scala e superare le difficoltà tecniche generalmente riscontrabili da parte degli enti di piccole dimensioni nella strutturazione di operazioni in PPP.

Flessibilità delle procedure di aggiudicazione e di modifica del contratto di PPP.

Nella grande maggioranza dei casi il coinvolgimento in operazioni di PPP dei soggetti finanziatori avviene in un momento successivo alla stipula della convenzione; ciò anche a motivo del fatto che generalmente il bando di gara è corredato del solo studio di fattibilità o, al massimo, del progetto preliminare, ossia di un livello di definizione dell'investimento che non consente di disporre di tempi e costi certi di realizzazione e quindi di formulare attendibili piani finanziari. Di norma, solo a valle

dell'approvazione del progetto definitivo i finanziatori sono in grado di esaminare compiutamente il progetto e formulare termini e condizioni per il finanziamento dell'opera che, generalmente, richiedono anche interventi (modifiche, integrazioni o chiarimenti) delle clausole convenzionali.

Nella realtà si osserva che:

- gli schemi di convenzione ed i piani economici – finanziari predisposti dalle amministrazioni o presentati dagli offerenti pongono frequentemente forti criticità in grado di compromettere la bancabilità dei progetti;
- l'intervento solo ex-post del sistema bancario non consente generalmente di prevenire le questioni di bancabilità e comunque genera ritardi;
- i ritardi nella acquisizione delle necessarie fonti di finanziamento determinano lunghe fasi di stallo durante le quali l'amministrazione perde il controllo sulle sorti dell'opera ed è spesso impegnata in continui aggiornamenti del piano economico finanziario e/o della convenzione.

Si concorda sull'osservazione che la procedura di consultazione preliminare introdotta dall'articolo 144, comma 3-quater, del codice dei contratti pubblici è sostanzialmente assorbita dalla procedura del dialogo competitivo ma non si può non sottolineare che la stessa non è mai stata adottata per l'affidamento di contratti di concessione con la conseguenza che la concessione, contratto flessibile per antonomasia, è stato e continua ad essere affidato mediante procedure eccessivamente rigide che, unitamente a procedure di modifica del contratto altrettanto rigide, comportano un elevato danno da pagare in termini di tempi (e relativi costi) di finanziamento e, quindi, di realizzazione dell'opera.

Tenuto conto dell'occasione fornita dal recepimento della Direttiva 2014/23/UE si auspica che vengano introdotti margini di flessibilità sia nelle procedure di aggiudicazione dei contratti di PPP sia nelle modalità di modifica del contratto successivamente all'affidamento della concessione per esigenze di bancabilità, fermo restando i termini sostanziali del bando.

Contenzioso relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP

Il rischio di contenzioso nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti di partenariato pubblico-privato è estremamente elevato. Le fisiologiche tempistiche del processo amministrativo e dei gradi di giudizio in cui esso si articola comportano che, anche a distanza di anni dalla stipula di contratti di PPP che possono essere oggetto di finanziamenti del sistema bancario o di enti istituzionali, tali contratti possano essere dichiarati inefficaci in sede giurisdizionale per effetto dell'annullamento degli atti della procedura selettiva, anche in caso di lievi violazioni.

L'instabilità che connota le sorti dei contratti di PPP scoraggia i potenziali investitori potenzialmente esposti al rischio di spendere risorse e tempo nella strutturazione di finanziamenti relativi a progetti destinati, talvolta anche per effetto dell'accoglimento di contenziosi strumentalmente proposti, ad essere caducati a distanza di anni dall'indizione della procedura competitiva o, comunque, dilata i tempi del closing finanziario al fine di attendere la definizione dei predetti giudizi.

Si pone quindi l'esigenza di limitare il rischio di contenzioso nell'ambito delle procedure di affidamento di concessioni di costruzione e gestione e, in generale, nell'ambito delle procedure selettive per l'aggiudicazione di contratti di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, del D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) e garantire stabilità a contratti di PPP che siano eventualmente



oggetto di finanziamenti del sistema bancario, evitando la caducazione dei contratti per effetto dell'annullamento, anche per lievi violazioni, degli atti di affidamento e consentendo il risarcimento del danno solo per equivalente.

Si ritiene pertanto opportuno che in sede di recepimento della Direttiva 2014/23/UE si estendano alle procedure di affidamento e realizzazione di infrastrutture mediante contratti di PPP le disposizioni processuali (art 125 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del Codice dei contratti pubblici, in virtù delle quali, salvo ipotesi eccezionali di gravi e tassative violazioni della normativa pubblicistica, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto ove già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto da parte dell'autorità concedente avviene solo per equivalente.

Revisione del Piano economico finanziario (PEF) e disciplina relativa al recesso del concessionario in caso di mancato accordo sul riequilibrio del PEF.

L'attuale disciplina dal codice dei contratti pubblici pone dubbi interpretativi e lacune che sono essenzialmente riconducibili alle seguenti problematiche:

Part. 143, comma 8 bis del Codice contratti pubblici, pur menzionando la possibilità che le convenzioni riconoscano il diritto al riequilibrio per cause non imputabili al concessionario suscettibili di impattare negativamente sull'equilibrio stesso, prevedono, in maniera che può apparire contraddittoria, che le relative previsioni siano finalizzate all'applicazione del precedente art. 143, co. 8, che limita i casi di riequilibrio alle sole ipotesi di *factum principis* e di modifiche legislative e regolamentari;

Part. 143, comma 8 del Codice contratti pubblici riconosce il diritto al riequilibrio solamente "previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS)"; le procedure di revisione del PEF restano così subordinate ai tempi di reazione e interrelazione di tali organi, in maniera incoerente con le esigenze finanziarie di concessionari che devono presumersi già in difficoltà, stante l'esigenza di revisione del PEF;

la modalità di riequilibrio mediante allungamento della concessione si scontra con esigenze di bancabilità poiché potrebbe non consentire di ripristinare i ratio finanziari posti a base del piano economico finanziario (DSCR e LLCR), in quanto non sempre è possibile allungare in misura corrispondente la durata del debito cui tali parametri sono connessi;

Part. 143, co. 8, Codice contratti pubblici riconosce in capo al concessionario il diritto di recesso in caso di mancata revisione del PEF, ma – a differenza del previgente comma 2-bis, articolo 19, della legge quadro n. 109/1994 – non disciplina i conseguenti diritti di natura patrimoniale, per cui in caso di recesso non si ha certezza circa le somme dovute al concessionario e le conseguenti garanzie a beneficio degli enti finanziatori del progetto. Normalmente per la finanziabilità dei progetti si richiede che la convenzione preveda, conformemente alla citata previgente normativa, che il concessionario abbia diritto ad un indennizzo calcolato applicando le disposizioni dell'articolo 158, comma 1, lett. a) e b), Codice dei contratti pubblici. Sarebbe inoltre necessario individuare il soggetto debitore (concedente

e/o concessionario subentrante) tenuto al pagamento di tali somme e stabilire meccanismi di pagamento idonei a dare certezza sui tempi di incasso.

Si suggerisce pertanto che le linee guida possano tener conto delle seguenti esigenze, e, se ritenuto necessario, suggerire conseguenti modifiche normative nell'ambito dell'attività legislativa di recepimento della Direttiva 2014/23/UE:

chiarire che le fattispecie suscettibili di giustificare il riequilibrio del PEF (ad oggi previste dall'art. 143, co. 8 bis del Codice contratti pubblici) non rientrano unicamente nelle ipotesi di factum principis e di modifiche legislative attualmente regolate dal comma 8, articolo 143, Codice dei contratti pubblici;

definire la portata dei diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso, anche alla luce della previgente legge quadro n. 109/1994, che rinviava alle previsioni stabilite per la risoluzione per inadempimento del concedente prevedendo in tali casi il riconoscimento delle somme di cui alle lettere (a) e (b) del comma 1 dell'art. 158 del Codice dei contratti pubblici;

prevedere l'individuazione del soggetto tenuto al pagamento delle somme di cui all'alinea precedente e di meccanismi di pagamento idonei a dare certezza sui tempi di incasso;

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

Conseguenze della scadenza, anche anticipata, del contratto di PPP.

Il finanziamento di progetti rispetto ai quali la data di scadenza della concessione è prevista per un termine entro il quale i ricavi da gestione non sono sufficienti al rimborso dell'intero finanziamento è ostacolato dall'assenza di disciplina delle procedure relative al subentro di un nuovo concessionario nella gestione nonché dalla mancata individuazione del soggetto debitore (concedente e/o concessionario subentrante) tenuto al pagamento di tali somme e dalla mancata previsione di meccanismi di pagamento idonei a dare certezza sui tempi di incasso dell'indennizzo applicabile. Inoltre, il diritto all'indennizzo, la condizione del previo pagamento e il vincolo di destinazione ai finanziatori delle somme dovute alla scadenza del rapporto concessorio sono spesso messe in discussione da scelte di carattere amministrativo.

Si suggerisce pertanto che le linee guida possano tener conto delle seguenti esigenze, e, se ritenuto necessario suggerire conseguenti modifiche normative nell'ambito dell'attività legislativa di recepimento della Direttiva 2014/23/UE:

I. che, qualora, a seguito di scadenza naturale o cessazione del rapporto concessorio, il concedente intenda individuare un nuovo concessionario per l'affidamento della concessione, le procedure di gara per la relativa selezione siano indette con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione e, negli altri casi, entro termini ragionevoli;

II. che, Il bando della gara per l'affidamento della concessione possa prevedere che il pagamento dell'indennizzo in favore del concessionario uscente sia posto a carico del nuovo concessionario subentrante e da questi corrisposto;

III. che, in ogni caso, il bando della gara per l'affidamento della concessione preveda che il subentro del nuovo concessionario sia sospensivamente condizionato al pagamento al concessionario uscente dell'indennizzo, fatta salva la facoltà del concessionario uscente di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i relativi ricavi e senza obbligo di effettuare ulteriori investimenti, fino alla effettiva corresponsione delle somme dovute;

IV. che, nel caso in cui l'indennizzo, laddove dovuto nelle ipotesi di cessazione anticipata della concessione, non sia corrisposto entro un congruo termine (es. 24 mesi dalla cessazione del rapporto concessorio), il pagamento dell'indennizzo sia direttamente esigibile da parte del concessionario nei confronti del concedente, anche nelle more dell'eventuale procedura di gara avviata per l'individuazione del nuovo concessionario;

V. che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concessionario o altro motivo attribuibile allo stesso siano rimborsati al concessionario gli importi attualmente previsti dal comma 1, lettera a) del dell'art. 158 del Codice contratti pubblici;

VI. che, l'indennizzo includa gli oneri connessi allo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e altri costi derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti relativi ai finanziamenti ottenuti dal concessionario;

VII. che, le somme dovute al concessionario a seguito della cessazione anticipata del rapporto concessorio siano destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di obbligazioni di progetto (articolo 157 Codice dei contratti pubblici), e siano indisponibili per il concessionario fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

#### Istituto del Subentro

La finalità dell'istituto del c.d. "Subentro" (oggi disciplinata dall'articolo 159 Codice contratti pubblici) è di assicurare che in tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario gli enti finanziatori del progetto possano impedire la risoluzione designando una società che subentri nella concessione al posto del concessionario.

L'attuale disciplina pone alcune problematiche che incidono sulla finanziabilità dei progetti, in particolare:

il rinvio al contratto o, in mancanza di specifica clausola, alla determinazione dell'amministrazione aggiudicatrice per la fissazione del termine entro il quale gli enti finanziatori possono designare un nuovo concessionario, non tiene conto del fatto che detto termine deve necessariamente essere congruo in ragione della complessità delle attività preliminari che gli enti finanziatori e il potenziale interessato devono svolgere;

la previsione di un decreto del Ministro delle infrastrutture per fissare criteri e modalità di attuazione del cosiddetto diritto di subentro (comma 2, articolo 159, Codice dei contratti pubblici), unitamente alla previsione che, nelle more dell'emanazione del suddetto decreto, rimette alle parti la facoltà di definire nel contratto i medesimi aspetti (comma 26-bis, art. 253, Codice dei contratti pubblici), si presta a letture strumentali che spesso inficiano di fatto la possibilità di esercitare tale diritto.

Si suggerisce pertanto che le linee guida possano individuare soluzioni alle suddette problematiche, e, se ritenuto necessario, suggerire conseguenti modifiche normative nell'ambito dell'attività legislativa di recepimento della Direttiva 2014/23/UE.

Rischio operativo:

Il documento di consultazione adotta una definizione di rischio che riprende quanto previsto dalla Direttiva 2014/23/UE facendo riferimento al concetto di "fluttuazione del mercato". Se ciò è senz'altro chiaro nel caso di progetti esposti al rischio di domanda (che peraltro sono diventati difficilmente finanziabili sul mercato europeo successivamente alla crisi dei mercati finanziari), il riferimento al mercato risulta meno definito nel caso di progetti esposti al rischio di disponibilità; se quest'ultimo è inteso come il rischio di rispettare precisi e misurabili standard di performance (così come previsto dalla regolamentazione contabile fissata da Eurostat) la concessione, in alcuni casi, può essere finanziabile su base di finanza di progetto, diversamente la finanziabilità potrebbe risultare compromessa, per i progetti a rischio disponibilità, nel caso in cui il progetto dovesse risultare esposto al rischio di fluttuazione della domanda per cui gli standard da rispettare non fossero unicamente quelli contrattualmente definiti ma quelli, incerti, richiesti di tempo in tempo dal mercato. La sovrapposizione del rischio di disponibilità con quello di mercato renderebbe di certo molto difficoltoso il finanziamento di progetti esposti ad un simile rischio.

Tenuto conto dell'occasione fornita dal recepimento della Direttiva 2014/23/UE si suggerisce pertanto che le linee guida possano segnalare le suddette problematiche e sollecitare un chiarimento circa l'esatta portata dell'esposizione alla fluttuazione della domanda di mercato per i progetti a rischio disponibilità.

Si segnala che la questione della definizione del rischio operativo ha una importante conseguenza in termini di validità del rapporto concessorio; l'articolo 44 della Direttiva 2014/23/UE (Risoluzione delle concessioni) prescrive infatti che, al mancato rispetto della Direttiva deve corrispondere il diritto a "porre termine alla concessione in vigenza della stessa".

## **B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E COMITATI**

### **5) Anci Nazionale**

Si precisa che la presente nota è stata realizzata grazie al contributo del Dott. Claudio Lucidi (Funzionario del comune di Roma e consulente in materia di appalti pubblici IFEL/ANCI)

Premesse

Per gli affidamenti di interventi di importo non elevati potrebbe risultare utile il riferimento alla costituzione delle Centrali Uniche di Committenza da intendersi come opportunità per "aggregare" lavori o servizi per renderli compatibili con la complessità sottesa alla procedura della Finanza di Progetto

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

## 2.1 Gli elementi distintivi della concessione rispetto al contratto d'appalto e l'allocatione del rischio

Occorrerebbe prevedere non solo la possibilità di sfruttare anticipatamente parte di un'opera laddove i lavori non siano ancora terminati ma anche la possibilità di sfruttare anticipatamente le opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione (Vedi ad esempio la realizzazione di un parcheggio interrato con la possibilità di affidare la gestione degli stalli di superficie che insistono su aree pubbliche)

Si suggerisce di fornire precise indicazioni in merito alla natura dell'istituto della "cessione del credito". In particolare occorrerebbe chiarire che nel caso in cui l'amministrazione assentisse alla cessione del credito da parte del concessionario nei confronti dei finanziatori, questo non si configurerebbe come garanzia pubblica

## 2.2 Il valore dei contratti

Appare poco chiaro il riferimento agli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ai fini del calcolo del valore della concessione. Andrebbe chiarito che nel calcolo del valore della concessione rientrano anche le tariffe riscosse direttamente dal concessionario in luogo della amministrazione aggiudicatrice.

## 2.3 Le caratteristiche della finanza di progetto

Si concorda con la considerazione che la costituzione di una SPV debba essere una facoltà e non un obbligo per il concessionario. In tal modo si eviterebbe di far sostenere oneri elevati incompatibili per le opere di modeste dimensioni

## 3. La fase della programmazione

Si ritiene che la formulazione attuale del comma 2-bis dell'art. 153 del D.Lgs. 163/06, che prevede, tra l'altro, che il costo dello studio di fattibilità sia inserito tra gli oneri a carico del soggetto aggiudicatario della concessione, corrisponda alle esigenze delle amministrazioni concedenti. Tuttavia, relativamente alle modalità di calcolo del valore del servizio di redazione dello studio di fattibilità, alla luce del suo carattere interdisciplinare (tecnico, amministrativo ed economico) e quindi non riconducibile sic et simpliciter a incarichi tecnici di cui ai tariffari nazionali, sarebbe utile riaffermare quanto già previsto nella parte conclusiva delle "linee guida per la redazione dello studio di fattibilità", di cui alla Direttiva AVCP n. 1/2009, laddove alla conclusione del documento è indicato che per la stima del costo delle prestazioni ci si dovrebbe basare sul numero di giornate-uomo necessarie per il loro svolgimento

Si concorda con l'introduzione, già in fase di predisposizione dello studio di fattibilità, di meccanismi di coinvolgimento degli stakeholder e della collettività in genere interessata dagli interventi al fine di ridurre il cosiddetto "rischio politico" determinato dalle diverse decisioni assunte in coincidenza con i cambiamenti delle maggioranze di governo

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

Oltre il rispetto dei principi indicati alle lettere a), b) e c) occorrerebbe prevedere anche il principio della massima trasparenza di tutti gli elaborati prodotti e che saranno alla base della gara.

Circa la corretta valutazione dei rischi si rimanda alla nota congiunta con la Ragioneria Generale dello Stato

#### 4.3 Il contenuto dello studio di fattibilità

Si concorda con la natura “flessibile” dello Studio di fattibilità il carattere “aperto” dovrebbe consentire di apportare modifiche in fase di presentazione delle offerte in sede di aggiudicazione.

#### 4.4 L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi

Si propone di fare esplicito riferimento alle attività di committenza ausiliarie di cui al comma 15 dell'art. 2 della Direttiva 2014/24 per la costituzione di soggetti di supporto per le iniziative di PPP

Relativamente alle modalità di calcolo del valore del servizio di redazione dello studio di fattibilità, alla luce del suo carattere interdisciplinare (tecnico, amministrativo ed economico) e quindi non riconducibile sic et simpliciter a incarichi tecnici di cui ai tariffari nazionali, sarebbe utile riaffermare quanto già previsto nella parte conclusiva delle “linee guida per la redazione dello studio di fattibilità”, di cui alla Direttiva AVCP n. 1/2009, laddove alla conclusione del documento è indicato che per la stima del costo delle prestazioni ci si dovrebbe basare sul numero di giornate-uomo necessarie per il loro svolgimento

#### 5.3 Contenuti del bando e del disciplinare di gara

Si concorda con l'inserimento di misure premianti in sede di gara laddove il concorrente produca una dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione.

#### 7. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 16-18)

Si ritiene che anche nel caso i cui si ricorra ai commi 16 e 17 dell'art. 153 del D. Lgs. 163/06 (procedura ad iniziativa privata in caso di inerzia della amministrazione pubblica), il promotore non debba partecipare nella seconda fase di gara.

#### 10. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto

La fase di esecuzione dei lavori previsti nel contratto di concessione dovrebbe essere maggiormente disciplinate anche mediante il ricorso a forme di “soft law”. In particolare si ritiene necessario operare una differenziazione circa la nomina del Direttore dei Lavori individuando come discriminante la natura del rapporto concessorio. Si ritiene, infatti che laddove i lavori sono finalizzati a soddisfare una esigenza diretta della pubblica amministrazione e il concessionario sia remunerato attraverso un canone di disponibilità, la nomina del Direttore dei Lavori può essere posta in capo all'ente concedente

#### 10.2 La convenzione

Si rimanda alla nota della Ragioneria Generale dello Stato (trasmessa dalla Dott.ssa Grazia Sgarra del Ministero dell'Economia e Finanze coordinatrice del tavolo tecnico) che, in qualità di soggetto coordinatore del tavolo di lavoro, composto anche da ANCI, per la definizione di uno Schema di Convenzione Standard per i contratti di concessione di costruzione e gestione, ha fornito importanti indicazioni circa i contenuti e le finalità attese dell'attività svolta congiuntamente.

## **6) ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili**

Consultazione sulle Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

In primo luogo, si vuole sottolineare il massimo apprezzamento per il lavoro di ricognizione svolto dall'Autorità al fine di tener conto delle numerose modifiche intervenute negli ultimi anni e per la volontà di fornire indicazioni operative volte a rimuovere le principali criticità connesse all'utilizzo della finanza di progetto.

Inoltre, si condivide la convinzione che uno degli aspetti più critici nella disciplina sia rappresentato dal contenuto della Convenzione che regola i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario, nella quale occorre tener conto di tutti gli elementi indispensabili ad una chiara allocazione dei rischi e, quindi, ad una precisa definizione dei diritti e degli obblighi che fanno capo alle parti.

In questo contesto, si ringrazia per aver fatto riferimento, nell'ambito del documento Anac, al lavoro predisposto da Ance, congiuntamente ad Anci, Abi, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e Legance, contenente "Linee Guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e costruzione".

Particolarmente apprezzabile appare quindi l'intenzione dell'Autorità di procedere all'adozione di uno schema di convenzione-tipo, strumento assai utile per una efficace utilizzazione dell'istituto, cui si auspica di poter contribuire, anche alla luce approfondimenti e dell'esperienza maturata nel cennato tavolo di lavoro congiunto.

## **7) Alberto Sperotto - Presidente Com. di citt. contro collegamento autostr. Torricelle**

Tra le tante possibili osservazioni, ci si limita qui di seguito a prendere in esame tre argomenti che non sono stati toccati nei vari interventi della precedente consultazione e neppure nel corso delle audizioni presso la Commissione 8a del Senato.

1. Osservazione sui termini per la dichiarazione da parte del promotore del possesso dei requisiti del concessionario

Molto si è discusso su quale sia il termine più congruo per la presentazione della dichiarazione del possesso dei requisiti del concessionario da parte del promotore nel caso della procedura a doppia gara. Ci si è chiesti in sostanza se sia corretto stabilire che la dichiarazione dei requisiti venga presentata insieme all'offerta definitiva da mettere a bando (in anticipo, quindi, rispetto ai futuri concorrenti) o se sia preferibile che i termini vengano posticipati fino al momento del confronto con le migliori offerte uscite dalla procedura ristretta. Considerando che la proposta del promotore una volta posta a bando diventa vincolante per l'Amministrazione aggiudicatrice, l'interesse di questa è indubbiamente quella di assicurarsi ancor prima del bando di trovarsi di fronte a un soggetto affidabile. Il momento più opportuno per l'Amministrazione coinciderebbe dunque con quello della presentazione dell'offerta definitiva. Volendo tuttavia attenersi rigidamente al principio di non discriminazione si dovrebbero procrastinare i termini. La data ultima concessa al promotore per dichiarare il possesso dei requisiti non

dovrebbe comunque andare oltre alla data assegnata per la presentazione delle offerte da parte dei partecipanti alla seconda gara.

A Verona è accaduto che nel corso della procedura per l'aggiudicazione di un'opera imponente, dando l'interpretazione più estesa possibile alla prescrizione del Disciplinare di gara che recitava testualmente «L'Amministrazione provvederà alla verifica dei requisiti del concessionario in capo al promotore, ai sensi di legge, prima della procedura negoziata», al promotore non solo sono stati concessi tre mesi di tempo dal termine della procedura ristretta (conclusasi senza alcuna offerta) per presentare la dichiarazione di avvalimento a suo favore, ma è stato pure concesso che l'avvalimento fosse rilasciato da una impresa che, pur non avendo in seguito presentato l'offerta, aveva chiesto e ottenuto di partecipare alla medesima gara.

Si ricorda in proposito che molta attenzione ha sempre suscitato la possibilità di affidare un semplice subappalto a impresa che abbia partecipato alla gara “dato che la probabilità che si producano effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento alterando la competizione, rappresenta un alto fattore di rischio” (AVCP - Determinazione n.14/2003). Il che porta a concludere che l'acquisizione dei requisiti del concessionario nelle modalità e nei tempi seguiti a Verona – oltre che sollevare dubbi di legittimità – sia quanto meno assolutamente da evitarsi.

Si suggerisce dunque di inserire al punto 5.4 o al punto 6 delle Linee Guida la raccomandazione che nella lex specialis venga prescritto che la dichiarazione del possesso dei requisiti del concessionario sia presentata dal promotore non oltre la data ultima stabilita per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti alla seconda gara.

2. Proposta per eliminare - in occasione della revisione del Codice - il diritto di prelazione del promotore nel corso della procedura a doppia gara (comma 15 dell'art. 153 del Codice).

Il riconoscimento del diritto di prelazione del promotore ha sollevato un acceso dibattito in dottrina e alimentato l'intervento della stessa Commissione europea con riguardo alla compatibilità con il diritto della concorrenza e, in particolare, con il principio di parità di trattamento tra i partecipanti a una procedura ad evidenza pubblica.

Il diritto alla prelazione costituisce infatti indubbiamente un buon incentivo al coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche, ma può evidentemente scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare alle gare rivelandosi – e i fatti lo confermano - dannoso in termini di concorrenza. L'interesse della Amministrazione Pubblica non dovrebbe peraltro essere semplicemente quello di assicurarsi “una proposta”, ma quello di attrarre “buone proposte”. E questo può accadere solo quando la concorrenza sia garantita. Già nel 2002 nella Determinazione n. 27 l'AVCP evidenziava che “a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione”. Perplesità sul diritto di prelazione vengono del resto espresse anche da codesta Autorità al punto 6 della bozza di Delibera, in cui si annota che “potrebbe scoraggiare la partecipazione alla gara di altri soggetti”.

È stato in più sedi fatto notare che il diritto di prelazione, oltre a disincantare la concorrenza, consente al promotore una scarsa diligenza nella ricerca della proposta più vantaggiosa per l'Amministrazione Pubblica. Il promotore infatti, confidando nella possibilità di adeguare successivamente la sua proposta



a quella giudicata migliore di tutte al termine della procedura ristretta, potrebbe essere indotto a presentare una proposta mediocre a costi elevati. È vero che in caso di prelazione il promotore sarebbe costretto a pagare le spese al concorrente, ma è anche vero che il promotore può sperare (come spesso accade) che la gara vada deserta e che, comunque, l'offerta del concorrente sia di livello qualitativamente ancora inferiore rispetto alla migliore offerta che lui potrebbe essere in grado di presentare. Avendo peraltro i concorrenti in genere la possibilità di elaborare solo proposte migliorative rispetto al progetto del promotore, il promotore può contare su una contenuta richiesta di rimborso delle spese sostenute dal concorrente.

Da ultimo va considerato che sempre più spesso la seconda gara si conclude senza offerte. Tale situazione gioca a sfavore dell'Amministrazione Pubblica che, venendo a trovarsi in una situazione di asimmetria informativa e nella necessità (anche semplicemente politica) di dover realizzare l'opera, risulta facilmente succube della cosiddetta "cattura del decisore". In caso di gara andata deserta il terreno diventa del resto assai fertile per le irregolarità, data l'assenza del pericolo rappresentato dai ricorsi.

Quanto fin qui esposto induce a riflettere circa l'opportunità di eliminare dal Codice il diritto di prelazione. Lo strumento ideale a tale scopo sarebbe di per sé la gara unica che garantirebbe l'assoluta parità fra i partecipanti. Tale strumento, tuttavia, non consente di apportare correttivi all'offerta del promotore e per questo motivo non risulta adeguata ai progetti più complessi che necessitano di un confronto con il concedente dopo la presentazione della prima offerta. Il suggerimento, quindi, è quello di trasformare la prima parte della gara in una sorta di concorso di idee che, oltre alla garanzia per il vincitore di vedersi riconoscere adeguatamente le spese, preveda anche un incentivo per altre due proposte di buona qualità. In considerazione dei benefici apportati dalla aumentata concorrenzialità, queste spese andrebbero comprese tra i costi dell'opera, come già peraltro previsto per le spese del promotore.

In questa prima fase, i requisiti richiesti ai concorrenti saranno limitati ai requisiti del progettista (anche se nulla vieterebbe ai concorrenti di associarsi sin dal primo momento con le imprese costruttrici al fine di ripartire il rischio di un insuccesso a fronte di notevoli spese). La prospettiva di un adeguato riconoscimento economico dovrebbe costituire già di per sé un buon motivo per richiamare soggetti interessati alla progettazione.

La proposta non conterrà l'offerta, ma solo indicazioni sui costi. Ai fini della seconda gara, l'amministrazione potrà calcolare il costo dell'opera in modo simile ad un contratto d'appalto fissando anche i limiti massimi di redditività del project financing ed eventuali altre "barriere" di sicurezza. Dopo l'approvazione del progetto preliminare il promotore sarà considerato un concorrente alla pari di tutti gli altri, senza alcuna distinzione, tanto che potrebbe perfino decidere di non partecipare.

In caso di mancanza di offerta, l'Amministrazione non avrà alcun obbligo nei confronti del promotore e delle altre due migliori proposte. Nel caso invece in cui l'Amministrazione rinunciasse all'opera, al promotore e agli altri due concorrenti spetterebbe comunque quanto stabilito.

Tale proposta nasce dalla considerazione che sulla base dell'attuale normativa nella fase preliminare ai candidati vengono richieste di fatto solo capacità progettuali, rinviando a un momento successivo l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti del concessionario. Ci si chiede peraltro come nell'ambito dell'attuale Codice sia possibile formulare la proposta davvero più vantaggiosa per

L'Amministrazione da parte di un promotore non ancora adeguatamente sostenuto dai requisiti del costruttore e del gestore, Vale allora la pena di asciugare il più possibile in fase di qualificazione i costi di progettazione e di partecipazione al fine di favorire la maggiore partecipazione possibile, rinviando alla seconda parte della gara l'elaborazione da parte dei vari concorrenti del Piano Economico Finanziario nonché delle migliorie progettuali, come peraltro già accade nella attuale procedura.

3. Osservazione in merito alla consultazione preventiva, consigliata al punto 3 della Bozza di Delibera in oggetto

Si esprime apprezzamento per l'inserimento tra le Linee Guida di un preciso consiglio rivolto alle Amministrazioni Pubbliche perché, pur andando oltre gli obblighi previsti dalle norme, all'interno delle procedure per la realizzazione di opere pubbliche venga prevista anche la concertazione.

È tuttavia utile osservare come il più delle volte la concertazione nella prassi venga intesa come semplice comunicazione, rapida e superficiale, in stile conferenza, che nulla sa di «débat public». Se nel nuovo Codice si vorrà introdurre la concertazione, sarà quindi opportuno fare in modo che la norma non venga nella sostanza aggirata e svilita. Soprattutto occorrerà assicurare ai cittadini la massima trasparenza garantendo loro fra l'altro l'accesso alla documentazione più delicata sotto il profilo del rispetto della legalità: quella dei costi, quella dei contratti, quella delle varianti. L'informazione va poi garantita nel tempo. Non ha alcun senso che i cittadini diano in fase iniziale il loro assenso a un'opera, quando con il trascorrere del tempo tutto cambia senza che la cittadinanza venga adeguatamente informata.

Dalla lettura della Bozza emerge peraltro, sempre al punto 3, una visione della partecipazione dei cittadini riduttiva e alquanto strumentale che sembra vedere nella partecipazione dei cittadini non un'opportunità di crescita democratica, ma prevalentemente un mezzo per evitare «l'opposizione di parte della popolazione alla realizzazione di interventi sul territorio» che potrebbe comportare «inevitabili ritardi». Sembra sostanzialmente emergere una lettura poco positiva dell'azione dei movimenti e dei comitati, quale quella che li vuole tutti accumulati e avvolti nell'egoistico effetto nimby. Il caso del Mose (le cui paratoie non vanno certamente a disturbare nessun "mio giardino") dimostra ampiamente che invece non è così, o almeno non sempre è così. I comitati di Venezia hanno portato alla luce illeciti, corruzione, procedure "mangiatoia" ben prima che lo squallore emergesse dalle pagine dei giornalisti prima e successivamente dalle inchieste della Magistratura. Se i comitati avessero trovato ascolto, il malaffare sarebbe stato fermato molto tempo prima. Anche molti altri comitati hanno del resto operato con le stesse finalità e le stesse modalità, trovando anch'essi ostacoli di ogni genere al loro agire nella legalità e per la legalità. L'effetto nimby nei comitati è presente fino a un certo punto, mentre è assai spesso presente la consapevolezza che molte, troppe procedure nascondono irregolarità. Ne consegue il cortese invito a valorizzare l'azione positiva dei comitati.

## 8) AISCAT

La bozza di determina dell'Autorità ci offre l'opportunità di evidenziare alcune considerazioni sulla complessa materia delle concessioni, portando all'attenzione alcuni aspetti che, auspichiamo, possano essere di valido supporto.

A tal fine riteniamo utile ricordare, in premessa, i punti salienti che caratterizzano la cornice regolatoria propria del settore autostradale, per poi esporre alcune osservazioni su specifiche tematiche affrontate dall'Autorità.

## PREMESSA: L'EVOLUZIONE NORMATIVA/REGOLATORIA DEL SETTORE AUTOSTRADALE

I concessionari autostradali operano tutti in un settore fortemente regolato: fin dal 1992, con l'art. 11 della L.598/1992, è stato attribuito al Cipe il potere di emanare direttive “per la revisione delle convenzioni e degli atti aggiuntivi che disciplinano le concessioni autostradali, nonché per la revisione, a partire dal 1994, delle tariffe autostradali, tenuto conto dei piani finanziari, delle variazioni del costo della vita, dei volumi di traffico e dei dati scaturenti dagli indicatori di produttività”.

Successivamente sono intervenute nuove normative e delibere CIPE (la principale delle quali fu quella del 20.12.1996) che hanno compiutamente regolato il settore.

Con il D.L. 262/2006 è stata, altresì, emanata una nuova normativa specifica per il settore, introducendo, in via unilaterale, radicali modifiche ai contratti di concessione in essere, in aperta violazione del principio “pacta sunt servanda”.

La suddetta normativa prevedeva, peraltro, l'obbligo per tutti i concessionari di accettare una nuova convenzione unica, sostitutiva di quella all'epoca vigente, prevedendo nella sua formulazione originaria, in caso di mancata accettazione, l'estinzione della concessione “salvo l'eventuale diritto di indennizzo” a favore del concessionario.

L'introduzione in via unilaterale e retroattiva di tale normativa ha comportato, come noto, in data 14 novembre 2006 l'apertura da parte della Commissione Europea di una procedura di infrazione contro l'Italia per violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali e sulla libertà di stabilimento.

Successivamente è stata emanata nel gennaio 2007, la delibera CIPE n. 1/2007 che ha previsto, indistintamente per tutti i concessionari, un nuovo regime di regolazione economica basato su Regulatory Asset Base (RAB), modello orientato alla remunerazione fissa del capitale investito. Detta deliberazione fu sostituita, nel giugno 2007, dalla Delibera CIPE 39/2007, anche al fine di rimuovere il suddetto procedimento comunitario di infrazione. Tale ultima delibera ha delimitato l'ambito della nuova regolamentazione tariffaria basata sulla RAB, prevedendone la sua applicazione esclusivamente:

- (i) alle nuove concessioni;
- (ii) alle concessionarie che avessero fatto richiesta di riequilibrio del piano finanziario;
- (iii) a tutti i concessionari, limitatamente ai nuovi investimenti assentiti dopo il 3 ottobre 2006.

In estrema sintesi, sulla base della nuova regolamentazione, le concessionarie autostradali sono state messe in condizione di optare:

- ✓ per il mantenimento della metodologia del price cap, introdotta con la citata Delibera CIPE del 20 dicembre 1996, procedendo alla stipula di convenzioni uniche cosiddette “ricognitive” delle precedenti convenzioni;
- ✓ per il recepimento della disciplina di cui alla Delibera CIPE 39/2007, procedendo alla stipula di convenzioni uniche cosiddette “a riequilibrio”.

Come noto, a seguito della stipula delle relative convenzioni su base negoziale e non più unilaterale la Commissione Europea ha archiviato in data 16 ottobre 2008 la procedura di infrazione aperta contro lo Stato Italiano.

In estrema sintesi le convenzioni che disciplinano i rapporti tra Concedente e Concessionario possono ricondursi a due tipologie: le convenzioni cosiddette “ricognitive” e le convenzioni cosiddette “a riequilibrio”.

Le convenzioni ricognitive sono così definite in quanto in esse sono contenuti, seppur meglio identificati ed esplicitati, i diritti e gli obblighi di cui alle precedenti convenzioni, salvo il recepimento degli obblighi derivanti dalle nuove disposizioni normative.

Per quanto attiene la formula tariffaria, per la maggior parte di dette convenzioni l’aggiornamento annuo della tariffa è determinato su una percentuale fissa, per tutta la durata della concessione, dell’inflazione reale, oltre alle componenti legate agli investimenti che vengono riconosciute in funzione dell’effettivo stato di avanzamento degli investimenti (in conformità a quanto stabilito dalla legge 185/2008).

La disciplina della convenzioni ricognitive prevede che il piano finanziario sia aggiornato ogni cinque anni, ai soli fini dell’aggiornamento dei valori ivi presenti, senza quindi determinare il riequilibrio del piano finanziario, né il riallineamento dei livelli tariffari.

Le convenzioni cosiddette a riequilibrio sono regolate dalla disciplina di cui alla Delibera CIPE 39/2007, la quale:

- ✓ definisce i contenuti del piano economico finanziario, inteso quale strumento che permette di verificare l’equilibrio della concessione sulla base dei costi ammessi e dei ricavi previsti ai fini regolatori, specificando tutti gli elementi che concorrono alla determinazione della tariffa e a consentire l’equilibrio economico e finanziario della concessione;
- ✓ dettaglia i criteri di ammissibilità dei costi sostenuti e per la remunerazione del capitale investito;
- ✓ individua la formula tariffaria, tramite la quale va adeguata annualmente la tariffa relativa a ciascun concessionario;
- ✓ individua nel price cap il metodo di definizione e adeguamento della tariffa, atteso che lo stesso “identifica un vincolo superiore alla crescita della tariffa per il periodo regolatorio e un riallineamento della stessa al termine del periodo regolatorio”;
- ✓ fissa in 5 anni il periodo al termine del quale il piano economico finanziario è soggetto ad “aggiornamento”, inteso quale momento di verifica della permanenza e/o delle variazioni verificate nel quinquennio degli elementi individuati nel piano economico finanziario, e determina puntualmente come si debba procedere a detto aggiornamento.

La regolamentazione di cui alla Delibera CIPE 39/2007 - che, come detto si applica alle convenzioni disciplinate a riequilibrio - ha avuto un’ulteriore specificazione con la Delibera 27/2013 che ha:

- ✓ disciplinato ulteriormente e più dettagliatamente le modalità e i criteri per gli aggiornamenti quinquennali dei relativi piani economico finanziari;
- ✓ stabilito le modalità per la determinazione del capitale investito regolatorio alla fine di ogni periodo regolatorio;
- ✓ fornito indicazioni per l'aggiornamento del Wacc lordo da applicare nel nuovo periodo regolatorio;
- ✓ indicato dettagliatamente le modalità per la determinazione del tasso di congrua remunerazione del capitale investito.

In ogni caso, sia per le convenzioni ricognitive che per le convenzioni a riequilibrio, il concessionario non dispone di alcuna discrezionalità in materia tariffaria, né per quanto riguarda la struttura della tariffa, né in relazione alla dinamica degli adeguamenti annuali.

Quanto alla disciplina dei rischi e l'individuazione del soggetto cui fanno carico gli stessi, questi sono fissati nei singoli contratti di concessione nei quali sono disciplinati, unitamente a diritti e obblighi delle parti, secondo una logica che non si pone comunque in contrasto con l'impostazione della nuova Direttiva sulle concessioni (23/2014).

Le Convenzioni in essere prevedono inoltre le ipotesi straordinarie che possono condurre alla revisione delle condizioni della convenzione. Si tratta in particolare del caso di forza maggiore, ricorrendo il quale sia il Concedente che il Concessionario possono richiedere la revisione della convenzione; ulteriore ipotesi che può determinare la richiesta di revisione della convenzione è costituita da un nuovo piano di investimenti che rivesta carattere straordinario.

Nelle convenzioni, ove non già espressamente disciplinato, va in ogni caso salvaguardato il principio secondo cui eventuali maggiori oneri che dovessero essere posti a carico del concessionario per effetto di nuove normative, nonché di atti e/o fatti imprevedibili ed estranei al concessionario - che vanno ad alterare l'assetto del rapporto contrattuale – devono necessariamente comportare il diritto del Concessionario stesso di rinegoziare i termini della convenzione al fine di ripristinare le condizioni quo ante.

Coerentemente con tale logica, anche le nuove convenzioni dovrebbero prevedere (in linea con le modifiche introdotte dal DL 69/2013) che al verificarsi di elementi imprevedibili e straordinari, non imputabili al concessionario e che modificano l'assetto del rapporto concessorio, sia riconosciuto al concessionario il diritto di richiedere il ripristino delle condizioni contrattuali originarie.

## GLI ELEMENTI DISTINTIVI DELLA CONCESSIONE RISPETTO AL CONTRATTO D'APPALTO E L'ALLOCAZIONE DEL RISCHIO

Come ricordato dall'Autorità nella bozza di determinazione, la nuova Direttiva 2014/23 fornisce una nuova definizione di concessione introducendo, accanto al "fattore corrispettivo" (costituito totalmente o principalmente dal diritto alla gestione e non da un prezzo) l'elemento del "rischio operativo", che il concessionario, a differenza dell'appaltatore, deve necessariamente sostenere per essere considerato tale.

A tale proposito appare opportuno evidenziare che:

1. come ulteriormente chiarito dal considerando 18, la Direttiva non contempla un trasferimento illimitato del rischio operativo al concessionario, prevedendo dunque che parte dello stesso possa legittimamente rimanere in capo all'Amministrazione: ciò che è essenziale è che la quota di rischio operativo attribuito al concessionario non risulti meramente nominale ovvero talmente esiguo da poter essere considerato trascurabile. Ovviamente l'assetto di distribuzione dei rischi tra concedente e concessionario è da valutarsi in relazione alle tipicità di ogni singola iniziativa, evitando rigidità e schemi prestabiliti.
2. Rimane inoltre fermo che, secondo quanto testualmente disposto dall'art. 5, punto 1 della direttiva (*"Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito..."*), il rischio del concessionario non si estende al di là delle normali fluttuazioni del mercato. È dunque chiaro che il concessionario non è chiamato a sopportare alcun rischio legato, ad esempio, a crisi sistemi che o comunque derivante da condizioni "non normali". Il rischio tipico del concessionario deve riferirsi ad eventi sì incerti, ma comunque prevedibili.

Ci preme inoltre ribadire che, anche ai fini della bancabilità del progetto, è necessario che la convenzione individui chiaramente i diritti e gli obblighi delle parti e definisca l'allocazione dei rischi tra concedente e concessionario.

## L'ESECUZIONE DELLA CONCESSIONE

Sotto il profilo delle modalità di esecuzione della concessione, la nuova Direttiva 2014/23 contiene importanti novità, lasciando il concessionario sostanzialmente libero di adempiere al proprio contratto organizzandosi nel modo che ritiene più opportuno, vale a dire eseguendo direttamente, utilizzando anche le società collegate, oppure sub-affidando liberamente anche a soggetti terzi.

È d'altra parte concetto ormai scontato - per l'operatore economico prima ed oramai esplicitamente anche per il legislatore europeo - che la presenza di elementi di rigidità nella disciplina della concessione e della sua esecuzione è destinata a tradursi in causa di perdita di appetibilità delle operazioni di partenariato.

Fermo quanto sopra, la tematica ci offre l'opportunità di chiarire un aspetto che riguarda in maniera specifica le concessioni autostradali in essere e il dibattuto tema dei C.d. "affidamenti a valle".

In proposito occorre evidenziare che, fino al 1988, le concessioni erano espressamente escluse dall'ambito delle direttive comunitarie e le nuove regole sono state introdotte a valere sugli affidamenti delle concessioni di lavori pubblici unicamente a partire dal 1989. I contratti già in essere a detta data non furono assolutamente incisi dal sopravvenuto diritto comunitario, ma restarono disciplinati dalle regole in vigore al momento dell'affidamento e dalle previsioni di contratto.

Più nel dettaglio:

- il diritto comunitario ha cominciato ad occuparsi di concessioni solo a partire dal 1989 quando, con il varo della direttiva 440/89 disciplinò per la prima volta la concessione di lavori pubblici. Prima di tale data non esisteva alcun vincolo comunitario specifico riguardante le modalità di affidamento delle concessioni, né tantomeno alcuna disciplina o limitazione afferente gli affidamenti a valle.

- Il legislatore comunitario - da quando ha cominciato a disciplinare le concessioni – ha disposto sempre e solo per l'avvenire, facendo sempre salvi i contratti in corso quale diretta applicazione del noto principio della “certezza dei contratti”. Peraltro, anche nella nuova direttiva 23/2014 si legge all'art. 54 “La presente direttiva non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014”.
- D'altra parte, lo stesso Giudice Amministrativo nazionale ha avuto modo di precisare che il diritto comunitario vigente “... *assoggetta il rilascio delle concessioni alla gara per le sole nuove concessioni e non per quelle già stipulate o prorogate in precedenza. Infatti, come noto, prima del 1971 le concessioni non erano soggette ad alcun vincolo comunitario ed è noto altresì che la direttiva 71/305, nella versione vigente sino al 1989, escludeva dal proprio ambito di applicazione le concessioni di costruzione e gestione*” (Cfr. Tar Veneto, sentenza n. 1029/2006).

A completamento del ragionamento in parola, il Giudice Amministrativo ha sottolineato poi come non si rinvenga espressamente, né si possa desumere implicitamente dalla direttiva comunitaria l'obbligo del riaffidamento in gara del 100% dei lavori a valle, sul presupposto inespresso che il concessionario non sia stato scelto a suo tempo mediante gara (Cfr. Tar Veneto, sentenza n. 1029/2006).

## IL DIBATTITO PUBBLICO

La consultazione delle popolazioni è senza dubbio utile. Ferme restando le peculiarità delle procedure di affidamento in project financing che ruotano attorno allo studio di fattibilità, cogliamo l'occasione per evidenziare un concetto di valenza generale: riteniamo che le consultazioni possano spiegare la loro reale efficacia di strumento democratico e, nel contempo, di reale accelerazione nella realizzazione di infrastrutture, solo se effettuate su un livello di progettazione sufficientemente definito, non soggetto, pertanto, a successive variazioni di tipo anche sostanziale che potrebbero avere l'effetto di depotenziare lo strumento.

È inoltre necessario che le consultazioni rappresentino, con tempi certi, il momento unico e definitivo nel quale far confluire, in unico tavolo, utilizzando gli istituti previsti dalla L. 241/90 (in particolare quello della C.d.s), tutte le esigenze e prescrizioni delle altre Amministrazioni, anche centrali, preposte alla fase autorizzativa del progetto.

In tale contesto riteniamo che sia ragionevole attivare il dibattito pubblico sulla base di un progetto definitivo che potrebbe poi essere direttamente posto in gara e consentire all'aggiudicatario il suo ulteriore sviluppo e la sua conseguente realizzazione.

## GARANZIE

L'art. 153, comma 13, del D.Lgs 163/2006, prevede l'obbligo per il concessionario di costituire, alla data di inizio dell'esercizio del servizio, una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla fase di gestione dell'opera, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio.

Si rileva in proposito l'oggettiva indisponibilità da parte degli operatori assicurativi o finanziari di rilasciare garanzie per l'intera durata della concessione. Sarebbe pertanto auspicabile che si precisasse definitivamente la possibilità per il concessionario di stipulare garanzie di durata più limitata, con obbligo di rinnovo per tutto il periodo di gestione dell'opera.

## SCHEMA TIPO CONVENZIONE

Nello schema di determinazione l'Autorità accenna all'intenzione di procedere all'adozione di uno schema di convenzione tipo. Pur in assenza di ulteriori precisazioni circa l'area e le modalità dell'intervento prospettato, ci sembra utile anzitutto ricordare che, per quanto riguarda il Settore autostradale, l'art. 37, comma 2 del D.L. 201/2011 attribuisce all'Autorità per i Trasporti il compito di definire, per le nuove concessioni, schemi dei bandi di gara e schemi di concessione.

In linea generale occorre inoltre considerare che l'universo italiano del project financing e, più in generale, delle concessioni appare contenere realtà molto differenti: si spazia dall'utilizzazione dell'istituto per la realizzazione di piscine, ai parcheggi, ai termovalorizzatori, alle grandi opere a rete. Eventuali schemi contrattuali dovrebbero pertanto essere necessariamente diversificati a seconda dei diversi ambiti e settori di applicazione.

Appare pertanto imprescindibile assicurare ai futuri modelli un forte grado di flessibilità, così da poter essere agevolmente declinati rispetto alle concrete fattispecie di riferimento al fine di garantire quella discrezionalità ed ampio margine di negoziazione che la nuova Direttiva 2014/23 attribuisce alle Amministrazioni.

## IL SUBENTRO

Il Codice dei contratti pubblici (art. 143, comma 7) stabilisce che il contratto di concessione, possa prevedere il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione (c.d. subentro), che il concessionario subentrante è tenuto a versare al precedente concessionario.

Si tratta, come noto, delle ipotesi in cui la concessione è strutturata in maniera tale da prevedere una durata inferiore a quella che sarebbe necessaria al recupero degli investimenti eseguiti, ivi inclusa la remunerazione del capitale; conseguentemente i relativi contratti stabiliscono che il valore residuo venga corrisposto, a fine concessione, dal concessionario entrante.

In proposito evidenziamo che il subentro, laddove non supportato da idonee garanzie, ostacola fortemente la bancabilità del progetto: il mondo bancario non è infatti disposto a finanziare valori la cui recuperabilità possa risultare incerta. E' pertanto necessario garantire, attraverso l'inserimento di apposite norme convenzionali, che:

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

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



## C) OPERATORI ECONOMICI

### 9) Olimpia Agency Spa

La scrivente Olimpia Agency S.p.A., nella sua qualità di agenzia di sottoscrizione, intende innanzitutto esprimere grande apprezzamento per la consultazione avviata dall'Autorità in relazione alle problematiche relative alla finanza di progetto disciplinata dagli artt. 153 e ss del Codice degli appalti. L'ANAC, cogliendo la manifesta esigenza di chiarezza ed uniformazione procedimentale avvertita dagli operatori del settore, con l'intento di individuare attraverso il coinvolgimento degli stessi i punti maggiormente rilevanti nella gestione delle procedure di gara, al fine di elaborare dei modelli uniformi vincolanti, ha certamente assunto un'iniziativa lodevole ed utile.

Alla luce della nostra esperienza di operatori del settore, che quotidianamente interagiscono con le imprese garanti, le imprese garantite e le Stazioni Appaltanti di grandi, medie e piccole dimensioni, cogliamo l'occasione di questo spazio aperto alla riflessione per offrire il nostro contributo evidenziando gli aspetti maggiormente problematici rilevati nella prassi rispetto al rilascio, per conto della nostra mandante, delle garanzie richieste nell'ambito dei project financing.

Ciò premesso, di seguito presentiamo le nostre riflessioni, particolarmente riferite i) al rilascio della garanzia ulteriore da parte del promotore fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento di cui all'art. 153 Dlgs. 163/2006; ii) alla necessaria distinzione nel bando di gara tra costi dei lavori e costi di gestione e i conseguenti effetti sulla cauzione definitiva; iii) all'eccessiva onerosità e durata del project financing.

Rapportandoci quotidianamente con Stazioni Appaltanti di ogni dimensione, e vantando un portafoglio clienti assai esteso comprendente piccole e medie imprese nonché molte imprese di grandi dimensioni, tra le quali le principali imprese italiane di servizi e global service, la nostra esperienza è assai vasta e differenziata.

i) Sul primo punto, relativo al rilascio di una cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, che garantisca il pagamento del progetto realizzato dal promotore nel caso in cui l'aggiudicatario sia persona diversa dallo stesso promotore, ci si chiede innanzitutto se tale garanzia debba essere presentata anche dal promotore stesso. Infatti, sembra che la richiesta di presentazione di tale ulteriore cauzione anche da parte del soggetto che ha presentato il progetto e dovrebbe ricevere il pagamento dell'importo garantito da parte dell'aggiudicatario, costituisca un controsenso.

In tal senso, infatti, il promotore essenzialmente presenterebbe una cauzione a garanzia del pagamento a sé stesso del proprio progetto.

Appare di fondamentale importanza stabilire se il soggetto promotore sia obbligato o meno a presentare, una volta indetta la gara, la garanzia del 2,5 per cento del valore dell'investimento al pari di tutti i concorrenti, proprio in virtù dell'importo consistente della stessa che vedrebbe il promotore costretto a pagare talvolta un cospicuo premio per poter partecipare egli stesso alla gara e garantirsi l'aggiudicazione.

ii) Passando al secondo punto di riflessione, occorre sottolineare che spesso in sede di aggiudicazione e di rilascio della cauzione definitiva ex art. 113 Dlgs. 163/2006, non si presta adeguata attenzione alla

fondamentale distinzione tra i costi del lavoro e i costi della successiva gestione con la conseguenza che le stazioni appaltanti richiedano il rilascio di una cauzione definitiva omnicomprensiva, il cui importo è calcolato sulla quota parte di investimento che riguarda i lavori cumulata a quella che comprende i costi di gestione.

La conseguenza principale è infatti la richiesta di presentazione di un'unica cauzione definitiva quando in realtà l'art. 153 Codice degli appalti letteralmente fa riferimento ad una cauzione definitiva e ad una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi derivanti dalla gestione dell'opera.

La questione produce importanti effetti sulla garanzia ex art. 113 Dlgs 163/2006, sia relativamente all'importo della garanzia sia alla sua durata.

La cauzione definitiva rilasciata a garanzia della corretta esecuzione dei lavori ha infatti una durata limitata nel tempo, la cui scadenza coincide con il corretto completamento dei lavori stessi.

Inoltre il suo ammontare è gradualmente diminuito in proporzione ai lavori eseguiti attraverso la presentazione degli stati di avanzamento lavori.

Il Garante tenuto al rilascio della stessa, sarebbe esposto esclusivamente per l'importo garantito e calcolato sulla base dell'importo totale dei lavori, il quale non comprenderebbe anche il distinto e non cumulabile importo relativo ai costi di gestione.

In sostanza, in mancanza di una siffatta distinzione, il Garante si potrebbe vedere esposto all'ipotesi di escussione della cauzione definitiva e, quindi, al pagamento dell'intero importo garantito con la stessa, sia in caso di mancato o inesatto adempimento del contratto di appalto, sia in caso di inadempimento degli obblighi relativi alla gestione dell'opera.

Inoltre il Garante resterebbe obbligato al rilascio di una garanzia di durata decisamente lunga, trattandosi anche di garanzia degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, senza poter godere del beneficio dello svincolo automatico proporzionato ai lavori eseguiti.

L'obbligo della stazione appaltante di incorporare la quota di investimento dei lavori da quella dei costi di gestione, consentirebbe, al contrario, al Garante di rilasciare due diverse cauzioni definitive. L'una a garanzia della corretta esecuzione del contratto di appalto, il cui importo sarebbe calcolato solo sul costo dei lavori, la cui scadenza coinciderebbe con il termine dei lavori stessi e con possibilità di automatica riduzione proporzionata alle opere realizzate. Affianco a questa, vi sarebbe l'ulteriore cauzione definitiva rilasciata a garanzia dell'adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera realizzata, il cui importo invece, sarebbe calcolato esclusivamente sulla quota relativa ai costi di gestione.

Tale distinzione appare di fondamentale importanza, anche alla luce del carattere dell'urgenza che spesso caratterizza la realizzazione di opere di pubblica utilità, dove può accadere che nel corso dell'esecuzione del contratto di appalto e pertanto a lavori non ancora ultimati, una parte dell'opera sia già funzionale e pronta per essere gestita.

E' auspicabile, alla luce di ciò, che i bandi prevedano la distinzione tra fase di esecuzione dei lavori e fase di gestione, con corretta specificazione per ciascuna di tempi e ammontare delle rispettive garanzie, che, si ribadisce, hanno contenuto e finalità diversi.

iii) L'istituto del project financing costituisce un fondamentale strumento nel mercato degli appalti, rappresentando una valida possibilità per realizzare opere di pubblica utilità, consentendo alle imprese di partecipare sia alla fase dell'esecuzione dei lavori sia a quella della gestione.

Si tratta però di uno strumento che espone gli operatori a dei costi eccessivi, rendendo la partecipazione alle relative gare una possibilità estesa solo a pochi.

Prevedere come soluzione, ad esempio, un importo fisso della cauzione definitiva pari al 10 per cento, calcolato sul valore contrattuale, consentirebbe di individuare in via fissa e predeterminata l'importo da garantire, già nella fase di partecipazione alla gara, riducendo così i costi globali del progetto di finanza e altresì diminuendo l'alea che caratterizza la cauzione definitiva.

Rendere meno gravosa sia per l'impresa partecipante alla gara sia per il Garante la possibilità di ricorrere a tale istituto, consentirebbe un maggiore utilizzo di questo strumento socialmente utile.

Tale obiettivo si potrebbe inoltre perseguire anche riducendo la durata contrattuale e prevedendo ad esempio dei tempi di gestione meno lunghi. Questa soluzione potrebbe avere il beneficio di rilasciare garanzie per una durata inferiore e rendere meno gravosa la posizione delle compagnie assicurative.

E' infatti difficile reperire nel mercato Garanti in grado di esporsi per un periodo di tempo notevolmente lungo, con il rischio sempre più attuale che le imprese cerchino di reperire i prodotti assicurativi necessari in mercati secondari e poco affidabili, che potrebbe rivelarsi davvero dannosi e compromettere l'equilibrio non solo del mercato assicurativo ma dell'intero settore degli appalti pubblici.

Un intervento chiarificatore e correttivo dell'istituto del project financing è di evidente rilevanza data l'importanza delle garanzie ex artt. 75 e 113 Dlgs. 163/2006 nelle procedure di affidamento, anche per la loro funzione di selezione del mercato.

Sarà certamente compito della Vigilanza, anche alla luce delle presenti consultazioni, chiarire i punti ancora opachi nell'ottica di migliorare sempre di più il contenuto dei bandi adottati dalle stazioni appaltanti e tutelare al meglio l'interesse delle parti ad una procedura snella, chiara e semplificata che assicuri il libero accesso alle imprese ed elimini il più possibile dubbi di natura interpretativa.

## **10) Contributo pubblicato in forma anonima**

L'applicazione in modo elusivo della concessione di servizi in luogo dell'appalto

Riguarda.: Punto 2.1 Gli elementi distintivi della concessione rispetto al contratto d'appalto e l'allocazione del rischio

Punto 7. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati

Punto 9. La finanza di progetto nei servizi

Come evidenziato da codesta Autorità, l'art. 30 d.lgs. 163/2006 contiene norme di semplificazione e derogatorie per l'affidamento dei contratti di concessione dei servizi, prevedendo che: «salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi». Inoltre, il contratto di concessione può prevedere attualmente una durata fino a trenta anni.

A volte alcuni enti locali adottano lo schema della concessione per quei servizi che non prevedono un corrispettivo dell'utente, ma solamente un costo per l'amministrazione (p.es.: illuminazione pubblica, o comunque fornitura di vettori energetici), al fine di adottare una procedura più snella (cinque proposte), e stipulare contratti trentennali con il medesimo fornitore, falsando così la concorrenza ed eludendo le norme sugli appalti pubblici e sulla durata massima dei contratti della P.A.

Questo succede, in particolare, con alcune società a partecipazione pubblica di EE.LL., che presentano ad altri enti (che non detengono nessuna partecipazione) delle proposte di P.F. per settori e attività che, invece, dovrebbero essere soggetto alla normativa sugli appalti, come l'esempio fatto sopra.

Tale comportamento è in contrasto, oltre che le norme del Testo Unico Contratti, anche con le norme la disciplina restrittiva di cui all'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che dispone che le società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di attività strumentali ovvero per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative dell'ente devono "operare esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale" (cfr. Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per il Veneto, Deliberazione 815/2014/PAR).

Tali contratti si pongono anche in contrasto con il divieto di Impegni pluriennali che superano l'arco temporale del bilancio preventivo pluriennale e le condizioni chiarite dalla Circolare RGS n. 9 del 12/03/2012

L'art. 36 co. 2 del d.lgs. 118/2011, recita infatti che ferma restando, nel caso di attività di investimento che comporta impegni di spesa che vengono a scadenza in più esercizi finanziari, la necessità di predisporre, sin dal primo anno, la copertura finanziaria per l'effettuazione della complessiva spesa dell'investimento.

Tale norma è il corrispondente, per gli enti locali, di quanto stabilito per gli enti statali dall'art. 34 co. 4 della legge 196/2009 (legge di contabilità pubblica), che ha esteso anche al bilancio pluriennale l'effetto autorizzatorio prima previsto per il solo bilancio annuale.

In particolare il problema si pone per i contratti di durata ultranovennale, vietati in base al R.D. 2440/1923 art. 12 co. 1 e 2, e, soprattutto, per i contratti che superano l'arco temporale del bilancio preventivo pluriennale di tre annualità.

Sarebbe quindi auspicabile evidenziare le conseguenze (nullità del contratto ultra-triennale e/o ultranovennale, danno erariale in caso di mancato esperimento della procedura di tipo europeo, ecc..) in caso di un'applicazione del PF elusiva delle norme sugli appalti.

Determinare alcuni criteri per fissare la durata massima delle concessioni

Pnto 5.3 Contenuti del bando e del disciplinare di gara

La durata della concessione dovrebbe essere tale da non compromettere la libertà economica delle aziende del settore.

Quindi, oltre che prevedere una durata minima più ampia rispetto agli appalti (5 anni), si dovrebbe prevedere una durata massima non eccessiva, eventualmente prorogabile (p.es. 15 anni, + eventuali altri 5), onde evitare concessioni della durata, per esempio, di 30 anni che determinano situazioni non compatibili con la libera concorrenza e/o con l'aggiornamento della qualità dei servizi.

Potrebbe, altresì, essere previste delle durate differenziate per tipologia di concessione; per esempio, la concessione delle Autostrade a livello nazionale, potrebbe avere un tempo più lungo, mentre la gestione di un piccolo servizio comunale potrebbe avere un termine più breve.

Oltre ad una durata minima e massima, si dovrebbe prevedere anche la possibilità, prima della scadenza della concessione, di rinegoziare (entro range definiti, per esempio +/- 5%) a vantaggio dell'Amministrazione il contratto tenendo conto dell'innovazione tecnologica e/o comunque delle mutate condizioni del servizio. Per esempio, in materia di concessione di servizi pubblici locali, dopo 10 anni potrebbero essere disponibili soluzioni tecnologiche e/o di processo che non erano disponibili (o semplicemente immaginabili) al momento della predisposizione del bando.

Si potrebbe, inoltre, prevedere un aggiornamento quinquennale del piano economico-finanziario

Si valuti la necessità di richiamare la normativa e la giurisprudenza in materia di partecipazione di società pubbliche o partecipate da enti pubblici alle gare per la stipula di contratti pubblici, e i limiti e i divieti vigenti in materia.

Riguarda: Punto 5.4 I requisiti di partecipazione

Si rimanda alla già citata Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per il Veneto, Deliberazione 815/2014/PAR:

Tra questi, in particolare, si ricorda la disciplina restrittiva di cui all'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che dispone che le società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di attività strumentali ovvero per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative dell'ente (fatta eccezione per i servizi pubblici locali e i servizi e centrali di committenza), a decorrere dal 4 gennaio 2010, devono "operare esclusivamente a favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale".

La ratio di tali previsioni restrittive - che richiede "l'imposizione di una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed esercitanti il c.d "controllo analogo" e gli enti beneficiari delle prestazioni delle società" (cfr. TAR Toscana, Sez, I, 13/3/2009 n. 4) - risiederebbe proprio nella finalità di assicurare che le società pubbliche, che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni, non approfittino del vantaggio che ad esse deriva dal particolare rapporto con le predette pubbliche amministrazioni operando sul mercato, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, ma concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica per le medesime amministrazioni pubbliche, in linea con quanto previsto dalla normativa europea (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 229/2013, cit.).

Questo risulta in linea anche con quanto previsto dalla normativa dell'Unione europea, il cui primario obiettivo è proprio quello di evitare che l'impresa pubblica goda di regimi privilegiati e di assicurare,

pertanto – ai fini dell'ammissibilità degli affidamenti diretti di servizi a società pubbliche – che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante (cfr, sentenza Corte di giustizia, sez. V, 18 novembre 1999, n. C-107/98, Teckal c. Comune di Viano).

Secondo questo iter argomentativo, quindi, le disposizioni di cui si discute sarebbero riferite alle società pubbliche strumentali che, nell'anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla sola pubblica amministrazione controllante.

I livelli minimi da garantire all'utenza

Riguarda: Punto 3. La fase della programmazione

Punto 4. Lo studio di fattibilità

Punto 9. La finanza di progetto nei servizi

Soprattutto in ambito delle concessioni di servizi (p.es.: sanità), dovrebbero essere specificati, già in sede di studio di fattibilità, i livelli minimi di prestazioni da garantire all'utenza, con riferimento (in ordine di importanza) a diritti essenziali (p. esempio i LEA in ambito sanitario), legislazione vigente (p. esempio delibere dell'AEEG, direttive europee sui servizi pubblici essenziali), livelli assicurati in precedenza.

In particolare si potrebbe prevedere che i livelli minimi da garantire siano definiti mediante una pubblica consultazione, metodologia già raccomandata dal testo in consultazione al punto 3, pagina 10.

Sebbene al n. 4, pagina 11, si faccia esplicitamente riferimento, tra i profili da valutare nello studio di fattibilità, alla "domanda da soddisfare per la collettività di riferimento e le opportunità in atto", sarebbe opportuno, a modesto parere dello scrivente, specificare i livelli minimi di prestazione resa ad ogni individuo.

Infatti l'analisi della domanda può anche essere fatta "per aggregati", o comunque con riferimento al bacino dell'utenza. Per fare un esempio, è diverso affermare che

A)"l'ospedale dovrà rispondere alla domanda di salute di 200.000 abitanti, quantificabile in x prestazioni l'anno, suddivise per specialità come nella tabella seguente (e a seguire una tabella che differenzia le prestazioni erogate per branca specialistica),

dall'affermare che

B) a ciascun utente dovranno essere garantite le seguenti prestazioni, di cui al DM LEA (e a seguire la tabella con le prestazioni e i tempi massimi di attesa).

Settori/servizi a cui non si applica la concessione.

Potrebbe essere utile in tale occasione differenziare finanziamento pubblico e concessione, accreditamento e concessione, autorizzazioni e concessione

Al considerando n. 12 della direttiva 2014/23, si legge: "Ai fini della presente direttiva è opportuno precisare che il mero finanziamento, in particolare tramite sovvenzioni, di un'attività, spesso legato

all'obbligo di rimborsare gli importi ricevuti qualora non siano utilizzati per gli scopi previsti, non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva".

Invero parte della giurisprudenza ha ritenuto applicabile, per esempio alla formazione "finanziata", lo schema della concessione (Consiglio di Stato, Sez. V, 14/10/2014 n. 5086, secondo cui "l'attività di formazione costituisce un pubblico servizio, il cui affidamento ad un soggetto privato dà vita ad un rapporto di tipo concessorio").

Il considerando n. 13 della direttiva recita che:

Inoltre, i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio, non dovrebbero configurarsi come concessioni, compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici. Tali sistemi si basano generalmente su una decisione dell'autorità pubblica che definisce le condizioni trasparenti e non discriminatorie applicabili all'accesso continuo da parte degli operatori economici alla fornitura di servizi specifici, quali i servizi sociali, consentendo ai clienti di scegliere tra tali operatori.

I "considerando" nn. 14 e 15

Inoltre, non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. Nel caso di tali atti dello Stato membro, si applicano le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1). A differenza di detti atti dello Stato membro, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva.

Inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore.