

MARIA GRAZIA VIVARELLI

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

SOMMARIO:

1.- Il partenariato pubblico-privato a livello comunitario; 2.- Il partenariato pubblico-privato: la disciplina nazionale; 3.- L'equilibrio sinallagmatico del PPP; 4.- Le diverse tipologie di rischio: le Linee guida ANAC n. 9, Delibera del 28/03/2018; 5.- Il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico: il controllo sul rischio, sulla sua corretta allocazione e sulla sua remunerazione; 6.- La remunerazione dell'operatore economico; 7.- Le procedure di affidamento; 8.- I contratti tipici di PPP; 8.1- La finanza di progetto e la società di progetto; 8.2.- La locazione finanziaria; 8.3.- Il contratto di disponibilità; 8.4. Altre fattispecie.

1.- Il partenariato pubblico-privato a livello comunitario.

A livello comunitario, manca una vera e propria definizione – tanto meno una disciplina *ad hoc* – del partenariato pubblico-privato (PPP).

Non si tratta comunque di una lacuna dovuta a disattenzione, bensì di una cosciente presa di posizione da parte dell'apparato comunitario.

Infatti, da un lato, l'Unione Europea ha rilevato la mancanza d'interesse da parte degli operatori ad iniziative comunitarie dirette a definire una disciplina unitaria e dettagliata dei PPP¹. Dall'altro, emergono tradizioni giuridico-economiche estremamente diverse negli Stati membri.

A livello comunitario, pertanto - al di là dei numerosi atti di “soft law” dedicati al tema dei PPP in generale, che si limitano a statuire l'applicazione del diritto degli appalti o di quello delle concessioni ed in ogni caso delle norme e dei principi derivanti dal Trattato² – la regolamentazione è rimessa ai singoli Stati membri.

Più nel dettaglio, il Libro verde della Commissione relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" COM(2004) 327

* Cons. dott.ssa Maria Grazia Vivarelli, magistrato amministrativo, presso il TAR Lazio, Roma, esperto in finanza pubblica.

¹ Cfr. comunicazione della Commissione "Sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni" COM(2005) 569 def, Bruxelles, 15 novembre 2005, al § 2.3.1, rubricato "Nessuna normativa nuova riguardante tutti i PPP contrattuali", ove si afferma che "In quanto rientrano nell'ambito di applicazione del Trattato CE, tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o concessioni. Tuttavia, poiché all'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano regole diverse, nel diritto comunitario non esiste una procedura di aggiudicazione uniforme specificamente pensata per i PPP. Stando così le cose, la Commissione ha chiesto ai soggetti interessati se essi sarebbero favorevoli ad una nuova normativa in forza della quale tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificabili come appalti pubblici o come concessioni, verrebbero sottoposti a regimi d'aggiudicazione identici (domanda 7 del Libro verde). La consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza, la Commissione non intende sottoporli a procedure di aggiudicazione identiche".

² cfr. Il parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni- Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato» COM(2009) 615 def. (2011/C51/12) al punto 3.2.1 stabilisce che: "Sotto il profilo giuridico e dei testi normativi manca, in realtà, una precisa definizione del concetto di «partenariato pubblico-privato» elaborata alla luce dell'insieme delle disposizioni che disciplinano gli appalti pubblici, le concessioni e l'intero settore della realizzazione di infrastrutture. Se l'assenza di un orientamento al riguardo nel testo della Commissione sembra significare che essa non avverte la necessità di una definizione più precisa, probabilmente il CESE può e deve sottoscrivere tale punto di vista, che rimanda al potere discrezionale di ciascuno Stato membro una definizione di PPP che meglio si adatti al suo contesto specifico e ai suoi usi".

def., Bruxelles, 30 aprile 2004, prevede che: "Il termine partenariato pubblico-privato ("PPP") non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio". Dal Libro verde sui PPP del 2004, una delle poche certezze del settore è la distinzione fra partenariati contrattuali e istituzionali, a seconda che il partenariato si sviluppi attraverso una relazione contrattuale tra le parti oppure dia, per converso, origine ad una soggetto terzo (cosiddetto SPV- "Special Purpose Vehicle") rispetto alle parti originarie, ancorchè costituito o partecipato dalle medesime.

Nel Libro Verde sono individuati gli elementi che caratterizzano normalmente - non sempre e comunque - le operazioni di PPP:

- la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare;
- la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;
- il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Sempre a livello comunitario, il Comitato economico e sociale, nel parere in merito alla «Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulla "Partecipazione del settore pubblico e privata ai progetti di reti transeuropee di trasporto» (98/C 129/14), al punto 2.4 ha affermato che: "Per PPP si intende un partenariato fra, da un lato più amministrazioni ed enti pubblici e, dall'altro, persone giuridiche soggette al diritto privato, allo scopo di ideare, pianificare, realizzare, finanziare e/o gestire un progetto d'infrastruttura. Non è opportuno tuttavia imporre una definizione rigida di cosa sia o dovrebbe essere una PPP, dal momento che ciascun progetto darà vita ad una forma di partenariato a se stante a seconda delle proprie esigenze e caratteristiche, nonché delle modalità adottate dalle amministrazioni pubbliche per coinvolgere i privati nelle diverse fasi progettuali".

Di rilievo nel tema in esame è la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato" COM(2009) 615 def., Bruxelles, 19 novembre 2009: "I PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici. In alcuni casi i PPP comprendono finanziamento, progettazione, costruzione, ristrutturazione e gestione o manutenzione di un'infrastruttura, mentre altre volte riguardano la fornitura di un servizio generalmente garantito dalle istituzioni pubbliche. I PPP dovrebbero essere incentrati principalmente sulla promozione dell'efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva. A sua volta, la partecipazione del settore pubblico ad un progetto può offrire garanzie importanti agli investitori privati, in

particolare per quanto riguarda la stabilità dei flussi di cassa a lungo termine provenienti dalle finanze pubbliche, e può apportare ad un progetto importanti vantaggi di ordine sociale o ambientale".

2. - Il partenariato pubblico-privato: la disciplina nazionale.

Il partenariato pubblico-privato trova la sua disciplina nazionale nell'ambito della Parte IV -"Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento" - del nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs 50/2016), ove si colloca il Titolo I che, sotto la rubrica "Partenariato pubblico privato", contiene negli artt. 180 e ss la relativa disciplina.

L'art. 180 co. 1 nello stabilire "1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee)", rinvia alla citata norma a mente della quale si intende per "«contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat".

Il contratto di partenariato rappresenta un complesso fenomeno giuridico che si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici in cui risulta prevalente la natura economico-finanziaria. Da qui la necessità di un approccio multidisciplinare nella sua gestione con affiancamento di figure giuridiche, economiche e tecniche.

A tal proposito, l'ANAC ha stabilito³ che tale risultato può essere raggiunto, per quanto concerne il responsabile del procedimento (RUP), mediante il ricorso agli strumenti già individuati dal codice dei contratti pubblici o dagli atti a carattere generale dell'Autorità, quali la richiesta di una formazione in materia di "project management" oppure la costituzione di una struttura di supporto al RUP.

Il PPP può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica, di fornitura o di servizio.

Infatti, i contratti di partenariato pubblico privato (PPP) costituiscono una forma di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato finalizzata alla realizzazione di opere e alla gestione di servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione che si intende porre in essere sono suddivisi tra le parti sulla base delle relative competenze di gestione del rischio, fermo restando che - ai sensi dell'art. 180, comma 3, del codice dei contratti pubblici - è necessario che sia trasferito in capo all'operatore economico, oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di

³ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»;

disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera.

Per i contratti di concessione, che l'art. 180, comma 8, del codice dei contratti pubblici ricomprende nel PPP, l'allocazione di tali rischi in capo all'operatore economico deve sostanziarsi nel trasferimento allo stesso del cd. rischio operativo di cui all'art. 3, comma 1, lettera zz)⁴, del codice dei contratti pubblici, cioè nella possibilità per l'operatore economico di non riuscire a recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione.

Per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici svolgono, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Deve evidenziarsi che il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto dal Codice dei Contratti.

La valutazione delle opere o dei servizi da affidare al Partenariato, in ragione della opportunità dell'allocazione del rischio sul privato, deve essere oggetto di programmazione triennale (per le opere) e biennale (per i servizi). Infatti, l'art. 21 D.Lgs 50/2016 ("Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici") stabilisce al co. 4 – per quanto concerne i lavori pubblici - che "Nell'ambito del programma di cui al comma 3, le amministrazioni aggiudicatrici individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato". Mentre, per quanto riguarda le forniture ed i servizi, il co 6 stabilisce che "Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati".

L'ANAC, con le Linee Guida n.9/2018⁵, ha stabilito che il documento denominato matrice dei rischi (cfr. infra) individua e analizza i rischi connessi all'intervento da realizzare ed è utilizzato - in fase di programmazione - per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria e per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e - in fase di esecuzione - per il monitoraggio dei rischi.

Per quanto riguarda la contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP e il conseguente impatto su deficit e debito pubblico, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat (v. "Manual on Government Deficit and Debt - Implementation of ESA" 2010 di Eurostat (ed. 2016), paragrafo VI.4, e ss.mm.ii.).

⁴ art. 3 co. 1 lett. zz) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile;

⁵ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»;

3. - L'equilibrio sinallagmatico del PPP.

Centrale, nella disciplina del partenariato, è la corretta valutazione, allocazione e remunerazione del rischio (cfr. *infra*, par.4) e la sua conservazione secondo l'equilibrio sinallagmatico economico-finanziario originariamente impresso al contratto.

Infatti, con il partenariato si realizza un'apertura alla realizzazione privata di operazioni (opere, servizi e forniture) d'interesse pubblico, dalla cui gestione dipende principalmente la remunerazione dell'operatore economico, sul quale gravano i rischi annoverati dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 - (“Treatment of public-private partnerships”) e, quindi, l'equilibrio sinallagmatico del contratto dipende dalla corretta individuazione del rischio, dalla sua corretta allocazione in capo alle parti del contratto e dalla sua remunerazione, nonché – poiché trattasi di contratti di durata - dal monitoraggio, in corso di esecuzione del contratto, sulla conservazione del medesimo rapporto sinallagmatico e, quindi, del mantenimento dell'equilibrio (rischio-remunerazione) originariamente stabilito.

La centralità dell'allocazione del rischio si desume anche dalla disciplina delle procedure di affidamento - ai sensi dell'art. 181 D.Lgs 50/2016 - a mente del quale “2. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico”.

L'art. 182 co. 2 D.Lgs 50/2016, inoltre, stabilisce che “2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico”.

Il contratto di PPP stipulato tra l'amministrazione e l'operatore economico aggiudicatario costituisce il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione del contratto, una corretta allocazione dei rischi tra le parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché per evitare possibili riclassificazioni finanziarie *ex post* dell'operazione di partenariato.

A tal fine, l'ANAC ha stabilito che⁶, “le amministrazioni sono tenute a prestare particolare attenzione e cura nella redazione delle clausole contrattuali, affinché le stesse siano formulate in modo da assicurare il raggiungimento dei predetti obiettivi. In particolare, il trasferimento dei rischi al privato impone la presenza di adeguate previsioni contrattuali in tema di “Service Level Agreement” (SLA) e di penali basate su criteri di valutazione oggettivi e certi, mediante l'elaborazione preventiva di KPI determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dello specifico contratto o monitorati dalla regolazione di settore, con previsione di decurtazione automatica del canone”.

⁶ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»;

Nelle Linee Guida⁷, afferma l'ANAC che “Per ogni strumento di PPP, in relazione a quanto previsto nel bando e alla tipologia e oggetto del contratto di PPP, al fine di realizzare un efficace monitoraggio sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, le amministrazioni devono prevedere il seguente contenuto minimo dell'offerta: a) il PEF redatto in formato elettronico con indicazione delle formule di calcolo e gli elaborati previsti nel bando; b) il prezzo richiesto dal concorrente per il contratto di PPP; c) l'importo che eventualmente il concorrente è disposto a corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice; d) il canone che l'amministrazione aggiudicatrice deve corrispondere per la disponibilità ottimale dell'opera e/o per la prestazione di servizi per i quali va indicato il livello quantitativo e qualitativo; e) il meccanismo di variazione del canone commisurato alla ridotta o mancata disponibilità dell'opera e/o alla ridotta quantità e qualità dei servizi resi; f) il tempo di esecuzione della progettazione; g) il tempo di esecuzione dei lavori; h) la durata del contratto; i) i servizi che il concorrente richiede di sfruttare direttamente, indicando il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza e il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità per i servizi destinati agli utenti; j) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara; k) la quota di lavori che il concorrente intende affidare a terzi; l) eventuali garanzie a favore della stazione appaltante a copertura dei rischi generati dal trasferimento da parte di quest'ultima di utilità economiche all'affidatario del contratto, a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi; m) la documentazione prevista dai provvedimenti di natura regolatoria adottati dalle Autorità di settore. ...4.4 Le amministrazioni aggiudicatrici devono prevedere che il contratto di PPP abbia il contenuto individuato all'art. 182, comma 2, del codice dei contratti pubblici e che disciplini almeno i seguenti aspetti: a) le condizioni relative all'elaborazione da parte dell'operatore economico del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto; c) l'obbligo per l'operatore economico di compiere tutte le attività previste per l'acquisizione delle approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto; d) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori e sui servizi da parte dei soggetti competenti (responsabile del procedimento, direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione); e) il flusso informativo relativo all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi e dei dati utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario che l'operatore economico deve garantire all'amministrazione per l'esercizio del monitoraggio sui rischi ai sensi del successivo paragrafo 7, le relative modalità di trasmissione, nonché le penali da applicare in caso di inadempimento di tale obbligo; f) il rispetto delle regole previste per il subappalto; g) le procedure di collaudo e di verifica di conformità; h) le modalità e i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo dell'amministrazione su tali attività; i) le penali per le inadempienze dell'operatore economico, le ipotesi di risoluzione contrattuale, nonché le relative procedure, con indicazione delle voci da computare ai fini della quantificazione delle somme dovute all'una o all'altra parte, laddove non espressamente già previste dal codice dei contratti pubblici; j) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo; k) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che l'operatore economico potrà riscuotere dall'utenza per

⁷ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di

i servizi prestati; l) le modalità e i termini di adempimento da parte dell'operatore economico di eventuali oneri; m) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione; n) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice al termine del contratto; o) nel caso di cui all'art. 191, comma 3, del codice dei contratti pubblici, le modalità per il trasferimento e l'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente all'ultimazione dei lavori; p) il piano economico - finanziario di copertura degli investimenti nonché le cause e le modalità per la sua revisione; q) il corrispettivo per l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine del rapporto contrattuale, nonché le modalità e le tempistiche di pagamento di tale valore da parte del subentrante”.

Pertanto, gli elementi costitutivi dell'oggetto del contratto di partenariato – oggetto di indagine del presente contributo - sono: il rischio e la sua remunerazione.

4.- Le diverse tipologie di rischio: le Linee guida ANAC n. 9, Delibera del 28/03/2018.

Con Delibera del 28/03/2018 - «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, l'ANAC ha adottato le “Linee guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”, che si applicano ai contratti di PPP di cui all'art. 3, lettera eee), del codice dei contratti pubblici, tra i quali rientrano i contratti indicati all'art. 180, comma 8, del codice dei contratti pubblici e ogni altro contratto che presenti le caratteristiche individuate dal medesimo art. 180.

Stabilisce l'ANAC che le amministrazioni aggiudicatrici devono identificare e valutare gli specifici rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, ponendo gli stessi in capo al soggetto che presenta la maggiore capacità di controllo e gestione degli stessi. A tal fine occorre partire dalla verifica della possibilità per ciascuno dei partner del progetto di adottare misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali eventi (ad es. attraverso polizze di assicurazione disponibili sul mercato).

L'ANAC ha individuato le diverse tipologie di rischio rilevante stabilendo che l'amministrazione dovrà, di volta in volta, in relazione allo specifico progetto, individuare i rischi che possono essere ad esso connessi, ponendo attenzione, in particolare, a quei rischi che possono, con ragionevole certezza, ritenersi a carico del partner privato e che dovranno, quindi, essere allo stesso allocati.

In considerazione della rilevanza che la fase preliminare di impostazione ed elaborazione delle operazioni di PPP assume ai fini della buona riuscita delle stesse, la Parte I delle Linee Guida contiene indicazioni, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara.

A tal proposito, l'ANAC distingue – in conformità alle disposizioni di legge - il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità e, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera

partenariato pubblico privato”; Parte II - Il monitoraggio dell'attività dell'operatore economico; punto 4. La corretta definizione delle clausole contrattuali.

(come definiti, rispettivamente, dall'art. 3, comma 1, lett. aaa), bbb) e ccc), del Codice, a mente dei quali si intendono: aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;).

Questi rischi – unitamente ad altri rischi specifici (v. *infra*) - rientrano nella più ampia categoria del rischio operativo definito dall'art. 3, comma 1, lettera zz) del codice dei contratti pubblici, come il “rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”. Si tratta di un rischio che deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che non sono determinanti ai fini della qualificazione giuridica del contratto come concessione, dal momento che sono insiti anche nei contratti di appalto pubblico.

L'ANAC, nelle Linee Guida, distingue:

1. il rischio di costruzione, definito dall'art. 3, comma 1, lettera aaa), del codice dei contratti pubblici. In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera; b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto; c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto; d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione; e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori; f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.
2. il rischio di domanda, definito dall'art. 3, comma 1, lettera ccc), del codice dei contratti pubblici, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto «rischio economico» sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici: a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico; b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri

operatori che eroda parte della domanda. Afferma l'ANAC che il Rischio di domanda non è di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità di cui al successivo punto 1.3. a);

3. il rischio di disponibilità, definito dall'art. 3, comma 1, lettera bbb), del codice dei contratti pubblici. In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; b) rischio di "performance", ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione ("Key Performance Indicator" - KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare. Con riferimento ai contratti di disponibilità, l'ANAC richiama l'attenzione delle amministrazioni aggiudicatrici sul combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 188 del codice dei contratti pubblici, secondo cui salvo diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore, ad eccezione del rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti che è, invece, a carico dell'operatore economico affidatario.

Afferma l'ANAC che non può considerarsi trasferito all'operatore economico:

- a) il rischio di costruzione, laddove l'amministrazione si obblighi a corrispondere allo stesso le somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata o nel caso in cui si obblighi a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa;
- b) il rischio di disponibilità, qualora il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate; il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico; il valore del canone di disponibilità risulti così sovrastimato da annullare l'assunzione del rischio;
- c) il rischio di domanda, laddove l'amministrazione si obblighi ad assicurare all'operatore economico determinati livelli di corrispettivo indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espresso dagli utenti finali, in modo tale che le variazioni di domanda abbiano un'influenza marginale sui profitti dell'operatore economico. Il rischio di domanda è altresì annullato quando negli atti di programmazione o nel piano economico e finanziario la domanda finale è sottostimata e, quindi, le fluttuazioni della domanda effettiva non determinano mai

una reale possibilità di incorrere in perdite. In ogni caso, è opportuna la previsione di idonee clausole contrattuali volte a scongiurare ipotesi di extra-redditività prevedendo rimedi quali una variazione della durata del contratto nel caso in cui sia dimostrato che l'operatore economico abbia conseguito più velocemente l'obiettivo del recupero degli investimenti e dei costi sostenuti, oppure la previsione di meccanismi di profit sharing che consentano la condivisione degli extra-profitti con l'amministrazione o con gli utenti destinatari del servizio, in caso di opere calde. Assumono rilevanza sostanziale ai fini dell'allocazione dei rischi anche i fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alle misure agevolative previste a legislazione vigente (ad esempio art. 18 della legge 12 novembre 2011 n. 183; art. 33 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221; art. 11 del decreto legge 12 settembre 2014 n. 133 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014 n. 164), alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto e al valore di riscatto dell'asset a fine rapporto.

4. vi sono una serie di altri rischi che possono presentarsi sia nella fase antecedente l'aggiudicazione e/o la stipula del contratto, sia in quella successiva, ovvero, durante l'intero ciclo di vita del contratto di PPP. Tra questi, l'ANAC segnala, a titolo esemplificativo e non esaustivo: a) rischio di commissionamento, ossia il rischio che l'opera non riceva il consenso, da parte di altri soggetti pubblici o della collettività (portatori d'interessi nei confronti dell'opera da realizzare), con conseguenti ritardi nella realizzazione e insorgere di contenziosi, ovvero nei casi estremi, con il conseguente venir meno della procedura o dell'affidamento; b) rischio amministrativo, connesso al notevole ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazioni (pareri, permessi, licenze, nulla osta, etc.) da parte di soggetti pubblici e privati competenti, o anche al rilascio dell'autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione; c) rischio espropri, connesso a ritardi da espropri o a maggiori costi di esproprio per errata progettazione e/o stima; d) rischio ambientale e/o archeologico, ossia il rischio legato alle condizioni del terreno, nonché di bonifica dovuta alla contaminazione del suolo e rischio di ritrovamenti archeologici, con conseguenti ritardi nella realizzazione dell'opera e incremento di costi per il risanamento ambientale o la tutela archeologica; e) rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l'adeguamento. Anche tale rischio può comportare, nei casi estremi, il venir meno della procedura o dell'affidamento; f) rischio di finanziamento, ossia di mancato reperimento delle risorse di finanziamento a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti dall'art. 180, comma 7; g) rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento, con conseguente aumento dei costi o impossibilità di proseguire nell'operazione; h) rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti; i) rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna; j) rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese; k) rischio di obsolescenza tecnica, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione e/o sugli standard tecnici e funzionali prestabiliti; l) rischio di interferenze di sopra e sotto servizi, legato alla presenza nei tratti

interessati dai lavori di servizi di varia natura (es. acqua, gas, energia elettrica, cavi, fibra ottica, ecc.).

In relazione al rischio finanziario di cui alla lettera g) che precede, l'ANAC ha stabilito che le amministrazioni debbano verificare che gli operatori economici abbiano formulato il piano economico finanziario (PEF) con valori di costo del capitale allineati al mercato, dal momento che l'effettiva sussistenza di tale rischio in capo all'operatore economico richiede che il costo del capitale non sia sovrastimato, ad esempio dalla previsione di un tasso di interesse eccessivamente prudenziale.

Nella parte II delle Linee Guida⁸, l'ANAC ha stabilito che “5.1 Al contratto di PPP o di concessione è allegata la «matrice dei rischi», che costituisce parte integrante del contratto medesimo. Detto documento è elaborato dal RUP o da altro soggetto individuato in conformità al regolamento organizzativo dell'amministrazione ed è definito caso per caso sulla base delle caratteristiche specifiche della prestazione oggetto del contratto, con l'obiettivo di disciplinare *ex-ante* modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del PEF e offerte in sede di gara. 5.2 La matrice dei rischi è utilizzata in fase di programmazione della procedura di gara, per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indicazione della fase procedimentale. Ai sensi dell'art. 181, comma 3, del codice dei contratti pubblici, infatti, la scelta di ricorrere a forme di PPP deve essere preceduta da adeguata istruttoria con riferimento, inter alia, alla natura e all'intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione. L'analisi dei rischi conferisce, infatti, alle amministrazioni una maggiore consapevolezza delle criticità che potrebbero emergere nel corso dell'intervento e contribuisce a rafforzare il potere di contrattazione del soggetto pubblico con il partner privato. 5.3 La matrice dei rischi è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta...Più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocazione dei rischi. Al fine della costruzione della matrice dei rischi, devono considerarsi i seguenti aspetti: r) identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli eventi, la cui responsabilità non è necessariamente imputabile alle parti, che potrebbero influire sull'affidamento nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione del servizio (colonna 1); s) “risk assessment”, ovvero la valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio (se non si riesce a indicare un valore preciso si possono utilizzare indicazioni tipo minima, bassa, alta, etc.) e dei costi che ne possono derivare. Detti oneri devono essere efficientati, anche attivando idonei meccanismi di incentivo. E' importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare e valutarne gli effetti (colonne 2 e 3); t) “risk management”, ovvero individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento (colonna 4); u) allocazione del rischio al soggetto pubblico e/o privato. Nei casi in cui non si può pervenire a un'allocazione completa di un rischio in capo a una delle parti, vanno indicate nella matrice - in righe distinte - le circostanze per le quali il rischio è a carico del soggetto pubblico e

⁸ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»; - Punti 5.1; 5.2; 5.3; 5.4.

quelle per cui è a carico del soggetto privato (colonne 5 e 6). Inoltre, dovrebbe essere prevista una circoscritta rinegoziazione del contratto quando le informazioni a disposizione dell'amministrazione non consentano l'idonea allocazione di alcuni rischi specifici ex-ante e per tutta la durata del contratto, anche al fine di evitare il rischio della interruzione/risoluzione del contratto; v) corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso (colonna 7). 5.4 E' possibile suddividere la matrice dei rischi in relazione alle diverse fasi del ciclo di vita del contratto, ripartendo, quindi, l'elenco dei rischi in relazione alla fase preliminare al bando/progettuale/di costruzione/gestione.

5. Il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico: il controllo sul rischio, sulla sua corretta allocazione e sulla sua remunerazione.

L'art. 181 co. 4 D.Lgs 50/2016 stabilisce che "L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi". Con la Deliberazione del 28/03/2018 - "Linee guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", sopra citata, l'ANAC ha predisposto le suddette linee guida.

In particolare, ha premesso che "Con riferimento al direttore dei lavori o al direttore dell'esecuzione, la stazione appaltante dovrà individuare professionalità idonee a svolgere le attività richieste nella gestione degli specifici contratti, valutando, a tal fine, l'opportunità di istituire l'ufficio di direzione dei lavori. Dette indicazioni tengono conto della prossima introduzione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti delineato all'art. 38 del codice dei contratti pubblici che richiede l'istituzione di strutture organizzative stabili deputate al processo di acquisizione di beni, servizi o lavori e la presenza, in tali strutture, di dipendenti aventi specifiche competenze".

Come già visto sopra (par. 3), l'art. 182 commi 2 e 3 D.Lgs 50/2016 stabilisce che "2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico. 3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4,

lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse”.

L’art. 165 “Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni” al co. 6 D.Lgs 50/2016 contiene, con riferimento alle concessioni, una identica disposizione: “6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse”.

Con le Linee Guida n. 9 l’ANAC ha stabilito che “3.1 L'equilibrio economico e finanziario, di cui all'art. 3, comma 1, lettera fff), del codice dei contratti pubblici, si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte. Detto equilibrio è rappresentato dai valori di specifici indicatori esposti nel PEF ed individuati in dipendenza della metodologia utilizzata per l'analisi di convenienza economica e sostenibilità finanziaria del progetto. Tra gli indicatori cui riferirsi, si annoverano: a) gli indicatori della capacità del progetto/investimento di generare ricchezza, quali il Tasso Interno di Rendimento (“Internal Rate of Return” - TIR) di Progetto, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come individuato nel PEF e il Valore Attuale Netto (“Net Present Value” - VAN o NPV) di Progetto, che indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo del contratto di PPP; b) gli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico, quali il VAN dell'azionista che rappresenta, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo del contratto di PPP e il TIR dell'azionista, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati agli azionisti, così come individuato nel PEF; c) gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il DSCR (“Debt Service Cover Ratio”) che rappresenta il rapporto tra l'importo del flusso di cassa disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito - per capitale e interessi - per il medesimo periodo; il LLCR (“Long Life Cover Ratio”) che indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del flusso di cassa disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di

tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo. In generale e fermi i criteri e le buone pratiche definite dalle Autorità di regolazione competenti, l'equilibrio economico-finanziario è verificato quando, dato un tasso di congrua remunerazione del capitale investito, il valore attuale netto dei flussi di cassa del progetto (VAN del progetto) è pari a zero. Segnatamente, il PEF è in equilibrio quando il TIR dell'azionista è uguale al costo atteso del capitale investito; il TIR di progetto è uguale al Costo medio ponderato del capitale ("Weighted Average Cost of Capital" - WACC); il VAN dell'azionista/di progetto è pari a zero. Se i valori di VAN e TIR di progetto non tendono all'equilibrio significa che il contratto contiene margini di extra-redditività per il partner privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e, pertanto, queste situazioni devono essere attentamente valutate dalle amministrazioni. Dette verifiche sono svolte confrontando il TIR con opportuni benchmark rilevati, ad esempio, dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) o dalle Autorità di regolazione. Il WACC rappresenta una media ponderata tra il costo del debito al netto dell'imposizione fiscale e il costo del capitale proprio, pesati per la rispettiva percentuale di incidenza rispetto all'intera strutturale del capitale. Il WACC rappresenta il valore massimo del tasso da applicare al capitale investito netto al fine di determinare il costo di remunerazione del capitale da inserire nel PEF".

Ciò premesso, l'ANAC ha stabilito che "La revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa. I valori degli indicatori economici e finanziari di progetto rappresentano un utile strumento di monitoraggio delle revisioni del piano. Le variazioni di detti valori, rilevati nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero segnalare casi in cui la revisione del PEF ha modificato le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata".

Tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Il contratto di PPP dovrà riportare un elenco tassativo di casi di forza maggiore. A titolo esemplificativo, l'ANAC individua eventi di forza maggiore: a) gli scioperi, fatta eccezione per quelli che riguardano l'amministrazione o l'operatore economico, ovvero l'affidatario di lavori o servizi oggetto del contratto di PPP; b) le guerre o atti di ostilità, comprese azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici e sommosse, insurrezioni e altre agitazioni civili; c) le esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; d) i fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità, comprese esondazioni, fulmini, terremoti, siccità, accumuli di neve o ghiaccio; e) le epidemie e contagi; f) l'indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto; g) l'impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

Nella Parte II delle Linee Guida⁹ sono riportate le prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

L'ANAC ha stabilito che¹⁰ la «matrice dei rischi», documento da allegarsi al contratto di PPP o di concessione (par. 4), «5.3 ...è utilizzato in fase di esecuzione, dal momento che - essendo in esso rappresentata la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali - consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti. 5.4 E' possibile suddividere la matrice dei rischi in relazione alle diverse fasi del ciclo di vita del contratto, ripartendo, quindi, l'elenco dei rischi in relazione alla fase preliminare al bando/progettuale/di costruzione/gestione. ...5.9 Ai fini della verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniquale volta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l'amministrazione accerta che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali e riportata nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF dà conto della anzidetta valutazione».

Ai fini del controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti, l'amministrazione aggiudicatrice deve disporre dei dati relativi alla gestione dei lavori e dei servizi e deve monitorarne periodicamente l'andamento.

Stabilisce l'ANAC¹¹ che «Per le operazioni di partenariato pubblico-privato che interessano la realizzazione di opere pubbliche, gli articoli 5 e 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2011 n. 229 prevedono che le amministrazioni trasmettano dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi a tali opere alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 13 della legge 31 dicembre 2009 n. 196. Il sistema, basato su un'applicazione web, prevede alcune funzioni di «*alert*» nel caso di criticità nell'impostazione e attuazione del contratto, consentendo alle amministrazioni di compiere un controllo costante sugli elementi fondanti il trasferimento dei rischi, dalla fase programmatica alla conclusione del contratto. La BDAP, al contempo, permette la visione di insieme sui contratti di PPP - anche per le esigenze di tutela della finanza pubblica - per tutte le amministrazioni interessate al corretto utilizzo dello strumento. Il flusso informativo che le amministrazioni devono veicolare alla BDAP costituisce, di conseguenza, anche il contenuto informativo minimo della trasmissione dati che l'amministrazione deve richiedere all'operatore economico».

L'ANAC ha stabilito¹² che – in linea generale – per tutti i PPP aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori «l'amministrazione debba individuare i dati relativi alla gestione dei lavori o dei servizi rilevanti in relazione a ciascun rischio trasferito all'operatore economico, ricomprendendo tra di essi quelli utilizzati per la

⁹ Linee guida ANAC di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Delibera 28/03/2018, n. 9- «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»;

¹⁰ Linee Guida n. 9/2018 - Punti 5.3; 5.4.

¹¹ Linee Guida ANAC n. 9/2018 - Punto 6.2;

¹² Linee Guida ANAC n. 9/18 Punto 6.1;

definizione dell'equilibrio economico-finanziario... in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio... nel contratto di PPP deve essere espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell'operatore economico, la trasmissione all'amministrazione aggiudicatrice di tale flusso informativo, con cadenza prefissata nella documentazione di gara, tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto medesimo”; “Per acquisire dagli operatori economici i dati...le amministrazioni possono prevedere l'implementazione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione e operatore economico, in cui possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena se ne abbia la disponibilità. Tale piattaforma deve essere in grado di garantire l'autenticità, la sicurezza dei dati inseriti e la provenienza degli stessi dai soggetti competenti e può costituire elemento di valutazione dell'offerta. In mancanza di piattaforma, i dati devono essere comunque inviati in formato elettronico ed elaborabili, con strumenti che ne garantiscano l'autenticità, ad esempio mediante il sistema di posta elettronica certificata”¹³.

6. La remunerazione dell'operatore economico.

Come stabilito dall'art. 180 D.Lgs 50/2016:

1. i ricavi di gestione dell'operatore economico devono provenire:
 - dal canone riconosciuto dall'ente concedente;
 - ovvero, in alternativa o in aggiunta, da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.
2. il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, deve essere negozialmente dipendente – con valutazione da effettuarsi *ex ante* in sede, appunto, contrattuale - dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati;
3. a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere:
 - a. di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico;
 - b. di corrispondere una diversa utilità economica comunque pattuita *ex ante*, ovvero rimettere la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.
4. ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo

¹³ Linee Guida ANAC n. 9/18 Punto 6.3;

pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione.

In ogni caso – stabilisce l'art. 180 co. 6 – che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

L'ANAC, nelle Linee Guida n. 9¹⁴, con riferimento al finanziamento pubblico, elenca accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica, l'apporto di capitale di rischio (“equity”) o di capitale di credito (finanziamenti bancari); inoltre richiama l'attenzione delle amministrazioni aggiudicatrici sul limite all'eventuale riconoscimento del prezzo stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario fissato all'art. 180, comma 6, del codice dei contratti pubblici e per i contratti di disponibilità sul limite all'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera fissato all'art. 188, comma 1, lettera b), del codice dei contratti pubblici.

La possibilità di approntare l'equilibrio iniziale del PPP mediante contributi pubblici, fermo restando il limite del 49% del costo dell'investimento complessivo, lascia all'operatore economico l'onere di reperire il restante 51% tramite altri finanziatori.

La documentata disponibilità di un finanziamento è infatti condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico-privato e la sottoscrizione del contratto ha luogo previa la presentazione di idonea documentazione inerente al finanziamento dell'opera.

Tanto che il contratto è addirittura risolto di diritto ove il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro i dodici mesi successivi alla sottoscrizione del contratto. A tal proposito, infatti, l'art. 180 co. 7 rinvia a quanto previsto all'articolo 165, commi 3, 4 e 5, del codice.

L'art. 165 richiamato prevede sotto la rubrica “Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni” che la “3. La sottoscrizione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare

¹⁴ Linee Guida ANAC n. 9/2018;

l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti. 4. Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. 5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalle società di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine rilasciate da operatori di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo e del comma 3, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale”.

Deve, in questa sede, ricordarsi che l'art. 191 sotto la rubrica “Cessione di immobili in cambio di opere” stabilisce che il bando di gara può prevedere a titolo di corrispettivo, totale o parziale, il trasferimento all'affidatario o, qualora l'affidatario vi abbia interesse, a soggetto terzo da questo indicato, purché in possesso dei prescritti requisiti di cui all'articolo 80, della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre informazione per i servizi e le forniture e che non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse. Possono formare oggetto di trasferimento anche i beni immobili già inclusi in programmi di dismissione, purché prima della pubblicazione del bando o avviso per l'alienazione, ovvero se la procedura di dismissione ha avuto esito negativo. Il valore dei beni immobili da trasferire a seguito della procedura di gara è stabilito dal RUP sulla base del valore di mercato determinato tramite i competenti uffici titolari dei beni immobili oggetto di trasferimento. Il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea garanzia fideiussoria per un valore pari al valore dell'immobile medesimo. La garanzia fideiussoria, rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3, prevede espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice

richiesta scritta della stazione appaltante. La fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva.

7. Le procedure di affidamento.

Le procedure di affidamento sono disciplinate dall'art. 181 D.Lgs 50/2016 a mente del quale “1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico. 3. La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico- sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.

L'art. 179 D.Lgs 50/2016 “Disciplina comune applicabile” al “Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento” stabilisce che “1. Alle procedure di affidamento di cui alla presente parte si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili. 2. Si applicano inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164, comma 2”.

L'art. 164 co. 2 D.Lgs 50/2016 richiamato stabilisce “2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”.

In sintesi, si può dire che nel PPP, alla controparte privata, assumendo dei rischi che spetterebbero alla pubblica amministrazione, deve essere consentita non soltanto la partecipazione alle varie fasi di sviluppo del progetto, ma anche la presenza in momenti di dialogo e di negoziazione nel corso della gara.

I PPP, infatti, costituiscono un *modus operandi* teleologicamente improntato all'acquisizione di servizi di qualità attraverso l'appropriata condivisione di rischi fra soggetti pubblici e privati all'interno di contratti di durata, basati su output più che su input, e solitamente “multi-tasking” (comprendenti un pacchetto di prestazioni, il cosiddetto “bundling”).

A tal proposito, le Linee Guida¹⁵ hanno stabilito che “5.5 Specie per i progetti di maggiore complessità, le amministrazioni aggiudicatrici svolgono consultazioni preliminari di mercato ai sensi dell'art. 66 del codice dei contratti pubblici, ovvero, consultazioni con gli operatori economici invitati a presentare offerte, ai sensi dell'art. 165, comma 3, del codice dei contratti pubblici, anche al fine di acquisire i dati e le informazioni necessarie a una compiuta identificazione e valutazione dei rischi che possono caratterizzare un determinato progetto. Alternativamente, ai sensi dell'art. 181 del codice dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici verificano l'opportunità di affidare il contratto di PPP mediante la procedura del dialogo competitivo. 5.6 Le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici di indicare nei rispettivi PEF le modalità di copertura o gestione dei rischi, riportandone anche i connessi costi. In tal caso, tali elementi sono oggetto di valutazione della proposta da parte delle amministrazioni”.

8. I contratti tipici di PPP.

L'art. 180 co. 8 D.Lgs 50/2016 individua nella tipologia dei contratti di PPP la finanza di progetto, alcuni tra i contratti tipici, in quanto disciplinati dal legislatore, e, in particolare, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità, ed i contratti atipici, ossia qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.

8.1 La finanza di progetto e la società di progetto.

Alla finanza di progetto sono dedicati gli artt. 183, 184, 185 e 186 del d.lgs. n. 50 del 2016, che corrispondono grosso modo agli artt. 153, 156, 157, 160 del vecchio d.lgs. n. 163 del 2006. Com'è noto, la recente riforma lascia pressochè intatta l'elefantiaca costruzione della norma sul “project financing”.

L'art. 183 prevede che - per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati - le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea, è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

E' stabilito che il progetto di fattibilità da porre a base di gara sia redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure

¹⁵ Linee Guida ANAC n. 9/18;

previste dal codice. Gli oneri connessi all'affidamento di attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico dell'opera.

Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il piano economico-finanziario, oltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. L'importo complessivo delle spese di cui al periodo precedente non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto definitivo deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti.

L'amministrazione aggiudicatrice:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;
- c) pone in approvazione il progetto definitivo presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 27, anche al fine del successivo rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, nè incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario;
- d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione.

Nella procedura cosiddetta monofase¹⁶ qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto definitivo e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario.

Nella finanza di progetto ad iniziativa privata, invece, l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta (che può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria

¹⁶ La procedura cosiddetta bifase, di cui ai commi 15 -18 del vecchio art. 153 dell'abrogato dal d.lgs. n. 163 del2006, sono state eliminate e non sono state riprodotte nel testo del nuovo Codice.

di cui all'art. 187) e può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può

Essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità (eventualmente modificato) è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti ed inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto (in difetto, il progetto si intende non approvato).

Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati; se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.

L'art. 184 consente all'aggiudicatario di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile la quale diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro – che può altresì essere previsto come obbligatorio nel bando di gara - avviene per espressa *voluntas legis* a titolo originario e non costituisce cessione di contratto. La società sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente.

I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte della società si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

L'art. 185 prevede la possibilità, da parte delle società di progetto nonché delle società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettere eee), di emettere obbligazioni e titoli di debito al fine di realizzare

una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati come definiti ai sensi dell'articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, fermo restando che sono da intendersi inclusi in ogni caso tra i suddetti investitori qualificati altresì le società ed altri soggetti giuridici controllati da investitori qualificati ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile; detti obbligazioni e titoli di debito possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori qualificati come sopra definiti. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-bis, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile.

L'art. 186 stabilisce che i crediti dei soggetti che finanziano o rifinanziano, a qualsiasi titolo, anche tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli similari, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali, ai sensi dell'articolo 194. Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, comma 2, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana; dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione devono essere effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata.

8.2. La locazione finanziaria.

L'art. 3, comma 1, lett. ggg) d.lgs. n. 50 del 2016 definisce «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità», il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

Trattasi di una tipologia negoziale molto ampia, ricomprendente sicuramente il “leasing” immobiliare.

L'art. 187 sotto la rubrica “Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità” stabilisce che per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo. L'offerente può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche. L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione e dalla

eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste. Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. L'offerente può anche essere un contraente generale.

L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

Questa fattispecie evidenzia – non solo per l'espresso richiamo agli appalti pubblici contenuto nell'art. 187 co. 1 – come il PPP non possa definirsi in termini giuridici, ma sia un'operazione principalmente economica il cui “core business” altro non è che la collaborazione pubblico-privato in relazione a progetti ad elevata rischiosità. Si configura, pertanto, una zona comune ad appalti e concessioni che crea una sorta di “statuto dei contratti complessi” con un quid fluido e non statico.

8.3. Il contratto di disponibilità.

L'art. 3 co. 1 lett. hhh) definisce il «contratto di disponibilità», il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

L'art. 188 D.Lgs 50/2016, nel riprodurre l'art. 160 ter del vecchio codice, stabilisce che l'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con corrispettivi espressamente soggetti ad adeguamento monetario, secondo le previsioni del contratto. Viene pertanto positivamente risolta la questione del compenso revisionale di prezzi e tariffe. I corrispettivi sono: a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3; b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice; c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo incorso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatario.

Il bando di gara è pubblicato ponendo a base di gara un capitolato prestazionale predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità. Le offerte devono contenere un progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara.

Dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte.

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

L'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità. Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'articolo 186 del presente codice, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto. L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera e dalla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

8.4.- Altre fattispecie.

Alle fattispecie finora esaminate, già note al precedente d.lgs. n. 163 del 2006, il nuovo Codice ne aggiunge ulteriori.

L'art. 19 sui contratti di sponsorizzazione, ad esempio, prevede che l'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a quarantamila euro,

mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi.

A sua volta l'art. 20, rubricato "Opera pubblica realizzata a spese del privato" stabilisce che le norme del codice non si applicano al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto dell'articolo 80. L'amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuta che il progetto di fattibilità delle opere da eseguire con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte siano rispondenti alla realizzazione delle opere pubbliche di cui al comma 1. La convenzione disciplina anche le conseguenze in caso di inadempimento comprese anche eventuali penali e poteri sostitutivi.

L'art. 189 D.Lgs 50/2016 sotto la rubrica "Interventi di sussidiarietà orizzontale" stabilisce che le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri.

Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente. E' stabilito che la realizzazione delle opere di cui sopra non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto.

La recente riforma rimane pertanto ispirata alla democrazia partecipativa, allo “user/consumer involvement”, nel tentativo di riuscire a raggiungere soluzioni “triple win”, a soddisfacimento del maggior benessere sociale scopo ultimo del PPP. Il cosiddetto local/community/empowerment, che nell'art. 22 del Codice¹⁷ assicura la partecipazione dei cittadini ai procedimenti amministrativi in veste di “stakeholders”, diviene qui attivo svolgimento di funzioni di pubblico interesse.

La collettività riveste la qualifica di “main player” ottenendo anche vantaggi fiscali, ancorchè nel rispetto dei principi di imparzialità e *par condicio*.

Nella stessa direzione va l'art. 190 D.Lgs 50/2016 che disciplina il baratto amministrativo stabilendo che gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

Infine, deve ricomprendersi nel *genus* del PPP anche l'affidamento a contraente generale, inserito nel nuovo codice degli appalti nella Parte IV” Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento”, Titolo III “Contraente generale” e disciplinato dagli artt. da 194 a 199. La fattispecie, in passato tipizzata dal vecchio Codice all'interno del PPP, a seguito della riforma si è ritagliata una propria dimora a latere del PPP. Secondo l'abrogato art. 3, comma 15 ter, d.lgs. n. 163 del 2006 l'affidamento a contraente generale poteva rientrare tra le operazioni di partenariato pubblico-privato alla condizione che il corrispettivo per la realizzazione dell'opera fosse in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti. Ai sensi dell'art. 194, d.lgs. n. 50/2016 con il contratto di affidamento unitario a contraente generale, il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, ai sensi dell'articolo 195, comma 2, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori”.

¹⁷ D.Lgs 50/2016, art. 22 “Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico”.