

L'evoluzione del partenariato pubblico-privato alla luce dei recenti interventi normativi (PF e contratto di disponibilità)

di Vittorio D. Gesmundo

Considerazioni introduttive

1 – Con l'espressione "*partenariato pubblico-privato (PPP)*" si definiscono forme di cooperazione tra la pubblica amministrazione e il mondo delle imprese volte a consentire, con oneri a carico dei privati (in tutto o in parte maggioritaria), la realizzazione, la gestione e la manutenzione di infrastrutture e/o forniture di servizi. Gli elementi caratteristici delle operazioni di PPP sono essenzialmente i seguenti:

- una durata relativamente lunga del rapporto;
- il finanziamento da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra soggetti diversi (ma quote di finanziamento pubblico, non maggioritarie, possono aggiungersi al finanziamento privato);
- un ruolo importante dell'operatore economico privato che partecipa a varie fasi dell'iniziativa (progettazione, organizzazione dei fattori produttivi, realizzazione, attuazione, finanziamento), mentre la Pubblica amministrazione si concentra sulla programmazione degli obiettivi di interesse pubblico con particolare riferimento alla qualità del servizio e alla politica dei prezzi;
- una efficiente ripartizione dei rischi tra i due partners: è essenziale l'assunzione del rischio della gestione da parte dell'operatore privato anche se non è necessario che il privato assuma tutti i rischi o la parte più rilevante di quelli legati all'operazione.

Il codice dei contratti, all'art. 15 *ter*, definisce “*contratti di partenariato pubblico-privato*” quelli che hanno ad oggetto una o più prestazioni (costruzione e gestione), ma comprendono in ogni caso il finanziamento totale o parziale dell'iniziativa a carico dei privati, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.

Ai fini della rappresentazione degli impegni relativi nei bilanci delle pubbliche amministrazioni, si applicano i contenuti delle decisioni EUROSTAT: in particolare, una decisione del 2004 prevede che possono non essere iscritti tra gli impegni di bilancio degli enti pubblici quelli relativi alla realizzazione di operazioni di partenariato pubblico-privato, a condizione che siano stati trasferiti al privato, oltre al rischio di costruzione delle opere, almeno uno dei due rischi seguenti: rischio di disponibilità; rischio di domanda.

La definizione del codice comprende tra i contratti di partenariato pubblico-privato il leasing; in giurisprudenza si è però sottolineato che la locazione finanziaria comporta comunque l'assunzione di un debito direttamente da parte della pubblica amministrazione. Sembra quindi che l'istituto non corrisponda alle caratteristiche delle operazioni di partenariato pubblico e privato, almeno se si considera essenziale mantenere fuori dai bilanci pubblici l'onere del finanziamento dell'operazione.

2 – La fioritura del dibattito sulle operazioni di partenariato pubblico-privato è legata a due fenomeni economici:

- da un lato, la crisi economica dei debiti sovrani, variamente sviluppatasi nel corso degli ultimi decenni, ha raggiunto in questo ultimo periodo livelli in precedenza mai neppure immaginati e limitato la possibilità di investimenti diretti delle pubbliche amministrazioni (il patto di stabilità ne è un effetto);
- dall'altro, lo sviluppo dei mercati finanziari ha superato uno dei problemi che avevano, storicamente, determinato l'assunzione da parte dello Stato del compito di realizzare le infrastrutture: l'incapacità dei privati di sopportarne il rischio economico (le tecniche di frazionamento del rischio consentono di reperire sul mercato internazionale risorse finanziarie, almeno fino a poco tempo fa, praticamente senza limiti).

Tra gli strumenti di finanziamento di queste iniziative assume rilievo decisivo la tecnica del c.d. *project financing*: si tratta di una tecnica di finanziamento utilizzata per realizzare progetti che presentino fabbisogno di capitale consistente, elevata complessità e possano generare flussi di cassa sufficienti a rimborsare e remunerare il capitale investito. Il *project financing* assicura la copertura dei costi, necessari alla progettazione ed esecuzione degli investimenti, con i proventi della gestione funzionale e dello sfruttamento economico delle opere realizzate.

Il *project financing* si risolve nella creazione di una trama di relazioni finanziarie e contrattuali, coordinate per consentire lo sviluppo del progetto nei termini e con le modalità previsti nel piano economico-finanziario, sulla base del quale l'investimento è ritenuto praticabile. L'istituto si è sviluppato nel tempo essenzialmente per la realizzazione di infrastrutture non esclusivamente di carattere pubblico: anzi, la maggiore attenzione nei confronti del fenomeno si è manifestata a partire dagli anni '60 soprattutto nei paesi anglosassoni, in particolare nell'esperienza americana, per la realizzazione di investimenti privati nel settore energetico ed idrico.

In realtà, il *project financing* non è una tecnica del tutto nuova neppure nel nostro ordinamento: con la stessa tecnica finanziaria è stata realizzata larga parte delle infrastrutture del nostro Paese fin dall'inizio del XX secolo. Non a caso lo strumento previsto nella disciplina dei lavori pubblici per realizzare interventi in *project financing* è costituito dalla concessione per la realizzazione e gestione di opere pubbliche: è lo strumento con il quale sono state realizzate le ferrovie, le autostrade, numerose reti infrastrutturali, compresa quella elettrica e di distribuzione del gas.

D'altra parte, la programmazione finanziaria è una esigenza comune nella realizzazione di tutti gli investimenti produttivi, sia pubblici che privati: nella realizzazione di qualsiasi stabilimento industriale, ad esempio, la copertura dei costi è assicurata dai proventi dell'attività.

Le operazioni in partenariato pubblico-privato consentono di realizzare grandi infrastrutture senza oneri insopportabili per i pubblici erari. Tuttavia, le ragioni per le quali ci si indirizza verso un più ampio coinvolgimento del settore privato non possono essere legate soltanto a valutazioni finanziarie: dipendono soprattutto dalla possibilità di utilizzare le capacità manageriali, commerciali ed innovative del settore privato, nella progettazione, nella creazione del sistema di

finanziamento, nella costruzione e nella organizzazione dei fattori produttivi per la gestione di servizi di pubblica utilità; specialmente quando i costi di gestione possono essere coperti dall'utenza.

La promozione della realizzazione di progetti di interesse pubblico mediante forme di cooperazione pubblico-privata costituisce ormai una scelta di politica economica, nella quale la pubblica amministrazione resta protagonista, ma chiama il mondo economico ed i suoi principali attori, cioè le imprese, a svolgere il ruolo operativo.

Il metodo si fonda sulla condivisione del potere decisionale tra i soggetti pubblici e quelli privati: ai soggetti pubblici spettano, necessariamente, programmazione, controllo, definizione degli obiettivi e monitoraggio sul loro raggiungimento; ai privati spetta la realizzazione degli investimenti, la gestione delle imprese relative, con la connaturale individuazione dei metodi più efficienti per il soddisfacimento di questi obiettivi.

3 - La disciplina di settore deve quindi mutare prospettiva. Non si tratta più di tutelare in maniera predominante la pubblica amministrazione, in quanto parte del contratto, come avviene nella disciplina tradizionale dei contratti di appalto per la realizzazione di opere pubbliche: il fulcro della disciplina è nella tutela generale dell'impresa e nello sviluppo della concorrenza per migliorare l'efficienza nell'erogazione di servizi alla collettività.

Naturalmente il rapporto tra pubblico e privato presenta una criticità di fondo: la partecipazione dell'imprenditore al procedimento è comunque volta principalmente alla soddisfazione del proprio interesse; la soddisfazione dell'interesse pubblico costituisce per lui solo occasione per perseguire l'interesse dell'impresa. Il rischio principale quindi è quello di un'influenza negativa dell'interesse dell'imprenditore sull'identificazione dell'interesse pubblico.

Nel contemperamento delle forze nella fase precontrattuale, tra pubblica amministrazione e privato esiste un deterrente nella previsione del comma 1 bis dell'art. 21 *quinquies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, sulla revoca di un atto ad efficacia durevole che incida sui rapporti negoziali, a seguito della revisione della valutazione di interesse pubblico del rapporto. La disposizione penalizza il

contraente che abbia abusato della buona fede dell'Amministrazione, ma si pone sostanzialmente solo sul piano della repressione dell'azzardo morale.

Diventano quindi essenziali due elementi: in primo luogo, l'incremento del livello qualitativo della pubblica amministrazione, che deve potersi confrontare criticamente con le elaborazioni progettuali e le offerte che provengono dal settore privato; in secondo luogo, l'equilibrio nella ripartizione dei compiti e dei rischi tra amministrazione pubblica e privato, affinché la loro collaborazione possa svolgersi in modo corretto e proficuo per l'interesse generale. Le criticità che si sono manifestate nell'esecuzione degli interventi in PPP sono legate ad alterazioni dell'equilibrio ottimale del rapporto.

4 - La chiave di volta di una esatta impostazione del rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione delle varie forme di partenariato è nella corretta definizione, da parte dell'amministrazione, dei programmi di realizzazione dei diversi interventi e nella scelta dei relativi modelli organizzativi.

Il codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163), all'art. 128, pone il principio secondo cui gli interventi pubblici si svolgono sulla base di un programma triennale, e dei suoi aggiornamenti annuali, che le amministrazioni aggiudicatrici devono predisporre ed approvare, secondo i documenti programmatici già previsti dalla normativa vigente e dalla normativa urbanistica, insieme ad un elenco di lavori da realizzare in ciascun esercizio finanziario.

Il programma si fonda sulla valutazione comparativa di una serie di studi di fattibilità, che hanno lo scopo di identificare i bisogni delle amministrazioni e individuano i lavori ad essi strumentali, con le specifiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico - finanziarie dei singoli interventi.

Con gli studi di fattibilità, le amministrazioni individuano i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori, secondo l'ordine di priorità, determinato dalla legge: lavori di manutenzione; recupero del patrimonio esistente; completamento di lavori già iniziati; progetti approvati; interventi per i quali ricorrano le possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

Con l'approvazione del programma, le amministrazioni sono chiamate ad indicare, tra i diversi interventi che ne formano oggetto, quelli da realizzarsi con metodi tradizionali (appalti) e quelli da attuare mediante forme di partenariato pubblico - privato, di natura contrattuale (quali la concessione e il contratto di disponibilità) o istituzionale (società miste).

La programmazione e la scelta dei moduli per la realizzazione degli interventi programmati riveste un ruolo decisivo per lo stesso successo delle iniziative di partenariato pubblico-privato. Non si tratta infatti semplicemente di meccanismi alternativi ai meccanismi tradizionali, volti a superare problemi contingenti di carattere economico. Le iniziative di partenariato si risolvono nella adozione di moduli organizzativi dell'attività delle amministrazioni pubbliche alternativi rispetto a quelli tradizionali: in tutte le forme di partenariato il privato è chiamato a fornire un servizio al pubblico "*in luogo*" ma sotto il controllo dell'amministrazione.

Ciò vale nel caso in cui il privato sia chiamato a gestire una classica concessione di servizio, nella quale l'interesse privato è soddisfatto dal diritto di riscuotere il compenso per la erogazione del servizio direttamente dagli utenti, ma anche quando il partner è chiamato a gestire una infrastruttura per la pubblica amministrazione (un carcere, una scuola) secondo la logica recentemente trasfusa nel contratto di disponibilità. Anche in questo caso al privato è infatti affidato il compito di svolgere in luogo e sotto il controllo dell'amministrazione attività che essa esternalizzi.

La scelta del modulo organizzativo deve essere coerente con le caratteristiche del servizio e della sua gestione. Non ogni esigenza del settore pubblico può essere soddisfatta ricorrendo a moduli organizzativi nuovi. Spesso gli strumenti tradizionali sono più adatti. Non è possibile ricorrere a modelli di partenariato all'esclusivo scopo di reperire risorse finanziarie private per realizzare opere pubbliche.

5 - Approvato e pubblicato il programma, le amministrazioni sono chiamate a bandire le procedure di affidamento della realizzazione degli interventi programmati.

Nel confronto tra la pubblica amministrazione e il privato – che si attua in modo trasparente nel corso delle procedure di affidamento – si specificano i

- 6 -

Studio Legale Associato

Tel. 055-2479020 (r.a.) - Fax 055-2345185

e-mail: avvocati_associati@virgilio.it - Partita IVA 05177940482

contenuti e la disciplina del rapporto: è necessario raggiungere in questa fase l'equilibrio ottimale nella separazione dei compiti e nella ripartizione dei rischi dell'iniziativa. Per ricondurre questo tipo di operazione alla corretta impostazione del rapporto di partenariato pubblico-privato - con la conseguente esclusione degli oneri di investimento dai bilanci pubblici - è infatti essenziale una ripartizione del rischio coerente con i rispettivi ruoli.

In linea di principio, il criterio guida della ripartizione è che, in questo tipo di interventi, devono essere posti a carico del privato oltre al rischio di costruzione, che è caratteristico anche dell'appalto, i rischi inerenti la gestione, sia sotto il profilo del c.d. rischio di disponibilità (cioè di idoneità dell'intervento alla soddisfazione dell'interesse pubblico), sia in relazione al rischio di domanda nei confronti del mercato.

Il principio è di facile enunciazione ma non di semplicissima attuazione. Si possono inoltre trovare utili spunti di riferimento nella disciplina dei due istituti regolati dal codice dei contratti pubblici che legano le amministrazioni agli affidatari della realizzazione dell'intervento: la concessione per la costruzione e la gestione dell'opera e/o il servizio cui esso è strumentale, da una parte (artt. 143, 153, 160 codice dei contratti; assumono tra l'altro rilievo anche gli artt. 164-175 che regolano la concessione relativa alla realizzazione di infrastrutture di interesse nazionale) e il contratto di disponibilità (art. 160 *ter*).

Entrambi gli istituti sono stati fortemente interessati dalle innovazioni normative che si sono succedute tra la fine del 2011 ed i primi mesi del 2012 (in particolare, il contratto di disponibilità è stato introdotto nel nostro ordinamento all'art. 44 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1: c.d. *legge cresci Italia*).

La percezione delle differenze rispetto al modello dell'appalto tradizionale non è impedita dall'inserimento della regolazione dei due istituti nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione e dei lavori pubblici in generale. Ciò ha determinato, tuttavia, un'accentuazione degli aspetti legati alla disciplina della scelta del contraente e della realizzazione dei lavori, svalutando, fatalmente, sia nell'attenzione del legislatore che in quella dei commentatori, e soprattutto degli operatori, pubblici e privati, gli aspetti probabilmente più rilevanti dei due istituti: entrambi gli aspetti qualificanti non riguardano tanto la costruzione delle opere, quanto l'organizzazione dell'impresa chiamata a svolgere il servizio, rispetto all'attività della quale opere e lavori da realizzare sono solo strumentali.

- 7 -

Per non perdere di vista il quadro di insieme, nei paragrafi che seguono si illustrerà la disciplina attualmente vigente dei due istituti, comprese le innovazioni normative più recenti. Si analizzeranno poi la portata delle recenti innovazioni e le prospettive che ne possono emergere.

Le concessioni di lavori pubblici

6 - Il comma 11 dell'art. 3 del codice dei contratti definisce le ***“concessioni dei lavori pubblici”*** come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, che abbiano ad oggetto la progettazione definitiva, quella esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, nonché la loro gestione funzionale ed economica: secondo la definizione del codice le *“concessioni presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

La definizione è ricavata da quella di diritto comunitario, che, tuttavia, non rispondeva a scopi di qualificazione dogmatica dell'istituto, ma era volta esclusivamente ad assicurare l'applicazione della normativa sulle aggiudicazioni dettata per gli appalti pubblici di lavoro anche alle concessioni per la realizzazione di lavori pubblici.

In realtà, la possibilità di considerare la *“gestione”* funzionale ed economica dell' *“opera”* come semplice corrispettivo della realizzazione dei lavori è dubbia: la gestione costituisce infatti essa stessa obbligazione del soggetto cui la concessione è affidata. L'assunzione di un'obbligazione ulteriore ben difficilmente può essere considerata semplicemente il corrispettivo dell'adempimento di una obbligazione diversa, a carico del medesimo soggetto.

La *“concessione”* è lo strumento giuridico attraverso il quale il privato viene inserito nella struttura preposta alla soddisfazione di un interesse pubblico. L'erogazione efficiente al pubblico del servizio, nella quale si risolve la gestione funzionale economica delle opere ad esso funzionalmente destinate, non è la controprestazione per la realizzazione degli investimenti: è la funzione principale del rapporto e dell'impresa.

La causa (in senso tecnico-giuridico, come funzione economico sociale del contratto) della concessione di costruzione, gestione ed esercizio è profondamente diversa da quella dell'appalto.

L'appalto è il contratto con il quale *“una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”* (art. 1655 c.c.). La sua causa è quindi lo scambio di un prezzo con un risultato: l’opera o il servizio.

La concessione si fonda su un contratto, ma resta un modulo organizzativo della gestione dei servizi pubblici, caratterizzato dalla collaborazione fra l’amministrazione concedente e il privato, chiamato a realizzare gli investimenti e a gestire il servizio, in modo più efficiente di quanto quest’ultima si ritenga in grado di fare. In altri termini ad organizzare l’attività dell’impresa erogatrice.

Nell’appalto, contratto di scambio, il punto critico della valutazione dell’interesse dall’amministrazione è costituito dal prezzo: sia nella fase di scelta dell’appaltatore, nella quale si tratta di scegliere chi offra il prezzo più vantaggioso per l’amministrazione, sia nella fase di esecuzione del contratto, nella quale si tratta di verificare che l’appaltatore abbia realizzato l’opera prima di riconoscergli il prezzo pattuito.

Nella concessione, modello organizzativo del servizio pubblico, invece, i costi della realizzazione degli investimenti necessari per l’efficiente gestione del servizio sono a carico del concessionario. Il punto critico della valutazione non è costituito, quindi, dal costo dell’investimento, ma dalla capacità – gestionale e finanziaria - del concessionario di garantire l’efficiente svolgimento del servizio, con le modalità previste, in condizioni di economicità (il venire meno delle quali lo pregiudicherebbe). Oggetto della concessione non è la realizzazione e la gestione di opere: è l’esercizio dell’attività di impresa di erogazione del servizio sul mercato; a partire dall’organizzazione dei fattori produttivi.

7 - Secondo la disciplina generale, la concessione di costruzione e gestione viene aggiudicata con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di un progetto preliminare reso disponibile

dall'Amministrazione (art. 143 e ss. codice dei contratti), corredato da un piano economico finanziario (PEF).

L'art. 153 del codice dei contratti, dedicato alla "*finanza di progetto*", nella sua ultima formulazione, prevede procedure speciali, alternative a quelle previste in via generale, per la scelta del concessionario: le prime due sono di iniziativa dell'amministrazione; le altre a iniziativa privata. Tutte muovono dall'inserimento dell'opera o dell'intervento nel programma triennale e nell'elenco annuale. In tutte si assiste ad una interlocuzione, più o meno intensa, tra i proponenti e l'amministrazione per la progressiva specificazione delle caratteristiche dell'intervento, fino a renderlo il più possibile rispondente all'equilibrio necessario tra la soddisfazione del pubblico interesse e la remuneratività dell'intervento per il privato.

7.1 - L'art. 153 del codice dei contratti prevede che le amministrazioni possano affidare la concessione per la realizzazione e la gestione degli interventi indicati nel programma, "*ponendo a base di gara uno studio 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*", secondo due procedure diversamente articolate:

- la prima parte dallo studio di fattibilità che, attraverso l'analisi dei progetti presentati dagli offerenti, giunge alla aggiudicazione della concessione a seguito della scelta del progetto che meglio ne soddisfa le esigenze (la procedura comporta la formazione di una graduatoria scorrendo la quale l'amministrazione può scegliere il concessionario, se l'autore del progetto preferito non accetti di introdurre eventuali ulteriori modifiche di interesse dell'Amministrazione);
- la seconda non comporta, nella prima fase, l'affidamento della concessione, ma l'attribuzione al proponente del miglior progetto esaminato di un diritto di prelazione, da esercitarsi nella fase successiva, all'esito di una gara che ha ad oggetto l'affidamento della concessione per la realizzazione di quel progetto. Al titolare del diritto di prelazione (a parità di condizioni con l'aggiudicatario), resta attribuito il diritto ad un indennizzo per le spese sostenute, qualora non lo eserciti.

7.2 - La stessa disposizione regola due procedure ad iniziativa privata: la prima (comma 16), per la realizzazione di interventi programmati, per i quali

- 10 -

Studio Legale Associato

Tel. 055-2479020 (r.a.) - Fax 055-2345185

e-mail: avvocati_associati@virgilio.it - Partita IVA 05177940482

l'Amministrazione non abbia ancora pubblicato bandi di gara; la seconda (comma 19), per la realizzazione di interventi non compresi nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione urbanistica approvati (è uno degli interventi più recenti che ha reintrodotto una possibilità offerta ai privati fino dall'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento, successivamente soppressa per una mal compresa lettura di indicazioni comunitarie).

Nella prima, l'oggetto del confronto concorrenziale è il progetto preliminare redatto dal privato sulla base degli studi di fattibilità messi a disposizione dell'Amministrazione. In caso di progetti di particolare complessità, è previsto che la gara si svolga mediante *"dialogo competitivo"*, procedura di introduzione abbastanza recente, che si caratterizza per una progressiva specificazione dei contenuti dell'offerta attraverso un dialogo trasparente tra l'amministrazione e i diversi concorrenti interessati.

Si tratta di una procedura prevista per progetti di particolare complessità, che hanno bisogno di elasticità per la definizione delle varie componenti dell'offerta, ma che, proprio per questo, presuppone una interlocuzione da parte di una amministrazione tecnicamente molto qualificata: considerata la difficoltà dei progetti è evidente il rischio che l'Amministrazione si trovi ad essere ostaggio di offerenti dotati di migliori capacità valutative e di maggiore esperienza.

Se i progetti non presentano particolari difficoltà, la gara si svolge sulla base del progetto presentato: al presentatore sono riconosciuti diritto di prelazione o indennizzo nel caso rifiuti di adeguare la sua proposta a quella ritenuta più vantaggiosa, come descritto sopra.

Nell'ipotesi regolata dal comma 19 dell'art. 153 (proposte private per la realizzazione di iniziative non programmate ex art. 128), il procedimento di gara può essere avviato solo dopo la valutazione della rispondenza della proposta all'interesse pubblico ed il suo inserimento nella programmazione triennale.

Anche in questo caso, è riconosciuto al promotore un diritto di prelazione ed eventualmente il diritto ad un indennizzo per i costi sostenuti, nel caso in cui non risulti poi aggiudicatario all'esito della procedura finale competitiva e non eserciti la prelazione.

La procedura per la realizzazione in project financing di infrastrutture di interesse nazionale e insediamenti produttivi (165 e ss. codice contratti) di particolare rilevanza è sostanzialmente analoga, anche se cambiano alcuni aspetti legati essenzialmente all'inserimento dell'intervento nella legge obiettivo e all'intervento delle amministrazioni centrali variamente competenti.

8 - L'analisi delle procedure di aggiudicazione delle concessioni per la realizzazione di interventi finanziabili a carico del settore privato conferma la rilevanza della partecipazione dei privati nella fase di impostazione dell'iniziativa, in misura via via crescente con il grado di complessità dell'intervento.

Resta sempre riservata all'amministrazione la scelta del modello organizzativo per la soddisfazione dell'interesse perseguito, che va compiuta nella fase di programmazione, cui in linea di principio i privati sono estranei (salva ovviamente la possibilità di intervenire nei procedimenti di approvazione degli strumenti di programmazione urbanistica e nel procedimento amministrativo con gli strumenti partecipativi previsti in via generale): nella stessa logica, all'amministrazione è riservata la verifica della coerenza delle proposte di iniziativa privata con le scelte di programmazione (co. 19).

L'intensità dell'apporto del privato, in tutte le procedure, è dimostrata dalla disciplina della negoziazione sull'impostazione progettuale. All'amministrazione è riconosciuta la possibilità di chiedere l'introduzione di modifiche per renderla meglio rispondente alle proprie esigenze, ma con due limiti:

- le modifiche possono riguardare solo l'adeguamento del progetto scelto al termine della procedura competitiva (ciò significa che le linee essenziali della conformazione organizzativa dell'impresa oggetto dell'affidamento restano fissate nel primo progetto accolto);
- le modifiche non possono alterare l'equilibrio complessivo del progetto: all'introduzione di modifiche che abbiano tale effetto deve quindi corrispondere l'introduzione di strumenti di recupero dell'equilibrio economico - finanziario del progetto originario.

Al privato resta quindi affidato il compito dell'impostazione progettuale; l'amministrazione si limita a scegliere tra i progetti presentati quello ritenuto più idoneo.

Il coordinamento dell'iniziativa con la programmazione degli interventi, riservata ex art 128 del Codice contratti all'amministrazione, si esprime:

- nella necessità che il progetto preliminare presentato sia approvato secondo le norme dettate dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 dalle diverse amministrazioni competenti, in conferenza di servizi;
- nella previsione secondo cui la dichiarazione di pubblica utilità si pronuncia secondo le norme che stabiliscono gli effetti della approvazione dei progetti delle opere pubbliche ai fini urbanistici e espropriativi (la previsione dell'art. 98, comma 2, secondo la quale per alcuni tipi di opere la approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituiva variante urbanistica a tutti gli effetti è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte, perché ledeva le competenze regionali).

9 - La rilevanza dei profili organizzativi dell'impresa emerge dalla stessa indicazione normativa del contenuto delle offerte che, ai sensi dell'art. 143 del codice sono composte, per tutte le procedure, da:

- un progetto preliminare delle opere da realizzare;
- una bozza della convenzione che disciplina il rapporto (con la conseguente disciplina della divisione dei compiti e della ripartizione dei rischi);
- un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito o da una società di revisione;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- la prova del coinvolgimento, almeno preliminare, di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

L'insieme degli elementi che compongono l'offerta conferma che il confronto tra le varie soluzioni in gara si gioca sull'idoneità di un programma

- 13 -

Studio Legale Associato

Tel. 055-2479020 (r.a.) - Fax 055-2345185

e-mail: avvocati_associati@virgilio.it - Partita IVA 05177940482

imprenditoriale caratterizzato dal collegamento funzionale di beni, lavori, atti e negozi giuridici, nel quale si risolve, in sostanza, l'organizzazione del complesso dei beni funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività dell'impresa concessionaria.

L'oggetto della concessione non è, infatti, costituito semplicemente dalla realizzazione di un'opera e dalla sua gestione, staticamente intesa: oggetto della concessione è l'organizzazione dell'intero complesso dei beni e dei rapporti funzionalmente destinato all'esercizio dell'impresa chiamata a fornire al pubblico i servizi indicati dall'amministrazione. In altri, termini, l'oggetto della concessione è l'esercizio di una attività di impresa.

Se non si pone mente a questo elemento essenziale, non si comprende l'effettiva portata dell'imposizione legislativa della necessità di scegliere l'aggiudicatario, secondo il criterio dell'offerta "*economicamente più vantaggiosa*"; ogni valutazione del piano finanziario resta necessariamente viziata, ogni considerazione della dinamicità del rapporto, e delle necessità del mantenimento delle condizioni di equilibrio indicate nell'offerta, compromessa.

10 - Secondo l'opinione ormai assolutamente concorde di dottrina e giurisprudenza, la disciplina della procedura di aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione di interventi in *project financing*, pur articolata come un confronto concorrenziale, resta caratterizzata da una maggiore elasticità e libertà da formalismi rispetto alle norme che regolano l'aggiudicazione dei contratti tradizionali.

Le disposizioni di settore prevedono che la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa avvenga tenendo conto della qualità del progetto presentato, del valore economico e finanziario del piano, del contenuto della bozza di convenzione. Si tratta di valutare globalmente la fattibilità dell'operazione sotto una pluralità di profili, che rispecchiano la complessità degli elementi da considerare nell'ambito di un sistema nel quale assumono pari rilievo il profilo tecnico, quello economico e finanziario, le scelte di carattere organizzativo dell'impresa chiamata ad erogare il servizio.

La procedura di scelta, nel *project financing*, non è infatti volta alla individuazione di un contraente, ma di una proposta che individui, specifichi e soddisfi l'interesse pubblico perseguito.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali che hanno affrontato la materia hanno esplicitamente affermato il principio secondo cui la motivazione della scelta deve essere espressa in modo articolato e comparativo, attraverso un procedimento valutativo non necessariamente tradotto in pesi, voti e punteggi, ma tale da consentire la comprensione del percorso logico seguito dall'amministrazione nella valutazione altamente discrezionale affidatale.

Non a caso gli organi della Unione Europea hanno espressamente sottolineato l'opportunità del maggior ricorso possibile alla procedura del dialogo competitivo, che si presenta come la più adatta alla soluzione, in termini di confronto concorrenziale, delle problematiche caratteristiche di questo tipo di offerte.

La necessità di mantenere, in capo all'amministrazione, una sfera di discrezionalità sufficiente a consentire la miglior individuazione, in contraddittorio, della proposta preferibile risulta anche dalla preferenza, ormai accertata, delle amministrazioni per la procedura monofasica di aggiudicazione (quella cioè che parte dagli studi di fattibilità e ne specifica il contenuto dell'offerta attraverso un confronto trasparente tra l'amministrazione e i diversi offerenti).

Il criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si risolve nella verifica della coerenza complessiva del quadro organizzativo che risulta dalla combinazione di tutti i vari elementi che la compongono: l'espressione complessiva di tale coerenza si esprime nell'equilibrio del piano economico e finanziario.

Tutta la giurisprudenza, che ha affrontato il tema della aggiudicazione delle concessioni per la realizzazione e gestione delle opere pubbliche, sottolinea infatti che nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa svolge un ruolo cruciale l'equilibrio della soluzione prospettata, dimostrato dalla credibilità dal piano economico e finanziario.

11 – Poiché il parametro di valutazione è essenzialmente costituito dalla coerenza intrinseca e dall'attendibilità della proposta, quale emerge dal piano economico finanziario, il “*Piano Economico Finanziario*” dell'operazione

assume un ruolo centrale nella verifica della rispondenza all'interesse pubblico dell'affidamento del servizio in concessione.

L'Autorità di vigilanza sui Lavori Pubblici ha evidenziato che il P.E.F. definisce *“il profilo di rischio dell'operazione, i relativi tempi di attuazione e la dimensione della stessa al fine di renderla proponibile alla comunità dei finanziatori. Con tale strumento viene valutata la sussistenza dell'equilibrio dell'investimento sotto il duplice profilo economico e finanziario, cioè sia con riguardo ai ricavi che si attendono mediante l'applicazione delle tariffe e che devono poter ripagare i costi di realizzazione dell'infrastruttura e di gestione del servizio, sia in relazione alle risorse finanziarie che devono far fronte agli esborsi monetari”* (atto di regolazione n. 34 del 18 luglio 2000 *“Project financing – piano economico-finanziario”*).

Secondo la giurisprudenza, il P.E.F. è poi il *“punto di riferimento essenziale per l'applicazione delle clausole contrattuali regolanti la revisione ordinaria e straordinaria delle condizioni della concessione”* (cfr. per tutti TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 agosto 2005, n. 10685).

Nel P.E.F. non sono indicati *“prezzi”*: sono indicate stime di costi e di ricavi, formulate sulla base delle informazioni rese disponibili dall'amministrazione o comunque acquisite; i dati in esso contenuti non vengono presi in considerazione in modo analitico, ma per aggregati ed in una logica di coerenza complessiva. Si tratta di capire se le previsioni di costo siano attendibili e complete (non rilevano solo i costi dei lavori: anche gli oneri finanziari, i costi di struttura etc.); se le ipotesi sulle quali si fondano le stime dei ricavi siano ragionevoli; se le ipotesi si collochino in una prospettiva ragionevole di evoluzione dei mercati di riferimento le tariffe previste consentono i ricavi stimati. In una parola, si tratta di capire se il P.E.F. sia coerente ed attendibile.

Non rileva, quindi, l'analisi dei computi metrici, calcoli analitici della quantità di lavori o di materiali, realizzazione del lavoro ai prezzi contrattualmente previsti, rispetto dei contratti di appalto. Questi temi non riguardano l'amministrazione, ma il concessionario. Per l'amministrazione, rileva che sia stata prevista la realizzazione degli investimenti necessari ad assicurare l'efficiente svolgimento del servizio; che il costo sia stato stimato in modo ragionevole; che il concessionario abbia dimostrato di possedere la capacità di sostenerlo, di godere del credito necessario per poterlo coprire con i

flussi finanziari attesi dalla gestione, di poter ricavare dalla gestione – alle condizioni indicate dalla concessione – i proventi necessari allo scopo.

La circostanza che il punto critico delle valutazioni dell'amministrazione - nella concessione in generale e in quella funzionale alla realizzazione di operazioni in project financing in particolare - sia costituito dalla funzionalità dell'intervento alla soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito, per la quale è essenziale mantenere l'equilibrio del P.E.F. (nel quale si risolve la coerenza logica del progetto industriale dell'impresa), incide necessariamente sulla disciplina del rapporto e sulle modalità con le quali le strutture dell'amministrazione sono chiamate a vigilare sul rapporto.

12 - L'art. 143 del codice dei contratti pubblici prevede che i *“presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione”* devono essere richiamati *“nelle premesse del contratto”* e *“ne costituiscono parte integrante”*; *“il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione”* (art. 143, comma 7, d.lgs. 163/2006).

I presupposti e le condizioni di base atti ad assicurare l'equilibrio economico finanziario della concessione risultano dal piano di copertura dei costi dell'investimento, che costituisce il limite del rischio assunto dal concessionario.

Se le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a quei presupposti o condizioni di base - nonché quelle che si producono per effetto di norme legislative o regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi e condizioni per l'esercizio delle attività oggetto di concessione - determinano una modifica dell'equilibrio del piano, la legge impone la revisione della concessione e la determinazione di nuove condizioni di equilibrio, *“anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni”* (art. 143 codice contratti).

La revisione del contenuto contrattuale è espressamente qualificata come *“necessaria”* e può avere ad oggetto la modifica di qualsiasi elemento contenuto

nel progetto originario. Il legislatore non ha vincolato le parti alla scelta di un “*percorso*” obbligato: si è limitato a evidenziare che nuove “*condizioni di equilibrio*” possono essere ottenute “***anche*** *tramite la proroga del termine di scadenza*”. Ciò implica la possibilità di soluzioni diverse: particolarmente quando la proroga del termine od una revisione delle condizioni di erogazione del servizio non risultino praticabili.

Le peculiarità del rapporto incidono sull'applicabilità della disciplina delle varianti in corso d'opera dettata dall'art. 132 del codice. Il rigore nella ammissione delle varianti nel contratto di appalto è essenzialmente legato, da un lato, all'identificazione dell'opera oggetto del contratto (che non può essere stravolta senza alterare la par condicio dei partecipanti alla gara che ha portato all'aggiudicazione); dall'altro, alla necessità di rispettare le previsioni di spesa dell'amministrazione aggiudicatrice.

Nella concessione il problema si pone in termini del tutto diversi: se oggetto del contratto è l'organizzazione dei fattori produttivi per l'esercizio dell'attività, la possibilità di varianti che non ne alterino l'equilibrio complessivo deve esistere. Le operazioni di partenariato comportano infatti rapporti destinati a durare a lungo nel tempo. Devono quindi potersi evolvere per adattarsi ai cambiamenti dell'ambiente macroeconomico o tecnologico, nonché a necessità di interesse generale. L'introduzione di varianti può infatti rispondere all'esigenza di mantenere l'equilibrio della concessione. Deve quindi essere solo rispettata l'esigenza di assicurare piena trasparenza e pubblicità a tali possibilità di intervento dell'amministrazione aggiudicatrice.

Gli organi comunitari hanno sottolineato quindi la necessità che i documenti di gara, trasmessi ai candidati nel corso delle procedure di selezione, prevedano le clausole di adeguamento e le condizioni della revisione: tutti meccanismi che possono comportare una modificazione del quadro contrattuale, in presenza di condizioni contrattualmente indicate. In altri termini è necessario, ma sufficiente, che la possibilità di modifiche nella fase di esecuzione del rapporto sia contemplata e regolata dai documenti contrattuali (cfr. libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici delle concessioni).

13 - L'analisi del quadro normativo dimostra che, sul piano dell'assunzione dei rischi, ciò che distingue l'appalto dalla concessione è l'assunzione del rischio di gestione dell'opera.

Nell'appalto l'impresa non assume il rischio di gestione, perché l'opera viene consegnata all'Amministrazione e da essa stessa gestita. I rischi della gestione restano quindi a carico dell'amministrazione. Nella concessione per la realizzazione delle opere e la loro gestione, la gestione resta a carico dell'impresa, che assume quindi il rischio relativo.

Il rischio dell'incremento dei costi delle lavorazioni, per fattori di mercato, tuttavia, resta a carico dell'impresa sia nell'appalto che nella concessione. Né l'appaltatore, né il concessionario, tuttavia, assumono il rischio di incrementi dei costi imputabili all'amministrazione, sia per la mancanza di collaborazione nell'esecuzione del contratto (ritardi nelle consegne delle aree, errori progettuali), sia per l'esercizio dello *jus variandi*, sia per lo slittamento del tempo delle lavorazioni, che discenda da decisioni o inattività dell'amministrazione.

La differenza è che, mentre nell'appalto le conseguenze degli eventi esterni che incidano sui costi (sospensione lavori disposta da altre amministrazioni, *facta principis* in generale), non fanno carico all'amministrazione, nella concessione – rapporto di partenariato e collaborazione – l'amministrazione è tenuta a farsi carico di una serie di eventi che possono alterare l'equilibrio dell'impresa concessionaria, anche se essi possono sfuggire al suo controllo o non esserle imputabili.

Le ipotesi delineate nel codice dei contratti pubblici fanno espresso riferimento all'alterazione dell'equilibrio del piano economico-finanziario determinata da fatti esterni alla volontà dell'amministrazione e ad essa non imputabili: modificazione del quadro normativo; provvedimenti di altre autorità amministrative; modificazioni della normativa esterna (oltre alle sorprese geologiche e altri eventi imprevedibili ex art. 1667 c.c.).

La copertura dei costi con i proventi del servizio è una conseguenza dell'equilibrio complessivo del progetto industriale sotteso alla proposta: dipende, cioè, dalla tenuta del modulo organizzativo scelto per la soddisfazione di quel particolare interesse pubblico.

14 – Nella disciplina concreta della ripartizione del rischio tra privato ed amministrazione, non si può dimenticare che l’assunzione dei rischi da parte del privato resta sempre onerosa; tanto più egli resta esposto al rischio dell’insuccesso dell’operazione, tanto maggiore sarà il ritorno economico atteso dall’investimento, e meno favorevoli per il pubblico le condizioni di erogazione del servizio. Si aggiunga che l’interesse pubblico può imporre condizioni di disequilibrio nella gestione dell’attività.

Su questo piano si deve anche ricordare che il rischio ultimo del “*default*” del concessionario resta sempre a carico dell’amministrazione. In caso di fallimento del concessionario, essa si troverà costretta, da un lato, a riconoscere alla curatela fallimentare un indennizzo comunque parametrato al controvalore delle opere che si ritrova ad avere acquisito (se non altro ai sensi dell’art. 2041 c.c.), dall’altro a gestire il servizio in proprio o comunque a sostenere i costi di esercizio per un servizio che non possa essere interrotto.

La rilevanza del rischio trova del resto conferma nella disciplina del subentro al concessionario insolvente di una società designata dai finanziatori. Nella disciplina della ripartizione dei rischi, occorre tener conto di questa componente, non eliminabile e neppure interamente coperta dalla disciplina del subentro. Interventi che presidino questo rischio, favorendo anche l’accesso al credito del concessionario.

Sembrano quindi coerenti con la disciplina dell’istituto:

- la concessione da parte dell’amministrazione di garanzie ai finanziatori, purché sussidiarie e con beneficio di escussione del concessionario o dei suoi soci (ed infatti, la giurisprudenza ne ammette, pur con cautela, la possibilità);
- le previsioni contrattuali che limitino il rischio di costruzione entro una sfera di “*alea normale*” del contratto, così come avviene nell’appalto (è quindi stata ritenuta compatibile con la disciplina dell’istituto la previsione di clausole di adeguamento per tenere conto degli incrementi di costo legati al trascorrere del tempo).

15 – Le recenti innovazioni migliorano gli strumenti a disposizione dell'amministrazione per assicurare l'equilibrio della concessione.

Fin dall'origine, il codice dei contratti e la disciplina di settore prevedevano che, a fronte dell'imposizione dell'obbligo di praticare prezzi o tariffe inferiori a quelle necessarie per garantire l'equilibrio economico dell'iniziativa, il concedente potesse riconoscere al concessionario quote di prezzo.

E' sempre stata considerata coerente con la logica dell'istituto anche l'erogazione, nel corso della concessione, di contributi di riequilibrio in denaro, quando soluzioni diverse (rimodulazione degli interventi, allungamento della durata, incrementi delle tariffe) non fossero praticabili.

Ora è espressamente prevista anche la possibilità di affidare al concessionario, prima della realizzazione di opere, anche la gestione funzionale ed economica di opere o parte di opere già realizzate (tale facoltà, peraltro, era già considerata parte dello strumentario a disposizione dell'amministrazione ed era stata utilizzata in alcune convenzioni di disciplina di interventi in project financing).

Nella stessa logica rientrano:

- la possibilità di cedere al concessionario la proprietà o il diritto di godimento di beni immobili del concedente o dal concedente acquisiti allo scopo;
- la previsione secondo cui l'offerta deve indicare anche il valore residuo, al netto degli ammortamenti annuali, dell'investimento al termine del rapporto, prevedendone la corresponsione al concessionario (se la durata della concessione non ne consente l'integrale assorbimento).

Contrariamente a quanto alcuni ritengono, nessuna di queste previsioni altera la struttura essenziale dell'operazione: tutte sono volte ad assicurare l'equilibrio dell'impresa concessionaria, neutralizzando gli effetti negativi dei condizionamenti imposti dall'amministrazione.

E' ovvio che se tali condizionamenti escludono in assoluto la possibilità di mantenere un qualsiasi equilibrio gestionale, la scelta del modello organizzativo è sbagliata: gli interessi pubblici di cui si tratta devono essere

soddisfatti direttamente dall'amministrazione secondo modelli organizzativi diversi dal partenariato pubblico - privato.

Per la verità la possibilità di trasferire a titolo di corrispettivo, al concessionario, la proprietà di beni dell'amministrazione, o addirittura espropriati allo scopo, suscita qualche perplessità. Sorge infatti il dubbio che il trasferimento della proprietà di beni immobili che restino estranei alla soddisfazione del servizio, e svolgano soltanto la funzione di corrispettivo della realizzazione dell'opera, non rientri nel paradigma logico della concessione di costruzione e gestione.

Il problema non riguarda il profilo della assunzione da parte del privato del rischio della loro valorizzazione. E' dubbio, invece, che questi meccanismi consentano di mantenere al di fuori dei bilanci pubblici gli investimenti così finanziati: l'amministrazione sopporta comunque direttamente un costo. Si deve quindi ritenere che il trasferimento dei beni immobili non possa comportare l'esonero del concessionario dalla gestione complessiva dell'insieme dei beni inseriti nella concessione.

La gestione può comprendere la valorizzazione ed il collocamento sul mercato degli immobili trasferiti: lo sfruttamento economico dei beni trasferiti, mediante la loro collocazione sul mercato, magari in forme socialmente utili, potrebbe essere condizione necessaria per la classificazione dell'intervento fuori bilancio (si pensi al recupero urbanistico di un'area degradata, attraverso operazioni di ristrutturazione di immobili abitativi collegati alla realizzazione di interventi di edilizia scolastica).

16 - La legge distingue la disciplina della fase esecutiva del rapporto applicabile ai concessionari che siano, a loro volta, "*amministrazioni aggiudicatrici*", da quella applicabile ai concessionari che non lo siano (l'art. 142 del codice dei contratti richiama gli artt. 56, 57, 62, 63 della direttiva 2004/18 e l'art. 2 della legge n. 109): questi ultimi non sono tenuti ad applicare le norme dettate dal codice dei contratti pubblici dei lavori (né a suo tempo, dalla legge n. 109 del 1994), per i lavori eseguiti direttamente o tramite imprese collegate o controllate (compresi quelli affidati alle imprese aderenti al raggruppamento o al consorzio concessionario).

Il comma 4 dell'art. 143 del codice dei contratti, chiarisce inoltre che, ai concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici, si applicano – in caso di appalti di lavori affidati a terzi - esclusivamente le norme della II parte, Titolo I del codice dei lavori, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano esplicitamente derogate dagli artt. 149-151 (e comunque solo nei limiti in cui risultino compatibili con la struttura del rapporto di concessione): non sono richiamate la normativa sulla contabilità dei lavori pubblici, dettata dal regolamento generale per l'esecuzione dei lavori pubblici, né quella in tema di nomina del direttore dei lavori e di esecuzione dei lavori.

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture ha sottolineato come le differenze testuali tra le disposizioni contenute nell'art. 149 del codice dei contratti e 152 non comportino la necessità di applicare al rapporto discipline diverse, a seconda del procedimento di selezione del contraente.

In tutti i casi il richiamo alla disciplina delineata dal codice e dal regolamento sull'esecuzione dei lavori deve tenere conto delle caratteristiche del rapporto concessorio: in particolare, considerato che tutta la disciplina della contabilità dei lavori pubblici e la stessa disciplina delle varianti è funzionalmente collegata alla assunzione del costo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, le norme di settore non possono trovare automatica applicazione a rapporti in cui quei costi sono, invece, a carico del concessionario.

17 - La vigilanza sulla concessione non si può svolgere con le modalità previste per l'esercizio dell'analoga funzione nella fase esecutiva dei contratti di appalto. Non solo: l'eterogeneità dei rapporti che possono essere organizzati secondo il modulo concessorio rende necessario rimetterne la determinazione concreta alla disciplina del contratto.

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sottolinea infatti come la normativa non definisca le concrete modalità di svolgimento della funzione di vigilanza da parte del responsabile del procedimento, ma stabilisca che queste “*vadano precisate principalmente*

nell'ambito del contratto” (determinazione 11 marzo 2010 in G.U. 6 aprile 2010, n. 79).

Nel sistema della concessione la vigilanza sull'attività del concessionario è affidata al Responsabile della concessione, che la esercita con le modalità previste dal contratto di concessione.

Del resto, come segnala la stessa Autorità, *“l'art. 141 Capo I del Titolo III attribuisce esplicitamente, per i casi di affidamento dei lavori in concessione, al responsabile del procedimento la vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori”*, attribuendogli il compito di verificare il rispetto della convenzione. Il Regolamento stabilisce che *“il contratto di concessione deve contemplare i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri di vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento. Ciò in linea con quanto disposto dall'art. 119 del codice secondo cui il responsabile del procedimento svolge in fase di esecuzione dei contratti pubblici (e quindi anche delle concessioni) il ruolo di Direttore dell'esecuzione”* (determinazione A.V.LL.PP. 11 marzo 2010 in G.U. 6 aprile 2010, n. 79).

L'Autorità di vigilanza, in particolare, ha riconosciuto che – nella disciplina della concessione a soggetti privati - manca ogni richiamo alle norme che regolano la *“direzione lavori”* da parte dell'amministrazione, propria degli appalti (l'Autorità segnala solo la necessità di nominare comunque un direttore/responsabile tecnico dei lavori, che abbia la responsabilità dell'accettazione dei materiali, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche, ai sensi dell'art. 64 del d.p.r. 6.6.2001 n. 380: non si tratta, però della figura prevista dalla disciplina degli appalti, che svolge la sua attività nell'interesse del committente e vigila sull'esecuzione dei lavori; si tratta di figura diversa, chiamata ad assumere la responsabilità tecnica e della conduzione del cantiere nei confronti della P.A., come prevede la disciplina del T.U. sull'edilizia: cfr. art. 29).

Ciò non toglie che, anche secondo la disciplina speciale applicabile alla concessione, nei rapporti tra concedente e concessionario - sia che la concessione sia stata affidata secondo la procedura ordinaria ovvero secondo la disciplina del *project financing* - l'opera debba essere sottoposta al collaudo in corso di opera (art. 142 del Codice).

La diversa struttura del rapporto, tuttavia, esclude che al collaudatore possa essere attribuito il compito di verificare la regolarità amministrativa del rapporto, come avviene nel collaudo tecnico-amministrativo, disciplinato dalla legislazione sugli appalti.

Non si pone il problema di verificare se chi ha realizzato l'opera abbia diritto di ricevere il saldo del prezzo. Si tratta di verificare se l'opera realizzata è idonea allo scopo cui è destinata: la gestione del servizio. Il collaudo delle opere, quindi, deve avere ad oggetto la verifica della rispondenza dell'intervento ai requisiti tecnici e funzionali previsti nel contratto e l'idoneità dell'investimento a consentire l'efficiente gestione del servizio cui è funzionalmente destinato. La verifica del corretto svolgimento del servizio resta affidata all'amministrazione e al RUP.

Del resto, lo scopo del collaudo è quello di accertare l'adempimento delle obbligazioni cui l'esecutore del lavoro è tenuto: l'ambito dell'intervento del collaudatore è determinato dalle obbligazioni del concessionario e dai diritti contrattuali del committente. Se quest'ultimo non è tenuto al pagamento di un prezzo, non sorge l'esigenza di verificare se sia dovuto (come si vedrà tra poco, la disciplina del collaudo nel contratto di disponibilità è stata resa esplicitamente coerente con questa impostazione).

18 - Anche il mancato richiamo delle norme che regolano la tenuta della contabilità dei lavori nel contratto d'appalto risponde alla diversa prospettiva della vigilanza sullo svolgimento del rapporto nella concessione rispetto agli appalti.

La disciplina della contabilità dei lavori è infatti strettamente correlata alle caratteristiche del contratto di appalto: è finalizzata all'emissione degli stati di avanzamento dei lavori e dei conseguenti certificati di pagamento degli acconti; contribuisce al controllo amministrativo sull'esecuzione dei lavori e delle loro possibili variazioni, entro i limiti delle somme autorizzate; svolge la funzione di determinazione del corrispettivo, in funzione della quantità di lavoro svolta e dell'applicazione dei prezzi unitari. Niente di tutto ciò avviene nella concessione, ove non si dà luogo alla corresponsione di prezzi. La contabilità analitica dei lavori è irrilevante quando non si tratta di determinare il corrispettivo.

Secondo l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture, non appare *“coerente con l'istituto della concessione, né probabilmente utile ad un effettivo controllo, una applicazione puntuale della normativa pubblicistica in materia di contabilità dei lavori. In altri termini, la necessità di introdurre nel contratto di concessione, che costituisce l'elemento centrale della regolamentazione dei rapporti con il concessionario, apposite clausole volte a consentire al concedente di controllare la realizzazione dell'opera oggetto della concessione, anche attraverso l'amministrazione e la contabilità, non comporta l'applicazione della normativa sulla contabilizzazione dei lavori pubblici dettata dal legislatore ad altri e diversi fini”* (determinazione A.V.LL.PP. 11 marzo 2010 in G.U. 6 aprile 2010, n. 79).

Nella concessione non si pone infatti il problema di rendere conto all'amministrazione della spesa, l'onere della quale resta a carico del concessionario. Ciò non toglie che la tracciabilità dei costi sia comunque necessaria: non per consentire all'amministrazione poteri di controllo sulla spesa del concessionario (che attengono esclusivamente alla sua sfera di rischio) ma per dimostrare l'impatto degli eventi sopravvenuti sull'equilibrio economico della concessione. A tale risultato si può giungere con ogni mezzo di prova tecnicamente idoneo.

Il contratto di disponibilità

19 – Per ricomprendere un contratto tra le operazioni di partenariato pubblico-privato, non gestite nel bilancio dell'amministrazione aggiudicatrice, è essenziale l'assunzione, da parte del privato, del rischio di disponibilità dell'opera (secondo la delibera Eurostat del 2004). L'introduzione nel nostro ordinamento del contratto di disponibilità sembra voler rispondere esattamente a questa esigenza.

Secondo la definizione contenuta nell'art. 3 del codice dei contratti (comma 15 *bis* introdotto dall'art. 44 del D.L. 1/2012) mediante il “*contratto di disponibilità*” è attribuito all'affidatario, a proprio rischio e a proprie spese, il compito di costruire e mettere a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice un'opera di proprietà privata destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo.

L'affidatario assume cioè, a proprio rischio, l'onere di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità di un'opera realizzata a proprie spese, nel rispetto dei parametri di funzionalità prevista dal contratto, garantendo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti. Si tratta quindi di un contratto che ha elementi della locazione e della somministrazione dei servizi funzionali a consentire la piena fruizione dell'opera.

L'art. 160 *ter* del codice dei contratti prevede che l'affidatario venga retribuito essenzialmente mediante un canone, da versare soltanto in corrispondenza dell'effettiva disponibilità dell'opera e destinato ad essere ridotto o annullato nel periodo in cui l'opera non risulti pienamente disponibile. Non è invece necessario che il contratto preveda il trasferimento della proprietà dell'opera alla pubblica amministrazione (sembra anzi questa l'ipotesi più naturale).

In linea generale l'impostazione logica del rapporto è quella di un contratto di locazione con servizi di gestione logistica volti ad assicurare la fruibilità complessiva dell'opera.

Anche sotto questo profilo la scelta del contratto di disponibilità attiene al modulo organizzativo: l'amministrazione si disinteressa di tutta la parte relativa alla logistica necessaria perché l'immobile venga concretamente utilizzato (servizi di calore, condizionamento aria, tempistica, fornitura di energia, servizi informatici, pulizie, ecc.), limitandosi ad utilizzare il bene per lo svolgimento dell'attività.

20 - L'eventualità del trasferimento di proprietà non è esclusa; le lettere b) e c) del primo comma dell'art. 160 *ter* prevedono la possibilità del riconoscimento di un contributo in corso d'opera, o di un prezzo di trasferimento, nell'ipotesi in cui si preveda che la proprietà venga successivamente acquistata dall'Amministrazione. Pone però alcuni problemi.

La misura del canone di disponibilità è, in tali casi, necessariamente influenzata dall'onere di ammortamento dei finanziamenti e dei costi di realizzazione: in tali casi il contratto presenta rilevanti affinità con il leasing finanziario (non a caso la lett. c dell'art. 160 *ter* prevede che il prezzo del trasferimento sia parametrato ai canoni già versati e all'eventuale contributo in

corso d'opera): ci si deve allora chiedere se e come il contratto di disponibilità possa essere effettivamente distinto dal leasing, regolato all'art. 160 *bis*, magari sotto il profilo del leasing in costruendo.

L'ipotesi del trasferimento della proprietà al termine del rapporto fa ovviamente pensare alla vendita di cosa futura; sotto questo profilo, mantenere fuori bilancio l'impegno all'acquisto sembra più difficile.

Sono evidenti le affinità con l'ipotesi regolata dal comma 9 dell'art. 143. Tale disposizione prevedeva già che potesse essere affidata al privato la concessione per la realizzazione di opere destinate all'uso diretto della pubblica amministrazione, lasciando a carico del concessionario il finanziamento e l'alea economica e finanziaria della gestione dell'opera.

Anche in questo caso si tratta di opere destinate alla gestione dei servizi pubblici, senza che al concessionario possa essere attribuito il compito di riscuotere il corrispettivo dell'erogazione dei servizi direttamente dall'utenza. Si poneva anche in questi casi l'esigenza di assicurare al concessionario una forma di remunerazione che, secondo i principi comunitari, doveva comunque essere commisurata alla effettiva disponibilità dell'opera.

E' un paradigma logico utilizzato anche in altri paesi per la realizzazione di infrastrutture destinate alla soddisfazione di servizi a domanda collettiva. E' il sistema dei c.d. *pedaggi ombra* delle iniziative PFI in Gran Bretagna, oggi applicato in Italia per la realizzazione di strutture carcerarie o scolastiche (cfr. artt. 43 D.L. 1/2012 legge *Crescititalia*; art. 53 D.L. 5/2012: legge semplificazioni).

L'evoluzione che caratterizza il contratto di disponibilità è essenzialmente legata alla mancata acquisizione da parte della pubblica amministrazione della proprietà del bene. Ciò significa che l'opera resta privata: con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di non applicabilità della normativa sui lavori pubblici, che certamente, per la realizzazione di un'opera privata deve essere esclusa: si può dubitare di questa conclusione se l'opera è destinata a diventare di proprietà pubblica al termine del rapporto, ma la circostanza che il trasferimento avvenga quando l'opera è compiuta potrebbe consentire di confermarla.

21 - La gara si svolge sulla base di un capitolato prestazionale, che deve indicare in dettaglio le caratteristiche tecniche e funzionali che l'opera deve soddisfare e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, ove essa venga temporaneamente meno.

La scelta progettuale, compresa quella della stessa ubicazione dell'opera (altrimenti non vi sarebbe modo di garantire una effettiva concorrenza: se l'opera dovesse essere ubicata necessariamente in un'area particolare, la possibilità di una effettiva concorrenza tra operatori verrebbe meno), è quindi lasciata al privato, cui è affidato il compito di redigere sia il progetto preliminare che il progetto definitivo e esecutivo.

Nel contratto di disponibilità l'intervento progettuale del privato è spinto al massimo, sia sul piano della iniziativa progettuale tecnica che della identificazione delle modalità di soddisfazione dei bisogni della amministrazione.

Il mancato trasferimento della proprietà e l'eventualità della risoluzione rendono tuttavia necessario che l'opera mantenga caratteristiche di fungibilità: è cioè necessario che possa essere destinata anche alla soddisfazione di esigenze diverse da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici, ferma magari la destinazione direzionale.

Alcuni commentatori hanno segnalato una incongruità nella mancata previsione dell'obbligo di includere nella documentazione di gara la disciplina del rapporto.

Le caratteristiche di questi rapporti sono però ancora troppo poco definite per poter identificare anche un contenuto minimo essenziale del contratto. Certamente non è lasciata all'autonomia delle parti l'identificazione dei bisogni che la realizzazione dell'opera deve soddisfare, dei servizi l'erogazione dei quali è necessaria per garantirne la fruibilità: si tratta di materie necessariamente indicate nel capitolato prestazionale.

La realtà è che la disciplina essenziale del rapporto deve essere delineata nel capitolato prestazionale, che come tale deve identificare le obbligazioni dell'affidatario (le prestazioni di costui sono le obbligazioni a suo carico).

D'altra parte la mancata inclusione normativa di un testo contrattuale tra i documenti di gara non ne esclude la possibilità. E' anche possibile lasciare al privato, nella fase di formulazione dell'offerta, la definizione della disciplina dei rapporti contrattuali, che può formare oggetto di valutazione comparativa nella logica dell'offerta economicamente più vantaggiosa (dal momento che anche le condizioni di erogazione del servizio di disponibilità della nuova opera possono essere valutate economicamente).

22 - La mancanza di una disciplina articolata nella fase di esecuzione del contratto è caratteristica di tutte le forme di partenariato pubblico-privato, dal momento che la varietà delle possibili articolazioni sconsiglia la fissazione di parametri di disciplina rigidi. Sia per i contratti di disponibilità che per le concessioni la fonte essenziale del rapporto resta necessariamente la convenzione contrattuale, il contenuto della quale non può essere specificato dalla legge ma deve essere lasciato alle singole amministrazioni.

La scarsa disciplina del rapporto contiene tuttavia due elementi peculiari: il primo è costituito dall'attribuzione al privato del compito di redigere il progetto (preliminare, definitivo e esecutivo) e le eventuali varianti in corso d'opera. L'affidatario ha la facoltà di introdurre tutte le varianti finalizzate alla migliore economicità della costruzione e della gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale delle norme e dei provvedimenti delle pubbliche Autorità.

La previsione è del tutto coerente con la logica del mancato trasferimento dell'opera in proprietà all'amministrazione e dell'assunzione da parte del privato dell'onere di copertura dei costi. Poiché è il privato che paga, è logico possa organizzare l'intervento nel modo che ritiene più opportuno, ferma restando l'esigenza di soddisfare le prescrizioni del capitolato.

La coerenza con la previsione del trasferimento del diritto di proprietà è invece più discutibile (a meno che la decisione sul punto non sia rinviata ad una fase successiva al completamento dell'opera). La previsione di contributi al costo di costruzione e del successivo trasferimento dell'opera all'amministrazione ridurrebbe necessariamente la possibilità di interventi autonomi dell'affidatario.

La norma presenta poi una disposizione dal significato oscuro: prevede infatti che il progetto definitivo, quello esecutivo e le varianti in corso d'opera siano *“ad ogni effetto approvate dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle terze autorità competenti”*. E' logico che non si tratti dell'approvazione rilevante ai fini dell'adempimento contrattuale, perché il problema è già stato regolato dalle norme esaminate poc'anzi e attiene alla logica del collaudo.

L'unica alternativa è che si tratti di approvazioni per così dire extra-contrattuali: quelle necessarie al fine della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera o della realizzabilità, dal punto di vista edilizio, della medesima, sempre che rientrino nella competenza istituzionale dell'amministrazione aggiudicatrice. Se spettano a terze autorità competenti, cioè ad autorità estranee al rapporto, il potere di queste ultime resta fermo: non solo ma il rischio di un non efficiente esercizio di tale potere è a carico dell'affidatario.

Si tratta di un elemento certamente critico, che scarica sul privato l'onere e il rischio della inefficienza degli apparati amministrativi: ma si tratta di un rischio che il privato comunque corre, per la realizzazione di tutti gli interventi di proprio interesse.

Le caratteristiche del rapporto incidono sulla disciplina del collaudo che il VI comma dell'art. 160 *ter* del codice dei contratti definisce in modo esplicito: prevede infatti che il collaudatore verifichi la realizzazione dell'opera, accerti il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme inderogabili.

A tal fine il collaudatore può proporre all'amministrazione il rifacimento dei lavori eseguiti ovvero una riduzione del canone di disponibilità entro peraltro limiti predefiniti, si dice, per non pregiudicare l'interesse dei terzi finanziatori. Il superamento dei limiti comporta la risoluzione del contratto.

Non si comprende tuttavia come una previsione del genere possa essere compatibile con l'interesse dei finanziatori.

La risoluzione del contratto certamente lo pregiudica perché esclude la possibilità di percepire canoni e rimborso del debito, avvalendosi dei proventi della gestione. Ci si deve chiedere, sotto questo profilo, se sia possibile, per gli enti finanziatori ricorrere ad istituti di subentro per l'ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'affidatario previsti in via generale.

Conclusioni

23 - Lo strumentario a disposizione della pubblica amministrazione per la realizzazione di operazioni di PPP contrattuale è sicuramente più ampio e può consentire di allargare la sfera di applicazione dell'istituto e renderne più agevole la gestione. I recenti interventi normativi hanno:

- espressamente ricompreso la realizzazione di porti turistici tra le opere realizzabili in project financing (possibilità che certamente esisteva anche prima: l'innovazione normativa ha però l'indubbio pregio di semplificare il procedimento, evitando la duplicazione della concessione dello spazio demaniale con quella della realizzazione dell'attività);
- rivalutato l'intervento dell'iniziativa privata (con la reintroduzione della proposta del privato per la realizzazione in project financing di iniziative non comprese nella programmazione triennale; la progettualità privata può ravvisare opportunità di investimento e di ritorno economico sfuggite alla pubblica amministrazione, anche solo per differenze logiche di impostazione culturale);
- ampliato la platea degli strumenti di riequilibrio non necessariamente espressi in numerario, anche se, data l'attuale congiuntura economica, è dubbio che iniziative di scambio in natura possano avere particolare successo;
- migliorato la previsione di bancabilità dell'iniziativa, con la previsione del coinvolgimento del sistema finanziario, fin dalle fasi preliminari;
- esteso i meccanismi di sollecitazione dell'iniziativa privata alla realizzazione in project financing delle grandi infrastrutture, applicando gli stessi metodi procedurali previsti dall'art. 153, sia pure con gli adattamenti dovuti all'inserimento nelle grandi infrastrutture della legge obiettivo;
- migliorato la disciplina dell'emissione di strumenti finanziari specificamente garantiti dai proventi dell'iniziativa (anche se restano limiti di circolazione che ne possono ostacolare una efficiente diffusione sul mercato);

- semplificato la disciplina del subentro nella concessione, prevedendo la possibilità di affidarne il completamento ad imprese in possesso di requisiti parametrati alle esigenze effettive della fase terminale del rapporto;
- introdotto il nuovo strumento contrattuale limitato alla acquisizione della disponibilità di infrastrutture senza trasferimento o costituzione di diritti di proprietà pubblica (il contratto di disponibilità).

Le potenzialità indotte dalle innovazioni recenti hanno spinto il legislatore a prevedere il ricorso al PPP per la realizzazione di interventi infrastrutturali che non comportano la possibilità di scaricare il costo del servizio sull'utenza.

In particolare l'art. 43 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 prevede il ricorso alla tecnica del project financing per la realizzazione di infrastrutture carcerarie. La disposizione offre elementi di identificazione e meccanismi di remunerazione che possono essere utilizzati anche per il contratto di disponibilità, prevedendo la fissazione di tariffe per la gestione delle infrastrutture e dei servizi connessi, ad esclusione della custodia; le modalità di determinazione devono essere definite all'approvazione del progetto; i corrispettivi devono essere corrisposti dopo l'avvio dell'esercizio della infrastruttura realizzata; lo stesso art. 43 prevede la partecipazione al finanziamento e l'iniziativa di fondazioni bancarie o altri istituti non lucrativi.

Il ricorso alla stessa tecnica finanziaria è espressamente previsto anche per la modernizzazione del patrimonio immobiliare scolastico: l'art. 53 del D.L. 5/2012, al comma 2, lett. c), prevede espressamente la possibilità di mettere a disposizione allo scopo beni immobili di proprietà pubblica ad uso scolastico, suscettibili di valorizzazione e dismissione in favore di soggetti pubblici o privati, mediante permuta, anche parziale, con immobili da edificare e destinare a nuove scuole.

Entrambe le esigenze ora richiamate possono essere soddisfatte anche ricorrendo a contratti di disponibilità.

Firenze, 24 maggio 2012.