

PARTENARIATI PUBBLICO PRIVATI COMUNALI

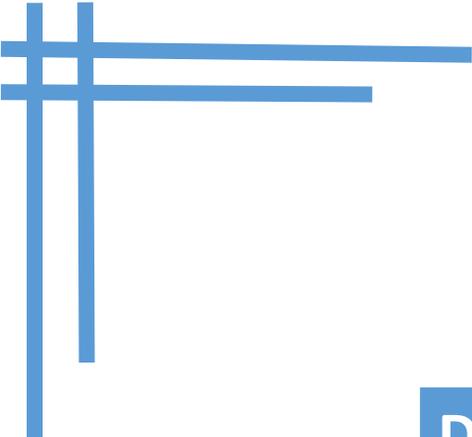
Linee Guida Anac n.9 e soluzioni alternative



Avv. Marco A. Monaco

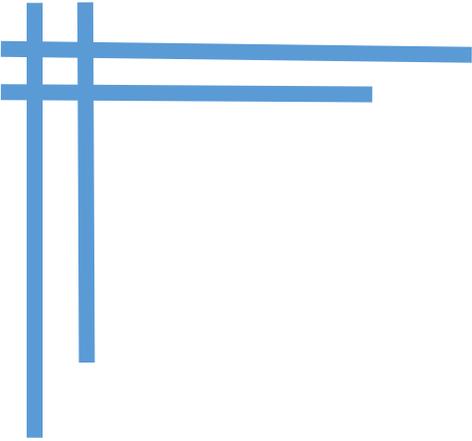


Nctm

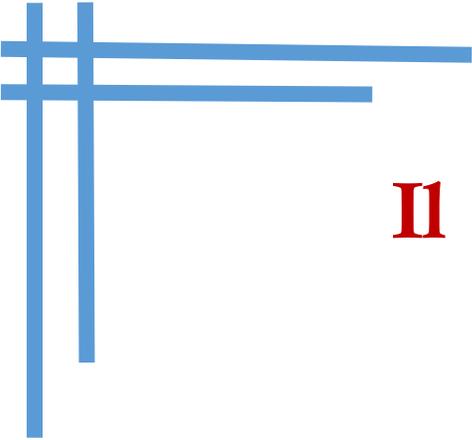


Linee Anac Guida n.9

| D.Lgs. n.50/2016 | Art. 181, comma 4 |
|-------------------|---|
| Oggetto | Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato |
| Scadenza prevista | 19/06/2016 |
| Pubblicazione | Delibera n.318 del 28/03/2018 |
| Attuale stato | In vigore dal 5 maggio 2018 |



Contratto di
Partenariato pubblico-privato (PPP):
cos'è?



Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (1)

Fonti normative

- Direttiva 2014/23/UE;
- Oggetto della delega conferita al Governo dalla legge n. 11/2016;
- Disciplinato dagli artt. 179 e ss. del D. Lgs. n. 50/2016 (modificato dal D. Lgs. 56/2017).



- Il D. Lgs. 50/2016 conserva l'impianto fondamentale delle disposizioni riguardanti i contratti di PPP e la finanza di progetto di cui al d.lgs. n. 163/2006, provvedendo a specificare taluni concetti non presenti nella vecchia disciplina.

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (2)

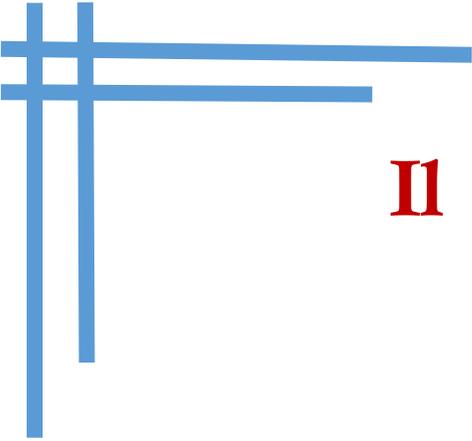
Fonti normative

Definizione:

(ex articolo 3, comma 1, lettera eee del d. lgs. n. 50/2016)

Il contratto di partenariato pubblico privato:

- tipo: contratto a titolo oneroso;
- forma: stipulato per iscritto;
- oggetto: 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;
- caratteristica fondamentale: assunzione del rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore;
- si applicano, **per i soli profili di tutela della finanza pubblica**, i contenuti delle decisioni Eurostat.



Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (3)

Ulteriori caratteristiche

- I ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.
- Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.

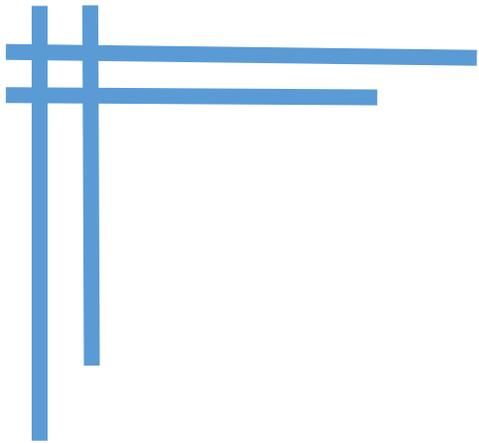
Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (4)

I tipi di PPP

L'art. 180, comma 8, fornisce un elenco esemplificativo di contratti di PPP, includendo in tale categoria:

- la finanza di progetto,
- la concessione di costruzione e gestione,
- la concessione di servizi,
- la locazione finanziaria di opere pubbliche,
- il contratto di disponibilità,
- qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presenti le caratteristiche di cui ai contratti precedenti.

Il comune denominatore di tali tipologie contrattuali è costituito dal trasferimento in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera (art. 180, comma 3).

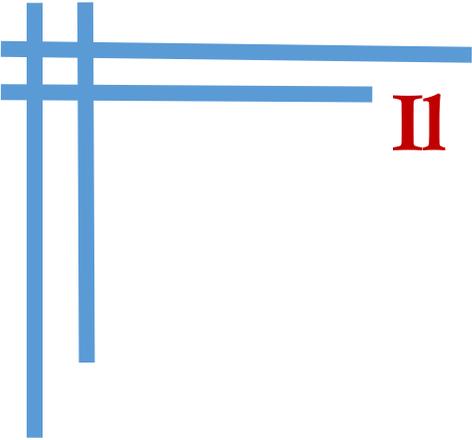


Trasferimento del rischio dalla PA al Privato: come si procede?

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (5)

Il rischio

- Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3, comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc) del d.lgs. n. 50/2016.
- Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda 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, purché la valutazione avvenga *ex ante*.
- Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.



Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (6)

Il rischio

Direttiva 2014/23/UE

Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di contratto di **concessione** e di **appalto pubblico** impongono la necessità di precisare i confini della concessione facendo riferimento all'elemento del rischio operativo di natura economica (considerando n. 18).

Il rischio operativo di natura economica comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare l'opera o fornire il servizio in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (7)

Il rischio

Non possono essere considerate concessioni:

- i contratti nei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti (considerando n. 17);
- i contratti per i quali una regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto (considerando n. 19);
- i contratti remunerati esclusivamente dall'ente aggiudicatore quando la remunerazione dei lavori o dei servizi non dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura (ipotesi della remunerazione mediante canoni fissi che coprono l'intero costo di costruzione o di erogazione del servizio; considerando n. 18).

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (8)

Rischio operativo

- rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi;
- si considera che il concessionario assume il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti [per condizioni normali si intende *l'insussistenza di eventi non prevedibili*];
- 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.

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (9)

Rischio di costruzione

- rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti tecnici dell'opera e al mancato completamento della stessa.

Rischio di disponibilità

- rischio legato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti.

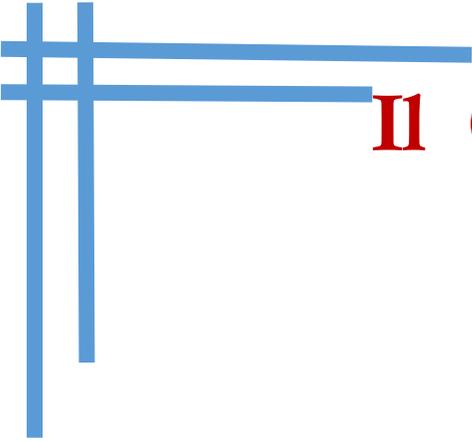
Rischio di domanda

- rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, alla mancanza di utenza, e quindi di flussi di cassa.

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (10)

La disponibilità dell'opera e l'aggiustamento del prezzo

- A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi.
- 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.
- L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita *ex ante*, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.



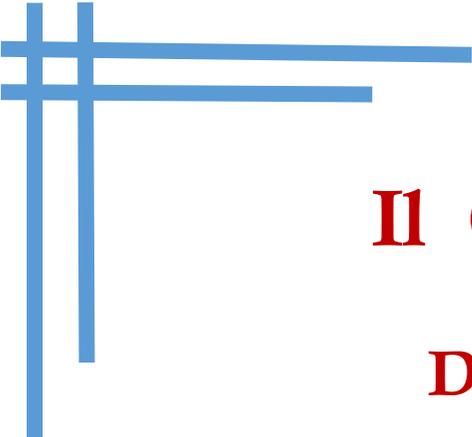
Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (11)

La sottoscrizione del contratto

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

Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (12)

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di linee guida recanti “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato” (parere n. 00755/2017 del 29 marzo 2017), ha ritenuto che l’elencazione dei rischi “debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all’interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l’interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato”.



Il Contratto di Partenariato Pubblico Privato (13)

**Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo
per la Lombardia 20/11/2017 n. 320/PAR**

Qualora, invece, lo specifico contratto stipulato – indipendentemente dal nomen iuris utilizzato – non preveda un regolamento convenzionale delle prestazioni che integri i requisiti previsti dal codice dei contratti pubblici per la sussunzione del medesimo nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato, comprensivi del trasferimento dei rischi in capo all'operatore economico nei termini anzidetti, il relativo contratto non rientra nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato così come definita dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Il procedimento articolato su impulso del privato

In assenza di programmazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in virtù di quanto stabilito dal combinato disposto degli art. 179, comma 3, e 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, è legittima la presentazione della proposta da parte di un operatore economico contenente:

- un progetto di fattibilità;
- un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, o da un intermediario finanziario iscritto nel registro di cui all'art. 106 del D.Lgs. 385/1993, o da una società di revisione;
- una bozza di convenzione diretta a disciplinare il rapporto di concessione fra ente/amministrazione affidante e concessionario;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti;
- la cauzione di cui all'art. 93 del d. lgs. n. 50/2016, e l'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo pari al 2,5% del valore dell'investimento, nel caso di indizione di gara;
- l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta (che non può superare il 2,5% dell'importo dell'investimento).

La finanza di progetto – Il procedimento di valutazione, da parte delle amministrazioni

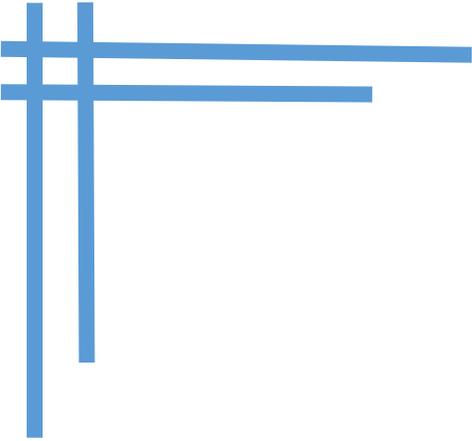
- L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta.
- Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il promotore.
- Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla 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 dalla legge.
- 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 indicati dalla legge. adeguamento da parte del promotore della propria proposta a quella eventualmente.



Disposizioni particolari

Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica (art. 180, comma 2).

La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, **tutti i contratti di partenariato pubblico privato (art. 183, comma 16).**



Contratto di Concessione: quali sono le caratteristiche essenziali?

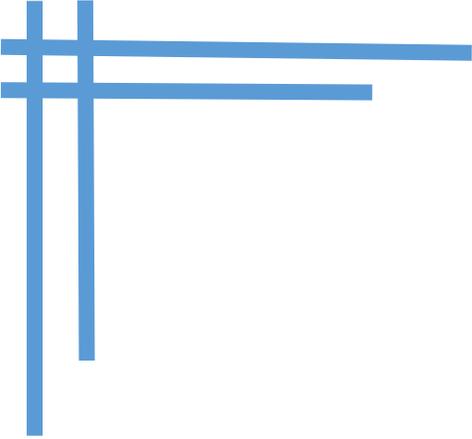
Il contratto di concessione (1)

Fonti normative

- Direttiva 2014/23/UE, art. 5, lett. a
- D.lgs. 50/2016, art. 164 e ss.
- d.lgs. 50/2016, art. 3, lett. uu (definizione concessione di lavori)
- d.lgs. 50/2016, art. 3, lett. vv (definizione concessione di servizi)

Elementi essenziali del contratto

- forma scritta;
- contratto a titolo oneroso;
- oggetto: affidamento all'operatore economico (i) dell'esecuzione di lavori ovvero (ii) della progettazione esecutiva e dell'esecuzione, (iii) ovvero della progettazione definitiva, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori ovvero (iv) della fornitura e della gestione di servizi;
- corrispettivo: unicamente il diritto di gestire le opere o il servizio che costituiscono oggetto del contratto, o tale diritto accompagnato ad un prezzo;
- assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere o del servizio.



Il contratto di concessione (2)

Ambito di applicazione della normativa

(i) **Amministrazioni aggiudicatrici** (d.lgs. 50/2016; art. 3, comma 1, lett. a):

- amministrazioni pubbliche (Stato, en. territoriali, altri en. pubblici non economici)
- organismi di diritto pubblico
- associazioni, unioni e consorzi fra i soggetti suindicati.

(ii) **Enti aggiudicatori** (d.lgs. 50/2016; art. 3, comma 1, lett. e, n. 2):

- operanti nei settori speciali e
- per lavori o i servizi destinati alle attività proprie di quei settori indicate nell'allegato 3

Il contratto di concessione (3)

Contratti esclusi (1)

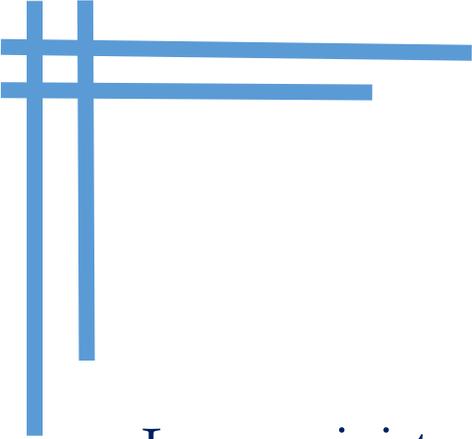
La disciplina in materia di concessioni di lavori e di servizi non si applica a:

- servizi non economici di interesse generale (d.lgs. 50/2016, art. 164, comma 3)
- accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, nei quali siano fissate unicamente le condizioni d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici (Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 15)
- contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica, che generalmente disciplinano la presa di possesso da parte del conduttore e obblighi di manutenzione (d.lgs. 50/2016, art. 17, lett a; Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 15)
- accordi che attribuiscono diritti di passaggio relativi all'utilizzo di beni immobili pubblici per la fornitura e la gestione di linee o reti fisse destinate a fornire un servizio al pubblico, sempre che tali accordi non comportino l'obbligo di fornire, né il diritto di acquisire, servizi da parte di un ente aggiudicatore (Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 16)

Il contratto di concessione (4)

Contratti esclusi (2)

- concessioni finalizzate alla messa a disposizione o alla gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico dei servizi di comunicazioni elettroniche (d.lgs. 50/2016, art. 15)
- concessioni nel settore idrico (d.lgs. 50/2016, art. 12) aventi ad oggetto la fornitura o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile
- concessioni di servizi di trasporto aereo (d.lgs. 50/2016, art. 18, lett. a)
- concessioni di servizi di lotterie aggiudicati ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo (d.lgs. 50/2016, art. 18, lett. b)
- concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per l'esercizio delle loro attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea (d.lgs. 50/2016, art. 18, lett. c).



Il contratto di concessione (4)

Procedura scelta (art. 166 D. Lgs. n. 50/2016)

Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

Il solo limite esterno per organizzare il procedimento di affidamento sia solo il rispetto delle norme della Parte III, rubricato “Contratti di concessione”.

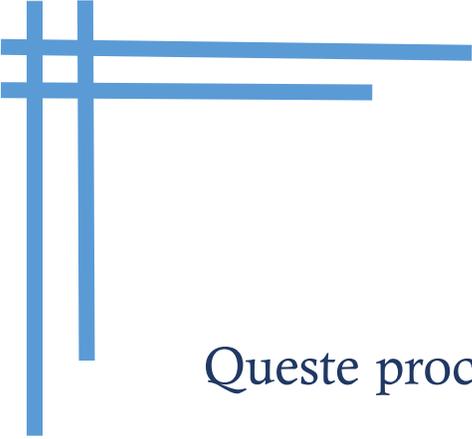


Il contratto di concessione (4)

Procedura scelta (art. 166 D. Lgs. n. 50/2016)

Il Codice mette a disposizione della PA, sia le procedure di scelta del contraente valide per l'appalto nei settori ordinari (art. 59 – 65), sia quelle dei settori speciali (122 – 132) e quelle valide per i contratti di partenariato pubblico privato (181 e 183). Eliminando le sovrapposizioni possono essere elencate come:

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



Contratto di concessione (4)

La Variante negoziale (art. 171, comma 7, D. Lgs. n. 50/2016)

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

La variante negoziale introduce potenzialmente un tasso di negoziazione con le potenziali controparti contrattuali mai visti in precedenza nella legislazione del public procurement.



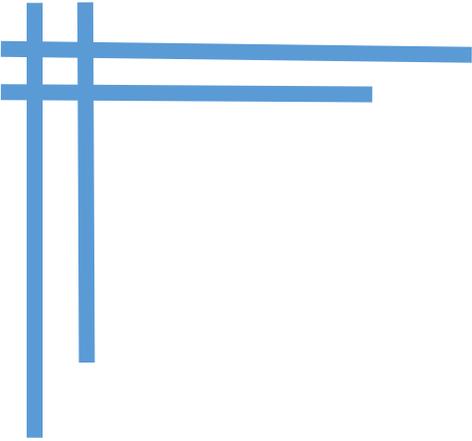
Il Contributo Pubblico nei Contratti di Concessione (art. 165)

- L'equilibrio economico finanziario rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi.
- Ai soli fini del raggiungimento di tale equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili.
- Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata 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, 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.



Il Contributo Pubblico nei Contratti Di Concessione (2)

- 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) [*il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti*] e b) [*penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione*], ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.



Finanza di Progetto:
quali sono le caratteristiche
essenziali?



Finanza Di Progetto - Definizione

L'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (poi divenuta A.N.AC.), a suo tempo, con l'Atto di Regolazione n. 34 del 18 luglio 2000, aveva affermato che l'istituto del *project financing*, di origine anglosassone, consiste essenzialmente nella copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo.



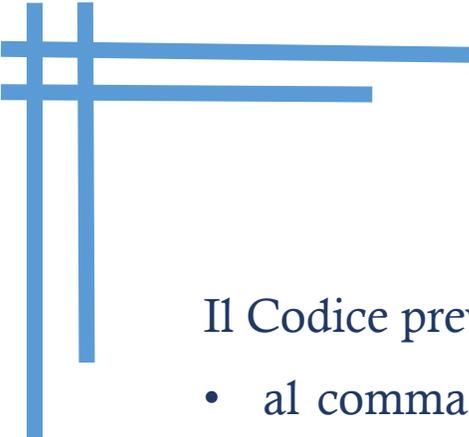
Finanza di Progetto

La finanza di progetto (o anche *project financing*) si basa sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa.

Esso si applica, quindi, con particolare riferimento ai progetti infrastrutturali nel settore delle opere pubbliche e dei servizi, a quelle iniziative che risultano essere in grado di generare un *cash flow* di gestione e un adeguato profitto in termini di capacità a soddisfare un bisogno reale diffuso.

Il *project financing* non è uno strumento adatto a tutte le iniziative che richiedono elevati investimenti, ma solo a quelle dotate di un rapporto di leva tale da rendere l'iniziativa affidabile, prescindendo dalle garanzie e dall'equilibrio economico-finanziario dei suoi promotori.

L'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare.

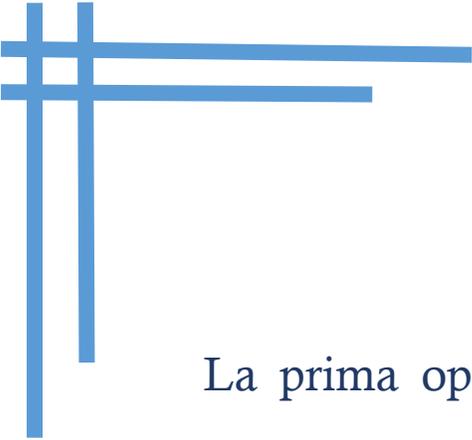


I ricavi nei Contratti di PPP

(art. 180, commi 2 e 3, D. Lgs. n. 50/2016)

Il Codice prevede:

- al comma 2 dell'art. 180, che “Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna”,
- al comma 3 che “Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi”.



La remunerazione a canone (art. 180, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016)

La prima opzione di remunerazione, quella tipica a canone, è chiaramente indicata al comma 4 dell'art. 180: “A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi”.

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.



LA REMUNERAZIONE IN DIRITTI **(art. 180, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016)**

Il comma 5 dell'art. 180 prevede che “L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante...”.

Il corrispettivo per remunerare il privato, in tal caso, non è generato dagli introiti della domanda (tariffe) e neppure dai canoni versati dalla PA: si tratta piuttosto di forme di remunerazione “in kind”, di conferimento al privato diritti di godimento, di cessione di proprietà immobiliari o in proprietà delle stesse opere realizzate.

Si tratta della contropartita economica riconosciuta al privato per completare l'intera operazione di PPP.



LA REMUNERAZIONE IN DIRITTI (art. 180, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016)

Un ambito elettivo di applicazione di questo contratto di partenariato, con questa specifica remunerazione in diritti, può essere quello afferente ai contratti di riqualificazione urbana

L'aggiudicatario potrebbe realizzare un mix di opere pubbliche o opere messe a disposizione del pubblico, ricevendo come un corrispettivo, assegnato dalla PA, diritti per sviluppi edificatori residenziali, commerciali e direzionali, la cui alienazione/affitto costituirà la contropartita economica all'intera operazione urbanistica.

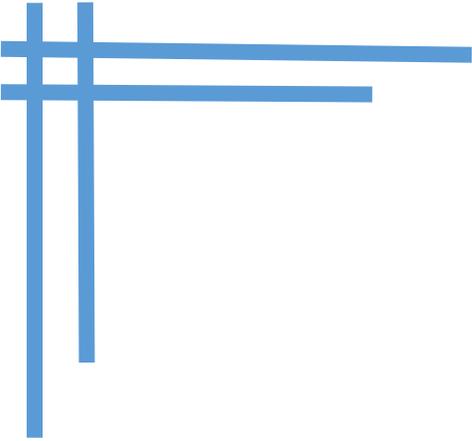


La remunerazione attraverso shadow tolls (art. 180, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016)

Un'altra opzione di remunerazione, inserita nella seconda parte del comma 5, prevede che “L'amministrazione aggiudicatrice...rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo”.

Tutte le opere c.d. a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello shadow toll in operazioni remunerate dalla PA ma con rischio mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità ecc.

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



Finanza di Progetto (2)

Disciplina nazionale

Esistono due diversi tipi di procedimento di finanza di progetto applicabili in Italia.

È possibile distinguere:

- il procedimento con gara unica ad iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice (183, commi 1-14 del D.lgs. 50/2016)
- il procedimento ad iniziativa dei privati relativo ad opere non programmate dalle amministrazioni aggiudicatrici (183, comma 15 del D.lgs. 50/2016)



La procedura a Gara Unica

Nella procedura a gara unica, disciplinata dai commi 1-14 dell'art. 183 del D. lgs. n. 50/2016, l'amministrazione aggiudicatrice:

- 1) pubblica un bando di gara, ponendo alla base della stessa il progetto di fattibilità;
- 2) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- 3) 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;
- 4) pone in approvazione il progetto definitivo presentato dal promotore. 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, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario;



La procedura a Gara Unica (2)

- 5) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione;
- 6) 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;
- 7) 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;
- 8) nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, comprensivo dei diritti relativi alle opere di ingegno, come indicate nel progetto di fattibilità posto a base di gara.



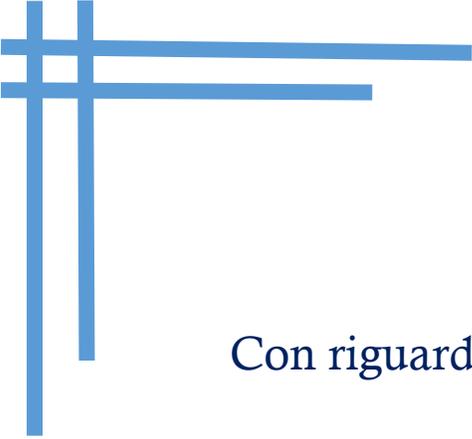
La procedura a Gara Unica (3)

Criterio di aggiudicazione:

- criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (183, comma 4 del D.lgs. 50/2016)

Procedura con gara unica:

- la norma non prevede indicazioni sull'utilizzo della procedura, aperta o ristretta.^[L. 50/2016]



La procedura a Gara Unica (4)

Con riguardo ai contenuti delle offerte:

1. Il concorrente deve presentare:
 - a) un progetto definitivo, redatto secondo quanto prescritto nel disciplinare di gara;
 - b) una bozza di convenzione, redatta secondo quanto prescritto nel disciplinare di gara;
 - c) un piano economico-finanziario asseverato;
 - d) la specificazione delle caratteristiche dei servizi e della loro gestione.
2. Il concorrente deve dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.



L'asseverazione del Piano Economico Finanziario

(Art. 183 comma 9 del D.lgs. n. 50/2016)

- Il piano può essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n.1966.
- Il piano economico-finanziario, oltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute dall'Amministrazione per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, indica l'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. L'importo complessivo delle spese non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.



L'asseverazione del Piano Economico Finanziario (2)

L'asseverazione ha lo scopo di attestare:

- la coerenza e l'equilibrio del piano economico-finanziario,
- la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa, tali da garantire il rimborso del debito,
- la remunerazione del capitale di rischio e quindi la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato.

L'attività di asseverazione non può essere considerata come impegno giuridico, da parte dell'istituto di credito, al successivo finanziamento a favore del promotore.



La Finanza di Progetto – Il procedimento articolato su impulso del Privato

In assenza di programmazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in virtù di quanto stabilito dal combinato disposto degli art. 179, comma 3, e 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, è legittima la presentazione della proposta da parte di un operatore economico contenente:

- un progetto di fattibilità;
- un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, o da un intermediario finanziario iscritto nel registro di cui all'art. 106 del D.Lgs. 385/1993, o da una società di revisione;
- una bozza di convenzione diretta a disciplinare il rapporto di concessione fra ente/amministrazione affidante e concessionario;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti;
- la cauzione di cui all'art. 93 del D.lgs. n. 50/2016, e l'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo pari al 2,5% del valore dell'investimento, nel caso di indizione di gara;
- l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta (che non può superare il 2,5% dell'importo dell'investimento).



La Finanza di Progetto – Il procedimento di valutazione, da parte delle amministrazioni

- L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta.
- Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il promotore.
- 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 dalla legge.
- 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 indicati dalla legge. adeguamento da parte del promotore della propria proposta a quella eventualmente.



La Finanza di Progetto – Avvertenze

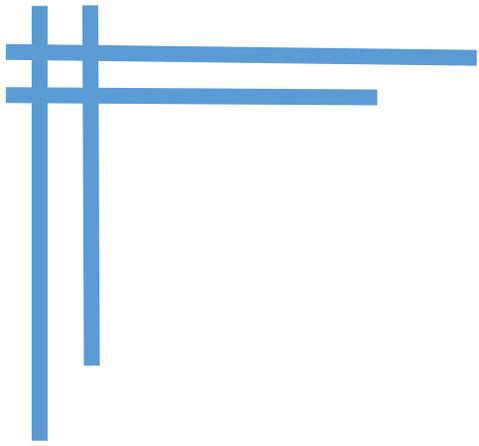
Si deve evitare che il contratto abbia dei contenuti non usuali per operazioni di finanza di progetto o che non consentano di comprendere con sufficiente chiarezza il profilo di rischio che si assumono gli investitori privati.

Al contempo, è indispensabile che il piano economico finanziario a base dell'iniziativa sia supportato da un adeguato studio sui benefici finanziari, attesi a seguito dell'intervento, il che si traduce nella sostenibilità dell'investimento e conseguente profittabilità per i privati.



La Finanza di Progetto – Il favore per gli investimenti privati

- Nell'ambito delle operazioni di finanza di progetto, il legislatore italiano è di recente intervenuto più volte, per (chiaramente) favorire gli interventi dei privati
- le società titolari di un contratto di partenariato pubblico-privato possono finanziarsi sul mercato dei capitali anche tramite emissione di obbligazioni societarie (cd. "project bond"); tali emissioni e le garanzie concesse al riguardo godono di un regime fiscale favorevole, sostanzialmente assimilabile a quello dei finanziamenti bancari
- oltre che da banche e intermediari finanziari, è possibile ottenere finanziamenti da assicurazioni e da fondi di credito, ai quali è concesso di finanziare direttamente le imprese (diverse dalle persone fisiche o micro-imprese)
- sono stati eliminati alcuni costi (diretti e indiretti) di carattere fiscale che limitavano, di fatto, i finanziamenti effettuati ad opera di soggetti finanziari esteri
- sono state fortemente agevolate e incentivate le emissioni obbligazionarie ("mini bond") delle imprese private, anche se non titolari di contratti di partenariato pubblico-privato, eliminando una molteplicità di previsioni normative che le rendevano non facilmente effettuabili da parte di operatori diversi dalle grandi imprese e prevedendo anche dei trattamenti fiscali migliorativi rispetto al passato



Partner privato:
come va individuato?



PPP e Procedimenti di Aggiudicazione

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

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



PPP e Procedimenti di Aggiudicazione (2)

In forma regolatoria si riproduce la necessità di stabilire dei paletti e delle corsie di legittimità dell'azione amministrativa più pregnanti dove è presente la spesa diretta di danaro o valori pubblici.

Invece, dove i ricavi devono essere “estratti” dal mercato, nei contratti di concessione, c'è la fiducia dell'effetto autodisciplinante della PA sulla sue scelte per la strutturazione delle gare con potenziali elevati tassi di negoziazione.

Questa libertà di autogestione delle scelte procedurali è possibile perché gli operatori economici, dietro cui stanno le banche e su cui grava il rischio operativo di percezione del reddito, sono i primi attenti controllori della competenza della PA e dell'esattezza procedimentale, la cui mancanza verrebbe altrimenti sanzionata disertando le gare.

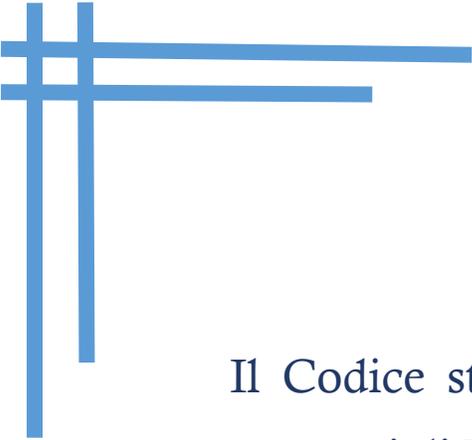


PPP e Procedimenti di Aggiudicazione (3)

La differenza tra concessioni e contratti di PPP si riflette anche nella prescrizione ex art. 179, comma 1, riferita ai contratti di PPP “Alle procedure di affidamento di cui alla presente parte (Parte IV Partenariato Pubblico Privato) si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III (Contratti di Concessione), V e VI, in quanto compatibili”.

A tal proposito, l’art. 181 del Codice (Procedure di affidamento relative ai PPP) prevede che: “La scelta dell’operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo”.

La previsione del dialogo competitivo esclude tutto ciò che sia a libera strutturazione, quello che non abbia un modello procedimentale definito nel Codice: pertanto la “variante negoziale” non potrà essere importata nei procedimenti di PPP.



PPP e Procedimenti di Aggiudicazione

L'adeguata istruttoria

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

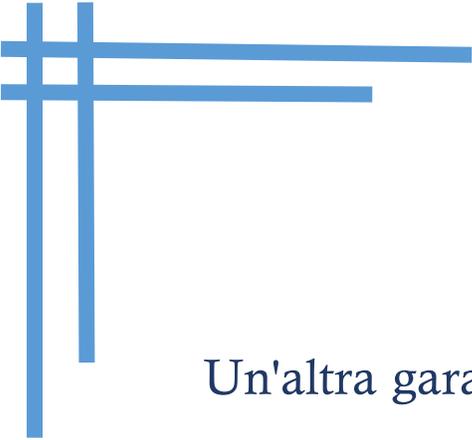
Spicca tra quelle generali la necessità dell'adeguata istruttoria prevista dall'art. 181, comma 3, dove “La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.



PPP e Procedimenti di Aggiudicazione L'adeguata istruttoria (2)

Non è chiaro se l'adeguata istruttoria costituisca un istituto di garanzia a se stante, che precede ogni forma di programmazione delle operazioni in PPP, o se, invece, sia parte del progetto di fattibilità tecnico ed economica, che impegna la programmazione annuale e costituisce la base per lanciare la gara in finanza di progetto.

L'analisi istruttoria è un perno fondamentale di legittimità dell'azione amministrativa, ma soprattutto è un passaggio imprescindibile per assimilare gli skills di cui la PA necessita per agire con competenza negli affidamenti di partenariato.

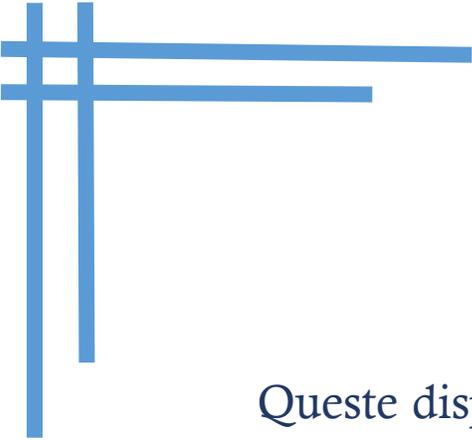


PPP e Procedimenti di Aggiudicazione

Il livello di progettazione

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

Come esempio si può indicare l'art. 181, comma 2 del Codice, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP, in cui la PA deve porre a base di gara un progetto definitivo e anche l'art. 183 (Finanza di progetto), dove l'amministrazione pone a base di gara un progetto di fattibilità tecnica ed economica - che costituisce il primo livello di progettazione ex art. 23 del Codice - ed i concorrenti sono tenuti a presentare nell'offerta un progetto definitivo.

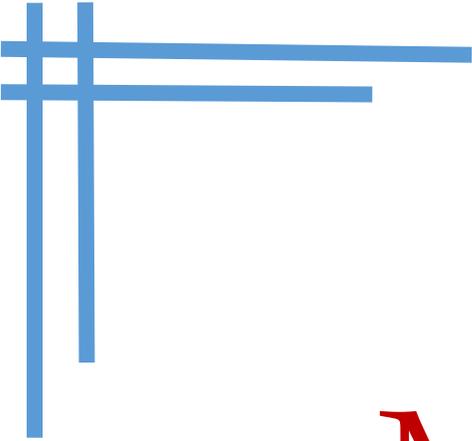


PPP e Procedimenti di Aggiudicazione

Il livello di progettazione

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

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



Monitoraggio del partner
privato nella fase esecutiva:
come si realizza?



PPP e procedimenti di aggiudicazione - Il monitoraggio sulla permanenza dei rischi

Ulteriore garanzia associata esplicitamente all'affidamento dei contratti di PPP è la necessità di sottoporre a monitoraggio e controllo l'operatore privato per tutto il periodo di durata contrattuale.

L'art. 181, comma 4 del Codice stabilisce “L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio ... verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi”.

Ancor di più esplicito è l'art. 182, comma 2 del Codice “Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico”.



PPP e procedimenti di aggiudicazione - Il monitoraggio sulla permanenza dei rischi (2)

Il principio di effettività di traslazione del rischio, come man mano viene a delinearsi, si salda con due condizioni importanti per la PA:

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

2) di contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PPP fredde per effetto della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 e delle regole Sec 95.



PPP e procedimenti di aggiudicazione

Il nuovo monitoraggio – BIM (Building Information Modelling)

La chiave per ottenere concessioni di servizi fredde (ma anche di lavori) è il sistema di monitoraggio che deve consentire in tempo reale h/24 e con un grado elevato di dettaglio di verificare gli scostamenti dagli standard costruttivi e gestionali e applicare automaticamente le penali consentendo al concessionario di intervenire per il ripristino.

Il BIM (Building Information Modelling) è un sistema software di gestione delle informazioni win – win del concessionario (riduzione dei costi e dei tempi) e concedente (consegna ai cittadini servizi in piena efficienza e con effettiva distribuzione dei rischi per la decontabilizzazione).

I bandi di gara dovranno prevedere l'obbligatoria adozione per i privati di sistemi di project management e di BIM in fase di progettazione, di realizzazione e di gestione e, la conseguente, messa a disposizione dei flussi di informazioni in un cruscotto ad uso della PA per il controllo in remoto.



PPP e procedimenti di aggiudicazione

Il nuovo monitoraggio – BIM (Building Information Modelling)

I contratti di PPP sono estremamente complessi ed è questa complessità che giustifica l'imposizione normativa del sistema di monitoraggio che ha costi importanti ma i cui effetti sono per valore di gran lunga superiori unitamente al fatto che la PA corrisponde al privato in modo diretto il valore del corrispettivo.

L'art. 181, comma 4 del Codice prevede che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti 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.



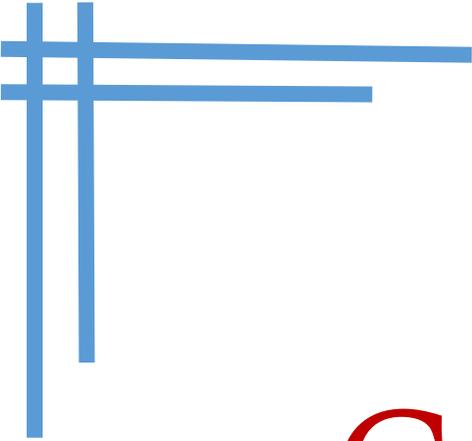
PPP e procedimenti di aggiudicazione

Il nuovo monitoraggio – BIM (Building Information Modelling)

La riprova dell'attenzione sul tema è stata la predisposizione da parte dell'ANAC delle citate “Linee guida”, che costituiscono norma di azione amministrativa non eludibile e imperativa.

L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi (art. 181, comma 4, del Codice).

Visto il ruolo costitutivo del trasferimento del rischio nei contratti di PPP, con le citate Linee guida ne è stata anticipata l'obbligatorietà rispetto agli appalti ordinari, per i quali è prevista una graduale vincolatività con D.M. successivo, come previsto dall'art. 23, comma 13 del Codice.



Contratto di Disponibilità:
quali sono le caratteristiche
essenziali?



Il Contratto di Disponibilità

- 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 aggiudicatore.



Il Contratto di Disponibilità (art. 188)

L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto:

- 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;
- 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 in corso 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.



Il Contratto di Disponibilità

- Il bando di gara è pubblicato con le modalità previste dal Codice, secondo l'importo del contratto, 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 e sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 93; il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103.
- 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 e con le modalità di cui all'articolo 103; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.



Il Contratto di Disponibilità

- 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. Gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità.
- Al contratto di disponibilità si applicano le disposizioni previste dal D. lgs. n. 50/2016 in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici.



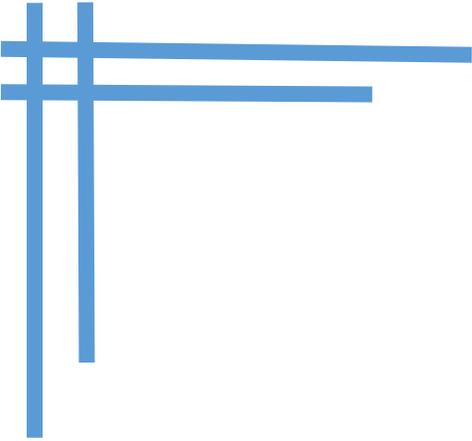
Il Contratto di Disponibilità

- 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 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'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327.



Il Contratto di Disponibilità

- 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.
- L'organo di collaudo 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 obbligazioni e titoli similari, emessi ai sensi dell'articolo 186 del 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.



PPP e rischio
di indebitamento per la PA:
quali accorgimenti adottare?



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

L'esatta identificazione e allocazione dei rischi non rappresenta un mero aspetto negoziale tra le parti: sulla base della normativa vigente, è proprio l'imputazione dei rischi a influire in maniera determinante anche sul trattamento contabile del rapporto contrattuale di PPP ai fini della sua imputazione o meno nel bilancio della stazione appaltante, nonché sulla quantificazione del deficit e dell'indebitamento a livello aggregato.

In virtù di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lettera eee) del D. Lgs. n. 50/2016, si applicano ai contratti di PPP, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat.



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

Eurostat si è occupata specificamente del trattamento contabile, nei conti nazionali, dei contratti sottoscritti dalla pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, con la decisione “Treatment of public-private partnerships” dell’11 febbraio 2004, la quale si pone nella scia del Sistema Europeo dei Conti SEC 95.

Secondo l’Istituto europeo di statistica, la spesa inerente la costruzione di infrastrutture pubbliche (c.d. *assets*) realizzate mediante le operazioni di PPP può considerarsi *off balance* a condizione che il partner privato si assuma oltre al rischio di costruzione anche un rischio ulteriore consistente, alternativamente, in quello riferito alla disponibilità ovvero alla domanda dell’opera.



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

Utili indicazioni in merito alle diverse categorie di rischio indicate da Eurostat sono contenute anche nella Circolare del 27 marzo 2009 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, recante “Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31”.



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

Ad ogni modo, nei casi in cui l'analisi dell'allocazione dei rischi, così come sopra definiti, possa portare a non chiare conclusioni, Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli “in natura”; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica Amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocazione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*).



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

Tali ulteriori criteri, che non erano stati chiaramente analizzati nel manuale del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico, sono stati in parte oggetto di un approfondimento da parte di Eurostat, in sede di elaborazione della nuova versione (*third version*) del SEC 95, pubblicata ad ottobre 2010.

Con riferimento al finanziamento pubblico, il nuovo SEC 95 prende in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale) e stabilisce che quando il costo dell'investimento è *prevalentemente* coperto dall'amministrazione (con una delle suddette forme) questo indica che il settore pubblico assume la maggior parte dei rischi. Viene, inoltre, precisato che anche l'incremento del livello di finanziamento pubblico in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'*asset*.



I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

Rispetto alla presenza di garanzie pubbliche, il nuovo SEC 95 chiarisce che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'*asset on balance* quando assicurano una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato. Anche in questo caso vale il criterio della prevalenza, ovvero, se le garanzie coprono più del 50 per cento del costo dell'opera, essa andrà contabilizzata *on balance*.

Eurostat precisa, però, che ai fini di una corretta valutazione dell'allocazione dei rischi, la presenza di garanzie pubbliche e la prevalenza del contributo pubblico (in tutte le sue forme) dovranno essere valutate congiuntamente.



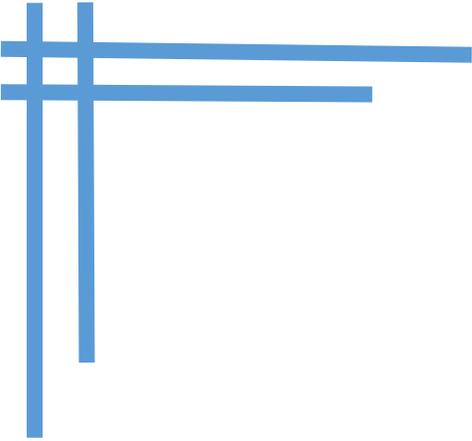
I presupposti per evitare che il PPP diventi un'operazione di indebitamento per l'ente locale

L'allocazione dell'*asset* alla fine del contratto è la terza variabile rilevante nella scelta del trattamento contabile delle PPP.

In particolare, essa può costituire un elemento addizionale nella scelta di contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura nel caso in cui:

- 1) si concordi un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e che non rispecchi il valore di mercato dell'*asset*;
- 2) sia previsto un prezzo di riscatto più alto del valore economico atteso;
- 3) sia previsto un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'*asset*.

Parere n. 66 del 31 maggio 2012 della Corte Dei Conti – Sez. Reg. di Controllo per la Puglia.



Cessione del Diritto di
Superficie: quali sono le
caratteristiche essenziali?

Cessione del diritto di superficie

Con la cessione del diritto di superficie, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 952 e seguenti del codice civile, l'ente pubblico, **proprietario di un suolo** o un fabbricato, **permette a un soggetto terzo di costruire sul bene.**

Allo scadere del diritto opera il **principio di accessione**, e il fabbricato è devoluto al proprietario del suolo.



Cessione del diritto di superficie

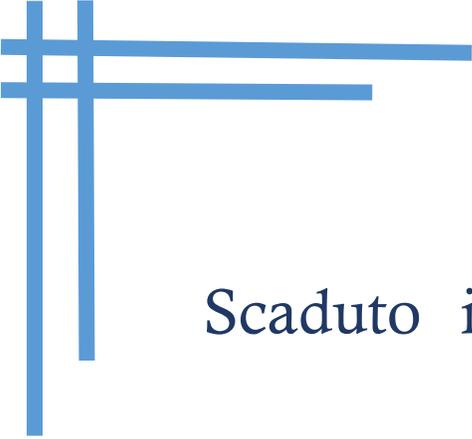
La cessione del diritto di superficie può essere utilizzata per immobili non ancora completati o per terreni pubblici in relazione ai quali l'ente proprietario può avere interesse ad attrarre i capitali privati necessari alla realizzazione dei lavori di completamento degli stessi o di edificazione dei terreni e, poi, successivamente – al termine di scadenza del contratto - acquisire la proprietà degli *assets* valorizzati.



Cessione del diritto di superficie

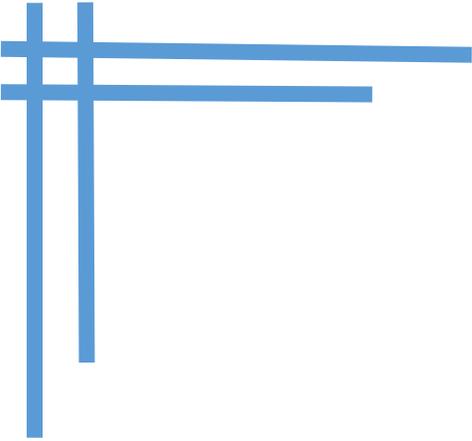
L'avvio della procedura di cessione del diritto di superficie di un immobile pubblico avviene mediante pubblicazione di un avviso/bando della procedura ad evidenza pubblica sul sito istituzionale dell'ente proprietario dell'immobile, finalizzata a scegliere il soggetto al quale affidare il diritto di superficie dell'immobile.

Nel bando/avviso è indicata la durata della cessione del diritto di superficie a favore dell'investitore.

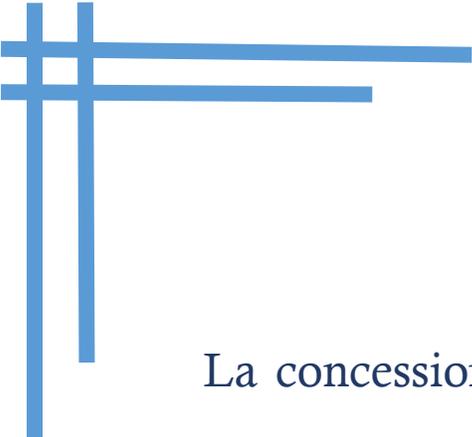


Cessione del diritto di superficie

Scaduto il termine di concessione (durata max 99 anni), il diritto di superficie si estinguerà e gli enti pubblici proprietari diverranno automaticamente proprietari delle costruzioni eseguite dal cessionario e dai suoi aventi causa.



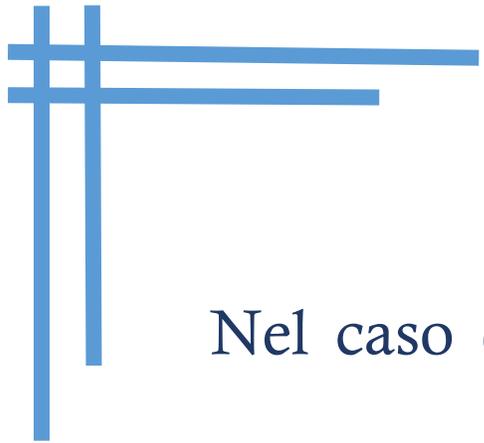
Concessione di
Valorizzazione: quali sono le
caratteristiche essenziali?



Concessione di valorizzazione

La concessione di valorizzazione è uno strumento di partenariato pubblico privato che consente di dare in concessione a privati con gara ad evidenza pubblica immobili di proprietà dello Stato o degli enti locali in concessione/locazione, a titolo oneroso, per un periodo fino a 50 anni.

L'obiettivo è quello di effettuare interventi di recupero, restauro, ristrutturazione, anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento di attività economiche o attività di servizio per i cittadini.



Concessione di valorizzazione

Nel caso di immobili vincolati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, gli interventi di recupero/restauro/ristrutturazione devono essere finalizzati a “conservare” l’interesse storico, artistico o culturale dell’immobile senza, in alcun caso, limitare o rovinare tale patrimonio.



Concessione di valorizzazione

Il soggetto privato a cui concedere/locare gli *assets* pubblici di proprietà dello Stato o degli enti locali per la valorizzazione viene scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica.

La procedura può essere applicata anche dagli enti locali se il bene è inserito nel Piano delle alienazioni e delle valorizzazioni.



Concessione di valorizzazione

Lo strumento è particolarmente adatto nel caso in cui l'ente abbia individuato un portafoglio di beni che:

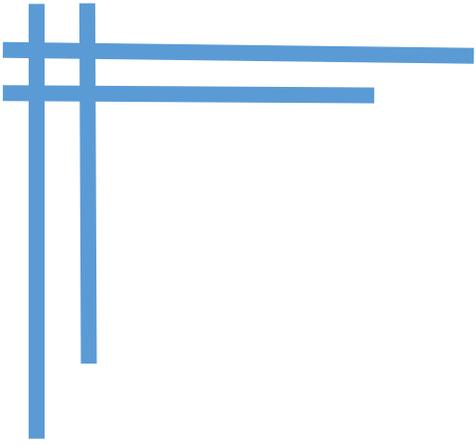
- sia suscettibile di messa a reddito tramite gestione economica da parte di privati;
- risulti da riqualificare o riconvertire, anche con la possibilità di introdurre nuove destinazioni d'uso, coerentemente con le esigenze del Comune in cui l'immobile è sito e della collettività;
- meriti di essere valorizzato al massimo, attraverso l'utilizzo di fondi privati, pur rimanendo di proprietà del Comune.



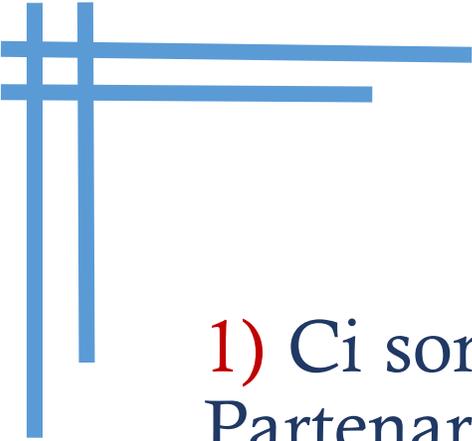
Concessione di valorizzazione

Il bando di gara, *inter alia*, deve:

- prevedere la possibilità, ove richiesto dalla specifica iniziativa di valorizzazione, di sub-concedere le attività economiche o di servizio;
- prevedere che ove non sussistano esigenze di utilizzo dell'immobile oggetto della concessione per finalità istituzionali, alla scadenza del termine previsto dalla concessione/locazione e, previa verifica circa il raggiungimento della finalità di riqualificazione e riconversione dei beni, è riconosciuto al locatario/concessionario il diritto di prelazione per l'acquisto del bene, al prezzo di mercato.



Le domande all'esperto:



1) Ci sono novità per quanto riguarda il contratto standard per il Partenariato Pubblico Privato? Come mai da luglio non è stato ancora pubblicato?



2) Un promotore può possedere i requisiti limitatamente alla sola gestione, limitandosi ad indicare l'impresa che farà i lavori?



3) Come si considera la posizione dell'ANAC rispetto a valore del VAN uguale o tendente a zero?



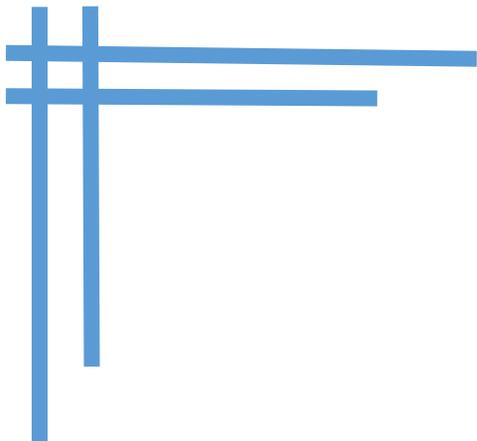
4) Se pervengono due proposte di PPP sul medesimo oggetto il Comune deve valutarle entrambe o può valutare solo la prima?



5) Quali possibilità offre il PPP per l'efficientamento energetico e l'ampliamento delle reti di pubblica illuminazione?



6) Nel predisporre la gara per la concessione di una struttura pubblica a un privato, vista la specificità dell'attività (struttura di salumificazione di prodotti tipici per conto dei produttori locali e dei soggetti interessati) è possibile prevedere nella Lex Specialis specifici requisiti di partecipazione tra i quali ad esempio una consistenza aziendale che consenta la sostenibilità dei costi della struttura che restano in capo al gestore? E' possibile fissare l'obbligo di costituirsi in forma associata da parte di tutti i partecipanti in possesso dei requisiti?



Grazie per aver partecipato!

Hanno curato l'incontro:

**ASMEL - Associazione per la Sussidiarietà
e la Modernizzazione degli Enti Locali**

**Avv. Marco Antonio MONACO
Studio Legale NCTM**

Email: webinar@asmel.eu

Sede: Napoli

Telefono: +39 081 7879717

Email: m.monaco@nctm.it

Sede di: Milano

Telefono: +39 02 725511



Nctm