



Autorità Nazionale Anticorruzione

Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015

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

1.	Glossario	3
2.	Premessa.....	4
3.	La concessione di lavori e servizi e la finanza di progetto	5
3.1	Gli elementi distintivi della concessione rispetto al contratto d'appalto e l'allocazione del rischio	5
3.2	Il valore dei contratti.....	9
3.3	Le caratteristiche della finanza di progetto	9
3.4	La centralizzazione della domanda	11
4.	La fase della programmazione.....	12
5.	Lo studio di fattibilità.....	15
5.1	Introduzione.....	15
5.2	La scelta del modello di realizzazione dell'intervento: partenariato pubblico e privato o appalto.....	16
5.3	Il contenuto dello studio di fattibilità	19
5.4	L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi	23
6.	Le modalità di svolgimento della procedura a gara unica (commi 1-14)	24
6.1	La scelta della procedura di aggiudicazione.....	24
6.2	Le fasi della procedura a gara unica	26
6.3	Contenuti del bando e del disciplinare di gara	26
6.4	I requisiti di partecipazione	29
6.5	I contenuti delle offerte	30
6.6	Le garanzie	31
6.7	Criterio di aggiudicazione.....	32
6.8	L'aggiudicazione e la stipula del contratto	32
7.	Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione (comma 15)	34
8.	Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 16-18).....	35
9.	Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21).....	37
10.	La finanza di progetto nei servizi	38
10.1	La concessione di servizi.....	38
10.2	Le proposte da parte di privati	39
10.3	L'opportunità della programmazione	40
10.4	I requisiti del proponente nei servizi	41
11.	Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto	41
11.1	La disciplina applicabile	42
11.2	La convenzione.....	43

1. Glossario

Ai fini delle presenti Linee Guida si intendono per:

- a) “Autorità”, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.);
- b) “Codice”, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE);
- c) “Regolamento”, il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»);
- d) “Concessione di lavori pubblici”, il contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, avente ad oggetto l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presenta 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;
- e) “Concessione di servizi”, il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo;
- f) “Contratti di Partenariato Pubblico Privato”, contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti;
- g) “Finanza di impresa” o “Corporate finance”, il finanziamento dell’attività di impresa, registrato nel bilancio della medesima impresa e garantito dal patrimonio del prestatore di fondi;
- h) “Finanza di progetto” o “Project finance”, il finanziamento di un progetto in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio, che qualora si concretizzi nell’affidamento di una concessione che contempli l’utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico di soggetti privati è disciplinata nei suoi aspetti procedurali dall’art. 153 del Codice;
- i) “Società di progetto o Società veicolo (*SPV - Special purpose Vehicle*)”, la società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che consente di garantire la separazione giuridica ed economica del progetto dalle altre attività dei soggetti coinvolti nel progetto stesso;
- j) “Opera fredda”, opera per la quale il privato che la realizza e la gestisce fornisce servizi direttamente alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione dai pagamenti effettuati da quest’ultima;
- k) “Opera calda”, opera dotata di un’intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell’arco della vita della concessione;

- l) “Opera tiepida”, opera in grado di generare ricavi da utenza non sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico;
- m) “Rischio di costruzione”, il rischio che nella realizzazione dell’opera vengano superati i costi preventivati, la possibilità di costi aggiuntivi derivanti da ritardi nella consegna, il mancato rispetto delle specifiche o dei requisiti di costruzione, nonché rischi ambientali e di altro tipo che richiedono pagamenti a favore di terzi¹;
- n) “Rischio di domanda”, il rischio che comprende la possibilità che la domanda dei servizi sia superiore o inferiore al previsto;
- o) “Rischio di disponibilità”, il rischio che comprende la possibilità di costi aggiuntivi, ad esempio di manutenzione e finanziamento, e il pagamento di penali perché il volume o la qualità dei servizi non rispettano gli standard specificati nel contratto;
- p) “Rischio di valore residuo e di obsolescenza”, i rischi che comprendono il rischio che il valore del bene sia inferiore a quello atteso alla fine del contratto e in quale misura le amministrazioni pubbliche hanno l’opzione di acquisire il bene;
- q) “Rischio operativo”, rischio del mancato recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti legato alla gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi;
- r) “Equilibrio economico-finanziario”, il complesso dei presupposti e delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria di un progetto di investimento, ossia la capacità del progetto di creare valore nel corso della concessione, generando un livello di redditività per il capitale investito adeguato rispetto alle aspettative dell’investitore privato e flussi monetari sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti ed un’adeguata redditività per gli azionisti;
- s) “Piano economico-finanziario”, il documento nel quale sono rappresentati i presupposti e le condizioni per l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione per la durata del rapporto concessorio.

2. Premessa

La presente determinazione contiene linee guida in materia di project finance o finanza di progetto (di seguito, anche “PF”), che nei principi generali possono essere utilizzate per la maggior parte dei contratti di partenariato pubblico-privato (di seguito, “Ppp”), di cui il PF è un’espressione.

Secondo la definizione contenuta nel Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo al «Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell’Unione europea» (cd. “SEC2010”), i Ppp «sono contratti a lungo termine stipulati tra due unità, sulla base dei quali un’unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e quindi le cede a una seconda unità. Tali accordi sono normalmente stipulati tra un’impresa privata e un’amministrazione pubblica, ma non sono escluse altre combinazioni: ad esempio, una società pubblica da una parte e un’istituzione senza scopo di lucro privata dall’altra».

Il PF, invece, consiste nel finanziamento di un progetto in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio. Si tratta, quindi, di una modalità di finanziamento strutturato utilizzata anche per

¹

alcune operazioni di Ppp. Le distinzioni tra PF e Ppp sono, quindi, teoricamente chiare: il primo attiene al finanziamento di un'opera o di un progetto, il secondo alle modalità di collaborazione tra pubblico e privato; tuttavia, per come è strutturato il Codice, che all'art. 153 disciplina il PF quale forma di affidamento di una concessione alternativa a quella (cd. ad iniziativa pubblica) di cui all'art. 143, esperibile laddove sia contemplato l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei «soggetti proponenti», i due istituti tendono spesso a sovrapporsi, rischiando di creare anche confusione tra gli operatori economici. Il recepimento della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (di seguito, anche solo «la Direttiva 2014/23/UE»), che deve avvenire entro il 18 aprile 2016, potrà costituire l'occasione per fissare più chiaramente i rapporti tra Ppp, concessioni e PF (in tal senso, si veda anche la disposizione sub art. 1, comma 1, lett. ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee, che individua tra i criteri guida quello di procedere alla razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato).

Oggetto delle presenti Linee Guida sono le procedure disciplinate dall'art. 153 del Codice, rubricato «Finanza di progetto» ma, come già evidenziato, sono fornite indicazioni che possono valere in generale per i Contratti di Ppp e, per quanto compatibili, anche per altri istituti presenti nel Codice, quali quelli disciplinati dall'art. 175, sulle infrastrutture strategiche.

Con questo atto vengono, pertanto, aggiornate e consolidate in un unico documento le determinazioni dell'Autorità n.1 del 2009, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. terzo correttivo*, e n. 2 del 2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, che quindi devono intendersi superate dalle presenti Linee Guida.

Appare opportuno ricordare, in via preliminare, che il mercato nazionale del PF si caratterizza per la coesistenza di un numero elevato di interventi di ridotte dimensioni e di un numero più ridotto di interventi di importo, però, particolarmente elevato. Le due tipologie di PF si differenziano necessariamente per alcuni aspetti rilevanti, quali ad esempio l'opportunità di far ricorso ad uno *special purpose vehicle*, strumento fondamentale per i PF di importo elevato. Le presenti Linee Guida sono pensate principalmente per gli affidamenti di importo elevato, ma si applicano con gli opportuni accorgimenti anche a quelli di importo ridotto.

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

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

Il Codice definisce (art. 3, comma 11) le concessioni di lavori come contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che «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», alle condizioni previste dal Codice. Rispetto alla definizione originaria, l'art. 42, comma 2, lettera a) del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), ha introdotto la previsione per cui: «la gestione funzionale ed economica può anche riguardare, eventualmente in via anticipata, opere o parti di opere direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa». Dunque, nella concessione di lavori è ora

normativamente prevista la possibilità dello sfruttamento di un'opera anche prima che siano terminati tutti i lavori previsti nel contratto di concessione.

Diversamente da quanto accade per i lavori, il Codice contiene un numero ridotto di prescrizioni per quanto concerne la concessione dei servizi. Ai sensi del comma 12, dell'art. 3 del Codice, la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, «ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'art. 30». A sua volta l'art. 30, contiene norme di semplificazione e derogatorie per l'affidamento dei contratti di concessione dei servizi, prevedendo che: «salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi». In sostanza, per l'affidamento delle concessioni di servizi è previsto che, salva l'applicazione di discipline specifiche che prevedono forme più ampie di concorrenza, la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici. La scelta del concessionario può avvenire previa gara informale cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Tuttavia, per il PF, l'art. 152, comma 3, del Codice prevede che «le disposizioni del presente Capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento». Tali modalità sono ora disciplinate dall'art. 278 del Regolamento.

A tale riguardo, occorre evidenziare che la Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione unifica le definizioni di concessione di lavori e di concessione di servizi e le relative normative, superando così la dicotomia ad oggi vigente.

Ad ogni modo, ciò che caratterizza la concessione, sia essa di lavori che di servizi, differenziandola dal contratto d'appalto, è la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario. In assenza di alea correlata alla gestione, indipendentemente dal nomen iuris utilizzato, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione, da una cattiva gestione, da inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o da cause di forza maggiore. Nella concessione, invece, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato. Pertanto, in assenza di un effettivo trasferimento del rischio in capo al concessionario, le procedure di aggiudicazione dovranno essere quelle tipiche dell'appalto e i relativi costi dovranno essere integralmente contabilizzati nei bilanci della stazione appaltante.

La nuova direttiva europea, all'art. 5, comma 1, specifica con chiarezza che il contenuto necessario del contratto di concessione è il trasferimento del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o servizi al concessionario, cioè la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione. La parte del rischio trasferita al concessionario, in altri termini, deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Il rischio operativo espone il concessionario al rischio di perdite derivanti da squilibri che si possono generare sia dal lato della domanda (ad esempio, una domanda di mercato inferiore a quella preventivata) sia dal lato dell'offerta (la fornitura di servizi non in linea con la domanda di mercato).

In altri termini, si ha un rischio operativo quando non è garantito nel corso dell'esecuzione il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario previsto in fase di affidamento.

Per le concessioni dei lavori, con la decisione dell'11 febbraio 2004 l'Eurostat ha stabilito le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'opera è da intendersi a carico del bilancio pubblico o

del settore privato, ovvero le condizioni per cui le spese per le infrastrutture possono essere poste fuori dal bilancio dello Stato. A tal fine, l'Eurostat individua tre principali forme di rischio:

- 1) rischio di costruzione (è il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard progettuali inadeguati);
- 2) rischio di disponibilità (è il rischio legato alla performance dei servizi che il partner privato deve rendere e si sostanzia nella potenziale decurtazione dei pagamenti pubblici per effetto dell'applicazione di penali, qualora gli standard dei servizi non siano soddisfatti);
- 3) rischio di domanda (che riguarda la possibilità di variazioni della domanda, al di sopra o al di sotto del livello previsto al momento della firma del contratto di Ppp, a prescindere dalla qualità delle prestazioni offerte dal partner privato).

Accanto a tali rischi, ve ne sono altri comuni a tutte le tipologie di progetto che si verificano nel lungo periodo, quali quelli finanziari, normativi, politici, autorizzativi, ecc.

Un'opera realizzata con il Ppp non incide sui bilanci pubblici se il partner privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda).

I criteri individuati nella Decisione Eurostat 2004 sopra richiamata devono essere integrati ed aggiornati con i contenuti del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a maggio del 2013 (cd. "SEC2010"), che a partire dal 1° settembre 2014 ha sostituito il SEC95 precedentemente in vigore. Il SEC2010 contempla tra le principali forme di rischio anche il "rischio di valore residuo e di obsolescenza" legato, ad esempio, al fatto che qualora il Ppp preveda la riconsegna dell'infrastruttura al termine di scadenza della concessione, il valore di acquisto o di subentro possa essere inferiore rispetto a quello atteso.

Inoltre, un indispensabile complemento al SEC2010 è il Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico (*Manual on Government Deficit and Debt - MGDD*), pubblicato per la prima volta da Eurostat nel 1999 e da ultimo aggiornato nel mese di agosto 2014, che dedica il capitolo 4 della parte VI alle *Public Private Partnership*.

In particolare, in ordine al suesposto criterio dei rischi, il nuovo Manuale, ribadendo che per poter contabilizzare *off balance* gli assetts oggetto dell'operazione di Ppp è necessaria una chiara dimostrazione della sopportazione da parte del privato della maggioranza dei rischi, precisa che la rilevanza del rischio deve essere valutata tenendo conto dell'impatto sia sulla redditività, sia sul profilo finanziario del partner.

Ai fini di una corretta allocazione dei rischi, si ribadisce la rilevanza sostanziale dei fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto ed al valore di riscatto dell'asset a fine concessione.

In tale sede è specificato, tra l'altro, che, con riferimento al finanziamento pubblico, ad esempio, vanno individuate differenti forme, quali l'apporto di capitale di rischio (*equity*) o di capitale di credito (finanziamenti bancari), accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica. In tutti questi casi è stabilito che quando il costo del capitale è prevalentemente coperto dallo Stato in una delle suddette forme, ciò indica che lo Stato assume la maggioranza dei rischi. Inoltre, l'incremento del livello di finanziamento, da minoritario a maggioritario, in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'asset, ossia la sua imputazione sul bilancio del soggetto pubblico.

Anche la presenza di garanzie pubbliche può rappresentare un elemento idoneo ad influenzare il trattamento contabile dell'operazione, in quanto queste possono incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti. A tale proposito è chiarito che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset *on balance* quando assicurano un'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato. Come elemento discrezionale è indicato il

criterio secondo cui l'opera deve essere contabilizzata *on balance* quando l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico copra più del 50% del costo. A tal proposito, il nuovo Manuale estende l'applicazione delle regole in materia anche ai casi in cui un'amministrazione fornisca una garanzia al partner non direttamente legata al debito contratto in relazione a uno specifico progetto in Ppp.

Sul punto, occorre richiamare anche il considerando 19 della Direttiva 2014/23/UE che indica la possibilità, per i settori con tariffe regolamentate, di accordi contrattuali che prevedono una compensazione parziale del rischio operativo, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata del contratto per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o per cause di forza maggiore.

Anche l'allocazione dell'asset alla fine del contratto, come ricordato, rappresenta un elemento idoneo ad incidere sulla contabilizzazione dell'intervento. In particolare, essa può incidere sulla contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura se ricorre una delle seguenti tre condizioni:

1. si concorda un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e questo prezzo non rispecchia il valore di mercato dell'asset;
2. è previsto un prezzo più alto del valore economico atteso;
3. è previsto un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'asset.

Si richiama, pertanto, l'attenzione delle stazioni appaltanti ad una corretta valutazione della ricorrenza, nelle singole fattispecie, delle condizioni e dei presupposti che caratterizzano il contratto di concessione, distinguendolo dal differente strumento contrattuale dell'appalto. Una corretta qualificazione giuridica dell'operazione posta in essere è, infatti, presupposto indispensabile per la corretta individuazione della disciplina giuridica e contabile da applicare. A tale riguardo, si richiamano le conseguenze in punto di responsabilità amministrativa e contabile per gli eventuali maggiori costi sopportati dall'amministrazione a causa di un utilizzo improprio dei Contratti di Ppp e del PF. In particolare, giova sottolineare come il giudice amministrativo abbia sancito la nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile ("contratto in frode alla legge"), di un contratto di concessione nel quale non erano stati osservati i precetti comunitari nella distribuzione dei rischi (v. Tar Sardegna, sentenza 10 marzo 2011, n. 213). Sotto il profilo della responsabilità amministrativo-contabile la Corte dei Conti ha più volte evidenziato come sia necessario accertare che il contratto da concludere abbia le caratteristiche proprie del Ppp con utilizzo di risorse private ai sensi del comma 15-ter dell'art. 3 del Codice e non rappresenti, invece, un meccanismo elusivo del divieto di indebitamento dell'Ente sia per precedenti violazioni del patto di stabilità che per mancato rispetto dei parametri *ex art.* 204 TUEL (v. *ex multis* Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr Veneto, 2 settembre 2011, n. 352/2011/par, in tema di leasing immobiliare)².

² Al riguardo, si ricorda che il comma 111-bis dell'art. 1 della legge 13 dicembre 2010 n. 220 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2011)") prevede che «I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli» e al comma 111-ter stabilisce che «Qualora le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano, agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno, la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di dieci volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico-finanziario, una sanzione pecuniaria fino a 3 mensilità del trattamento retributivo, al netto degli oneri fiscali e previdenziali».

3.2 Il valore dei contratti

A norma dell'art. 29 del Codice, «il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto». La dizione contenuta nel Codice ricalca quella presente all'art. 9, comma 1, della Direttiva n. 2004/18/CE. Si tratta di una formulazione che ha generato numerose difficoltà interpretative, soprattutto rappresentate dalla mancata comprensione da parte delle stazioni appaltanti del fatto che nel calcolo di tale valore debbano essere ricompresi tutti i proventi di qualsiasi natura a favore del concessionario, tra cui le entrate provenienti dagli utenti del servizio.

Tale difficoltà interpretativa ha portato spesso a non riconoscere la dimensione comunitaria ad affidamenti idonei a generare elevati introiti per il concessionario. Si ricorda che per le concessioni di importo superiore alle soglie comunitarie, pur in presenza di un regime semplificato per gli affidamenti, la Commissione Europea nella propria Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 12 aprile 2000, sulla scorta degli orientamenti costanti della Corte di Giustizia, ha indicato l'opportunità di pubblicare gli avvisi relativi alle concessioni sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. In ogni caso, una corretta determinazione del valore stimato delle concessioni pone i competitors in condizioni di parità per la partecipazione alla gara.

La nuova Direttiva 2014/23/UE ha elencato gli elementi che le amministrazioni aggiudicatrici devono considerare ai fini del calcolo del valore della concessione. Si tratta, in particolare, di:

- a) il valore di eventuali forme di opzione e di eventuali proroghe della durata della concessione;
- b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore;
- c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;
- d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;
- e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;
- f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;
- g) ogni premio o pagamento ai candidati o agli offerenti.

Sebbene la Direttiva non sia stata ancora recepita, è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici si conformino fin da subito alle indicazioni contenute nel predetto articolo, in quanto si tratta di una norma che esplica principi di concorrenza, ai quali l'Autorità si è sempre ispirata nei propri provvedimenti (si veda ad esempio la deliberazione del 20 giugno 2012, n. 62, relativa alla concessione del servizio di gestione dei parcheggi custoditi a pagamento).

3.3 Le caratteristiche della finanza di progetto

Tra le diverse forme di Ppp un ruolo centrale è svolto dalla finanza di progetto. Con tale termine si indica il finanziamento di un progetto in grado di generare flussi di cassa sufficienti a remunerare l'investimento effettuato ed a garantire un utile. Dal punto di vista di tecnica finanziaria per il PF è prevista la costituzione di un veicolo ad hoc, definito “*special purpose vehicle*” o società di progetto (di seguito “Spv”). Lo scopo della costituzione dello Spv è di separare il destino del progetto da quello dei finanziatori.

In realtà, si deve da subito evidenziare come la normativa italiana, all'art. 156 del Codice, preveda esclusivamente la possibilità per il concessionario di scegliere, dopo l'aggiudicazione, la costituzione di uno Spv. Una volta effettuata tale scelta, lo Spv subentra al concessionario, senza che ciò costituisca una cessione del contratto. La discrezionalità nella costituzione di uno Spv può rappresentare una delle ragioni per la diffusione in Italia dello strumento del PF anche per affidamenti di importo limitato.

Sebbene la tecnica del PF non possa prescindere dalla costituzione di una Spv anche per progetti di importo limitato, si ritiene che la Spv debba essere almeno sempre presente per tutti gli affidamenti di valore elevato; ciò per garantire al privato la possibilità di accedere a finanziamenti “fuori bilancio”, ovvero che non incidono sui propri indici di indebitamento, e per limitare al contempo gli effetti di un eventuale fallimento del progetto. Per l'amministrazione il principale vantaggio è rappresentato da una maggiore garanzia di esecuzione del progetto.

Le operazioni in PF si distinguono da quelle in corporate finance in aspetti determinanti quali le garanzie del finanziamento, il trattamento contabile (con riferimento al promotore e solo in presenza di Spv), le variabili a base dell'affidamento ed il grado di leva utilizzabile. Nel PF la garanzia del finanziamento si sposta dal patrimonio del prenditore di fondi (corporate finance) agli assets del progetto; il trattamento contabile è *off balance*, le principali variabili a base dell'affidamento sono i flussi di cassa attesi dal progetto (e non la solidità patrimoniale del promotore o la redditività attesa) e la leva utilizzabile è in funzione di questi.

La struttura finanziaria, tendenzialmente caratterizzata da un isolamento dei flussi di cassa ed un sistema di garanzie contrattuali rendono il PF una forma di finanziamento più efficiente rispetto a quella tradizionale, in quanto il finanziamento del progetto da parte delle banche avviene sulla base del suo merito di credito e non su quello dei suoi sponsor. Tuttavia, bisogna considerare che il costo di un finanziamento bancario tradizionale per la pubblica amministrazione è inferiore rispetto al costo medio del capitale in un'operazione di PF. Da ciò discende che la valutazione dell'utilità del ricorso al PF da parte della pubblica amministrazione non può limitarsi a considerare il puro aspetto finanziario, ma deve considerare il vantaggio derivante dal trasferimento dei rischi, nonché la possibilità di quantificare tale vantaggio. In altre parole, l'amministrazione deve attentamente considerare il trasferimento dei rischi con l'obiettivo di rispondere ai fabbisogni dei cittadini in tempi minori e con standard di qualità maggiori. La scelta dei rischi da trasferire all'operatore privato è cruciale per il conseguimento del “*value of money*”, inteso come margine di convenienza di un'operazione di PF rispetto ad un appalto tradizionale.

In sostanza, sono tre le caratteristiche immanenti del PF:

1. la finanziabilità del progetto, intesa come verifica della produzione dei flussi di cassa sufficienti a coprire i costi operativi, a remunerare il capitale di debito e a garantire un utile agli sponsor quale remunerazione del capitale di rischio;
2. il “*ring fencing*”, ossia la definizione di un nuovo soggetto, lo Spv, al quale vengono affidati i mezzi finanziari per la realizzazione del progetto con contestuale separazione del progetto dal bilancio degli sponsor (operazione *off balance*);
3. la costituzione di idonee garanzie, non solo a favore delle banche finanziatrici (“*security package*”).

Poiché un'operazione di PF si svolge su un arco temporale lungo, l'interazione tra i diversi soggetti interessati (pubblica amministrazione, sponsor Spv, banche finanziatrici, costruttore, gestore, fornitore e utenti finali) avviene necessariamente in un orizzonte temporale lungo. Un'efficiente gestione del PF richiede, quindi, tra l'altro la capacità di saper ridurre i tempi dell'operazione e di prevenire tutti quegli elementi di attrito che possono rallentare o compromettere il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

3.4 La centralizzazione della domanda

Il novellato art. 33, comma 3-bis, del Codice stabilisce che «I Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma. Per i Comuni istituiti a seguito di fusione l'obbligo di cui al primo periodo decorre dal terzo anno successivo a quello di istituzione».

Con la Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015 l'Autorità ha fornito prime indicazioni interpretative sugli obblighi normativi contenuti nella predetta disposizione. In particolare, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 33, comma 3-bis, del Codice, l'Autorità ha chiarito che lo stesso disciplina l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali (in virtù dell'art. 206), ivi compreso l'affidamento di concessioni di lavori pubblici. In tal senso depone quanto disposto dall'art. 142, comma 3, del Codice, secondo cui «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice», tra le quali è contenuto l'art. 33, la cui applicazione non è derogata da nessuna disposizione.

Il citato art. 33, comma 3-bis non si applica, invece, ai contratti esclusi dal campo di applicazione del Codice e alle concessioni di servizi (art. 30 del Codice).

Ciò premesso, al fine di stabilire se la disposizione in esame trova applicazione anche per le concessioni affidate mediante finanza di progetto deve aversi riguardo a quanto stabilito all'art. 152 del Codice che, in apertura del Capo III (del Titolo III - Parte II del Codice) dedicato a «Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per il lavoro e del contratto di disponibilità» individua la disciplina comune applicabile a tali procedure di affidamento. In particolare, l'art. 152 prevede l'applicazione delle disposizioni del Titolo I – Parte II del Codice (in cui è contenuto l'art. 33) solo «in quanto non incompatibili» con le previsioni del succitato Capo III.

Al riguardo, si osserva che la centralizzazione consentirebbe, soprattutto in un settore come quello della finanza di progetto, caratterizzato da una particolare complessità tecnica, economica e giuridica, di ridurre i rischi connessi alla gestione delle procedure, in virtù della maggiore competenza dei soggetti aggregatori e della crescente specializzazione che dovrebbe essere assicurata agli altri soggetti deputati alla centralizzazione della domanda. Ulteriori vantaggi possono derivare dalla

centralizzazione in termini di programmazione, progettazione, mancata duplicazione degli interventi e riduzione dei costi.

Tuttavia, come già evidenziato dall'Autorità nella bozza di determinazione avente ad oggetto «Obbligo per i Comuni non capoluogo di provincia di procedere all'acquisizione di lavori, beni e servizi in forma aggregata - art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo del 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii. – Ulteriori indirizzi interpretativi», vi sono difficoltà applicative del comma 3-bis dell'art. 33 del Codice alle concessioni, tenuto conto della specificità delle stesse e della necessità di un raccordo molto stretto che la gestione di un rapporto concessorio impone all'eventuale pluralità di enti concedenti. Si fa riferimento alle difficoltà di aggregazione degli interventi da realizzare, avendo riferimento alla loro specificità, per i quali è più facilmente ipotizzabile una centralizzazione della procedure piuttosto che un'aggregazione degli acquisti (che può, invece, più agevolmente avvenire per servizi e forniture); o, ancora, alle difficoltà connesse alla gestione dell'intera procedura che implica un coinvolgimento attivo dell'amministrazione (si pensi alla richiesta di modifica al progetto preliminare e, in caso di mancata accettazione del promotore, all'interpello di quelli che seguono in graduatoria - art. 153, comma 3 del Codice).

4. La fase della programmazione

Ai sensi dell'art. 128, comma 1, del Codice l'attività di realizzazione di lavori di importo superiore a 100 mila euro «si svolge sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso».

Secondo quanto indicato dal successivo comma 2, il programma triennale rappresenta un momento attuativo degli studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei bisogni che ciascuna amministrazione aggiudicatrice predispone nell'esercizio delle proprie autonome competenze. Ai sensi dell'art. 13 comma 1 del Regolamento, il programma triennale per i lavori viene redatto ogni anno aggiornando quello precedentemente approvato per i lavori da eseguire nel triennio successivo.

Lo schema di programma viene reso pubblico, prima della sua approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi nonché mediante pubblicazione sul profilo del committente.

Il programma definitivo, ai sensi dei commi 11 e 12 dell'art. 128 del Codice, deve essere pubblicato sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in virtù di quanto disposto dall'art. 38 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, sul sito istituzionale dell'amministrazione, e per estremo, sul sito dell'Osservatorio, nonché trasmesso, entro trenta giorni dalla sua approvazione, al CIPE dopo l'approvazione per la verifica di compatibilità.

Il programma indica, «per tipologia e in relazione alle specifiche categorie degli interventi, le loro finalità, i risultati attesi, le priorità, le localizzazioni, le problematiche di ordine ambientale, paesistico ed urbanistico-territoriale, le relazioni con piani di assetto territoriale o di settore, le risorse disponibili, la stima dei costi e dei tempi di attuazione». Le priorità del programma privilegiano valutazioni di pubblica utilità rispetto ad altri elementi in conformità di quanto disposto dal Codice.

Il programma deve contenere un ordine di priorità dei lavori previsti, privilegiando i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi che richiedano finanziamenti con capitale privato

maggioritario, in quanto suscettibili di gestione economica. L'adozione dei programmi triennali e degli elenchi annuali dei lavori deve avvenire sulla base di schemi tipo approvati dal Ministero delle infrastrutture con decreto che contengono indicazioni su disponibilità di risorse e copertura finanziaria da ripartirsi per categorie e tipologie di intervento (art. 128, comma 11, del Codice).

L'art. 271 del Regolamento prevede il principio di programmazione anche per i servizi e le forniture, limitandolo però solamente ad un anno. Tuttavia il comma 1 prevede soltanto una facoltà e non un obbligo, come previsto per le opere pubbliche, lasciando alla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni la predisposizione di un piano annuale. Ai sensi del successivo comma 4, qualora l'amministrazione abbia predisposto il programma, l'acquisizione di beni e servizi non preventivati può comunque avvenire «in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione».

La mancata programmazione nel settore dei servizi e forniture si può ripercuotere in una carenza di trasparenza nelle scelte effettuate dall'amministrazione, scelte che possono anche finire per essere motivate da interessi particolaristici, se non clientelari, piuttosto che da esigenze pubbliche. Sono sintomo di tali problematiche la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.

Per tali ragioni, al fine di privilegiare la massima trasparenza ed il contrasto alla corruzione, occorre che la programmazione preventiva diventi la regola. Al riguardo l'Autorità nella determinazione del 6 novembre 2013, n. 5, ha osservato che: «benché facoltativa, ... la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione; tale verifica può ritenersi effettiva, infatti, solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti».

L'opportunità di informare, attraverso la programmazione, il mercato e il territorio circa le modalità di gestione di servizi di rilievo è particolarmente evidente per un settore, come quello del PF, nel quale è richiesto l'intervento del capitale privato e sono delegate all'affidatario la gestione e (in parte) la configurazione del servizio.

Il Codice prevede che per i lavori di importo inferiore a un milione di euro venga incluso nel piano annuale almeno uno studio di fattibilità, mentre per quelli di importo superiore almeno il progetto preliminare. Per i lavori di manutenzione e per quelli affidati con PF il Codice prevede il solo studio di fattibilità (art. 128, comma 6 e art. 153, comma 2). La ratio della previsione è da rintracciare nella maggiore libertà di iniziativa economica che è lasciata al privato nell'adozione dello specifico strumento del PF; tuttavia, ciò può ripercuotersi sulla fattibilità del progetto stesso. Infatti, specie per gli interventi più complessi, la fase di approvazione del progetto preliminare e di accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore può richiedere tempi lunghi e ciò può determinare un mutamento sostanziale del quadro economico su cui si era basata l'offerta preliminare e, quindi, la manifestazione di interesse da parte degli istituti finanziari.

In ogni caso, al fine di accelerare le procedure di aggiudicazione del PF, che possono risultare rallentate a causa delle difficoltà sopra menzionate, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto importanti modifiche per quanto riguarda la conferenza di servizi preliminare e i requisiti per la predisposizione degli studi di fattibilità nel PF.

In particolare, il comma 1, attraverso l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha reso obbligatorio per le pubbliche amministrazioni indire una conferenza preliminare di servizi con il compito di esprimersi sulla base dello studio di fattibilità, specificando che le decisioni assunte in tale sede sono vincolanti per le stesse, potendo essere modificate nelle successive fasi procedurali solo in presenza di elementi nuovi e rilevanti. L'istituto della conferenza preliminare di servizi possiede la duplice finalità di attuare un coinvolgimento maggiore degli investitori privati nella realizzazione delle opere pubbliche, nonché di semplificare l'azione amministrativa mediante il coordinamento tra i vari enti interessati al fine di comporre gli interessi coinvolti, talora confliggenti. Sarebbe, infatti, auspicabile, al fine di ridurre i tempi per la realizzazione del progetto, che l'amministrazione riuscisse a garantire l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione, ciò è peraltro previsto nel disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee.

Il legislatore, compresa l'importanza di porre a base del progetto un articolato e dettagliato studio di fattibilità, con il comma 2-bis dell'art. 153 del Codice ha potenziato tale strumento, affidandone la redazione al personale interno all'amministrazione solo a condizione che possieda i necessari requisiti soggettivi di competenza tecnica per la sua predisposizione e prevedendo, in mancanza di adeguate professionalità, l'affidamento a soggetti esterni, tramite procedura selettiva³.

I correttivi apportati alla fase di predisposizione dello studio di fattibilità non si sono spinti fino a prevedere la necessità di una consultazione preventiva con i soggetti interessati dagli interventi che si intende realizzare, nonostante in passato vi siano stati disegni e progetti di legge al riguardo. Troppo spesso si assiste, infatti, all'opposizione di parte della popolazione alla realizzazione di interventi sul territorio, dovuta anche alle carenze nel confronto con la stessa per la scelta degli interventi e delle modalità di realizzazione. Ciò determina inevitabili ritardi, specie nella fase di esecuzione dei lavori, con conseguenti lievitazione dei costi e del contenzioso. Tali fenomeni riguardano non solo la realizzazione di importanti infrastrutture ma, in numerosi casi, interventi anche limitati, come la costruzione di un parcheggio. La consultazione preventiva può rappresentare un modo per acquisire il contributo e il punto di vista dei soggetti interessati dall'intervento in questione e per ridurre il rischio "politico" rappresentato dai mutamenti che possono intervenire nel committente a seguito del cambio di maggioranza per nuove elezioni. La consultazione pubblica, infatti, può essere idonea a scindere il destino del singolo progetto da quello della maggioranza proponente, in quanto lo stesso è stato valutato ed approvato dai soggetti interessati.

Indipendentemente dall'esplicita previsione di tale strumento nel riformato Codice dei contratti, si osserva che attualmente non esiste alcuna norma ostativa allo svolgimento di una consultazione preventiva in un momento che precede la definizione dello studio di fattibilità e, quindi, la predisposizione dei documenti di programmazione. Tale consultazione potrebbe avvenire, ad esempio, attraverso misure di informazione della popolazione interessata circa la natura degli interventi che si intende eseguire (quali comunicati stampa, informativa a gruppi già organizzati, ecc.), nonché la predisposizione di una pagina nel sito istituzionale del soggetto proponente volta, oltre ad informare, anche a recepire eventuali commenti, istanze, ecc. Qualunque sia la modalità prescelta, si richiama

³ Per le modalità di selezione dei progettisti esterni si rimanda a quanto contenuto nella Determinazione 25 febbraio 2015, n. 4, «Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria».

L'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che tale consultazione preventiva non si riduca ad una comunicazione meramente formale ma garantisca un'effettiva partecipazione degli *stakeholders* e della collettività interessata. A tal fine, occorre fornire ai soggetti coinvolti tutte le informazioni utili per un effettivo confronto, nel rispetto della disciplina sull'accesso agli atti. È altresì importante motivare le scelte effettuate, esplicitando le valutazioni compiute anche con riferimento a quanto rappresentato, in sede di consultazione, dai soggetti interessati.

Al fine del contenimento dei tempi, sarebbe opportuno che questa forma di “*débat public*” avvenga contestualmente, per quanto possibile, alla conferenza preliminare di servizi.

Lo studio di fattibilità che ne deriva, così messo a punto, svilupperà un potenziale idoneo a formare un quadro globale, prevedere tutte le possibili interferenze e fornire soluzioni adeguate alla realtà in cui il progetto si inserisce.

Al riguardo, si segnala che all'art. 1, comma 1, lettera ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee è espressamente previsto tra i criteri di delega quello della garanzia di trasparenza e di pubblicità degli atti nelle operazioni di Ppp. Occorrerà, quindi, verificare se saranno introdotte dal legislatore interno forme obbligatorie di pubblicazione anche sul web di un *dataset* riferito a ciascun contratto di Ppp, che comprenda le informazioni dalla fase di programmazione sino al termine della gestione del contratto di concessione. Si tratta di una previsione di trasparenza che, oltre a risponde alle esigenze informative e di confronto tipiche del *débat public*, ha ovvi ed importanti riflessi in chiave di controllo dei costi e della qualità dell'opera nonché di prevenzione dei rischi di corruzione.

5. Lo studio di fattibilità

5.1 Introduzione

Nel Codice, all'art. 128, lo studio di fattibilità è descritto come strumento attuativo del programma triennale, nel quale deve riportarsi l'analisi dello stato di fatto sotto i profili storico-artistici, architettonici, paesaggistici, di sostenibilità ambientale, socio-economica, amministrativa e tecnica. Si tratta, dunque, di uno strumento, avente i contenuti sia della pianificazione territoriale ed economica, necessaria per la quantificazione dei lavori strumentali al soddisfacimento dei bisogni delle amministrazioni aggiudicatrici, sia del documento preliminare alla progettazione, come elaborato da porre a base di gara nei procedimenti di cui all'art. 153 del Codice. Lo studio di fattibilità deve essere dunque in grado di trasformare l'iniziale idea-progetto in una specifica ipotesi di intervento, attraverso l'identificazione, la specificazione e la comparazione, ove possibile, di più alternative atte a cogliere modalità diverse di realizzazione dell'idea originaria e consentire all'amministrazione competente di attuare una scelta motivata. Allo stesso tempo deve anche avere contenuti sufficienti a poter indire una gara d'appalto e, quindi, poter prevedere nel bando i requisiti di partecipazione e l'importo dell'investimento. Nel disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee in materia di appalti e concessioni è indicato, tra i criteri di delega, che lo studio di fattibilità, pur continuando a rappresentare il documento posto a base di gara, debba possedere un livello di approfondimento e di dettaglio maggiori rispetto a quanto previsto con la normativa vigente. In particolare lo studio di fattibilità deve contenere elementi idonei a verificare i livelli di bancabilità dell'opera; tale verifica deve essere effettivamente eseguita dall'amministrazione al fine di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria. Ciò al fine di ridurre il rischio di mancata aggiudicazione della gara, molto spesso derivante dalla difficoltà di finanziamento dell'opera, nonché di contenere i tempi per la realizzazione

del progetto, molto spesso procrastinati dal lungo intervallo intercorrente tra il momento iniziale della programmazione degli interventi e quello del *closing* finanziario.

Appare evidente, quindi, il ruolo sostanziale che viene ad assumere lo studio di fattibilità e la necessità di individuarne chiaramente i contenuti minimi indefettibili, in relazione alla duplice funzione ad esso assegnata.

Al fine di redigere una programmazione coerente con le effettive necessità della comunità, in una prima fase, è necessario prevedere la raccolta di tutti gli elementi occorrenti per la formazione di un quadro completo dei bisogni e delle esigenze della collettività. In tale ottica, invero, l'art. 11 del Regolamento non dà indicazioni specifiche. In ogni caso, dovranno essere valutati dall'amministrazione e per essa dal Responsabile del Procedimento tre profili:

- a) la domanda da soddisfare per la collettività di riferimento e le opportunità in atto, individuando *standard* qualitativi e quantitativi prestazionali dei servizi richiesti, che siano oggettivi e misurabili;
- b) i piani e le strategie proprie dell'amministrazione o di altri enti interessati o sovraordinati;
- c) gli obblighi derivanti dalla normativa nazionale e comunitaria.

La quantificazione della domanda deve considerare, oltre alle esigenze del bacino potenziale di utenza, anche le specifiche soluzioni tecnologiche e finanziarie prospettate. L'identificazione della domanda non può essere generica, ma deve basarsi su parametri facilmente identificabili e misurabili. Ciò anche perché l'individuazione corretta della domanda potenziale rappresenta un elemento fondamentale per la determinazione dei costi e dei possibili rendimenti dell'investimento e, quindi, per la definizione del piano economico e finanziario. È chiaro, ad esempio, che un'eventuale richiesta di rivisitazione del piano economico e finanziario (e, quindi, delle tariffe all'utenza), motivata con modifiche non previste e non preventivabili della domanda finale, dovrà necessariamente basarsi su indicatori identificabili e misurabili già presenti nei documenti di gara.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, l'individuazione e la quantificazione della domanda da soddisfare dovrebbe giovare di forme di partecipazione, del tipo del *débat public* francese.

La conferenza di servizi obbligatoria, di cui al richiamato comma 1-bis dell'art. 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, è finalizzata a vincolare le amministrazioni a definire i propri fabbisogni e a presentare al mercato proposte chiare, offrendo soluzioni che ricomprendano anche eventuali opere compensative che si rendano necessarie a mitigare l'impatto ambientale, territoriale e sociale.

Lo studio di fattibilità ha, quindi, lo scopo di trasformare un'iniziale idea-progetto in una specifica ipotesi di intervento identificando, specificando e comparando più alternative con la funzione di individuare modalità diverse di soddisfazione del bisogno e di realizzazione dell'idea originale.

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

La realizzazione delle infrastrutture può avvenire o mediante la formula dell'appalto con risorse totalmente a carico dell'amministrazione, o mediante una delle formule di Ppp (*ex art. 3, comma 15-ter*). A tal fine si rende necessario valutare, da parte delle amministrazioni pubbliche, se sia conveniente procedere ad una forma di partenariato con il privato oppure, diversamente, ricorrere ad un contratto di appalto più tradizionale. Tale analisi va effettuata in modo differenziato in rapporto alle caratteristiche e dimensioni dell'intervento che si prevede debba essere realizzato ed alle risorse economiche disponibili. In particolare, si dovrà tener conto almeno dei seguenti aspetti:

- i. la presenza di un quadro normativo e regolatorio compatibile con l'intervento;
- ii. l'esistenza di rischi trasferibili al soggetto privato;
- iii. la capacità organizzativa e la presenza del *know how* della pubblica amministrazione per intraprendere un'operazione di Ppp;
- iv. la possibilità di praticare un sistema di pagamenti da legare a prefissati livelli quantitativi e qualitativi in sede di gestione;
- v. la tariffabilità dei servizi da erogare e la verifica del consenso della collettività a pagare tali servizi.

Un tale controllo potrebbe fornire elementi direttamente utilizzabili nell'elaborazione del bando di gara in ordine, segnatamente, alle più consone modalità di scelta del partner privato. La verifica della praticabilità del Ppp va effettuata quando sono disponibili alcune informazioni sulle alternative per la realizzazione delle idee-progetto, ma in ogni caso prima della conclusione dello studio di fattibilità poiché, ad esempio, un esito non favorevole al Ppp potrebbe comportare anche la rinuncia al progetto.

Tutto ciò presuppone che:

- a) le procedure di aggiudicazione siano regolate attraverso meccanismi concorrenziali e competitivi;
- b) i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico;
- c) la corretta quantificazione dei costi connessi ai rischi da allocare riduca le asimmetrie informative attribuendo maggiore consapevolezza all'amministrazione.

L'amministrazione dovrebbe trovare conveniente effettuare un determinato progetto mediante uno schema di Ppp e non tramite un tradizionale schema di appalto solo quando il rendimento atteso per l'intera società è positivo. Il *value for money* dei Ppp rappresenta il beneficio in termini finanziari derivante per la pubblica amministrazione dal ricorso a tale tipo di operazione. A tal fine occorre valutare, oltre al costo di investimento per la realizzazione di un determinato progetto, anche il costo totale dell'opera nel corso di tutta la sua vita utile prendendo in considerazione i costi di manutenzione e gestione nonché le diverse tipologie di rischi associati al progetto che possono tradursi in elementi di costo.

Una corretta valutazione dei rischi è compiuta attraverso l'elaborazione di una matrice dei rischi. Si tratta di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico debba essere in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa. È chiaro che più dettagliata sarà la matrice, minori si riveleranno le possibilità di trascurare alcuni aspetti dell'operazione. Al fine della costruzione della matrice dei rischi, si dovrebbero considerare i seguenti aspetti:

- a) identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli elementi che potrebbero costituire un rischio nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione⁴;
- b) *risk assessment*, ovvero la valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio e dei costi che ne possono derivare. È importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare;
- c) *risk management*, individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento. Nei progetti di Ppp la gestione ottimale del rischio, per quanto già detto, consiste nell'allocazione in capo al soggetto che è in grado di sopportarlo meglio.

⁴ Per un'analisi dettagliata dei possibili rischi si rimanda al paragrafo 3.1.

Esempio di possibile matrice dei rischi

Tipo di rischio	Probabilità del verificarsi del rischio	Costi associati al verificarsi del rischio	Possibilità di mitigazione del rischio se trasferito al privato	Strumenti per la mitigazione del rischio	Rischio a carico del pubblico (%)	Rischio a carico del privato (%)
normativo						
amministrativo						
di progettazione						
di costruzione						
di finanziamento						
di mercato						
di gestione						
di manutenzione						
da causa di forza maggiore						

Nella tabella è riportato un possibile schema di matrice dei rischi. Nella prima colonna sono indicate alcune tipologie di rischio che si possono affrontare nell'arco di vita del progetto. Nella seconda e nella terza la probabilità del verificarsi dell'evento e le relative conseguenze in termini di costi (e di tempo/ritardi di realizzazione dell'opera e della sua fruizione). Nella quarta colonna è indicata la possibilità di mitigazione del rischio nel caso di trasferimento dello stesso al privato; appare evidente che la risposta contenuta nella colonna (ad esempio, bassa, media, alta) dovrebbe essere correlata con la percentuale di trattenimento del rischio da parte del pubblico (colonna 6) e quella trasferita al privato (colonna 7). Nella quinta colonna sono indicati gli strumenti reputati maggiormente utili per la mitigazione del rischio.

La matrice dei rischi potrebbe essere maggiormente dettagliata, ad esempio, prevedendo a quale dei soggetti che intervengono nell'opera sia trasferito il rischio (ente affidante, costruttore, gestore, Spv, banca, assicuratore, ecc.).

Uno dei metodi più diffusi, ma non l'unico, per misurare l'entità del *value for money* è quello del *public sector comparator* (Psc)⁵. Questo modello di valutazione si basa sul confronto del valore attuale netto dei costi e dei ricavi generati nelle due diverse soluzioni di appalto/concessione. La differenza fra i valori riportati, rappresenta la misura del *value for money* espresso in termini di risparmio sui costi di un'alternativa rispetto all'altra.

In termini tecnici, il Psc può essere definito come un ipotetico costo, aggiustato con una componente di rischio nel caso in cui un'opera infrastrutturale sia finanziata e gestita da un'amministrazione pubblica. Secondo la tecnica Psc, il vero costo di realizzazione dell'opera per il soggetto pubblico è dato dal valore attuale netto dei costi (VANc) sommato al valore attuale netto dei rischi (VANr).

Per calcolare il Psc è necessaria una completa attività di quantificazione dei diversi flussi di cassa relativi all'intero ciclo della costruzione e gestione di una infrastruttura. Il calcolo del Psc è effettuato attraverso la misurazione di varie componenti:

⁵ Per un'analisi completa per l'applicazione dello strumento del *public sector comparator* si rimanda allo studio effettuato dall'Autorità, insieme alla Unità Tecnica Finanza di Progetto, ha pubblicato nel settembre del 2009 relativo a: "Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l'analisi del valore", disponibile al seguente link: http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Pubblicazioni/StudiRicerche/_PSC/

- il Psc base (*raw Psc*) che include il costo del capitale ed i costi operativi, sia diretti che indiretti, associati alla costruzione, alla manutenzione e alla gestione dell'infrastruttura;
- la neutralità competitiva che consiste nella rimozione di qualsiasi vantaggio competitivo che l'amministrazione possa conseguire nella costruzione e gestione di un'infrastruttura attraverso un appalto tradizionale;
- il rischio trasferibile che è il rischio associato ad una serie di eventi che influenzano la costruzione e la gestione di un'opera;
- il rischio trattenuto che è il rischio che non può essere trasferito al soggetto privato e che, quindi, rimarrebbe in ogni caso in capo al soggetto pubblico. Un esempio di rischio trattenuto può essere costituito dalle eventuali modifiche legislative che abbiano ricadute sull'esecuzione e gestione dell'opera.

Il Psc risulta, pertanto, come somma delle suddette componenti:

$$\text{Psc} = \text{Psc base} + \text{neutralità competitiva} + \text{rischio trasferibile} + \text{rischio trattenuto}$$

Il Psc può essere utilizzato sia nella fase iniziale, in cui l'Amministrazione dovrà decidere se realizzare un'opera in PF o attraverso un appalto tradizionale, sia nelle fasi più a valle dove le offerte di operatori privati dovranno essere concretamente valutate. Nel primo caso il Psc viene calcolato nell'ambito dello studio di fattibilità per alimentare il processo decisionale pubblico. Nel secondo caso il Psc può essere utilizzato per confrontare le offerte presentate dai soggetti privati o valutare *ex post* la convenienza complessiva dell'operazione.

Una volta valutati i rischi e definiti i costi, con le modalità sopra specificate, occorrerà determinare il vero costo di realizzazione dell'opera per il soggetto pubblico, secondo la formula valore attuale netto dei costi (VANc) + valore attuale netto dei rischi (VANr). Tale valore dovrà essere confrontato con il VAN dei costi e rischi ottenibile del soggetto privato. Solo se il privato è in grado di minimizzare i rischi trasferiti dal soggetto pubblico, per esempio tramite il rispetto del *budget* di costruzione, dei tempi di realizzazione, dei costi di manutenzione, l'amministrazione conseguirà il c.d. *value for money* ovvero avrà realizzato un'operazione con efficienza, efficacia e risparmio di risorse pubbliche.

5.3 Il contenuto dello studio di fattibilità

La definizione in concreto del contenuto dello studio di fattibilità va ricercata nel bilanciamento di due esigenze contrapposte: avere uno studio di fattibilità affidabile e completo, garantendo ai concorrenti la possibilità di apportare modifiche alla soluzione indicata nello studio stesso.

La disciplina analitica relativa ai contenuti dello studio di fattibilità, specie per i lavori, è contenuta nell'art. 14 del Regolamento. Per quanto riguarda i servizi, ai sensi dell'art. 278 del Regolamento, lo studio di fattibilità da presentare a corredo delle proposte dei privati deve permettere alle amministrazioni aggiudicatrici, una valutazione sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione, nonché l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione.

L'art. 14 del Regolamento si compone di due commi, di cui il primo contiene disposizioni di carattere generale sul contenuto dello studio di fattibilità, mentre il secondo disposizioni specifiche per gli studi di fattibilità da porre a base di gara per il dialogo competitivo e il PF.

Il comma 1 dell'art. 14 del Regolamento prevede che lo studio di fattibilità, ai fini della programmazione, si componga di una relazione illustrativa contenente:

- a) le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare;
- b) l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata;
- c) la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di Ppp;
- d) l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative;
- e) la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

Quando a seguito dell'approvazione dello studio di fattibilità di cui al comma 1, sia accertata, sulla base delle analisi descritte nel punto precedente, la convenienza di affidare la realizzazione del progetto tramite lo strumento del PF, lo studio di fattibilità da porre a base di gara, ai sensi del successivo comma 2, salva diversa motivata determinazione del responsabile del procedimento, si compone dei seguenti elaborati⁶:

a) relazione illustrativa generale contenente:

1. Inquadramento territoriale e socio-economico dell'area oggetto dell'intervento:
 - 1.1. corografia, stralcio del piano regolatore generale comunale, verifica della compatibilità con gli strumenti urbanistici;
 - 1.2. analisi dell'impatto socio-economico con riferimento al contesto produttivo e commerciale esistenti.

La relazione dovrebbe, cioè, contenere una descrizione dettagliata e puntuale dell'opera che si intende realizzare, eventualmente accompagnata da immagini relative allo stato del territorio e ad opere simili che si prendono a riferimento. Inoltre, dovrebbero essere spiegate le ragioni alla base dell'intervento, da contestualizzare con l'ambiente socio-economico in cui lo stesso si inserirà.

2. l'analisi della domanda e dell'offerta attuale e di previsione con riferimento:
 - 2.1. al bacino d'utenza;
 - 2.2. alla stima dei bisogni dell'utenza mediante utilizzo di parametri fisici riferiti alla specifica tipologia dell'intervento, quali i flussi di traffico e il numero di accessi;
 - 2.3. all'individuazione, in termini quantitativi e di gradimento, dell'offerta attuale e di quella prevista nei medesimi settori di intervento.

L'analisi della domanda prevede la determinazione del numero di utenti presumibilmente interessato all'opera, mediante ipotesi, informazioni, dati statistici (quali quelli relativi ai flussi di traffico e numero previsto di accessi) e indagini conoscitive su campioni significativi. Accanto all'analisi della

⁶ La normativa non prevede distinzioni in merito al contenuto dello studio di fattibilità per dimensioni del progetto, con ciò intendendo che lo studio di fattibilità da porre a base di gara debba necessariamente contenere tutti gli elementi indicati nel citato comma 2, indipendentemente dal valore dell'opera. Nelle «Linee guida per la realizzazione di studi di fattibilità», di gennaio 2013, ITACA ha suggerito che considerando «che gli studi redatti con finalità programmatiche ordinarie ... possano costituire il *livello semplificato* e che necessariamente quelli posti a base di gara debbano seguire i disposti del comma 2 (*livello completo*), a livello regionale potrebbe essere interessante introdurre una fascia intermedia (*livello sintetico*), più analitica del livello base ma meno descrittiva dello studio di fattibilità completo, ad esempio nel caso di ricorso a contributo regionale» o per i progetti di importo contenuto.

domanda occorre effettuare anche un'analisi dell'offerta, consistente nel verificare se la domanda individuata è già soddisfatta o potrebbe esserlo, in un futuro prossimo, con strumenti alternativi.

3. l'analisi delle alternative progettuali:

- 3.1. individuazione delle alternative progettuali dal punto di vista delle scelte tecnologiche, organizzative e finanziarie;
- 3.2. matrice delle alternative progettuali.

Occorre, in questa sede, creare un quadro chiaro delle possibili soluzioni alternative che ne approfondisca i punti di forza e di debolezza. Le differenti soluzioni possono essere valutate alla luce di vari profili: localizzazione, caratterizzazione e tipologia dell'opera. Le alternative vanno valutate sulla base di criteri oggettivi e tra di esse può essere annoverata anche l'alternativa zero da intendersi però non come un "non fare" quanto come la possibilità di adottare una soluzione conservativa, di miglioramento su interventi preesistenti⁷. Le diverse alternative devono essere rappresentate in una matrice, nella quale siano descritti i punti di forza e di debolezza delle stesse.

4. lo studio dell'impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili soluzioni alternative:

- 4.1. analisi sommaria degli aspetti geologici, geotecnici, idraulici, idrogeologici, desunti dalle cartografie disponibili o da interventi già realizzati ricadenti nella zona;
- 4.2. verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento.

Occorre descrivere il possibile impatto derivante dalla realizzazione dell'opera con il paesaggio e con l'ambiente, le risorse naturali, la qualità della vita. Bisogna, inoltre, individuare i potenziali effetti e i rischi ambientali dell'intervento, indicando le eventuali contromisure necessarie per annullarli o mitigarne la portata, individuandone i relativi costi.

b) relazione tecnica contenente:

1. le caratteristiche funzionali e tecniche dei lavori da realizzare;

Ai fini della predisposizione della relazione tecnica, bisogna acquisire tutte le informazioni necessarie per identificare le attività e le funzioni da insediare, badando alle caratteristiche dimensionali e volumetriche degli spazi da utilizzare, nonché alle caratteristiche funzionali e tecniche per rendere ottimale l'uso della struttura. In sostanza, in questa fase bisogna partire necessariamente dai fabbisogni che si vuole soddisfare e verificare se l'intervento previsto riesce a garantirli. Ad esempio, occorre verificare se determinati ambienti che ci si propone di realizzare siano sufficienti a garantire l'accesso e l'usabilità dei servizi da parte degli utenti.

2. descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce nonché delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale ed i valori culturali e paesaggistici.

Lo studio di fattibilità deve contenere documenti utili alla possibilità di adeguare la conformazione fisica dell'intervento alla collocazione spaziale tenendo conto di eventuali vincoli che ne possano condizionare la realizzazione o il funzionamento. In particolare, dovranno essere evidenziati in dettaglio tutti quegli elementi che, da un punto di vista tecnico, possono determinare vincoli o mutamenti alla realizzazione dell'opera, legati alla tutela ambientale, al rispetto di vincoli culturali e

⁷ La soluzione di non procedere con l'intervento non dovrebbe costituire una reale alternativa in questa fase, trattandosi della documentazione da porre a base di gara e, quindi, avendo già superato lo scrutinio della fase di programmazione, circa l'utilità dell'intervento.

paesaggistici, nonché alla presenza di eventuali interferenze. Ciò anche al fine di evitare che nella fase di esecuzione dell'opera si debba procedere alla realizzazione di varianti.

3. analisi sommaria delle tecniche costruttive e indicazione delle norme tecniche da applicare.
4. cronoprogramma.

Il cronoprogramma si riferisce alla fase realizzativa dell'intervento. Qualora l'amministrazione intenda riconoscere la facoltà di cui all'art. 143, comma 4, del Codice, ovvero la gestione economica di stralci funzionali, anche anticipata rispetto alla conclusione dell'insieme dei lavori, il cronoprogramma dovrà dettagliare anche i tempi previsti per la realizzazione delle singole parti.

5. stima sommaria dell'intervento secondo le modalità di cui all'art. 22, comma 1⁸, del Regolamento con l'individuazione delle categorie di cui all'allegato A e dei relativi importi, determinati mediante l'applicazione delle quote di incidenza delle corrispondenti lavorazioni rispetto al costo complessivo.

Il Regolamento prevede come regola generale l'applicazione dei costi standardizzati per i lavori ai fini del calcolo dei costi dell'intervento. In assenza di tali costi standardizzati si potrà fare riferimento ad interventi analoghi realizzati o ad un computo metrico estimativo. Si tratta, naturalmente, di stime di massima, in quanto ci si trova ancora in una fase di studio di fattibilità dell'intervento; tuttavia, tali stime, insieme a quelle presenti nell'elaborato tecnico-economico, sono fondamentali per valutare la realizzabilità dell'opera.

c) elaborati progettuali stabiliti dal responsabile del procedimento tra quelli previsti dall'articolo 21;

Il Rup, laddove lo ritenga opportuno, può stabilire di includere nello studio di fattibilità ulteriori elaborati progettuali, individuati tra quelli indicati all'art. 21 per il progetto preliminare.

d) elaborato tecnico-economico contenente:

1. la verifica della possibilità di realizzazione mediante concessione rispetto all'appalto.

La relazione tecnico-economica deve contenere innanzitutto gli elementi per i quali si ritiene opportuno procedere con una concessione. Si tratta degli elementi già esaminati per l'utilizzo, ad esempio, dello strumento del Psc.

2. analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione e, nel caso di concessione, alla fase di gestione.

In questa parte deve essere effettuata un'analisi dei flussi di spesa e di entrata sia per la fase di costruzione che per quella di gestione. Si tratta di valutare elementi di costo (che si sostengono soprattutto nella fase di costruzione dell'opera e per la relativa manutenzione) e di ricavo (che si realizzano quando la fase di costruzione è terminata e comincia la gestione dell'opera). L'orizzonte temporale di riferimento diventa un fattore decisivo per calcolare la sostenibilità finanziaria di un'opera, così come il tasso di sconto utilizzato per attualizzare i flussi di costo e di ricavo futuri. In questa fase si deve effettuare un'analisi dei rischi nel tempo, considerando le diverse alternative progettuali, attraverso la matrice dei rischi. La matrice dei rischi, come già evidenziato, deve evidenziare la tipologia del rischio e la relativa allocazione: concedente, partner privato o entrambi. Si ricorda che una corretta stima dei costi e dei ricavi, oltre a rappresentare un elemento essenziale per la corretta allocazione dei rischi, rappresenta un elemento fondamentale per la bancabilità dell'opera.

⁸ L'articolo 22, comma 1, del Regolamento prevede che: «Il calcolo sommario della spesa è effettuato, per quanto concerne le opere o i lavori, applicando alle quantità caratteristiche degli stessi, i corrispondenti prezzi parametrici dedotti dai costi standardizzati determinati dall'Osservatorio. In assenza di costi standardizzati, applicando parametri desunti da interventi similari realizzati, ovvero redigendo un computo metrico estimativo di massima».

3. analisi della fattibilità economica e sociale (analisi costi-benefici).

L'analisi della fattibilità economica e sociale di un'opera pubblica ha lo scopo di verificarne il grado di utilità per la collettività. Quest'analisi differisce dalla precedente in quanto devono anche essere considerati i benefici e i costi (non monetari) dell'intervento. È l'esempio di un'opera di difesa idraulica il cui prodotto caratteristico è la riduzione del rischio idraulico, ovvero il cui beneficio per la collettività è rappresentato, non tanto da un ricavo immediato, quanto dalla riduzione di un rischio e, quindi, di possibili oneri futuri. In questo caso, per la sostenibilità finanziaria dell'opera, occorre verificare come viene remunerato il concessionario. È chiaro che l'analisi di fattibilità economica e sociale riguarda maggiormente le ragioni dell'intervento, mentre l'analisi di fattibilità finanziaria attiene di più alla realizzabilità dello stesso tramite gli strumenti di partenariato.

4. schema di sistema tariffario, nel caso di concessione.

Questo schema è chiaramente essenziale per definire i flussi di ricavo per il concessionario. È altresì importante per l'accessibilità dell'opera da parte dell'utenza. Ad esempio, prevedere tariffe elevate per gli utenti può ridurre l'appetibilità per gli stessi e, quindi, non permettere che si determinino quei flussi di ricavo necessari per garantire la fattibilità finanziaria dell'opera, nonché ridurre i benefici attesi dalla stessa.

5. elementi essenziali dello schema di contratto.

Come rappresentato in seguito e in maggiore dettaglio, il contratto rappresenta un documento fondamentale per il PF, in quanto destinato a regolare i rapporti di lungo periodo tra tutti i soggetti partecipanti. La conoscenza dei principali diritti e obblighi del rapporto concessionario, già in fase di gara, permette di formulare con maggior cognizione la propria offerta.

5.4 L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi

Lo studio di fattibilità deve essere, di norma, redatto dagli Uffici Tecnici delle amministrazioni aggiudicatrici; ai sensi del comma 2-bis dell'art. 153, in carenza di organico altamente qualificato, la redazione di tutto o parte dello studio di fattibilità può essere affidata a soggetti esterni all'amministrazione.

In alternativa, anche sulla base delle modalità con cui saranno recepite le direttive europee in materia di appalti e concessioni che potrebbero prevedere, tra l'altro, lo strumento delle committenze ausiliarie, le amministrazioni potranno far ricorso a soggetti di supporto, unità tecniche di riferimento che si occupano di programmazione e gestione degli interventi, strutturazione delle gare, monitoraggio dei contratti, interne alla Pubblica Amministrazione.

Per la selezione del soggetto, singolo o plurimo, da incaricare per l'elaborazione dello studio di fattibilità, il responsabile del procedimento provvede a specificare nel bando tutte le prestazioni richieste per assicurare la multidisciplinarietà e l'integrazione delle competenze. Considerato il generico rinvio alle procedure previste dal Codice, le procedure di affidamento possono riguardare servizi di ricerca o affini, rientranti nell'Allegato II A del Codice, o, spesso, servizi di progettazione, di cui all'art. 91 del Codice stesso. Si tratta di un incarico cui afferiscono diverse tipologie di servizi: il bando per l'affidamento dovrà, quindi, indicare la qualificazione necessaria per le diverse prestazioni.

In merito al corrispettivo da porre a base di gara l'allegato Z2 del d.m. 31 ottobre 2013, n. 143, «Regolamento recante determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria», prevede ora i

corrispettivi per i diversi servizi rientranti nella parte di progettazione degli studi di fattibilità⁹. Le amministrazioni, oltre ad utilizzare tali corrispettivi nella determinazione del prezzo a base di gara, sono tenute ad esplicitare le modalità di calcolo al fine di garantire la massima trasparenza.

6. Le modalità di svolgimento della procedura a gara unica (commi 1-14)

6.1 La scelta della procedura di aggiudicazione

Il comma 1 dell'art. 153 indica che, in alternativa alle procedure previste per il rilascio delle concessioni, nel caso del PF si possa seguire una procedura quale quella descritta nei commi 1-14 del medesimo articolo¹⁰.

Si ritiene, tuttavia, opportuno che le stazioni appaltanti valutino la possibilità di ancorare l'affidamento del PF a gara unica alle procedure standard presenti nel Codice, anche al fine di evitare il possibile insorgere di contenzioso. Il punto di riferimento obbligato, sembra allora, per analogia, quanto previsto dall'art. 144 del Codice in materia di concessione di lavori, nonché dall'art. 58, comma 15, del Codice in materia di dialogo competitivo.

L'art. 144 del Codice, prevede come procedura di aggiudicazione la procedura aperta o quella ristretta. Si ricorda, inoltre, che ai sensi dell'art. 55, comma 2, del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano di preferenza la procedura ristretta quando il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come previsto per la concessione di lavori. L'art. 58, comma 15 del Codice prevede, inoltre, che la procedura del dialogo competitivo possa concludersi con l'affidamento di una concessione di lavori. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 58, comma 1, del Codice, «il ricorso al dialogo competitivo per lavori è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici».

Recentemente, con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 è stato introdotto il comma 3-bis all'art. 144, che introduce una forma “ibrida” di dialogo competitivo. In sostanza, è previsto che: «Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'art. 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'art. 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti».

⁹ Anche per il calcolo delle tariffe da porre a base di gara si rinvia alla già citata Determinazione n.4 del 25 febbraio 2015, «Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria».

¹⁰ L'apertura presente nel comma citato appare coerente con quanto previsto dalla nuova Direttiva 2014/23/UE, laddove all'art. 30 «sull'aggiudicazione dei contratti di concessione» non prevede alcuna procedura specifica per l'aggiudicazione; ciò poiché: «Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario» (Considerando 68).

L'Autorità, con l'Atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013, recante «Osservazioni e proposte di intervento in materia di appalti pubblici», non ha condiviso la scelta di introdurre una nuova procedura di aggiudicazione, quale quella contenuta nel novellato comma 3-bis, considerato che il dialogo competitivo è già utilizzabile per l'affidamento della concessione di lavori.

Le possibili procedure di gara sono, dunque, le seguenti¹¹:

	Procedura aperta	Procedura ristretta	Dialogo competitivo
Possibilità di limitare il numero di partecipanti	Non è consentita né la prequalificazione né la preselezione. Tutte le imprese interessate possono partecipare.	Possibilità prevista dall'art. 62 del Codice. Almeno 20 partecipanti per appalti di lavori superiori a 40 milioni di euro, non meno di 10 negli altri casi. Prevista prequalificazione e preselezione.	Possibilità prevista dall'art. 62 del Codice. Prevista prequalificazione e preselezione. Possibilità di ridurre il numero di partecipanti durante la procedura, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei nella fase finale.
Discussioni durante la procedura di gara	Non è consentito modificare il capitolato in fase di gara, né negoziare con i partecipanti o avviare con essi un dialogo. Sono permessi chiarimenti.	Ai sensi dell'art. 144, comma 3-bis, del Codice, il bando può prevedere l'avvio di una consultazione preliminare, prima della scadenza del termine per l'invio delle offerte. Al termine della consultazione gli atti della gara sono adeguati e riparte il termine per la presentazione delle offerte.	È previsto il dialogo con i partecipanti per individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le esigenze della stazione appaltante. Concluso il dialogo, i partecipanti sono invitati a presentare offerte sulla soluzione raggiunta.
Discussioni successive alla presentazione dell'offerta definitiva	Non sono consentite negoziazioni con i partecipanti dopo la presentazione delle offerte.	Non sono consentite negoziazioni con i partecipanti dopo la presentazione delle offerte.	Sono consentite le sole discussioni intese a chiarire, perfezionare o specificare un'offerta. Non sono consentite modifiche delle caratteristiche fondamentali.
Criteri di aggiudicazione	Offerta economicamente più vantaggiosa.	Offerta economicamente più vantaggiosa.	Offerta economicamente più vantaggiosa.

¹¹ Per tale schema si è partiti da un documento redatto da Epec per le procedure di affidamento previste dalle direttive comunitarie (cfr. Utpf-Epec, *Una Guida ai PPP. Manuale di buone prassi*, Versione italiana, maggio 2011).

6.2 Le fasi della procedura a gara unica

Nella procedura a gara unica, disciplinata dai commi 1-14 dell'art. 153, l'amministrazione aggiudicatrice:

1. pubblica un bando di gara, ponendo alla base dello stesso uno studio di fattibilità;
2. prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
3. redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa 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 preliminare presentato dal promotore, sottoponendolo a conferenza di servizi;
5. quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione;
6. altrimenti richiede al promotore di procedere alle modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto. La predisposizione di tali modifiche e lo svolgimento di tali adempimenti, in quanto onere del promotore, non comporta alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute e indicate nel piano economico-finanziario per la predisposizione delle offerte;
7. qualora le modifiche proposte non siano accettate dal promotore, l'amministrazione aggiudicatrice, fissando il termine per la risposta, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria la disponibilità a stipulare il contratto di concessione, previa modifica del progetto preliminare del promotore, l'eventuale adeguamento del piano economico-finanziario nonché lo svolgimento di tutti gli adempimenti di legge.

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 delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile, in misura non superiore al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

Quindi, se il progetto preliminare può essere approvato così come presentato in sede di gara, l'amministrazione ha l'obbligo di stipulare il contratto di concessione col promotore; in caso contrario, se il progetto necessita di modifiche il contratto verrà stipulato con il promotore se accetta di effettuare le modifiche, altrimenti con il concorrente in graduatoria che, interpellato, accetta le modifiche apportate al progetto.

6.3 Contenuti del bando e del disciplinare di gara

È prescritta espressamente la pubblicazione del bando di gara, oltre che sui siti informatici di cui all'art. 66 del Codice, anche nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e nella Gazzetta Ufficiale della Comunità europea (per gli affidamenti sopra-soglia).

L'amministrazione aggiudicatrice deve curare con particolare attenzione i contenuti del bando di gara e del disciplinare, da richiamare espressamente nel bando stesso (ai sensi dell'art. 153, comma 7).

Si rammenta che il bando deve obbligatoriamente prevedere, oltre ai contenuti di cui all'art. 144 del Codice e allo studio di fattibilità, anche:

- a) la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di chiedere al promotore di apportare le modifiche intervenute in fase di approvazione del progetto e che la concessione sarà aggiudicata al promotore solo subordinatamente all'accettazione, da parte di questo ultimo, delle modifiche progettuali e dei conseguenti adeguamenti del piano economico-finanziario;
- b) la facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice - in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare - di interpellare progressivamente i concorrenti seguenti in graduatoria.

Il disciplinare di gara deve almeno indicare l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire. Ciò, secondo il legislatore, al fine di consentire la *par condicio* tra i partecipanti.

L'art. 144 del Codice, a sua volta, rimanda all'Allegato IXB, il quale prevede, tra l'altro, che nel bando siano indicate:

- i. le modalità con le quali i partecipanti alla gara dimostrano la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie a coprire il costo dell'investimento;
- ii. il limite minimo di lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi;
- iii. l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere;
- iv. l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione e il trasferimento dei diritti;
- v. l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice;
- vi. il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- vii. la durata massima della concessione;
- viii. le condizioni di gestione del servizio rispetto all'utenza finale;
- ix. la facoltà o l'obbligo di costituire la società di progetto e relative caratteristiche;

Ai sensi del comma 6, dell'art. 153, il bando deve altresì specificare:

- a) i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché la loro relativa ponderazione e, qualora ciò sia impossibile, il loro ordine di importanza; tali criteri devono includere, oltre a quanto previsto dall'art. 83, comma 1, del Codice, anche gli aspetti relativi a:
 - 1) la qualità del progetto preliminare;
 - 2) il valore economico-finanziario del piano;
 - 3) il contenuto della bozza di convenzione;
- b) i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi per ogni criterio di valutazione.

Nella valutazione del valore economico-finanziario del piano è opportuno che la stazione appaltante presti particolare attenzione agli oneri economici a carico della pubblica amministrazione e/o dell'utenza (contributi erogati dalla PA, canoni di gestione, tariffe).

Appare opportuno che nel bando sia anche chiaramente esplicitato che in sede di verifica di congruità dell'offerta, l'amministrazione si riserva, oltre al controllo formale dell'avvenuta asseverazione del piano economico finanziario da parte dell'Istituto bancario (effettuata esclusivamente sulla base dei dati forniti dall'impresa), anche la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo¹².

L'art. 144 del Codice, al comma 3-bis, cui il comma 21-bis dell'art. 153 in materia di PF espressamente rinvia, prevede che i bandi ed i relativi allegati, lo schema di contratto ed il piano economico-finanziario, siano «definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera». Inoltre, ai sensi del comma 3-ter, inserito dall'art. 19, comma 1, lettera b), dal d.l. 69/2013: «il bando

¹² In ordine alla valutazione dell'attendibilità del PEF, l'amministrazione esercita un potere discrezionale, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti (Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843).

può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario».

Tale norma, finalizzata ad agevolare la possibilità di sovvenzionare le opere realizzate in PF, ha suscitato non poche perplessità interpretative. Innanzitutto, in ordine alla vincolatività dell'obbligo assunto, in quanto non sono previste sanzioni per il mancato rispetto, e poi anche in ordine alla sua portata effettiva, considerando i tempi lunghi che intercorrono tra la presentazione delle offerte (basate per il PF sullo studio di fattibilità) ed il momento dell'aggiudicazione. È evidente che tra questi due momenti possono intervenire modifiche rilevanti tanto nel contenuto della convenzione quanto nelle condizioni di mercato (che, ad esempio, possono non permettere più determinati tassi di interesse o la praticabilità di specifiche tariffe all'utenza finale). Laddove il bando preveda però tale opzione, questa non dovrebbe rappresentare una mera espressione di forma, che si traduce in un ulteriore appesantimento burocratico per la partecipazione, bensì dovrebbe rappresentare uno dei criteri di valutazione dell'offerta. Ciò in particolare, laddove questa manifestazione di interesse si inserisca in una procedura di dialogo competitivo o ristretta con dialogo (quale quella introdotta dal comma 3-bis).

Il comma 3-quater, come modificato dalla l. 98/2013 ha introdotto la possibilità di prevedere nel bando la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o in mancanza della sottoscrizione o del collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'art. 157, entro un congruo termine fissato. Non è chiaro quali siano i parametri da considerare per stabilire la congruità del termine, tuttavia il legislatore stabilisce un tetto pari a ventiquattro mesi, decorrenti dalla data di approvazione del progetto definitivo.

A fronte di tale risoluzione, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva.

Tuttavia, se l'opera possiede la peculiarità di prestarsi a una realizzazione a stralci, il bando di gara può altresì prevedere che, in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio funzionale.

Riguardo all'individuazione dello «*stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale*», la discrezionalità lasciata alle amministrazioni appare troppo ampia, pertanto, il concetto può risultare «spesso foriero di numerose controversie interpretative e giudiziali, nella misura in cui non sussistono elementi certi cui ancorare la funzionalità, soprattutto, da un punto di vista tecnico» come evidenziato nella segnalazione dell'Autorità del 4 luglio 2013, n. 2. Sarebbe, quindi, opportuno che l'individuazione degli stralci funzionali avvenga anticipatamente nella definizione dei documenti di gara, eventualmente ricorrendo a quelle forme di consultazione preventiva previste per le concessioni.

Sempre al fine di assicurare la realizzabilità dell'opera, ovvero per agevolare gli investimenti e assicurare l'equilibrio economico finanziario della concessione, il d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 ha introdotto la possibilità di prevedere nel bando che la gestione del concessionario si estenda anche alle opere o parti di opere già realizzate (art. 143 commi 1 e 4). Attraverso tale gestione anticipata il concessionario può acquisire sin dall'inizio del rapporto concessorio i proventi derivanti dall'afflusso di incassi e ridurre l'onerosità del ricorso al mercato finanziario al fine di ottenere la liquidità necessaria alla realizzazione dell'intervento. Al riguardo, è opportuno che la gestione anticipata di stralci funzionali non produca la traslazione sul concedente di parte significativa del rischio di impresa e che i flussi di cassa derivanti dalla stessa siano computati nel piano economico-finanziario e tenuti in considerazione anche ai fini della determinazione della durata contrattuale.

Si ritiene, quindi, che le stazioni appaltanti debbano sempre indicare nei documenti di gara quali siano gli stralci funzionali o le parti di opera che possano essere oggetto di gestione autonoma o

anticipata rispetto al completamento dei lavori, anche relativamente ad opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione, poste al servizio di quelle principali.

Al comma 5, con la stessa finalità di perseguire l'equilibrio del piano economico-finanziario viene poi prevista la cessione di immobili nella disponibilità dell'amministrazione al concessionario privato come forma alternativa di contributo pubblico. Le modalità di valorizzazione dei beni sono stabilite dall'amministrazione, con l'approvazione del progetto a base di gara o nell'ambito dello studio di fattibilità nel caso di gara indetta ai sensi dell'art. 153.

Il bando di gara deve indicare la durata prevista della concessione, salvo che tale durata non rappresenti uno degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 143, comma 6, prevede che questa sia di regola non superiore a trenta anni. Il successivo comma 8, prevede che tale durata possa essere prolungata, tenendo conto del rendimento, della percentuale di prezzo prevista e dell'importo dei lavori, nonché dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato. Per le concessioni di valore superiore a un miliardo di euro, la durata può essere stabilita fino a cinquanta anni.

Ai fini della determinazione della durata di una concessione, sembra opportuno attenersi già a quanto indicato nella Direttiva 2014/23/UE, che al Considerando n. 52, indica: «per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti. La stima dovrebbe essere valida al momento dell'aggiudicazione della concessione. Dovrebbe essere possibile includere gli investimenti iniziali e successivi ritenuti necessari per l'esecuzione della concessione, in particolare spese per infrastrutture, diritti d'autore, brevetti, materiale, logistica, affitto, formazione del personale e spese iniziali».

Si evidenzia, quindi, che ai fini della determinazione della durata della concessione occorre tener conto della complessità dell'operazione posta in essere e dei flussi di cassa complessivi dalla stessa generati, anche se il trasferimento del rischio che avviene con il contratto di concessione non comporta la certezza del recupero integrale delle somme investite.

Appare opportuno sottolineare che, in ordine all'ipotesi in cui alla scadenza del contratto il concedente intenda individuare un nuovo concessionario, la gara per la scelta del nuovo concessionario debba essere fatta con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione.

Quanto agli ulteriori contenuti del bando, deve precisarsi quanto segue.

La disciplina non indica il termine di presentazione delle offerte la cui fissazione rientra, quindi, nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, nel rispetto dei limiti minimi previsti dall'art. 70 e dall'art. 145 del Codice, fermo restando il principio generale di cui al comma 1 del medesimo art. 70, che prescrive alle amministrazioni di tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte.

Al fine di garantire una durata certa della procedura, è opportuno, come già evidenziato, inserire nel bando che l'amministrazione aggiudicatrice indicherà il termine entro il quale il promotore (o i concorrenti seguenti in graduatoria, interpellati in caso di scorrimento) dovrà comunicare alla stessa l'accettazione delle modifiche al progetto presentato, ai fini della stipula del contratto.

6.4 I requisiti di partecipazione

L'art. 153, comma 8 del Codice richiede che i soggetti che intendano presentare offerta siano in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti, o ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, fermi i requisiti di cui all'art. 38.

L'art. 95 del Regolamento contiene la disciplina relativa alla partecipazione, prevedendo che il concessionario che voglia eseguire i lavori previsti nella concessione debba essere qualificato ai sensi dell'art. 40 del Codice, nonché dell'art. 79, comma 7, del Regolamento.

In ogni caso, il concessionario dovrà possedere i seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi:

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

Al comma 2 dell'art. 95 del Regolamento è previsto che in alternativa ai requisiti previsti alle lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti alle lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e 3 volte.

Nel caso di RTI o consorzi i requisiti di cui alle lettere a)-d) devono essere posseduti cumulativamente da ciascuno dei componenti del raggruppamento o del consorzio e ognuno di loro dovrà possederne una quota non inferiore al 10%.

6.5 I contenuti delle offerte

Con riguardo ai contenuti delle offerte, ai sensi dell'art. 153, comma 9, il concorrente deve presentare:

- a) un progetto preliminare, redatto secondo quanto prescritto nel disciplinare di gara;
- b) una bozza di convenzione;
- c) un piano economico-finanziario asseverato da una banca, da una società di servizi costituita da istituto di credito e iscritta nell'elenco degli intermediari di cui all'art. 106 del Testo unico bancario o da una società di revisione. Il piano economico-finanziario deve indicare, tra l'altro, l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno, di cui all'art. 2578 del codice civile; tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara;
- d) la specificazione delle caratteristiche dei servizi e della loro gestione;
- e) un documento con cui si da conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto.

Il piano economico-finanziario deve essere redatto in modo tale da permettere di valutare la convenienza economica di un progetto di investimento e della sua capacità di rimborsare il debito e remunerare il capitale di rischio. Ai sensi dell'art. 143, comma 7, del Codice, deve prevedere la specificazione del valore residuo dell'investimento, al netto dei previsti ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo non ammortizzato al termine della concessione, qualora il piano non abbia

previsto l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione dei servizi. Quest'ipotesi si verifica nel caso in cui il livello delle tariffe a carico dell'utenza e il livello presunto della domanda dei servizi non siano sufficienti a coprire l'ammortamento dell'intero investimento, nel periodo di concessione previsto.

Il piano economico e finanziario dovrebbe essere redatto valutando attentamente i seguenti aspetti¹³:

- a) tempistica (anno di inizio della costruzione, anno di fine della costruzione, anno di inizio della gestione, anno di fine della concessione, ecc.);
- b) costi di investimento e loro distribuzione temporale;
- c) gestione operativa, ovvero ricavi, costi operativi, utenze, tariffe, ecc.;
- d) gestione finanziaria: tasso di interesse, linee di credito, margini sul tasso di interesse, commissioni bancarie, contributo pubblico, ecc.;
- e) imposizione fiscale, metodo ed aliquote di ammortamento;
- f) riserva legale, di cassa, ecc.;
- g) tempi medi di pagamento e incassi.

L'asseverazione del piano economico-finanziario «consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione» (art. 96, comma 4, del Regolamento). L'attività di asseverazione rappresenta, pertanto, la verifica di coerenza della struttura economico-finanziaria dell'intervento.

Inoltre, l'attività di asseverazione, quando effettuata da un istituto di credito, non può essere considerata come impegno giuridico da parte dello stesso al successivo finanziamento a favore del promotore; il legislatore, infatti, all'art. 153, comma 9, del Codice, ha separato le attività di asseverazione dal preliminare coinvolgimento di uno o più finanziatori nel progetto.

Ai sensi dell'art. 96, comma 5, del Regolamento, la valutazione degli elementi economici e finanziari ai fini dell'asseverazione deve riguardare almeno i seguenti aspetti:

- a) prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice;
- b) prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- c) canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione;
- d) tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- e) durata prevista della concessione;
- f) struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario;
- g) costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

In assenza di una chiara specificazione nel Regolamento degli elementi costitutivi del piano economico-finanziario, si ritiene che almeno gli elementi che devono necessariamente essere valutati nel processo di asseverazione debbano essere contenuti nel piano stesso.

6.6 Le garanzie

¹³ L'elenco è ripreso e rielaborato da Utpf – Unità Tecnica Finanza di Progetto, *UTFP: 100 domande e risposte*, II edizione, maggio 2014.

La disciplina di cui all'art. 153, comma 13, prevede che le offerte siano corredate dalla garanzia provvisoria di cui all'art. 75, comma 6, del Codice, che copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario. Nel caso di modifiche progettuali, la procedura prevede espressamente la facoltà del promotore di non accettare l'aggiudicazione del contratto e, quindi, qualora questi se ne avvalga, l'amministrazione aggiudicatrice non è legittimata ad escutere la cauzione di cui sopra.

L'offerta deve essere corredata di un'ulteriore cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento che serve a finanziare il promotore nel caso questi non acconsenta ad apportare le modifiche richieste dall'amministrazione nella fase di approvazione del progetto.

Al pari di ogni affidamento, è richiesta anche la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice a garanzia dell'adempimento per i lavori.

Va inoltre garantito, al momento di inizio della gestione dell'opera, l'esatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali da prestarsi secondo le modalità di cui al citato art. 113, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio. La mancata presentazione di questa ulteriore garanzia, per espressa previsione normativa, costituisce grave inadempimento contrattuale¹⁴.

La cauzione definitiva sui lavori *ex* art. 113 del Codice e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera prevista dal comma 13 dell'art. 153 del Codice sono, quindi, distinte per oggetto, importo e momento di rilascio.

6.7 Criterio di aggiudicazione

Il criterio di aggiudicazione, previsto dall'art. 153, comma 4, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 del Codice. L'Autorità è già intervenuta sulle modalità di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il PF, con la determinazione 20 maggio 2009, n. 4, «Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153 del Codice dei contratti pubblici»¹⁵, cui si rimanda.

Oltre a quanto previsto dal citato art. 83, il comma 5 dell'art. 153 prevede che, tra i parametri di valutazione, vi siano ulteriori tre elementi da valutare:

- a) profilo tecnico (costruttivo-progettuale);
- b) profilo economico (rendimento, costo di gestione e manutenzione, durata, valore economico e finanziario del piano);
- c) impatto sull'utenza (fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, tempi di ultimazione dei lavori, tariffe da applicare e relative modalità di aggiornamento, contenuto della bozza di convenzione).

6.8 L'aggiudicazione e la stipula del contratto

¹⁴ Per le modalità di applicazione delle garanzie di cui agli artt. 75 e 113 del Codice si rimanda alla Determinazione 29 luglio 2014, n. 1, «Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)».

¹⁵ Oltre a questa Determinazione, l'Autorità ha affrontato il tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa con altre Determinazioni. Si tratta di: 1) Determinazione 08 ottobre 2008, n. 5, «Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici»; 2) Determinazione 07 luglio 2010 n. 5, «Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria», attualmente in fase di revisione; 3) Determinazione 24 novembre 2011, n. 7, «Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture». Inoltre, per i servizi e forniture l'Autorità ha definito le modalità di predisposizione della documentazione di gara per l'OEPPV nel bando-tipo in materia, per il quale è conclusa la fase di consultazione.

Ai sensi del comma 10 dell'art. 153, una volta pervenute le offerte, l'amministrazione deve:

- a) valutare le offerte pervenute, anche in caso di una sola offerta;
- b) redigere una graduatoria e nominare promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta;
- c) porre in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'art. 97 (tra cui la conferenza dei servizi). Il promotore procede 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;
- d) procedere direttamente alla stipula della concessione, se il progetto non necessita di modifiche progettuali;
- e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto.

In merito alle possibili modifiche che possono essere richieste al promotore, si ritiene che, per come è formulata la norma e per garantire effettive condizioni di parità tra i concorrenti, non si possano richiedere modifiche che alterino in modo sostanziale la proposta prescelta. Al fine di individuare le modifiche che alterano in modo sostanziale la proposta, si ritiene che possa farsi riferimento a tutte quelle modifiche del progetto e dell'intervento proposto idonee a produrre gli effetti descritti dalla nuova direttiva 2014/23/UE. Fermo restando il rispetto di tale limite, qualora, in sede di approvazione del progetto preliminare, siano prescritte modifiche tali da comportare un aumento dei costi di realizzazione dell'intervento l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare, prima della stipula del contratto di concessione, che sussistano ancora i requisiti di qualificazione in capo al soggetto aggiudicatario. Laddove il promotore necessiti di possedere requisiti in misura maggiore a quelli inizialmente richiesti, si ritiene che egli possa integrare la propria compagine con nuovi soggetti che apportino ulteriori requisiti.

Si ritiene che l'inciso del comma 10, lettera c), relativo «all'onere del promotore di apportare le modifiche ai fini dell'approvazione del progetto», sia riferibile all'ipotesi in cui il promotore sia interessato alla stipula del contratto. In tale fase, pertanto, il promotore è tenuto ad apportare le modifiche progettuali richieste senza alcun compenso, ai fini dell'approvazione del progetto stesso. L'unica voce che, ai sensi del comma 10, non comporta alcun compenso aggiuntivo è quella delle spese di progettazione inerenti le modifiche richieste e delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte. Ciò significa, naturalmente, che qualsiasi altro incremento dei costi per la realizzazione delle opere o per la gestione dei servizi, potrà costituire oggetto di adeguamento del piano economico-finanziario, così come previsto dal comma 3, lettera a) della disposizione in esame.

Se, invece, il promotore non è più interessato alla stipula del contratto, può rifiutare di apportare le modifiche richieste.

Per quanto riguarda l'eventuale scorrimento della graduatoria, si deve tenere presente che esso non è volto ad individuare una proposta diversa, ma un altro concorrente disposto ad uniformare la propria proposta a quella del promotore, comprese le modifiche non accettate dal promotore stesso. Anche in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare l'adeguatezza dei requisiti di qualificazione del concorrente al nuovo progetto prima della stipula della concessione.

È opportuno precisare che la stipula del contratto può avvenire solo dopo l'approvazione del progetto preliminare.

Si pone poi il problema del caso in cui né il promotore né gli altri concorrenti accettino le modifiche progettuali richieste.

Al riguardo si potrebbero prospettare due interpretazioni:

- a) l'amministrazione non può ulteriormente procedere;

- b) l'amministrazione può acquisire il progetto preliminare, modificarlo ed adeguare il piano economico-finanziario, approvarlo ed indire una nuova gara.

Si ritiene preferibile la seconda ipotesi poiché l'opera è di interesse pubblico, in quanto inserita nel programma triennale e non sembra che dal dettato normativo possa desumersi un divieto per tale acquisizione. L'amministrazione aggiudicatrice deve, comunque, inserire nel bando una clausola inerente la facoltà di acquisire il progetto.

È opportuno che, qualora dovesse verificarsi il caso in cui né il promotore né gli altri concorrenti accettino le modifiche progettuali, l'amministrazione, prima di procedere all'indizione della gara, approfondisca le motivazioni che hanno indotto i concorrenti a rifiutare le modifiche, in quanto ciò potrebbe essere indice di un'operazione non adeguatamente remunerativa per il mercato; in tal caso, dovrà, eventualmente, modificare il progetto ed il piano economico-finanziario.

7. Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione (comma 15)

Il comma 15 dell'art. 153 del Codice prevede che l'amministrazione aggiudicatrice, in alternativa a quanto previsto dal comma 3, lettere a) e b) del medesimo articolo, possa - successivamente all'approvazione del progetto preliminare - procedere come segue:

- a) pubblica un bando, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato ed il piano economico-finanziario, eventualmente adeguato a seguito delle necessarie modifiche al progetto, richieste in sede di approvazione, nonché le altre condizioni contrattuali offerte dal promotore;
- b) ove non siano state presentate offerte, il contratto è aggiudicato al promotore;
- c) ove siano state presentate una o più offerte, il promotore può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto; in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, i costi sostenuti per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo, dell'art. 153 del Codice;
- d) ove il promotore, nel termine di quarantacinque giorni, non adegua la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, i costi sostenuti nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo, dell'art. 153, del Codice.

Il sistema a doppia gara potrebbe permettere di superare quelle criticità evidenziate per la procedura a gara unica rappresentate dai limiti che possono essere insiti nella possibilità di introdurre modifiche (di rilievo) al progetto offerto dal promotore. Infatti, a differenza della gara unica, il progetto preliminare viene posto di nuovo ad un vaglio concorrenziale, anche se il promotore parte da una situazione di vantaggio, rappresentata dal diritto di prelazione (e ciò potrebbe scoraggiare la partecipazione alla gara di altri soggetti o alterarne i comportamenti).

I partecipanti alla seconda procedura devono presentare un'offerta consistente in proposte di miglioramento di tipo tecnico-economico del progetto preliminare e della convenzione, nonché un piano economico-finanziario che tenga conto delle modifiche richieste in sede di offerta.

La norma non chiarisce se alla seconda gara debba partecipare anche il promotore. Poiché il promotore ha già effettuato la propria offerta, sembrerebbe che si possa escludere tale evenienza. Ciò anche perché è previsto il caso che non pervengano offerte valutate economicamente più vantaggiose

rispetto a quella del promotore, lasciando quindi intendere che il progetto preliminare predisposto dal promotore rappresenta già un'offerta in sede di gara.

Anche nel caso della seconda gara il criterio di aggiudicazione deve essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. I criteri di valutazione delle offerte devono essere tali da permettere il confronto con il progetto preliminare.

I concorrenti, compreso il promotore, devono prestare sia la cauzione provvisoria, sia la cauzione del 2,5%, in quanto, se il promotore non esercita la prelazione, ha diritto al rimborso delle spese a carico dell'aggiudicatario, mentre se il promotore esercita il diritto di prelazione, deve versare, tramite l'amministrazione aggiudicatrice, al miglior offerente, le spese di partecipazione alla gara, che non possono superare tale importo. Pertanto, dal momento che nella procedura in esame non è prevista la partecipazione del promotore alla seconda gara, le cauzioni presentate da quest'ultimo a corredo dell'offerta nella prima gara devono essere eventualmente integrate nell'importo, laddove il valore economico del progetto preliminare posto a base della seconda gara fosse maggiore del valore stimato nello studio di fattibilità posto a base della prima gara ed occorre che sia altresì esteso il relativo termine di validità al fine di coprire con le garanzie in questione l'intero periodo di efficacia delle offerte nella seconda gara.

In ordine alla verifica dei requisiti di partecipazione nella procedura a doppia gara, è necessario che il promotore, che non partecipa alla successiva gara, divenendo titolare di un diritto di prelazione, abbia i requisiti del concessionario sin nella prima fase di gara che nella seconda.

Per quanto concerne i requisiti di ordine generale è evidente che questi debbano essere posseduti in tutte le fasi in cui si articola la procedura di gara; mentre per i requisiti di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, possono verificarsi due ipotesi: 1) in sede di approvazione del progetto presentato dal promotore non sono state apportate modifiche sostanziali e, di conseguenza, i requisiti di partecipazione restano quelli indicati nel bando, il cui possesso da parte del promotore deve essere verificato alla conclusione delle operazioni della prima gara; 2) il progetto necessita di modifiche che comportano requisiti ulteriori rispetto a quelli inizialmente richiesti e, in tal caso, laddove il promotore accetti di modificare il progetto, si ritiene che la verifica dei nuovi requisiti andrà eseguita anche prima della indizione della seconda gara, alla quale - come detto - il promotore non parteciperà. Laddove il promotore necessiti di possedere requisiti in misura maggiore a quelli inizialmente richiesti, si ritiene che possa integrare la propria compagine con nuovi soggetti che apportino ulteriori requisiti.

Tale interpretazione si impone per ragioni di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, dal momento che laddove il promotore, il cui progetto è stato approvato e posto a base della seconda gara, non possedeva i requisiti di partecipazione potrebbe essere del tutto vanificato l'esperimento della seconda gara (situazione che si verifica quando non vi è un'offerta valutata economicamente più vantaggiosa), con conseguente dispendio di tempo e risorse. Naturalmente, restano ferme le verifiche di legge che l'amministrazione dovrà eseguire sull'aggiudicatario al momento della stipula del contratto di concessione.

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

Il comma 16 dell'art. 153 consente il ricorso a procedure che utilizzano la finanza di progetto in relazione ai lavori inseriti nell'elenco annuale di cui all'art. 128, per i quali l'amministrazione non ha proceduto alla pubblicazione del bando entro sei mesi. In tale ipotesi, entro quattro mesi da tale

termine, è consentito ai privati, in possesso dei requisiti del concessionario, di cui al comma 8 (vd. par. 6.4), di supplire all'inerzia della pubblica amministrazione con la propria iniziativa.

Si ritiene che il privato possa accedere allo studio di fattibilità elaborato dall'amministrazione per l'inserimento del lavoro negli atti di programmazione, al fine di poter formulare la propria proposta.

La proposta deve avere il contenuto dell'offerta di cui al comma 9 dell'art. 153: un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario asseverato (vd. par. 6.5). La proposta deve essere corredata da una cauzione ai sensi dell'art. 75, nonché dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dall'impegno a prestare l'ulteriore cauzione del 2,5% del valore dell'investimento, nel caso di indizione di una gara.

Entro sessanta giorni dal termine per l'eventuale presentazione delle proposte da parte dei privati, anche qualora sia pervenuta una sola proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono a pubblicare un avviso contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle stesse, con le modalità di cui all'art. 66 o 122 del Codice.

Si ritiene che la previsione di pubblicare l'avviso, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla presentazione di proposte da parte di soggetti privati, vada intesa in senso cogente. Ciò anche in considerazione del fatto che le proposte dei privati hanno tutte per oggetto la realizzazione di interventi già previsti nella programmazione triennale e ricompresi tra le opere da realizzare con il concorso di capitali privati.

È consentita la presentazione di proposte rielaborate e ripresentate secondo i criteri indicati nel bando, nonché la presentazione di nuove proposte, entro novanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

Scaduto questo termine, le amministrazioni entro sei mesi devono valutare le proposte pervenute e una volta individuata quella più rispondente al pubblico interesse, verificato il possesso dei requisiti dei proponenti, possono adottare una delle seguenti procedure:

- a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 58, comma 2 del Codice, viene indetto un dialogo competitivo, ponendo a base di esso il progetto preliminare e il piano economico-finanziario;
- b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, l'amministrazione previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, provvede a bandire una concessione, ai sensi dell'art. 143, ponendo il progetto a base di gara e invitando il promotore;
- c) in alternativa, procede ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f) dell'art. 153 del Codice (la seconda gara esaminata al paragrafo 7), ponendo a base di gara lo stesso progetto e il piano economico-finanziario ed invitando alla gara il promotore.

I concorrenti devono possedere i requisiti previsti per il concessionario e sono tenuti a presentare la garanzia provvisoria del 2% dell'investimento, ai sensi dell'art. 75 del Codice, e l'ulteriore cauzione del 2,5% del valore dell'investimento necessarie per rimborsare le spese sostenute dal promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a).

Diversamente da quanto previsto per il caso sub a), per le procedure sub b) e sub c), ovvero per quelle in cui non sono necessarie modifiche, il promotore gode del diritto di prelazione, secondo le modalità previste al comma 15.

Il soggetto che ha presentato la proposta prescelta (ovvero il promotore nei casi sub b) e sub c)) deve necessariamente partecipare alla gara, pena l'incameramento da parte della stazione appaltante della cauzione.

Nel caso il progetto necessiti di modifiche si può utilizzare il dialogo competitivo, sempre che ne ricorrano le condizioni. Questo inciso contenuto nella norma in esame induce a ritenere esistente un'alternativa al dialogo competitivo, ma la disposizione non chiarisce quale. Si potrebbe, in tal caso, ritenere che l'amministrazione stessa modifichi il progetto preliminare, adeguandolo alle modifiche

richieste in sede di approvazione, predisponga il piano economico-finanziario ed indica una gara ai sensi dell'art. 143 del Codice.

9. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21)

Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici anche proposte relative alla realizzazione di lavori o lavori di pubblica utilità, inclusa la locazione finanziaria, non presenti nel piano triennale o negli strumenti di programmazione approvati dalle stesse sulla base della normativa vigente.

Gli operatori economici che possono presentare tali proposte sono quelli individuati dal comma 21 e, precisamente:

- a) soggetti in possesso dei requisiti del concessionario (analizzati al paragrafo 5.4);
- b) soggetti di cui all'art. 34 e all'art. 90, comma 2, lettera b)¹⁶ del Codice, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi;
- c) soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che nei tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta (art. 96 del Regolamento).

La proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

La proposta deve essere corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 21, dalla cauzione di cui all'art. 75 e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo del 2,5% nel caso di indizione di gara. La cauzione ex art. 75 è volta a garantire la serietà ed affidabilità dell'offerta, il possesso dei requisiti da parte del proponente e la partecipazione di quest'ultimo alle fasi successive di gara.

Poichè la proposta nasce su iniziativa degli operatori economici si ritiene importante che nel progetto siano indicati quali siano i benefici per l'amministrazione e il territorio e quali siano le ragioni per la realizzazione dello stesso sulla base del PF.

L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse.

Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ed è posto in approvazione con le modalità indicate all'art. 97. In questa fase si procede, quindi, alla conferenza dei servizi ad esito della quale possono essere richieste ulteriori modifiche, per la sua approvazione definitiva. Anche in questo caso, se le modifiche non sono state apportate il progetto non può essere approvato. Come già segnalato nell'analizzare la fase della programmazione, sarebbe opportuno che nella fase di approvazione del progetto preliminare venissero garantite forme di coinvolgimento degli utenti e dei residenti interessati dal progetto. Inoltre, l'amministrazione dovrebbe

¹⁶ Si tratta delle «società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera a), che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. Ai corrispettivi relativi alle predette attività professionali si applica il contributo integrativo qualora previsto dalle norme legislative che regolano la Cassa di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza della iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutari e i regolamenti vigenti».

verificare se sono presenti quegli elementi che fanno preferire la scelta del Ppp rispetto all'appalto tradizionale, analizzati nel paragrafo 5.2.

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

I concorrenti, incluso il promotore, in possesso dei requisiti del concessionario (descritti al paragrafo 6.4), devono presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare. I concorrenti devono prestare le garanzie di cui al comma 13 dell'art. 153 (si veda il paragrafo 6.6).

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (descritto al paragrafo 6.7).

Se il promotore non è risultato aggiudicatario della gara può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione. In questo caso deve impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, versando a quest'ultimo l'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento (comma 9 del citato art. 153).

Se il promotore non esercita il diritto di prelazione ha diritto di ricevere dall'aggiudicatario una somma non superiore al 2,5% del valore dell'investimento a titolo di rimborso per la predisposizione della proposta.

10. La finanza di progetto nei servizi

10.1 *La concessione di servizi*

Mentre il *project financing* nel settore dei lavori pubblici è regolato dettagliatamente dall'art. 153 del Codice, per la finanza di progetto nel settore dei servizi il Codice, all'art. 152, comma 3, si limita a prevedere che «le disposizioni del presente Capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento». Tali modalità sono contenute nell'art. 278 del Regolamento.

Come già evidenziato, la fattispecie della concessione di servizi trova nel Codice una disciplina "minimale" che si sostanzia nella previsione di una norma di chiusura, contenuta nell'art. 30 del Codice, secondo la quale, salva l'applicazione di discipline specifiche che prevedono forme più ampie di concorrenza, la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Allo stato, dunque, in attesa di conoscere come sarà recepita la Direttiva 2014/23/UE, il Codice prevede che le concessioni siano affidate mediante una gara informale con almeno cinque operatori economici.

Tali scarse indicazioni devono, peraltro, essere lette alla luce delle regole enunciate dalla Commissione europea, in particolar modo nella comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli

appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici (2006/C 179/02) e nella comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008/C 91/02).

Nelle comunicazioni citate, la Commissione pone l'accento soprattutto sull'obbligo di trasparenza cui sono tenute le amministrazioni, obbligo che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura dei contratti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (cfr. Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, considerato n. 62).

Il principio di trasparenza è poi strettamente legato a quello di non discriminazione, poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi, la loro intenzione di ricorrere all'affidamento di una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea, tali forme di pubblicità devono contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione dei punteggi, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario.

Il suddetto art. 278 introduce e disciplina - accanto al tradizionale modello di concessioni di servizi cd. "ad iniziativa pubblica", che trova la propria regolamentazione nel citato art. 30 del Codice - l'ipotesi della concessione di servizi ad iniziativa privata, nella quale è il privato che può presentare all'Amministrazione competente la propria proposta.

10.2 *Le proposte da parte di privati*

L'analisi dell'art. 278 del Regolamento evidenzia come il legislatore abbia inteso dettare una disciplina del PF nei servizi il più possibile simile a quella dettata per i lavori, creando un modello non eccessivamente difforme da quello già avviato e sperimentato nel settore delle opere pubbliche.

Il comma 1 del citato art. 278 prevede che le proposte ai fini dell'affidamento in PF di contratti di concessione di servizi devono contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato dai soggetti indicati dall'art. 153, comma 9, del Codice, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1 del Codice (criteri di valutazione per l'offerta economicamente più vantaggiosa) e delle garanzie offerte dal promotore all'Amministrazione aggiudicatrice; le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione nel limite di cui all'art. 153, comma 9, ultimo periodo, del Codice (2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità).

Pertanto, la principale differenza rispetto al caso di proposte da parte di privati per i lavori risiede nel fatto che alla base della proposta dei privati vi è uno studio di fattibilità e non un progetto preliminare.

Secondo il successivo comma 2, qualora l'amministrazione si avvalga della facoltà di cui all'art. 271 del Regolamento - e, cioè, della facoltà di approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativi all'esercizio successivo - è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma.

In tal caso, le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; come previsto dall'art. 153, comma 19, del Codice per le concessioni di lavori, tale adozione non

determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi.

L'iter procedurale successivo alla presentazione della proposta può essere suddiviso in due diverse fasi: una prima fase finalizzata alla valutazione della fattibilità della proposta presentata ed una seconda fase volta alla scelta del concessionario. L'attività cui è tenuta l'Amministrazione in sede di valutazione della proposta è individuata dal comma 3 dell'art. 278.

La fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, inoltre, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione.

Qualora vi siano più proposte, le stesse devono essere valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 3, del Codice ovvero dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

Per quanto attiene alla fase di selezione dell'affidatario del servizio, il comma 4 dell'art. 278 statuisce che le amministrazioni procedono ad indire una gara informale ai sensi del citato art. 30, comma 3, del Codice, ponendo a base di gara la proposta presentata dal promotore che deve essere invitato a partecipare.

Pertanto, dal combinato disposto degli articoli 30, comma 3, del Codice e 278, comma 4, del Regolamento emerge che l'individuazione del concessionario avviene tramite una gara informale alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti e nell'ambito della quale i criteri di selezione devono essere, ovviamente, predeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il medesimo comma 4 prosegue statuendo che, nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, risultando in tal caso affidatario della concessione. È, quindi, previsto un diritto di prelazione a favore del promotore attribuito per il solo fatto di aver provveduto alla presentazione della proposta.

Soprattutto per le concessioni di importo elevato appare opportuno che l'amministrazione aggiudicatrice, invece di ricorrere ad una gara informale, si autovincoli con una procedura più "garantista", quale quella rappresentata dalla procedura ristretta.

Anche nell'ipotesi in esame, come avviene per l'affidamento della concessioni ex art. 30 del Codice, viene fatta salva l'applicazione delle "discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza".

Infine, con una previsione di chiusura, il comma 5 dell'art. 278 dispone che per tutto quanto non espressamente regolato dalla norma si applicano le disposizioni del Codice e del Regolamento in quanto compatibili, ovvero quelle relative al PF per i lavori, precedentemente esaminate.

10.3 *L'opportunità della programmazione*

L'art. 278 estende, dunque, al settore dei servizi la possibilità, prevista per i lavori dall'art. 153, comma 19 del Codice, di presentare proposte per l'affidamento di concessioni di servizi al di fuori del programma annuale facoltativo ex art. 271 del Regolamento. La norma di riferimento è, in proposito, l'art. 271, comma 1, del Regolamento, secondo cui «ciascuna amministrazione aggiudicatrice può

approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo».

Per i servizi e le forniture, al contrario di quanto avviene per i lavori, non è previsto un doppio grado di programmazione (annuale e triennale), ma un unico atto che copre un arco temporale piuttosto limitato (un anno), peraltro facoltativo.

Con riguardo al contenuto del programma annuale, l'art. 278 del Regolamento richiama, per quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art.128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10, e 11 del Codice.

Tra le disposizioni richiamate non compare tuttavia la previsione di cui al medesimo comma 2 dell'art. 128 del Codice (penultimo periodo), secondo cui, negli atti di programmazione le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica.

Come già evidenziato nel paragrafo 4, si ritiene opportuno, per ragioni di trasparenza, prevenzione della corruzione e controllo della spesa pubblica, che anche nei servizi si proceda ad un'attenta programmazione. In assenza di programmazione, peraltro, la possibilità attribuita dall'art. 278 del Regolamento, di affidare la gestione di un servizio in concessione sulla base di una proposta proveniente dal privato, comporta pericolose interferenze nell'attività propria dell'Amministrazione relativa alla valutazione della pubblica utilità e priorità del servizio, senza che, tra l'altro, sia assicurata la trasparenza delle scelte effettuate in merito all'intervento pubblico, cui l'istituto della programmazione principalmente risponde.

10.4 I requisiti del proponente nei servizi

A differenza di quanto avviene per i lavori, l'art. 278 del Regolamento non specifica quali siano i requisiti che il promotore deve possedere per la presentazione degli studi di fattibilità.

Se, da un lato, non sembra possa dubitarsi della necessità che il promotore debba essere in possesso dei requisiti di carattere generale previsti dall'art. 38 del Codice, irrisolta appare, invece, la questione relativa ai requisiti economici e tecnici dello stesso, che, in ogni caso, in analogia con quanto previsto per i lavori, dovrebbero essere proporzionati alla proposta presentata.

La mancanza di previa determinazione potrebbe creare problemi laddove si consideri, da un lato, che al promotore è attribuito un diritto di prelazione nella successiva gara per l'affidamento della concessione e, dall'altro, che, come per i lavori, l'asseverazione del piano economico finanziario da parte di una banca non implica un impegno giuridico al successivo finanziamento e non costituisce, pertanto, garanzia di affidabilità economica della proposta.

Naturalmente l'amministrazione aggiudicatrice nel procedere alla gara con la proposta del promotore deve individuare i requisiti di partecipazione dei concorrenti. In questa fase, per garantire la par condicio tra i concorrenti anche il promotore, eventualmente associandosi con altre imprese, deve possedere i requisiti previsti per il concessionario. Si tratta di una questione già affrontata e chiarita dall'Autorità per le concessioni di lavori (si veda Determinazione 4 ottobre 2001, n. 20¹⁷).

11. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto

¹⁷ Sul punto si veda anche la Sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 15 aprile 2010, n. 2155.

11.1 *La disciplina applicabile*

La disciplina delineata dal Codice e dal Regolamento per le concessioni realizzate tramite PF, mentre risulta dettagliata per i profili inerenti l'affidamento, non lo è altrettanto per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori e per la successiva fase di gestione dell'opera¹⁸.

Invero, l'art. 152 del Codice, nel richiamare le norme applicabile al PF, enuclea soltanto quelle relative alla fase di affidamento. Tuttavia, considerato che le procedure disciplinate dall'art. 153 portano all'affidamento di una concessione di lavori (o di servizi), si ritiene debbano applicarsi anche le disposizioni di cui all'art. 142 e ss. relative alla fase di esecuzione, che rimandano integralmente a quanto previsto dal Codice e dal Regolamento per gli appalti di lavori e di servizi.

La disciplina contenuta nell'art. 142 regola poi non solo i rapporti tra concedente e concessionario, ma anche quelli intercorrenti tra quest'ultimo e un appaltatore terzo, in quanto ai sensi dell'art. 146, la stazione appaltante può:

- a) imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota minima deve figurare nel bando di gara e nel contratto di concessione;
- b) invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione, che intendono appaltare a terzi.

L'art. 142 distingue, inoltre, il caso in cui il concessionario sia anche un'amministrazione aggiudicatrice o un soggetto privato. Nel primo caso, agli appalti di lavori affidati dal concessionario, analogamente a quanto previsto per la concessione, si applicano tutte le disposizioni del Codice, se non espressamente derogate. Nel secondo caso, il comma 4 dell'art. 142, prevede che i concessionari siano tenuti ad applicare per gli appalti affidati a terzi gli art. 149-151 e, in quanto compatibili e non specificamente derogati, la normativa in materia di pubblicità e termini, requisiti generali, qualificazione degli operatori economici, progettazione, contenzioso, ecc., e, per la fase di esecuzione, subappalto, collaudo e piani di sicurezza.

Con riguardo agli ulteriori aspetti della disciplina, l'opera realizzata in regime di concessione deve essere sottoposta – per espressa previsione normativa - sia al collaudo finale dell'opera (art. 142 del Codice) sia al collaudo in corso d'opera (art. 141 del Codice).

L'art. 141 stabilisce, al comma 8, nei casi di affidamento dei lavori in concessione, l'attribuzione al responsabile del procedimento delle funzioni di vigilanza in tutte le fasi di realizzazione dei lavori, verificando il rispetto della convenzione.

Conseguentemente, l'art. 10, lettera r) del Regolamento prevede tra le funzioni del responsabile del procedimento quella «di vigilanza sulla realizzazione dei lavori nella concessione di lavori pubblici, verificando il rispetto delle prescrizioni contrattuali».

Nel caso di affidamento della realizzazione dell'opera in regime di concessione, la normativa vigente non definisce a priori le concrete modalità di svolgimento della funzione di vigilanza da parte del responsabile del procedimento, ma stabilisce che queste, comunque obbligatorie anche nell'ipotesi di affidamento a terzi della realizzazione dei lavori da parte del concessionario, debbano essere precisate principalmente nell'ambito del contratto, giacché in quest'ultimo documento è possibile identificare

¹⁸ In mancanza di una chiara disciplina in materia, le stazioni appaltanti devono conformarsi ai contenuti giurisprudenziali e possono conformarsi, anche al fine della riduzione del contenzioso e del costo degli interventi, alle indicazioni fornite dall'Autorità. Si segnalano, inoltre, due importanti documenti contenenti linee guida in materia di esecuzione dei contratti di PF: documento congiunto Ance, Anci, Abi, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Legance, *Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione*, gennaio 2014, e Epec – European Ppp Expertise Center, *Managing PPPs during their contract life. Guidance for sound management*, marzo 2014.

maggiori o minori poteri riservati al committente e, pertanto, diverse conseguenti modalità di vigilanza alle quali il responsabile del procedimento deve attenersi.

Con riferimento alla direzione dei lavori, gli artt. 130 del Codice dei contratti pubblici e 147 del Regolamento prevedono che l'attività di direzione dei lavori sia espletata dalle amministrazioni aggiudicatrici. Tali disposizioni si ritengono applicabili anche alle concessioni, non essendo stata prevista alcuna deroga nella specifica disciplina dettata per le concessioni (alle quali si applicano le disposizioni del Codice, salvo che non siano derogate nel Capo II ad esse dedicato - art. 142, comma 3).

Per gli affidamenti a terzi da parte del concessionario che riveste la natura di amministrazione aggiudicatrice, questi sarà tenuto a nominare il direttore dei lavori in considerazione del rinvio contenuto all'art. 142, comma 3, a tutte le disposizioni del Codice che non sono espressamente derogate. Analogamente si ritiene che tale facoltà debba essere esercitata anche dal concessionario che non sia amministrazione aggiudicatrice considerata la natura fiduciaria del direttore dei lavori.

Poiché il concedente è interessato alla corretta esecuzione del progetto nella sua unitarietà è opportuno che adotti specifiche misure per verificare la coerenza e qualità dei lavori affidati dal concessionario a imprese terze, ciò che può realizzarsi attraverso l'espressione di gradimento del direttore dei lavori nominato dal concessionario oppure attraverso la previsione di uno specifico organo con poteri di vigilanza.

Prima di analizzare il contenuto della convenzione, documento fondamentale per la regolazione dei rapporti tra concedente e concessionario, appare necessario sottolineare come il d.l. 69/2013 ha modificato l'art. 143, comma 5, prevedendo che «All'atto della consegna dei lavori il soggetto concedente dichiara di disporre di tutte le autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta, permessi o altri atti di consenso comunque denominati previsti dalla normativa vigente e che detti atti sono legittimi, efficaci e validi». La norma, evidentemente rivolta a velocizzare la fase di esecuzione, non specifica però quali sono gli atti cui ci si riferisce, risultando volutamente aperta, sia per tener conto delle differenze esistenti per tipologia di lavoro che di future modifiche normative al riguardo.

Pertanto, più dell'esplicitazione del contenuto della dichiarazione sembra opportuno concentrarsi sulle modalità con cui deve essere predisposta tale dichiarazione. Appare, innanzitutto, evidente che la dichiarazione debba essere sottoscritta dal concedente. È, inoltre, opportuno che nella stessa siano indicati gli estremi con cui dette autorizzazioni sono state rilasciate e, per quanto possibile, allegate alla convenzione. Al fine di ridurre il possibile contenzioso successivo, sarebbe infine necessario che la dichiarazione sia sottoscritta dal concessionario, il quale dichiara che, per quanto di sua conoscenza, l'esecuzione del lavoro non necessita di ulteriori autorizzazioni.

11.2 *La convenzione*

L'atto fondamentale che regola i rapporti tra concedente e concessionario è il contratto di concessione o "convenzione", nel quale devono essere appunto disciplinati i rapporti tra amministrazione concedente e concessionario per tutta la durata della concessione. Si ricorda che la bozza di convenzione è un documento fondamentale già per l'affidamento della concessione, dovendo essere presente nelle offerte dei concorrenti nei casi di gara unica e doppia gara, nelle proposte dei privati per le concessioni ex commi 16 e 19, nonché nelle proposte dei privati per i servizi.

Il contratto rappresenta l'insieme di obblighi giuridici reciprocamente assunti dalle parti, ovvero il bilanciamento tra i vari interessi coinvolti; deve, quindi, dare atto di tutte le componenti economiche,

gestionali, amministrative dell'operazione, bilanciate in maniera da assicurare l'equilibrio economico finanziario.

L'art. 115 del Regolamento individua puntualmente quali devono essere i contenuti minimi dello schema di contratto di concessione:

- a) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;
- d) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
- e) l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo quanto previsto nel bando o indicato in sede di offerta;
- f) le procedure di collaudo;
- g) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;
- h) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;
- i) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo, anche secondo quanto previsto dall'articolo 143, comma 5, del codice¹⁹;
- l) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- m) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- n) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;
- o) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- p) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione;
- q) nel caso di cui all'articolo 143, comma 5, del codice, le modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente al collaudo dell'opera;
- r) il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;
- s) il corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione²⁰.

¹⁹ L'art. 143, comma 5, prevede a sua volta: «Le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice unitamente all'approvazione ai sensi dell'articolo 97 del progetto posto a base di gara, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. Nel caso di gara indetta ai sensi dell'articolo 153, le predette modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito dello studio di fattibilità».

²⁰ Un possibile schema di convenzione è contenuto nei citati documenti Ance et. Al. ed Epec, nonché in Utftp, *Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione di strutture ospedaliere. Un modello di convenzione di concessione di lavori*, marzo 2008. L'Autorità intende procedere all'adozione di uno schema di convenzione tipo a seguito dell'adozione della presente determinazione e del recepimento delle Direttive in materia di appalti e concessioni.

Poiché ciò che differenzia la concessione dal contratto d'appalto è la ripartizione del rischio tra amministrazione e concessionario, appare evidente che nella convenzione debbano essere presenti gli elementi necessari per una chiara allocazione dei rischi, ovvero diritti e obblighi del concedente e del concessionario. Si ricorda, tra l'altro, che le modalità di ripartizione dei rischi rappresentano un elemento fondamentale per la contabilizzazione dell'intervento, ai fini dei bilanci pubblici.

Considerato che nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato, nella convenzione dovranno chiaramente essere disciplinate le situazioni per le quali andamenti difformi rispetto a quelli preventivati all'atto di sottoscrizione del contratto possano condurre ad una revisione dello stesso, a favore del concessionario o del concedente, e quelle che invece determineranno una riduzione o aumento degli introiti (e, quindi, possibili perdite o guadagni ulteriori) per il concessionario.

In particolare, con riferimento all'esigenza di riequilibrio del piano economico e finanziario, la convenzione dovrà stabilire quali siano gli eventi straordinari e non attribuibili a responsabilità del concessionario in grado di influenzare la realizzazione e la gestione dell'opera, come possibili ritardi nei processi autorizzativi, inadempimenti del concedente, modifiche normative e cause di forza maggiore, che determinano ritardi importanti nel cronoprogramma.

Per quanto riguarda le situazioni che possono determinare benefici a favore della stazione appaltante dovrebbero essere inserite clausole di "*benefit sharing*" che consentono di ottenere vantaggi a seguito, ad esempio, di sopravvenute innovazioni tecnologiche o varianti che determinano riduzioni dei costi di costruzione dell'opera o, ancora, modifiche del regime fiscale, in senso positivo per il concessionario.

L'art. 143, comma 8, del Codice prevede che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti che hanno determinato il piano economico e finanziario posto a fondamento del contratto, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. Il comma 8-bis, introdotto dall'art. 19, comma 1, lettera a), della legge n. 98 del 2013 afferma che «La convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico-finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che fa riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi».

Pertanto, ai sensi del comma 8-bis è necessario che nella convenzione siano specificati i presupposti e le condizioni dell'equilibrio economico e finanziario, attraverso il riferimento a parametri quantitativi, oggettivamente determinati e determinabili, e riferiti all'intera vita della concessione. Tra le condizioni e i presupposti dovrebbero essere compresi i dati relativi all'importo degli investimenti, al costo di costruzione, ai prezzi e alle tariffe unitarie, alle loro modalità di aggiornamento, alla durata della concessione, al valore del contributo pubblico.

Inoltre, la convenzione deve definire in modo chiaro e misurabile l'equilibrio economico finanziario facendo riferimento al valore degli indicatori di redditività, quali il tasso interno di rendimento (Tir) dei mezzi propri, il Tir del progetto o il valore attuale netto (Van).

Per quanto concerne la capacità di rimborso del debito, si deve fare riferimento a indicatori quali il DSCR (ovvero il *Debt Service Cover Ratio*, rapporto tra il flusso di cassa di periodo disponibile per il servizio del debito, annuale o semestrale, e il servizio del debito, capitale e interessi, relativo allo

stesso periodo di riferimento), o al LLCR (ovvero il *Loan Life Cover Ratio*, il rapporto tra il valore attuale netto dei flussi di cassa nel periodo di durata del finanziamento e il valore attuale del debito).

In mancanza della predetta revisione del PEF il concessionario può recedere dal contratto. Al riguardo, si evidenzia l'opportunità che nella convenzione siano specificatamente individuati i diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso del concessionario ex art. 143 comma 8, richiamando l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che, anche in tale fase, occorrerà prestare attenzione a che permanga una corretta allocazione dei rischi tra partner privato e amministrazione. Pertanto, tali diritti patrimoniali conseguenti al recesso non potranno assumere una dimensione ed un contenuto tale da azzerare i rischi assunti dal concessionario.

In merito alla possibilità di introdurre modifiche ai contratti di concessione, la Direttiva 2014/23/UE, all'art. 43, elenca i casi in cui è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione.

In linea generale, si procede ad una distinzione tra situazioni in cui vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale e circostanze che implicino modifiche di minor impatto sul valore del contratto (Considerandi 75 e 76). Una nuova procedura di aggiudicazione si rende sempre necessaria quando intervengano variazioni della concessione inerenti in particolare il suo ambito di applicazione o il contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti; condizioni che, se conosciute prima e incluse negli atti di gara, avrebbero potuto comportare un esito diverso della procedura di aggiudicazione.

Nei casi in cui, invece, intervengano circostanze non prevedibili ex ante «nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte delle amministrazioni aggiudicatrici o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi del settore e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite e nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile», quindi secondo il criterio di normale diligenza, si può procedere alla revisione del piano economico-finanziario, senza procedere ad una nuova aggiudicazione.

Tuttavia, la revisione è subordinata al ricorrere di alcune condizioni: a) l'imprevedibilità delle circostanze sopraggiunte; b) la possibilità di modificare il contenuto del contratto senza alterare la natura generale della concessione; c) nel caso di concessioni aggiudicate dall'amministrazione aggiudicatrice allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, dei settori cd. speciali, l'eventuale aumento di valore non superiore al 50% del valore della concessione iniziale.

Si può procedere sempre a una revisione della concessione, indipendentemente dal valore finanziario del contratto: a) se si tratta di modifiche non sostanziali nel contratto; b) se le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali, in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni; c) per lavori o servizi supplementari che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale quando non sia ipotizzabile un cambiamento del concessionario per motivi economici o tecnici quali il requisito d'intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature servizi o impianti esistenti o perché comporti per l'amministrazione notevoli disagi consistenti nella duplicazione dei costi.

In caso di più modifiche successive, le limitazioni si applicano al valore di ciascuna modifica. Le modifiche successive non devono essere intese ad aggirare le indicazioni contenute nella direttiva.

Un'ulteriore ipotesi di modifica è quella in cui si renda necessario il cambiamento del concessionario, nelle circostanze riconducibili a quelle già previste dal nostro ordinamento all'art. 159 del Codice per il subentro, ovvero la risoluzione della concessione per fatto del concessionario (successione a seguito di fusioni societarie, ristrutturazioni, acquisizioni o insolvenza), e all'art. 51, concernente vicende soggettive dell'aggiudicatario.

Con particolare riferimento al subentro ai sensi dell'art. 159 del Codice, si sottolinea la necessità che il termine per la designazione della società subentrante da parte degli enti finanziatori del progetto, fissato nel contratto o in mancanza assegnato dall'amministrazione, sia congruo, avuto riguardo anche alla complessità delle attività preliminari necessarie a tale designazione. Inoltre, in attesa dell'emanazione del decreto del Ministero delle infrastrutture di cui al comma 2 dell'art. 159 del Codice, il contratto dovrà puntualmente disciplinare i criteri e le modalità di attuazione del subentro.

Infine, per quanto concerne la sostituzione del concessionario al termine del periodo di scadenza della concessione appare opportuno, così come deve avvenire per gli appalti di servizi, che il bando per il nuovo affidamento sia predisposto con congruo anticipo, in modo da non dover prevedere poi la necessità di proroghe dell'affidamento. Qualora sia previsto un corrispettivo per il valore residuo dell'investimento si suggerisce che questo sia posto a carico del nuovo concessionario e che l'effettivo pagamento del corrispettivo sia una condizione imprescindibile per il subentro. Il ritardo del pagamento può giustificare la prosecuzione dell'attività del precedente gestore, che deve essere congruamente remunerato, secondo quanto previsto nella convenzione per la gestione, e non può essere causa di una proroga della durata della concessione per il nuovo affidatario oltre il termine fissato nel bando.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 23 settembre 2015

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 ottobre 2015

Il Segretario
Maria Esposito



Autorità Nazionale Anticorruzione

RELAZIONE AIR

Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015

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

INDICE

Introduzione.....	3
Il quadro normativo di riferimento.....	3
I più recenti interventi normativi.....	4
Le ragioni dell'intervento dell'Autorità.....	8
Esiti attesi delle Linee guida.....	8
Procedure di consultazione effettuate.....	9
Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.....	10
1. Definizioni.....	10
2. La concessione di lavori e servizi e la finanza di progetto.....	11
3. La fase della programmazione.....	14
4. Lo studio di fattibilità.....	16
5. La scelta del modello di realizzazione dell'intervento: partenariato pubblico e privato o appalto...	16
6. L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi.....	17
7. Contenuti del bando e del disciplinare di gara.....	19
8. Le garanzie.....	22
9. Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione.....	24
10. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21).....	25
11. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto.....	27

Introduzione

La presente Relazione AIR, redatta in base all'art. 8 del Regolamento recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (di seguito, "Regolamento AIR") descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione della determinazione avente ad oggetto «Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163» (di seguito, "Linee Guida").

Il quadro normativo di riferimento

Tra i principali interventi in materia di partenariato pubblico privato (di seguito, "Ppp") deve annoverarsi il «Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», COM (2004) 327 definitivo, emanato dalla Commissione Europea il 30 aprile 2004.

In tale sede la Commissione, dopo aver precisato che il termine "partenariato pubblico privato" «si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio», ha individuato le caratteristiche principali del Ppp nei seguenti elementi: a) la durata relativamente lunga della cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; b) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti, sebbene spesso quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati; c) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), mentre il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; d) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico, sebbene non necessariamente il partner privato deve assumersi tutti i rischi legati all'operazione o la parte più rilevante degli stessi. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

In Italia il decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (cd. "Terzo Decreto Correttivo") ha introdotto all'art. 3 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, di seguito denominato "Codice") il comma 15-ter, che definisce i contratti di partenariato pubblico privato come i «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». Si tratta, in sostanza, di modelli di partnership tra organismi pubblici e settore privato per il conseguimento efficace di obiettivi di politiche pubbliche grazie alla condivisione del rischio, alla concentrazione di competenze del privato ovvero a forme aggiuntive di capitale¹. Rientrano nei contratti di Ppp, a titolo

¹ V. il Regolamento(UE) n. 1303/2013, che stabilisce le norme applicabili ai fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) e abroga il Regolamento (UE) n. 1083/2006 del Consiglio.

esemplificativo, la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, le società miste e gli affidamenti di lavori o servizi mediante finanza di progetto.

La finanza di progetto è stata introdotta nell'ordinamento giuridico italiano dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (cd. legge "Merloni ter") che aggiunse gli articoli 37-bis e ss. alla legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro sui lavori pubblici) ed è attualmente disciplinata dagli artt. 153 e seguenti del Codice, oggetto di più modifiche ad opera sia del decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (cd. "Secondo Decreto Correttivo"), che del già citato decreto Terzo Decreto Correttivo. Il Codice, sebbene disciplini l'istituto principalmente nei suoi aspetti procedurali, non fornisce una definizione di finanza di progetto.

Autorevole dottrina riferisce tale denominazione ad una operazione di finanziamento di un particolare progetto, nella quale il finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili del progetto in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le relative attività come garanzia reale del prestito².

Nel 2010 è intervenuto sulla materia anche il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici (di seguito, "Regolamento"), che all'art. 278 ha definitivamente chiarito l'applicabilità della disciplina della finanza di progetto, in quanto compatibile, anche ai servizi. Il Regolamento disciplina le modalità attraverso cui gli operatori privati possono formulare all'amministrazione aggiudicatrice proposte finalizzate all'affidamento in project financing di concessioni di servizi.

I più recenti interventi normativi

In considerazione della perdurante crisi economico-finanziaria, le forme di partenariato pubblico-privato, tra cui il project finance, configurandosi come preziosi strumenti sia per il rilancio dell'economia e degli investimenti pubblici (soprattutto infrastrutturali) che per il miglioramento dei conti pubblici (per la possibilità di contabilizzazione *off balance*), sono promosse ed incoraggiate oltre che dall'Europa³ anche dal Governo italiano, come dimostrano i più recenti interventi normativi di seguito descritti.

DECRETO SVILUPPO

Il decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70 (cd. "Decreto Sviluppo"), convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha modificato sotto diversi profili l'art. 153 del Codice. Al comma 9 ha previsto che l'asseverazione dei piani economici e finanziari non sia più di competenza esclusiva delle banche ma che possa essere garantita anche da società di servizi costituite dalla banca stessa 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

² Nevitt K.P., *Project Financing*, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987, 13.

³ Ad esempio, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato, nel dicembre 2013, un pacchetto legislativo, al fine di riformare gli orientamenti per lo sviluppo della rete trans-europea dei trasporti e la politica di coesione. Ai fini delle operazioni di PPP rilevano, in particolare, i Regolamenti (UE) n. 1315/2013 e n. 1316/2013 relativi alle Trans - European Network - Transport (TEN-T) e il Regolamento (UE) n. 1303/2013 che stabilisce le norme applicabili ai fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) che possono essere utilizzati per co-finanziare operazioni in PPP (art. 62). Da questo nuovo quadro normativo si evince un rinnovato interesse dell'Europa per le operazioni di PPP, costituendo le stesse uno strumento in grado di integrare le risorse comunitarie messe a disposizione per le politiche di coesione e sviluppo territoriale e per l'innovazione, la ricerca e il trasferimento tecnologico.

1939, n. 1966. Al comma 19 ha modificato il modello di project finance ad iniziativa totalmente privata, tramite cui si possono proporre alla pubblica amministrazione interventi di realizzazione in concessione di lavori pubblici non inseriti nella programmazione triennale, assicurando al promotore il diritto di prelazione.

LEGGE DI STABILITÀ 2012

La legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) ha previsto il finanziamento delle infrastrutture mediante defiscalizzazione, ovvero che il contributo pubblico a fondo perduto per le società di progetto costituite ai sensi dell'art. 156 del Codice può compensare totalmente o parzialmente le imposte sui redditi, l'IRAP e l'IVA generate durante il periodo di concessione.

DECRETO SALVA ITALIA

Il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (cd. "Decreto Salva Italia") ha modificato l'art. 143 del Codice introducendo la possibilità per le nuove concessioni di estendere la gestione del concessionario anche in via anticipata alle opere già realizzate, a patto che siano direttamente connesse a quelle oggetto della concessione o da ricomprendere nella stessa. Tanto viene previsto allo scopo di generare un *cash flow* per il concessionario prima che l'opera sia in gestione o addirittura ancora in costruzione. Al comma 5, viene poi prevista la cessione di immobili al concessionario privato come forma alternativa di contributo pubblico. Per le nuove concessioni di importo superiore al miliardo di euro, viene estesa la durata massima dell'affidamento a 50 anni al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio del piano economico-finanziario. All'art. 175, comma 20, è stata introdotta la procedura di gara a fase unica anche per le grandi infrastrutture.

DECRETO LIBERALIZZAZIONI

Il decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1 (cd. "decreto liberalizzazioni"), al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, conferisce alle società di progetto di cui all'articolo 156 del Codice nonché alle società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 15-ter, del Codice la facoltà di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile.

Prevede, inoltre, un alleggerimento ed un'integrazione della disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche modificando l'art. 175 comma 14.

Al fine di porre rimedio alla grave situazione di emergenza dovuta all'eccessivo affollamento delle carceri, introduce la possibilità di ricorrere in via prioritaria al project financing per la costruzione di nuovi istituti penitenziari.

Introduce all'art. 3, comma 15-bis, la definizione del "contratto di disponibilità", disciplinato all'art. 160-ter del Codice, la cui peculiarità risiede nel fatto che, benché l'opera da realizzare sia destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, una volta realizzata, rimane, ordinariamente, di proprietà privata ed è posta a disposizione dell'Amministrazione che ha bandito la gara, la quale versa un "canone di disponibilità" all'affidatario.

Il decreto in parola apporta, poi, all'art. 143 le seguenti modificazioni: al comma 5 prevede che «Le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto

di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice unitamente all'approvazione ai sensi dell'articolo 97 del progetto posto a base di gara, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. Nel caso di gara indetta ai sensi dell'articolo 153, le predette modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito dello studio di fattibilità». Al comma 7, aggiunge che «Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto». All'articolo 144, dopo il comma 3 è inserito il seguente: «3-*bis*. I bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera». All'articolo 159, comma 1, lettera a) prevede che in caso di subentro di una nuova impresa «la concessione è affidata, avendo comunque riguardo alla situazione concreta del progetto ed allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro».

Inoltre, modifica l'art. 177, comma 2, del Codice, prevedendo che per l'affidamento di concessioni sarà possibile porre a base di gara oltre al progetto preliminare anche il progetto definitivo.

DECRETO CRESCI ITALIA

Il decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (cd. "Decreto Cresci Italia") convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, prevede agevolazioni fiscali, contemplate nel novellato art. 157 del Codice. In particolare, l'aliquota dei *project bond* è fissata al 12,5%, analogamente ai titoli del debito pubblico; si stabilisce la completa deducibilità degli interessi passivi, l'applicazione delle imposte di registro ipotecarie e catastali in misura fissa (pari a 168 euro); si prevede la possibilità di emettere obbligazioni, anche ai fini del rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità nonché senza garanzia ipotecaria, purché siano sottoscritte da investitori qualificati, ovvero da tutti i soggetti autorizzati ad operare sui mercati finanziari.

All'art. 153 del Codice viene previsto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di indire una Conferenza preliminare di servizi con il compito di esprimersi sulla base dello studio di fattibilità o, per le procedure che lo prevedono, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara. Inoltre, per garantire i necessari requisiti di esperienza e competenza, lo studio di fattibilità deve ora essere redatto da personale interno all'amministrazione solo se in possesso dei molteplici requisiti soggettivi necessari alla sua predisposizione, in caso contrario, le amministrazioni possono affidare la realizzazione degli studi di fattibilità a soggetti esterni individuati con gara.

DECRETO DEL FARE

Il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (cd. "Decreto del fare"), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 all'articolo 19 contiene la modifica dell'art. 143, comma 5, del Codice, per la quale alla consegna dei lavori è previsto l'obbligo del concedente di dichiarare la legittimità, efficacia e validità di tutti gli atti (autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta permessi) di cui dispone.

Anche il comma 8 dell'articolo 143 è modificato, prevedendo la possibilità che la revisione del piano economico-finanziario si realizzi anche a seguito di novità legislative o regolamentari che possono

incidere sul piano economico e finanziario, previa verifica del CIPE, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Di conseguenza viene introdotto il comma 8-bis con cui è precisato che la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione si occupa della definizione dell'equilibrio economico finanziario con riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché della procedura di verifica e della cadenza temporale degli adempimenti connessi.

Con la modifica introdotta all'art. 144 del Codice, per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, si prevede la possibilità di stabilire nel bando che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità. L'amministrazione può provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

All'art. 144 sono, poi, inseriti i due nuovi commi 3-ter e 3-quater in cui si prevede che il bando per le concessioni può stabilire che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. Inoltre l'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o della sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. In caso di parziale finanziamento del progetto, per uno stralcio che sia da ritenersi tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimane valido per la parte che lo regola. Le stesse indicazioni si applicano in quanto compatibili alla finanza di progetto (art. 153 del codice) e alla disciplina delle infrastrutture (art. 174 del codice).

LA DIRETTIVA EUROPEA 2014/23/UE

Agli inizi del 2014 si è concluso il lungo iter approvativo delle tre nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni, il cui testo finale è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, rispettivamente, il 15 gennaio e l'11 febbraio 2014. Esse sono entrate in vigore a decorrere dal 17 aprile 2014 e dovranno essere recepite entro il 18 aprile 2016 dai singoli Stati membri.

Nell'ambito della nuova direttiva europea 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione assumono particolare rilievo, anche ai fini delle presenti Linee Guida, gli aspetti relativi alle modalità di aggiudicazione dei contratti, alla determinazione del relativo valore, oltre che alla disciplina dell'allocazione dei rischi.

La nuova direttiva prevede, infatti, che deve «essere lasciato alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario»⁴, introducendo così in materia di concessioni un innovativo principio di “libertà procedurale”. È possibile, quindi, attendersi significative rivisitazioni dell'attuale disciplina delle modalità di aggiudicazione delle concessioni e della finanza di progetto.

La nuova direttiva stabilisce, inoltre, che «il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'Iva, stimato dall'Amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori o servizi». In tal modo, è stato chiarito che ai fini del calcolo del valore di una concessione occorre computare tutti i flussi di cassa dalla stessa generati, non potendosi considerare esclusivamente il valore dell'opera oggetto di concessione.

In tema di allocazione dei rischi tra amministrazione e concessionario, la direttiva esplicita che elemento indefettibile per la qualificazione del contratto come “concessione” è il trasferimento al concessionario del “rischio operativo” legato alla gestione dell'opera.

Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

I numerosi ed importanti interventi normativi che negli ultimi anni hanno interessato il settore della finanza di progetto, per quanto volti a superare criticità presenti nel quadro giuridico vigente, hanno introdotto ulteriori elementi di incertezza in un settore particolarmente sensibile ai mutamenti normativi, in considerazione delle relazioni di lungo periodo che caratterizzano i rapporti tra concedente e concessionario. L'Autorità, nell'ambito delle proprie competenze, ha ritenuto pertanto opportuno procedere alla revisione e all'aggiornamento delle Determinazioni 14 gennaio 2009, n. 1 recante «Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. “terzo correttivo”» e della Determinazione 11 marzo 2010, n. 2 recante «Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici» e, in tale occasione, approfondire ulteriormente alcuni specifici elementi. Ciò anche al fine di effettuare una ricognizione delle problematiche presenti in materia di finanza di progetto, anche in considerazione dell'evidente farraginosità delle procedure che conducono spesso alla mancata aggiudicazione delle concessioni ed a gravi ritardi nell'avvio dei lavori e delle gestioni.

Esiti attesi delle Linee guida

Con l'emanazione delle Linee Guida l'Autorità si pone l'obiettivo, nell'ambito delle proprie competenze, di fornire agli operatori del settore chiarimenti ed indicazioni sugli aspetti risultati più problematici, al fine di agevolare un corretto utilizzo dello strumento della finanza di progetto, in linea con il quadro normativo nazionale ed europeo vigente.

Con la pubblicazione delle nuove Linee Guida le due determinazioni richiamate in precedenza si intendono definitivamente superate.

Sebbene non ancora recepite nell'ordinamento, nelle presenti Linee Guida si fa continuo riferimento alle novità introdotte dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni; ciò, non per indicare obblighi a cui stazioni appaltanti e operatori economici devono sottostare, ma quale utile criterio per l'interpretazione dei singoli istituti esaminati.

⁴ V. Considerando n. 68 e art. 30 della Direttiva UE n.23/2014.

In applicazione del regolamento AIR, il grado di raggiungimento degli obiettivi regolatori sarà oggetto di apposita verifica di impatto della regolazione. In ogni caso è possibile inviare osservazioni sugli effetti della determinazione anche prima dell'avvio del procedimento di VIR al seguente indirizzo mail: vir@anticorruzione.it.

Procedure di consultazione effettuate

L'emanazione delle Linee Guida è stata preceduta da una prima consultazione avente ad oggetto il documento recante «Finanza di progetto. Revisione della Determinazione n. 1/2009, Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo", e della Determinazione n. 2/2010 Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici», dal 9 dicembre 2013 al 31 gennaio 2014⁵, al fine di ottenere le osservazioni ed i suggerimenti di tutti i soggetti interessati. In particolare, l'Autorità ha voluto verificare, tra l'altro, se e in quale misura le linee guida contenute nei succitati documenti siano state effettivamente utilizzate dagli operatori del settore e quali effetti le stesse abbiano prodotto sullo svolgimento delle procedure di affidamento, nonché cogliere l'impatto delle recenti innovazioni normative nella disciplina di settore, durante il breve periodo di loro applicazione e le eventuali istanze del mercato in ordine a possibili ulteriori modifiche.

Tale consultazione pubblica ha visto la partecipazione di una molteplicità di soggetti, tra cui rappresentanti delle associazioni di categoria delle imprese artigianali, manifatturiere e industriali, delle associazioni di enti pubblici, delle associazioni bancarie e dei soggetti che svolgono attività di studio e analisi della materia. Si è avuto modo così di approfondire le problematiche sotto vari aspetti e da diversi punti di vista: quello degli operatori economici, delle stazioni appaltanti, degli enti finanziatori e della ricerca scientifica.

In merito agli esiti della consultazione, in generale è emersa una certa difficoltà nell'effettiva utilizzazione delle due determinazioni oggetto di revisione, dovuta al mancato approfondimento di alcune tematiche, specie quelle relative alla fase di esecuzione dei contratti ed alla necessità evidenziata di adottare modelli/procedure standard (ovvero bandi-tipo) sia per lo svolgimento delle gare che per la fase di esecuzione dei contratti.

Successivamente alla conclusione della prima consultazione, il legislatore europeo ha emanato le sopra citate nuove direttive in materia di appalti e concessioni che, sebbene ancora non recepite nel nostro ordinamento, costituiscono comunque un punto di riferimento obbligato per la regolazione del settore.

Pertanto, l'Autorità ne ha tenuto conto, unitamente ai contributi ricevuti, nella stesura della bozza di determinazione avente ad oggetto «Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», che conformemente a quanto previsto dal regolamento AIR è stata sottoposta a consultazione pubblica dall'8 gennaio 2015 al 2 marzo 2015. L'Autorità ha ritenuto tale bozza di determinazione maggiormente orientata a fornire indicazioni operative agli operatori economici e ad approfondire alcuni elementi con maggior dettaglio rispetto alle precedenti linee guida, anche perché alcuni chiarimenti normativi sono intervenuti per effetto dell'adozione del Regolamento di attuazione del Codice e delle successive integrazioni normative.

⁵ Il termine di scadenza della consultazione, non è stato però considerato come perentorio, atteso che sono stati acquisiti agli atti del procedimento e valutati per la redazione del secondo documento di consultazione anche contributi pervenuti successivamente a tale termine,

Nel termine fissato sono pervenute le osservazioni delle seguenti pubbliche amministrazioni e società pubbliche: Ministero del Tesoro, Università Bocconi di Milano, Comune di Conegliano e Cassa depositi e prestiti S.p.A.

Sono stati presentati inoltre i contributi delle seguenti associazioni di categoria e comitati: Anci Nazionale, ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili, Alberto Sperotto - Presidente Comitato di cittadini contro collegamento autostradale Torricelle, AISCA, nonché dell'operatore economico Olimpia Agency Spa e di un ulteriore operatore del settore che ha chiesto la pubblicazione in forma anonima.

I contributi ricevuti dai soggetti partecipanti alla consultazione, pubblicati sul sito dell'Autorità, manifestano generalmente un parere favorevole a quanto esposto nella bozza di Linee Guida; nel testo definitivo sono state accolte diverse osservazioni e sono stati forniti chiarimenti a taluni quesiti. Non tutte le osservazioni formulate, però, hanno potuto trovare accoglimento per le motivazioni illustrate nella presente relazione.

In particolare, si evidenzia che numerose sono state le richieste di modifiche normative della disciplina del partenariato pubblico privato e, in particolare, della finanza di progetto, avanzate nel corso della consultazione, le quali saranno tenute in considerazione nelle attività di competenza dell'Autorità inerenti il recepimento delle nuove direttive europee.

Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.

1. Definizioni

L'Università Bocconi ha suggerito di specificare meglio il glossario utilizzato nelle Linee Guida, al fine di non creare confusione soprattutto tra le nozioni di Ppp, appalto, concessione e project finance.

L'Autorità, ritenendo condivisibile il suggerimento proposto, ha inserito al paragrafo 1 delle Linee Guida il "Glossario", che raccoglie le definizioni dei principali termini utilizzati nel documento. Tale glossario è stato predisposto per permettere una migliore comprensione del testo della determinazione. Si suggerisce il suo utilizzo anche nei documenti di gara e nelle convenzioni, eventualmente integrato con gli ulteriori termini maggiormente ricorrenti nel testo, ciò al fine di fornire un'interpretazione univoca e certa dei principali termini utilizzati, favorendo in tal modo la partecipazione alle gare e riducendo il rischio dell'insorgere di contenzioso.

Si evidenzia che nel glossario il PF è definito come: «il finanziamento di un progetto in grado di generare, nella fase di gestione, flussi di cassa sufficienti a rimborsare il debito contratto per la sua realizzazione e remunerare il capitale di rischio, che qualora si concretizzi nell'affidamento di una concessione che contempra l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico di soggetti privati è disciplinato nei suoi aspetti procedurali all'art. 153 del Codice». Con tale definizione, che riassume i principali tratti distintivi del PF, non si pretende di definire la complessa natura giuridica di un contratto affidato mediante PF, natura giuridica sulla quale è presente un ampio dibattito dottrinale derivante dalla non riconducibilità dell'istituto in parola ad una categoria contrattuale tipica. Al riguardo, si ritiene che possa condividersi che l'essenza di un contratto affidato mediante PF sia ravvisabile nell'integrazione del profilo finanziario con quello della realizzazione e gestione di un'opera e/o di un

servizio e che, dal punto di vista “strutturale”, esso ruoti intorno alla concessione⁶, dalla quale si distingue oltre che per la presenza di una pluralità di finanziatori e di garanti, anche per la specificità della procedura di affidamento disciplinata all’art. 153 del Codice.

Nelle Linee Guida è stato anche evidenziato che la nuova direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione unifica le definizioni di concessione di lavori e di concessione di servizi e le relative normative⁷ e che il recepimento della stessa potrà costituire l’occasione per fissare più chiaramente i rapporti tra concessioni e Ppp (si veda anche la disposizione sub lett. ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee, che individua tra i criteri guida quello di procedere alla razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato). L’art. 153 del Codice risulta attualmente di difficile lettura in quanto spesso gli istituti della concessione e delle possibile modalità di finanziamento, tramite il PF, tendono spesso a sovrapporsi.

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

Criticità riscontrate

Alcuni dei soggetti che hanno partecipato alla consultazione hanno segnalato che permangono criticità applicative nella corretta distinzione tra appalto e concessione, e nella corretta qualificazione e contabilizzazione delle operazioni di Ppp.

L’Università Bocconi evidenzia che la costituzione di una società di progetto è *conditio sine qua non* per finanziare un progetto mediante la tecnica del project finance. Inoltre, ritiene che sia necessario definire chiari sistemi di contabilizzazione delle operazioni di Ppp anche a livello locale, per enti locali, aziende pubbliche e aziende sanitarie, al fine di creare una maggior armonizzazione tra le regole di consolidamento del debito a livello nazionale e i modelli contabili applicati dai concedenti, anche alla luce del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 (“Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42”).

Nel contributo pubblicato in forma anonima è stato evidenziato, inoltre, un utilizzo improprio dei contratti di Ppp, soprattutto da parte degli enti locali, che adotterebbero lo schema della concessione di servizi - pur non ricorrendone i presupposti - al fine di godere dei vantaggi della relativa disciplina giuridica (maggiore durata contrattuale, norme di semplificazione e derogatorie per l’affidamento dei contratti). Ciò ricorrerebbe, in particolare, con alcune società a partecipazione pubblica di enti locali, che presentano ad altri enti locali (che non detengono nessuna partecipazione) proposte di PF per settori e attività che, invece, dovrebbero essere soggette alla normativa sugli appalti, come per quei servizi che non prevedono un corrispettivo dell’utente ma solamente un costo per l’amministrazione (es.: illuminazione pubblica o fornitura di vettori energetici). Tale comportamento sarebbe in contrasto, oltre che con le norme del Codice dei contratti pubblici, anche con la disciplina restrittiva di cui all’art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, laddove dispone che le società interamente pubbliche o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali per lo svolgimento di attività strumentali ovvero per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative dell’ente devono «operare esclusivamente a

⁶ S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 luglio 2012

⁷ Come già evidenziato in precedenza, il richiamo al contenuto delle nuove Direttive comunitarie è volto ad indicare le probabili modifiche che si renderanno necessari in vista del recepimento delle stesse nell’ordinamento.

favore degli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale». Tali contratti si pongono anche in contrasto con il divieto di impegni pluriennali che superano l'arco temporale del bilancio preventivo pluriennale. Si propone, pertanto, di evidenziare nelle Linee Guida le conseguenze derivanti da un'applicazione del PF elusiva della normativa sugli appalti.

Sempre in tema di corretta qualificazione del contratto oggetto di affidamento e, precisamente, in ordine alla corretta stima del valore di tale contratto, l'Anci Nazionale ritiene che sia poco chiaro il riferimento contenuto nella Direttiva 2014/23/UE agli «introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore», da considerare ai fini del calcolo del valore stimato della concessione. Andrebbe chiarito, invece, che nel calcolo del valore della concessione rientrano anche le tariffe riscosse direttamente dal concessionario in luogo dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'Anci Nazionale chiede, inoltre, precise indicazioni in merito alla natura dell'istituto della "cessione del credito" da parte del concessionario nei confronti dei finanziatori.

Opzione scelta

In via preliminare, si condivide da un punto di vista teorico-economico che il PF debba necessariamente prevedere la costituzione di una SPV, in quanto è proprio l'isolamento del destino del progetto da quello dei propri promotori che differenzia il project finance dal corporate finance. Il fatto che il Codice non abbia previsto la necessaria costituzione di una società di progetto costituisce una delle ragioni di un utilizzo improprio di tale strumento anche per affidamenti per i quali non sembra necessario il ricorso alla finanza di progetto, essendo anche dubbia la natura di concessione, e non di appalto, dell'affidamento sottostante. Tuttavia, nella redazione delle Linee Guida non si può che prendere atto del quadro normativo esistente, suggerendo di utilizzare gli strumenti della finanza di progetto per tutti quegli affidamenti per i quali la costituzione di una SPV si mostri necessaria.

Occorre osservare, altresì, che il Ppp costituisce uno strumento prezioso per la realizzazione di investimenti pubblici in un periodo, come quello attuale, caratterizzato da scarsità di risorse finanziarie e dalla esigenza di contenere il debito pubblico, grazie al risparmio di risorse pubbliche che da esso potrebbe conseguire ed alla possibilità di classificare *off balance* tali operazioni. Tuttavia, a tal fine, è necessario, a monte, un'adeguata valutazione ex ante della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'operazione, nonché una corretta impostazione dell'operazione di Ppp, rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina sia giuridica che contabile da applicare alla fattispecie contrattuale. In mancanza, si corre il rischio che eventuali fallimenti del progetto impattino esclusivamente sul bilancio pubblico e che l'eventuale "riclassificazione" di tali operazioni nei bilanci delle amministrazioni pubbliche comporti un incremento di spesa, con impatto negativo sui saldi di finanza pubblica. In ogni caso il ricorso al PF (o al Ppp) non può limitarsi ad una traslazione sui bilanci futuri di costi attuali, ma la scelta dello strumento deve essere basata su criteri di convenienza, esplicitati nelle Linee Guida.

Nelle Linee Guida è stato evidenziato che i criteri per operare una corretta classificazione del contratto di Ppp sono stati fissati nella Decisione Eurostat 2004 e vanno integrati ed aggiornati con i contenuti del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a maggio del 2013 (cd. "SEC2010"), che a partire dal 1° settembre 2014 ha sostituito il SEC95 precedentemente in vigore. Inoltre, un indispensabile complemento a SEC2010 è il Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico (*Manual on Government Deficit and Debt - MGDD*), pubblicato per la prima volta da Eurostat nel

1999 e da ultimo aggiornato nel mese di agosto 2014, che dedica il capitolo 4 della parte VI alla *Public Private Partnership*.

L'Autorità non è competente a definire chiari sistemi di contabilizzazione delle operazioni di Ppp anche a livello locale, in ogni caso si richiama quanto evidenziato dalla Corte dei Conti (deliberazione n. 66/PAR/2012 del 31/05/2012), secondo la quale, non prevedendo la normativa in materia di partenariato pubblico privato uno schema rigido o ben definito, il corretto inquadramento dell'operazione di Ppp, anche ai fini contabili, non può che scaturire da un'attenta valutazione, caso per caso, delle singole fattispecie; gli Enti nella redazione del capitolato prestazionale, del bando di gara e delle conseguenti clausole contrattuali dovranno utilizzare capacità di valutazione delle diverse categorie di rischio, onde fissare in maniera certa, trasparente e conforme ai criteri elaborati in sede europea la distribuzione dei rischi e dei rendimenti sottostanti il contratto di partenariato pubblico privato.

Con riferimento al segnalato utilizzo improprio dello schema della concessione, si ritiene opportuno chiarire, preliminarmente, che le operazioni di Ppp possono costituire un valido strumento anche per la realizzazione delle opere destinate all'utilizzazione diretta da parte della pubblica amministrazione (cd. "opere fredde" quali, ad esempio, scuole, uffici; v. Sezioni Riunite della Corte dei conti, deliberazione del 16/09/2011 n. 49/CONTR/2011). Pertanto, l'assenza di un corrispettivo a carico dell'utenza non è, di per sé, indice di un contratto di Ppp privo dei necessari requisiti.

Ciò premesso, in considerazione della rilevanza di una corretta qualificazione dell'operazione posta in essere dalle amministrazioni, al paragrafo 3.1 delle Linee Guida, nel quale sono descritti gli elementi distintivi della concessione rispetto all'appalto, è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti ad una corretta valutazione della sussistenza dei presupposti che caratterizzano la concessione e la distinguono dall'appalto, evidenziando che gli eventuali maggiori costi sopportati dall'amministrazione a causa di uno scorretto utilizzo dello strumento del PF rilevano in punto di responsabilità amministrativa e contabile. In particolare, è stato sottolineato come il giudice amministrativo abbia sancito la nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile ("contratto in frode alla legge"), di un contratto di concessione nel quale non erano stati osservati i precetti comunitari nella distribuzione dei rischi (v. Tar Sardegna, sentenza 10 marzo 2011, n. 213). Sotto il profilo della responsabilità amministrativo-contabile, la Corte dei Conti ha più volte evidenziato come sia necessario accertare che il contratto da concludere abbia le caratteristiche proprie del Ppp con utilizzo di risorse private ai sensi del comma 15-ter dell'art. 3 del Codice e non rappresenti, invece, un meccanismo elusivo del divieto di indebitamento dell'Ente, sia per precedenti violazioni del patto di stabilità, che per mancato rispetto dei parametri *ex art.* 204 TUEL (v. *ex multis* Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr Veneto, 2 settembre 2011, n. 352/2011/par, in tema di leasing immobiliare).

Certamente, una corretta implementazione delle operazioni di Ppp richiede specifiche e talvolta anche elevate conoscenze e competenze tecniche in una pluralità di settori e discipline, che potrebbero essere carenti all'interno dell'organico delle amministrazioni, specie quelle di dimensioni più piccole. In tal caso, le Linee Guida e i diversi documenti in esse richiamati per fornire i criteri da seguire al fine di poter correttamente utilizzare lo strumento del Ppp e, in particolare, quello del PF, potrebbero non essere da soli sufficienti a risolvere i diversi problemi applicativi che tali strumenti presentano. Pertanto, al fine di fornire un ulteriore e più concreto strumento di ausilio alle amministrazioni, l'Autorità ha già manifestato l'intenzione di procedere all'adozione di uno schema di convenzione-tipo, avendo riguardo anche alle novità che saranno introdotte nel nostro ordinamento a seguito del recepimento delle nuove direttive europee.

In ordine alla segnalata circostanza che società partecipate da regioni e enti locali, deputate allo svolgimento di attività strumentali o all'esercizio di funzioni amministrative dell'ente, presentino ad altri

enti locali (che non detengono nessuna partecipazione) proposte di PF, in violazione dell'art. 13 del sopra citato d.l. n. 223/2006, appaiono opportune due precisazioni:

1. come chiarito dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 326/2008), il citato art. 13, prescrivendo che tali società operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti e che non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, intende evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata, né limitata la libertà d'iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distortiva della concorrenza;
2. il citato art. 13 non si applica alle procedure di affidamento di servizi pubblici locali, né si applica ai servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del Codice dei contratti pubblici (v. Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2084).

Ciò precisato, al paragrafo 9 delle Linee Guida («Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati – commi 19-21»), nella parte in cui si elencano gli operatori economici che possono presentare proposte, è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulle disposizioni contenute nel citato art. 13 del d.l. 223/2006 e sulla conseguente necessità di prestare attenzione alla legittimazione negoziale delle società partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali che presentino proposte o che comunque partecipino alla procedura in esame.

In merito alle osservazioni formulate da Anci Nazionale sul significato degli «introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ai fini del calcolo del valore della concessione», espressione contenuta nella Direttiva 2014/23/UE, si ritiene che il legislatore europeo abbia utilizzato una definizione molto ampia per ricomprendere nel calcolo del valore della concessione tutto ciò che compone il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto.

Le richieste formulate da Anci Nazionale in tema di cessione del credito, esulano invece dall'ambito di riferimento delle Linee Guida.

3. La fase della programmazione

Criticità riscontrate

I soggetti che hanno partecipato alla consultazione hanno in generale espresso apprezzamento per la previsione di meccanismi di coinvolgimento degli stakeholder e della collettività interessata dagli interventi, già in fase di predisposizione dello studio di fattibilità.

Il Presidente del Comitato di cittadini contro il collegamento autostradale Torricelle sottolinea, tuttavia, come il più delle volte, nella prassi, la concertazione sia intesa come semplice comunicazione, rapida e superficiale, che nulla sa di *débat public*. Pertanto, ritiene che, nel caso in cui il legislatore vorrà introdurre la concertazione, occorrerà fare in modo che la stessa non sia nella sostanza svilita. Soprattutto occorrerà assicurare ai cittadini la massima trasparenza garantendo loro, fra l'altro, l'accesso alla documentazione più delicata, quella dei costi, dei contratti, delle varianti. L'informazione va poi garantita nel tempo, dal momento che non avrebbe senso che i cittadini diano in fase iniziale il loro assenso ad un'opera, se poi con il trascorrere del tempo sono introdotti cambiamenti sui quali la cittadinanza non viene adeguatamente informata. Si suggerisce, inoltre, di evidenziare nelle Linee Guida

come la consultazione preventiva dei cittadini sia non solo un mezzo per evitare l'opposizione di parte della popolazione alla realizzazione di interventi sul territorio ma soprattutto un'opportunità di crescita democratica, valorizzando così l'azione positiva dei movimenti e dei comitati.

Sul medesimo tema, AISCAT ha evidenziato che le consultazioni possono spiegare la loro reale efficacia di strumento democratico e, nel contempo, di reale accelerazione nella realizzazione di infrastrutture, solo se effettuate su un livello di progettazione sufficientemente definito, non soggetto, pertanto, a successive variazioni di tipo anche sostanziale che potrebbero avere l'effetto di depotenziare lo strumento. Sarebbe, inoltre, necessario che le consultazioni rappresentino, con tempi certi, il momento unico e definitivo nel quale far confluire, in unico tavolo, utilizzando gli istituti previsti dalla legge n. 241/90 (in particolare quello della conferenza di servizi), tutte le esigenze e prescrizioni delle altre Amministrazioni, anche centrali, preposte alla fase autorizzativa del progetto. Pertanto, AISCAT ritiene che sia ragionevole attivare il dibattito pubblico sulla base di un progetto definitivo che potrebbe poi essere direttamente posto in gara e consentire all'aggiudicatario il suo ulteriore sviluppo e la sua conseguente realizzazione.

Opzione scelta

L'Autorità condivide che la "consultazione preventiva" dei soggetti interessati dagli interventi non debba ridursi ad un formale adempimento ma debba poter realizzare un'effettiva ed efficace partecipazione dei predetti soggetti, garantendo la necessaria trasparenza. Pertanto, nel paragrafo 4 delle Linee Guida è stato espressamente evidenziato che la consultazione preventiva consente di corroborare lo studio di fattibilità attraverso l'acquisizione del contributo e del punto di vista di chi è interessato dall'intervento in questione ed è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità di garantire un'effettiva partecipazione degli *stakeholder* e della collettività interessata. A tal fine, è necessario che le amministrazioni assicurino agli stessi le informazioni strumentali ad un effettivo confronto, nel rispetto della disciplina sull'accesso agli atti, nonché forniscano la motivazione delle scelte effettuate, esplicitando le valutazioni compiute anche con riferimento a quanto rappresentato in sede di consultazione dai soggetti interessati.

In ordine alla individuazione della fase in cui è opportuno svolgere la consultazione, se da un lato è innegabile che quanto più dettagliato e definitivo è il documento oggetto di consultazione tanto più la stessa potrà considerarsi efficace, dall'altro non si può trascurare che un livello elevato di dettaglio del progetto può essere raggiunto solo dopo numerosi passaggi rispetto ai quali il dibattito pubblico assume un ruolo fondamentale. Al riguardo, si deve evidenziare che nelle procedure di project finance ai sensi dell'art. 153 del Codice è posto a base di gara lo studio di fattibilità, documento preliminare alla progettazione ed appare dunque utile acquisire i contributi dei soggetti interessati dall'intervento anche in questa fase prodromica alla progettazione, al fine di addivenire alla redazione di uno studio di fattibilità idoneo a rappresentare un quadro globale, con tutte le possibili interferenze ed a fornire soluzioni adeguate alla realtà in cui il progetto si inserisce.

Nel paragrafo 4 delle Linee Guida è stato, infine, segnalato che all'art. 1, comma 1, lettera ll) del disegno di legge delega per il recepimento delle direttive europee è espressamente previsto tra i criteri di delega quello della garanzia di trasparenza e di pubblicità degli atti nelle operazioni di Ppp. Occorrerà, quindi, verificare se saranno introdotte dal legislatore interno forme obbligatorie di pubblicazione anche sul web di un *dataset* riferito a ciascun contratto di Ppp, che comprenda le informazioni dalla fase di programmazione sino al termine della gestione del contratto di concessione. D'altra parte questa scelta appare in linea con le recenti esperienze normative in materia di trasparenza che hanno imposto, ad

esempio con la legge n. 190/2012 e il successivo d.lgs. 33/2013, specifici obblighi in materia di contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

4. Lo studio di fattibilità

Criticità riscontrate

Nel contributo pubblicato in forma anonima è stato segnalato che, soprattutto in ambito delle concessioni di servizi (p.es.: sanità), dovrebbero essere specificati, già in sede di studio di fattibilità, i livelli minimi di prestazioni da garantire all'utenza, con riferimento a diritti essenziali (es. i LEA in ambito sanitario), legislazione vigente (p. esempio delibere dell'AEEG, direttive europee sui servizi pubblici essenziali), livelli assicurati in precedenza. In particolare, si suggerisce di prevedere che i livelli minimi da garantire siano definiti mediante una pubblica consultazione. Il richiamo contenuto nel documento in consultazione alla «domanda da soddisfare per la collettività di riferimento e le opportunità in atto» non sarebbe, infatti, sufficiente dal momento che l'analisi della domanda può essere fatta “per aggregati” o, comunque, con riferimento al bacino dell'utenza mentre occorrerebbe individuare i livelli minimi di prestazioni da garantire al singolo.

Opzione scelta

Le Linee Guida sottolineano come sia necessario, ai fini della redazione dello studio di fattibilità, raccogliere tutti gli elementi occorrenti per la formazione di un quadro completo dei bisogni e delle esigenze della collettività e che l'identificazione della domanda non può essere generica, ma deve basarsi su parametri facilmente identificabili e misurabili. In accoglimento dell'osservazione sopra esposta, il paragrafo 5.1 delle Linee Guida è stato integrato richiamando l'opportunità che le amministrazioni individuino, già in sede di studio di fattibilità, standard qualitativi e quantitativi prestazionali dei servizi richiesti che siano misurabili. Naturalmente le modalità di individuazione e di definizione degli standard variano a seconda della natura della concessione. Queste considerazioni, lette congiuntamente con quelle presentate nel paragrafo precedente, confermano l'opportunità di un *débat public* realizzato in una fase non troppo avanzata dell'iter di approvazione di un progetto.

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

Criticità riscontrate

L'Università Bocconi, in relazione all'analisi del *Value for Money*, raccomanda una profonda revisione della metodologia suggerita. Il documento proposto presenterebbe, infatti, le seguenti criticità: in primis, il fatto che sia completamente ispirato alla metodologia anglosassone che per alcuni aspetti non è coerente con gli assetti istituzionali e con le caratteristiche del Ppp in Italia. Inoltre, la *competitive neutrality* non consente di apprezzare costi che poi effettivamente dovranno essere sostenuti dai bilanci del concedenti pubblici. Infine, la quantificazione dei rischi non appare adeguatamente valutata.

In ordine ai criteri per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento, partenariato pubblico e privato o appalto, Anci Nazionale ritiene che oltre il rispetto dei principi indicati alle lettere

a), b) e c) [identificazione del rischio, *risk assessment* e *risk management*] occorrerebbe prevedere anche il principio della massima trasparenza di tutti gli elaborati prodotti e posti a base di gara.

Opzione scelta

Sulle modalità di calcolo della convenienza del ricorso ad un PF rispetto ad un appalto tradizionale, l'Autorità ha richiamato la metodologia maggiormente utilizzata in ambito nazionale ed internazionale, indicando il *public sector comparator* (di origine britannica) come uno dei possibili strumenti. Il PSC sopporta, al pari di ogni strumento finalizzato a stimare ex-ante i costi e i rischi di un determinato investimento, i limiti derivanti dalle metodologie adottate e dalla discrezionalità delle scelte effettuate circa i possibili scenari futuri. Naturalmente, l'Autorità si riserva la possibilità di verificare l'applicabilità di altre tecniche alternative, che potrebbero rilevarsi più confacenti al caso italiano. Ciò che il *Value for Money* richiede, ed è richiamato nella determinazione, è che il ricorso ad un finanziamento per la collettività più costoso rispetto a quello che lo Stato potrebbe ottenere direttamente nel mercato dei capitali sia più che bilanciato dalla riduzione dell'alea che si determina da una corretta allocazione dei rischi.

Di conseguenza, l'Autorità ha ritenuto che potesse essere di ausilio per le stazioni appaltanti inserire nelle Linee Guida un possibile schema di matrice dei rischi. Pertanto, il par. 5.2. è stato integrato con una tabella che riporta, nella prima colonna, alcune delle tipologie di rischio che si possono verificare nell'arco di vita del progetto. Nella seconda e nella terza la probabilità del verificarsi dell'evento e le relative conseguenze in termini di costi (e di tempo/ritardi di realizzazione dell'opera e della sua fruizione). Nella quarta colonna è indicata la possibilità di mitigazione del rischio nel caso di trasferimento dello stesso al privato; appare evidente che la risposta contenuta nella colonna (ad esempio, bassa, media, alta) dovrebbe essere correlata con la percentuale di trattenimento del rischio da parte del pubblico (colonna 6) e quella trasferita al privato (colonna 7). Nella quinta colonna sono indicati gli strumenti reputati maggiormente utili per la mitigazione del rischio.

In ordine al principio della massima trasparenza, principio generale di tutte le procedure ad evidenza pubblica, come esposto al paragrafo 4 delle Linee Guida in tema di "consultazione preventiva", è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità di garantire le informazioni strumentali ad un effettivo confronto con i soggetti interessati nel rispetto della disciplina sull'accesso agli atti.

6. L'affidamento dello studio di fattibilità ed i relativi corrispettivi

Criticità riscontrate

In relazione all'affidamento dello studio di fattibilità, Anci Nazionale propone di fare esplicito riferimento alle attività di committenza ausiliarie di cui al comma 15 dell'art. 2 della Direttiva 2014/24/UE per la costituzione di soggetti di supporto per le iniziative di Ppp. In merito ai relativi corrispettivi, invece, ritiene che per le modalità di calcolo del valore del servizio di redazione dello studio di fattibilità, alla luce del suo carattere interdisciplinare (tecnico, amministrativo ed economico) e, quindi, non riconducibile *sic et simpliciter* ad incarichi tecnici di cui ai tariffari nazionali, sarebbe utile riaffermare quanto già previsto nella parte conclusiva delle «linee guida per la redazione dello studio di fattibilità», di cui alla determinazione AVCP n. 1/2009, laddove alla conclusione del documento è

indicato che per la stima del costo delle prestazioni ci si dovrebbe basare sul numero di giornate-uomo necessarie per il loro svolgimento.

Sul tema, l'Università Bocconi ritiene, invece, che sarebbe opportuno che le amministrazioni assumessero un vero e proprio ruolo di *project management*, evitando di appaltare all'esterno la totalità delle prestazioni a un unico soggetto (anche ATI), preferendo piuttosto il modello “*hub-spoke*” in base al quale le amministrazioni dovrebbero indentificare le competenze rilevanti per redigere lo studio di fattibilità e, quindi, avviare percorsi di selezione diversificati, sulla base delle specifiche attività che formano lo studio di fattibilità.

Opzione scelta

La nuova Direttiva Appalti 2014/24/UE definisce «attività di committenza ausiliarie» quelle attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, che dovrebbero essere fornite dalle centrali di committenza (v. Considerando 70, art. 2 n. 15 e art. 37 della Direttiva). Nessun analogo riferimento è contenuto nella Direttiva Concessioni 2014/23/UE. Nelle Linee Guida è stato, tuttavia, evidenziato che, anche sulla base delle modalità con cui saranno recepite le direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni, le amministrazioni potranno far ricorso a soggetti di supporto e/o unità tecniche di riferimento che si occupano di programmazione e gestione degli interventi, strutturazione delle gare, monitoraggio dei contratti, interne alla Pubblica Amministrazione.

Ad ogni modo, nelle Linee Guida è stato aggiunto il paragrafo 3.4 dedicato alla “centralizzazione della domanda” finalizzato a chiarire l'applicabilità o meno alle concessioni di lavori affidate mediante finanza di progetto del novellato art. 33, comma 3-bis, del Codice, che prevede un obbligo di acquisto aggregato/centralizzato per i Comuni non capoluogo di provincia, che dovrebbe estendersi, stante l'attuale contesto normativo, anche alle concessioni di lavori. In particolare, con la Determinazione n. 3 del 25 febbraio 2015, in fase di aggiornamento, l'Autorità ha evidenziato che, da un punto di vista formale, depone a favore dell'applicabilità della predetta disposizione alle concessioni di lavori l'art. 142, comma 3, del Codice, secondo cui «alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice», tra le quali è contenuto l'art. 33, la cui applicazione non è derogata da nessuna disposizione.

Ciò premesso, al fine di stabilire se la disposizione in esame trova applicazione anche per le concessioni di lavori affidate mediante finanza di progetto deve aversi riguardo a quanto stabilito all'art. 152 del Codice che - in apertura del Capo III (del Titolo III - Parte II del Codice) dedicato a «Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per il lavori e del contratto di disponibilità» - individua la disciplina comune applicabile a tali procedure di affidamento. In particolare, l'art. 152 prevede l'applicazione delle disposizioni del Titolo I – Parte II del Codice (in cui è contenuto l'art. 33 in esame) solo «in quanto non incompatibili» con le previsioni del succitato Capo III.

Al riguardo, si osserva che la centralizzazione consentirebbe, soprattutto in un settore come quello della finanza di progetto, caratterizzato da una particolare complessità tecnica, economica e giuridica, di ridurre i rischi connessi alla gestione delle procedure, in virtù della maggiore competenza dei soggetti aggregatori e della crescente specializzazione che dovrebbe essere assicurata agli altri soggetti deputati alla centralizzazione della domanda. Ulteriori vantaggi possono derivare dalla centralizzazione in termini di programmazione, progettazione, mancata duplicazione degli interventi e riduzione dei costi.

Tuttavia, come già evidenziato dall'Autorità nella bozza di determinazione avente ad oggetto «Obbligo per i Comuni non capoluogo di provincia di procedere all'acquisizione di lavori, beni e servizi in forma aggregata - art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo del 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii. – Ulteriori indirizzi interpretativi», non possono non rilevarsi le difficoltà applicative del comma 3-bis dell'art. 33 del Codice alle concessioni di lavori, tenuto conto della specificità delle stesse e della necessità di un raccordo molto stretto che la gestione di un rapporto concessorio impone all'eventuale pluralità di enti concedenti. Si fa riferimento alle difficoltà di aggregazione degli interventi da realizzare, avendo riferimento alla specificità dei lavori, per i quali è più facilmente ipotizzabile una centralizzazione della procedure piuttosto che un'aggregazione dell'acquisti (che può, invece, più agevolmente avvenire per servizi e forniture); o, ancora, alle difficoltà connesse alla gestione dell'intera procedura che implica un coinvolgimento attivo dell'amministrazione (si pensi alla richiesta di modifica al progetto preliminare e, in caso di mancata accettazione del promotore, all'interpello di quelli che seguono in graduatoria (art. 153, comma 3 del Codice).

Con riferimento alla proposta dell'Università Bocconi di preferire un modello “*hub-spoke*” per l'affidamento all'esterno dello studio di fattibilità, che sarebbe quindi affidato a più soggetti in relazione alle specifiche competenze di ciascuno, si ritiene tale soluzione non condivisibile dal momento che l'unicità del soggetto affidatario, il quale deve comunque garantire tutte le professionalità necessarie alla redazione dello studio di fattibilità, è indispensabile per consentire l'integrazione ed il contemperamento dei diversi aspetti e fattori interessati dal progetto.

In ordine ai corrispettivi, si ribadisce quanto già indicato nel documento di consultazione, ossia che l'allegato Z2 del d.m. 31 ottobre 2013, n. 143, «Regolamento recante determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria», prevede ora i corrispettivi per i diversi servizi rientranti nella parte di progettazione degli studi di fattibilità. Al riguardo, nelle Linee Guida si è comunque ritenuto opportuno precisare, in linea con quanto indicato nella determinazione n. 4/2015, che le amministrazioni sono tenute ad esplicitare le relative modalità di calcolo al fine di garantire la massima trasparenza.

7. Contenuti del bando e del disciplinare di gara

Criticità riscontrate

In ordine ai contenuti del bando di gara e del disciplinare, sono pervenute le seguenti osservazioni.

Anci Nazionale ritiene che occorrerebbe prevedere non solo la possibilità di sfruttare anticipatamente parte di un'opera laddove i lavori non siano ancora terminati ma anche la possibilità di sfruttare anticipatamente le opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione.

Nel contributo pubblicato in forma anonima si osserva che la durata della concessione dovrebbe essere tale da non compromettere la libertà economica delle aziende del settore. Quindi, oltre che prevedere una durata minima più ampia rispetto agli appalti, si dovrebbe prevedere una durata massima non eccessiva, eventualmente prorogabile, al fine di garantire la libera concorrenza e/o l'aggiornamento della qualità dei servizi. Potrebbero, altresì, essere previste delle durate differenziate per tipologia di concessione, nonché la possibilità, prima della scadenza della concessione, di rinegoziare il contratto a vantaggio dell'Amministrazione, entro *range* definiti, tenendo conto dell'innovazione

tecnologica e/o comunque delle mutate condizioni del servizio. Si potrebbe, inoltre, prevedere un aggiornamento quinquennale del piano economico-finanziario.

L'Università Bocconi in relazione ai contenuti del piano economico finanziario suggerisce di far menzione nel testo della Determinazione dell'importanza della valutazione della componente "allocazione dei rischi" all'operatore privato, che si traduce in specifici valori all'interno dei costi operativi e di costruzione. Inoltre, ritiene di rilevante importanza la definizione di tutti i parametri della struttura finanziaria, che tra l'altro dovrebbe indicare in modo chiaro (e motivato) il rendimento atteso del capitale investito.

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

Inoltre, sarebbe anche opportuno che l'amministrazione avesse la possibilità di valutare l'attendibilità del Piano, che è elemento che, nei fatti, non viene mai assicurato dalle asseverazioni. Infatti, a tal proposito, occorrerebbe una profonda revisione dell'asseverazione, che purtroppo ad oggi non rappresenta affatto certificazione di qualità e attendibilità del piano economico finanziario. Studi condotti dall'Università Bocconi, basati su un modello multi-agente, dimostrano infatti che un'amministrazione capace di assegnare un punteggio anche legato all'affidabilità/bontà/appropriatezza del Piano è in grado di ridurre in modo significativo i fenomeni di azzardo morale che caratterizzano queste operazioni e che possono portare poi a una non adeguata allocazione dei rischi ex post, specie in presenza di contratti imperfetti.

Opzione scelta

Con riferimento alla possibilità di consentire al concessionario una gestione funzionale ed economica anticipata delle parti di opere già realizzate, così come previsto dal comma 4 dell'art. 143, si ribadisce l'opportunità di dettagliare nei documenti di gara gli stralci funzionali o le parti di opera che possono essere oggetto di gestione autonoma o anticipata rispetto al completamento dei lavori, anche relativamente ad opere accessorie ancorché funzionalmente connesse con quelle oggetto della concessione, poste al servizio di quelle principali. Al riguardo, si è ritenuto opportuno integrare le Linee Guida richiamando l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che i flussi di cassa derivanti dall'eventuale gestione anticipata siano computati nel piano economico-finanziario e tenuti in considerazione anche ai fini della determinazione della durata contrattuale.

Sulla durata delle concessioni, tenuto conto che l'Autorità non può intervenire sulle disposizioni normative in vigore, nel paragrafo 6.3 delle Linee Guida è stata richiamata espressamente l'opportunità di attenersi a quanto indicato nella Direttiva 2014/23/UE, che al Considerando n. 52, indica «per le concessioni di durata superiore a cinque anni la durata dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati per eseguire i lavori e i servizi e ottenga un ritorno sul capitale investito in condizioni operative normali, tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti» (v. anche art. 18). Si è ritenuto opportuno ulteriormente

precisare nelle Linee Guida che, ai fini della determinazione della durata contrattuale, deve tenersi conto della complessità dell'operazione posta in essere e dei flussi di cassa complessivi dalla stessa generati.

In ordine alla richiesta di prevedere rinegoziazioni del contratto a vantaggio dell'Amministrazione e/o revisioni del Piano, si richiama quanto già statuito al comma 8 dell'art. 143, laddove prevede che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti o condizioni di base del PEF, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In particolare, la disposizione in esame prevede espressamente che nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente.

In relazione ai contenuti del Piano, nelle Linee Guida è stato evidenziato che, in assenza di una chiara specificazione nel Regolamento degli elementi costitutivi del piano economico-finanziario, si ritiene che debbano essere contenuti nello stesso almeno gli elementi oggetto di valutazione nel processo di asseverazione di cui all'art. 96, comma 5 del Regolamento (prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice; prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti; canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione; tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione; durata prevista della concessione; struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario; costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe).

Al riguardo, si condivide quanto evidenziato dall'Università Bocconi in ordine all'importanza di una corretta identificazione ed allocazione dei rischi tra l'operatore privato e l'operatore pubblico per poter efficacemente intraprendere un'operazione di PF, dal momento che tale valutazione consente di stimare l'effettiva convenienza del ricorso a tale strumento rispetto ad un tradizionale contratto di appalto. Ciò appare tanto più rilevante se si considera che la possibilità di una contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PF può indurre le amministrazioni a scegliere tale strumento proprio al fine di superare i vincoli di finanza pubblica e del patto di stabilità, senza tuttavia verificare preventivamente la sostenibilità del progetto e la relativa convenienza.

Pertanto, particolare attenzione deve essere posta alle clausole contrattuali che regolano l'allocazione dei rischi in capo ai contraenti, la quale deve essere evidenziata in maniera dettagliata, chiara, oggettiva ed inequivocabile nel contratto. Come noto, per una corretta ed efficiente allocazione dei rischi ciascun rischio dovrebbe essere posto in capo alla parte più idonea a gestirlo. Pertanto, può affermarsi che, in linea generale, l'amministrazione dovrebbe assumersi i rischi legati al tempestivo ed efficiente svolgimento dell'iter amministrativo ed autorizzativo, mentre dovrebbero fare capo al concessionario i rischi inerenti la progettazione, costruzione, collaudo, messa in esercizio, manutenzione, gestione e finanziamento dell'opera. Tale allocazione dei rischi dovrebbe costituire anche una parte importante del piano economico e finanziario, oltre che costituire un elemento fondamentale ed imprescindibile della documentazione di gara e della successiva convenzione.

In relazione ai criteri di valutazione, nelle Linee Guida è stato richiamato quanto statuito dal comma 5 dell'art. 153, secondo il quale tali criteri devono includere, oltre a quanto previsto dall'art. 83 del Codice, anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, al valore economico finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. È stata, inoltre, evidenziata l'opportunità che

l'amministrazione, nella valutazione del valore economico-finanziario del piano, presti particolare attenzione agli oneri economici previsti a carico della pubblica amministrazione e/o dell'utenza (contributi erogati dalla PA, canoni di gestione, tariffe).

In ordine alla necessità che l'amministrazione valuti anche l'attendibilità del PEF, si evidenzia che l'asseverazione del piano economico finanziario da parte dell'Istituto di credito o della società a ciò abilitata attesta la correttezza e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione e fornisce una positiva valutazione sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) verificandone l'equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto; tuttavia, tale attestazione si basa esclusivamente sui dati forniti dall'impresa, essendo rimessa all'amministrazione la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo (Cons. St., Sez. V, 17 giugno 2009, n. 3944; 10 novembre 2005, n. 6287). Peraltro, si ritiene che possa concordarsi con quanto affermato dall'Università Bocconi in ordine alla necessità di una profonda revisione dell'istituto dell'asseverazione, che purtroppo, ad oggi, non è in grado di certificare effettivamente la coerenza ed attendibilità del piano proposto, dal momento che l'Istituto bancario resta estraneo alla correttezza e congruità dei dati di partenza e delle ipotesi industriali utilizzate per la redazione del PEF, che restano di esclusiva responsabilità dell'operatore economico che ha richiesto l'asseverazione e dal momento che l'asseverazione non comporta alcun impegno dell'Istituto bancario al successivo finanziamento dell'opera. Ciò è dovuto anche al lungo lasso di tempo che ad oggi ancora si registra tra il momento dell'asseverazione e quello del *closing* finanziario, nel corso del quale possono variare molte delle condizioni valutate al momento dell'asseverazione. Tali considerazioni rendono ancor più necessaria la valutazione dell'attendibilità del PEF da parte dell'amministrazione, in ordine alla quale la stessa esercita un potere discrezionale, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti (Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843; sull'obbligo di verifica della sostenibilità finanziaria dell'operazione da parte del soggetto concedente, v. Cons. St., sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503 e 10 gennaio 2012 n. 39).

8. Le garanzie

Criticità riscontrate

Olimpia Agency Spa, relativamente al rilascio di una cauzione pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, che garantisca il pagamento del progetto realizzato dal promotore nel caso in cui l'aggiudicatario sia persona diversa dallo stesso promotore, si chiede innanzitutto se tale garanzia debba essere presentata anche dal promotore stesso. Infatti, ritiene che possa essere un controsenso richiedere la presentazione di tale ulteriore cauzione anche da parte del soggetto che ha presentato il progetto e dovrebbe ricevere il pagamento dell'importo garantito da parte dell'aggiudicatario.

Olimpia Agency Spa segnala, inoltre, che spesso in sede di aggiudicazione e di rilascio della cauzione definitiva ex art. 113 D. Lgs. 163/2006, non si presta adeguata attenzione alla fondamentale distinzione tra la fase di costruzione e la successiva fase di gestione, con la conseguenza che le stazioni appaltanti richiedono il rilascio di una cauzione definitiva omnicomprendente, il cui importo è calcolato sulla quota parte di investimento che riguarda i lavori cumulata a quella che comprende i costi di gestione. Invece, l'art. 153 del Codice letteralmente fa riferimento ad una cauzione definitiva e ad una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi derivanti dalla gestione dell'opera. La questione produce importanti effetti sulla garanzia ex art. 113 D. Lgs

163/2006, sia relativamente all'importo della garanzia sia alla sua durata. La cauzione definitiva rilasciata a garanzia della corretta esecuzione dei lavori ha, infatti, una scadenza che coincide con il corretto completamento dei lavori stessi ed il suo ammontare è gradualmente diminuito in proporzione ai lavori eseguiti attraverso la presentazione degli stati di avanzamento lavori. Pertanto, il soggetto garante sarebbe esposto esclusivamente per l'importo garantito e calcolato sulla base dell'importo totale dei lavori, il quale non comprenderebbe anche il distinto e non cumulabile importo relativo ai costi di gestione. In sostanza, in mancanza di una siffatta distinzione, il garante si potrebbe vedere esposto all'ipotesi di escussione della cauzione definitiva e, quindi, al pagamento dell'intero importo garantito con la stessa, sia in caso di mancato o inesatto adempimento del contratto di appalto, sia in caso di inadempimento degli obblighi relativi alla gestione dell'opera. Inoltre il garante resterebbe obbligato al rilascio di una garanzia di durata decisamente lunga, trattandosi anche di garanzia degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, senza poter godere del beneficio dello svincolo automatico proporzionato ai lavori eseguiti. Dovrebbe, invece, restare distinta la cauzione definitiva dalla cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi derivanti dalla gestione. In tal modo, la prima avrebbe un importo calcolato solo sul costo dei lavori, una scadenza coincidente con il termine dei lavori stessi e la possibilità di automatica riduzione proporzionata alle opere realizzate. La seconda avrebbe un importo calcolato esclusivamente sulla quota relativa ai costi di gestione.

Infine, allo scopo di evitare che il PF, esponendo gli operatori a costi elevati, sia appannaggio solo di pochi, Olimpia Agency ritiene che, ad esempio, un importo fisso della cauzione definitiva pari al 10 per cento, calcolato sul valore contrattuale, consentirebbe di individuare in via fissa e predeterminata l'importo da garantire, già nella fase di partecipazione alla gara, riducendo così i costi globali del progetto di finanza e altresì diminuendo l'alea che caratterizza la cauzione definitiva. Tale obiettivo si potrebbe inoltre perseguire anche riducendo la durata contrattuale e prevedendo ad esempio dei tempi di gestione meno lunghi. Questa soluzione potrebbe avere il beneficio di rilasciare garanzie per una durata inferiore e rendere meno gravosa la posizione delle compagnie assicurative. È, infatti, difficile reperire nel mercato garanti in grado di esporsi per un periodo di tempo notevolmente lungo, con il rischio, sempre più attuale, che le imprese cerchino di reperire i prodotti assicurativi necessari in mercati secondari e poco affidabili.

In ordine alla cauzione a garanzia delle penali per il mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla fase di gestione dell'opera, AISCAT segnala l'indisponibilità degli operatori assicurativi o finanziari a rilasciare garanzie per l'intera durata della concessione e ritiene, pertanto, auspicabile il riconoscimento della possibilità per il concessionario di stipulare garanzie di durata più limitata, con obbligo di rinnovo per tutto il periodo di gestione dell'opera.

Opzione scelta

Nella procedura a gara unica e nella prima fase della procedura a doppia gara la cauzione del 2,5% del valore dell'investimento è presentata a corredo dell'offerta e, quindi, in un momento in cui non è stato ancora individuato il promotore.

Nella procedura a doppia gara, inoltre, il promotore - nel caso in cui eserciti il diritto di prelazione a valle della seconda gara - è tenuto a versare, tramite l'amministrazione aggiudicatrice, al miglior offerente le spese di partecipazione alla gara (che non possono superare il 2,5% del valore dell'investimento). Per tali ragioni è necessario che anche il promotore presenti la cauzione del 2,5%.

Con riferimento, invece, alle garanzie che è tenuto a prestare il soggetto aggiudicatario, si concorda con l'osservazione che la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice e la cauzione a garanzia delle penali relative alla gestione dell'opera sono due cauzioni distinte, il cui importo è normativamente fissato. Precisamente l'importo della cauzione definitiva è fissato dall'art. 113 del Codice in misura pari al «10 per cento dell'importo contrattuale» mentre l'importo della citata cauzione a garanzia delle penali è fissato dall'art. 153 del Codice in misura pari al «10 per cento del costo annuo operativo di esercizio»; inoltre, mentre la prima cauzione deve essere prestata al momento della sottoscrizione del contratto, la seconda è dovuta dalla data di inizio dell'esercizio del servizio.

In ordine alla progressiva e proporzionale riduzione della cauzione definitiva di cui all'art. 113 in correlazione con l'avanzamento dei lavori, appare opportuno evidenziare che la giurisprudenza ha affermato che l'art. 113, co. 3, del Codice e l'art. 123, co. 1, del Regolamento sono vevoli anche per gli affidamenti in project financing e che il principio, sancito dalle norme richiamate, di progressiva e proporzionale riduzione della garanzia in correlazione con l'avanzamento dei lavori, ha carattere imperativo (come testimoniato dalla nullità testuale della pattuizione in deroga), integrando “*ab externo*” il regolamento contrattuale, quindi anche in sostituzione delle eventuali clausole difformi (TAR Lombardia, 14 novembre 2013, n. 2518).

Pertanto, si ribadisce la distinzione tra le due cauzioni sopra descritte, evidenziando che le amministrazioni non possono chiedere il rilascio di una cauzione unica, comprensiva di entrambe le garanzie, dato anche il diverso *dies a quo* delle due garanzie.

In ordine ad una riduzione della durata della cauzione quale conseguenza di una ridotta durata contrattuale, le Linee Guida, come già sopra rilevato, evidenziano che la durata contrattuale può rappresentare uno degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e richiamano le indicazioni fornite dal legislatore europeo nel Considerando n. 52 della Direttiva 2014/23/UE.

Infine, non sembrano sussistere impedimenti alla possibilità, richiesta da Aiscat, di stipulare una cauzione a garanzia delle penali di durata più limitata rispetto al previsto periodo di gestione dell'opera, con obbligo di rinnovo per tutto il periodo di gestione. Tuttavia, in tal caso è necessario che la cauzione oggetto di rinnovo sia fornita prima che venga a scadenza quella precedente, al fine di assicurare all'amministrazione la possibilità di escussione nel caso in cui il concessionario non riesca a rinnovarla oppure decida di abbandonare il progetto.

9. Lo svolgimento della procedura a doppia gara e il diritto di prelazione

Criticità riscontrate

Il Presidente del comitato di cittadini contro il collegamento autostradale Torricelle ha evidenziato l'opportunità di chiarire nelle Linee Guida il momento nel quale, in caso di procedura a doppia gara, il promotore è tenuto a presentare la dichiarazione sul possesso dei requisiti, che non dovrebbe essere oltre la data ultima stabilita per la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti alla seconda gara.

Opzione scelta

L'art. 153, comma 8, del Codice stabilisce che alla procedura ivi disciplinata sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal Regolamento per il concessionario, anche associando o

consorziano altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38.

Nella determinazione n. 3/2009 l'Autorità ha previsto, sia nella procedura a gara unica, sia nella prima fase (volta all'individuazione del promotore) che nella seconda fase (volta all'aggiudicazione della concessione) della doppia gara, che la commissione giudicatrice procede, nella prima seduta pubblica o in sedute successive pubbliche, "ad una verifica circa il possesso dei requisiti generali e speciali dei concorrenti al fine della loro ammissione alla gara, sulla base delle dichiarazioni da essi presentate e dei riscontri eventualmente rilevabili dai dati risultanti dal casellario informatico delle imprese istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e ad effettuare, ai sensi dell'articolo 48, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006, il sorteggio di almeno il dieci per cento dei concorrenti da sottoporre alla verifica del possesso dei requisiti speciali".

Al riguardo, è necessario che il promotore, che non partecipa alla successiva gara ma è titolare del diritto di prelazione, abbia i requisiti del concessionario sin dalla prima fase di gara e, quindi, anche nella seconda gara.

Per quanto concerne i requisiti di ordine generale è evidente che questi debbano essere posseduti in tutte le fasi in cui si articola la procedura di gara; mentre per i requisiti di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, possono verificarsi due ipotesi: 1) in sede di approvazione del progetto presentato dal promotore non sono state apportate modifiche sostanziali e, di conseguenza, i requisiti di partecipazione restano quelli indicati nel bando, il cui possesso da parte del promotore deve essere verificato alla conclusione delle operazioni della prima gara; 2) il progetto necessita di modifiche che comportano requisiti ulteriori rispetto a quelli inizialmente richiesti e, in tal caso, laddove il promotore accetti di modificare il progetto, si ritiene che la verifica dei nuovi requisiti in capo allo stesso andrà eseguita prima della indizione della seconda gara, dal momento che il promotore non partecipa a tale seconda gara ma, ove non siano presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose, il contratto è aggiudicato allo stesso. Laddove il promotore necessiti di possedere requisiti in misura maggiore a quelli inizialmente richiesti, si ritiene che possa integrare la propria compagine con nuovi soggetti che apportino ulteriori requisiti.

Tale interpretazione si impone per ragioni di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, dal momento che laddove il promotore, il cui progetto è stato approvato e posto a base della seconda gara, non posseda i requisiti di partecipazione potrebbe essere del tutto vanificato l'esperimento della seconda gara (situazione che si verifica quando non vi è un'offerta valutata economicamente più vantaggiosa), con conseguente dispendio di tempo e risorse.

Naturalmente, restano ferme le verifiche di legge che l'amministrazione dovrà eseguire al momento della stipula del contratto di concessione.

10. Lo svolgimento delle procedure ad iniziativa dei privati (commi 19-21)

Criticità riscontrate

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

presentata in sede di proposta eventualmente prorogata se fossero superati i 180 gg. di validità della stessa.

Opzione scelta

Il comma 19 dell'art. 153 disciplina la procedura ad iniziativa privata per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale, prevedendo che la proposta dell'operatore economico sia corredata dalla cauzione di cui all'art. 75 del Codice. Come noto, il comma 6 del predetto art. 75 stabilisce espressamente che tale cauzione copre il rischio di «mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario». Appare evidente, tuttavia, che nella procedura descritta nel comma 19 dell'art. 153 e, in particolare, nella prima fase di valutazione delle proposte presentate dai privati, non solo non è presente ancora alcun contratto da stipulare ma non è stato ancora stabilito se ci sarà una gara per l'affidamento della concessione oggetto di proposta. Infatti, solo laddove la proposta presentata sia valutata di pubblico interesse e sia stato approvato il progetto preliminare, l'amministrazione aggiudicatrice pubblicherà una gara per l'affidamento della concessione, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato. A questa gara è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore, il quale, come gli altri concorrenti, dovrà presentare un'offerta.

Pertanto, sono sorti dubbi su quale possa essere la finalità della cauzione provvisoria posta a corredo della proposta originaria e, quindi, su quali possano essere i casi nei quali - nel corso della prima fase della procedura descritta al comma 19 (ossia prima dell'eventuale indizione della gara per l'affidamento della concessione) - l'amministrazione è tenuta a procedere all'escussione di tale cauzione. Al riguardo, giova ricordare, innanzitutto, quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 10 dicembre 2014 n. 34: l'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica e la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. Inoltre, per costante giurisprudenza essa costituisce una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, qualora non si pervenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario.

Pertanto, con riferimento alla fattispecie in esame, si ritiene che la cauzione possa essere escussa nel caso in cui l'amministrazione accerti la mancanza in capo al proponente dei requisiti di cui al comma 21 dell'art. 153, il cui possesso è stato autodichiarato dal proponente medesimo; inoltre, si ritiene che, per analogia, possa farsi riferimento a quanto previsto al comma 17 dell'art. 153 (per l'ipotesi di PF su proposta di privati in relazione a lavori inseriti in programmazione) a tenore del quale la cauzione deve essere incamerata nel caso di mancata partecipazione del proponente alla successiva gara per l'affidamento della concessione avente ad oggetto il progetto preliminare approvato dalla stazione appaltante a seguito della proposta ricevuta.

In ordine alla possibilità per il proponente di avvalersi, nella gara indetta per l'affidamento della concessione, della cauzione provvisoria già prodotta a corredo dell'originaria proposta, si rappresenta quanto segue.

Sul punto, appare utile richiamare quanto previsto al comma 19, quinto periodo: «la proposta è corredata (...) dalla cauzione di cui all'articolo 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo [*n.d.r.* ossia del 2,5% del valore dell'investimento], nel caso di indizione di gara».

Il legislatore ha, quindi, richiesto che nella prima fase della procedura sia acquisito un espresso impegno del fideiussore (che ha già prestato la cauzione provvisoria) a prestare, in caso di successiva gara, l'ulteriore garanzia del 2,5%. Il legislatore sembra, pertanto, considerare già acquisita - anche per l'eventuale successiva fase di gara - la cauzione ex art. 75. Altrimenti, sarebbe stato ragionevole che il legislatore avesse richiesto l'impegno del fideiussore a rilasciare, nella eventuale successiva gara, entrambe le garanzie necessarie (la cauzione provvisoria e quella del 2,5%). Pertanto, nel caso d'indizione della gara per l'affidamento della concessione, a seguito della positiva valutazione di pubblico interesse della proposta presentata e dell'approvazione del progetto preliminare, si ritiene che l'attuale quadro normativo non impedisca al promotore di avvalersi della cauzione provvisoria allegata alla proposta originaria e di presentare solo la cauzione del 2,5% del valore dell'investimento. Si ritiene, tuttavia, in tal caso, anche al fine di evitare possibili contestazioni in sede di escussione, che la cauzione rilasciata a corredo della proposta originaria debba far espresso riferimento al fatto che è posta a garanzia anche dell'offerta che sarà presentata dal promotore in caso di indizione della gara. Inoltre, è altresì necessario che nella successiva fase di gara tale cauzione sia eventualmente integrata nell'importo, laddove il valore economico del progetto preliminare posto a base di gara fosse maggiore del valore stimato nella proposta originaria e che sia altresì esteso il termine di validità della garanzia al fine di coprire l'intero periodo di efficacia dell'offerta presentata dal promotore in sede di gara per l'affidamento della concessione. Resta, infatti, nell'ambito dell'autonomia dei rapporti privati tra operatore economico e fideiussore la scelta tra il rilascio di un'unica cauzione al momento della presentazione della proposta, da riferire anche all'eventuale successiva proposta ed eventualmente da integrare nell'importo e nella durata, oppure, il rilascio di due distinte cauzioni. L'interesse della stazione appaltante è soddisfatto, infatti, in entrambi i casi, con la presenza di una garanzia che accompagna l'offerta presentata in sede di gara che sia conforme in termini di importo e di durata alle disposizioni di legge e della *lex specialis*.

Tale interpretazione appare idonea ad evitare ulteriori ed inutili oneri a carico del promotore consentendo, allo stesso tempo, il soddisfacimento dell'interesse della stazione appaltante, della ratio della norma di cui all'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 nonché del principio del favor participationis.

11. Disciplina applicabile all'esecuzione del contratto

Criticità riscontrate

In ordine ai contenuti dello schema di convenzione, gli operatori intervenuti in sede di consultazione hanno generalmente apprezzato l'intenzione dell'Autorità di procedere all'adozione di uno schema di convenzione-tipo, manifestando interesse a poter fornire il proprio contributo alla luce delle specifiche esperienze da ciascuno maturate.

In merito alla fase di esecuzione dei lavori, Anci Nazionale ritiene che la stessa dovrebbe essere maggiormente disciplinata anche mediante il ricorso a forme di "*soft law*". In particolare, si ritiene necessario operare una differenziazione circa la nomina del Direttore dei Lavori individuando come discrimine la natura del rapporto concessorio. Si ritiene, infatti, che laddove i lavori sono finalizzati a soddisfare esigenze dirette della pubblica amministrazione e il concessionario sia remunerato attraverso un canone di disponibilità, la nomina del Direttore dei Lavori debba essere posta in capo all'ente concedente.

In ordine alla revisione del piano economico-finanziario ed alla disciplina relativa al recesso del concessionario in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. suggerisce che le Linee Guida:

- chiariscano che le fattispecie suscettibili di giustificare il riequilibrio del PEF (ad oggi previste dall'art. 143, co. 8 bis del Codice contratti pubblici) non rientrano unicamente nelle ipotesi di *factum principis* e di modifiche legislative attualmente regolate dal comma 8, articolo 143, Codice dei contratti pubblici;
- definiscano la portata dei diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso, anche alla luce della previgente legge quadro n. 109/1994, che rinviava alle previsioni stabilite per la risoluzione per inadempimento del concedente prevedendo in tali casi il riconoscimento delle somme di cui alle lettere (a) e (b) del comma 1 dell'art. 158 del Codice dei contratti pubblici;
- prevedano l'individuazione del soggetto tenuto al pagamento delle somme di cui all'alinea precedente e di meccanismi di pagamento idonei a dare certezza sui tempi di incasso;
- precisino che il ricorso alla proroga del termine di scadenza delle concessioni nei casi di riequilibrio deve comunque assicurare il rispetto dei parametri finanziari espressi nel piano economico-finanziario, ivi inclusi quelli connessi alla cadenza temporale degli adempimenti correlati, quali il rimborso del debito finanziario contratto.

In ordine alle conseguenze derivanti dalla scadenza, anche anticipata, del contratto di Ppp, Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. suggerisce di precisare nelle Linee Guida che:

- qualora, a seguito di scadenza naturale o cessazione del rapporto concessorio, il concedente intenda individuare un nuovo concessionario per l'affidamento della concessione, le procedure di gara per la relativa selezione siano indette con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione e, negli altri casi, entro termini ragionevoli;
- il bando della gara per l'affidamento della concessione possa prevedere che il pagamento dell'indennizzo in favore del concessionario uscente sia posto a carico del nuovo concessionario subentrante;
- in ogni caso, il bando della gara per l'affidamento della concessione preveda che il subentro del nuovo concessionario sia sospensivamente condizionato al pagamento al concessionario uscente dell'indennizzo, fatta salva la facoltà del concessionario uscente di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i relativi ricavi e senza obbligo di effettuare ulteriori investimenti, fino alla effettiva corresponsione delle somme dovute;
- che, nel caso in cui l'indennizzo, laddove dovuto nelle ipotesi di cessazione anticipata della concessione, non sia corrisposto entro un congruo termine (es. 24 mesi dalla cessazione del rapporto concessorio), il pagamento dell'indennizzo sia direttamente esigibile da parte del concessionario nei confronti del concedente, anche nelle more dell'eventuale procedura di gara avviata per l'individuazione del nuovo concessionario;
- che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del concessionario o altro motivo attribuibile allo stesso siano rimborsati al concessionario gli importi attualmente previsti dal comma 1, lettera a) del dell'art. 158 del Codice contratti pubblici;
- che, l'indennizzo includa gli oneri connessi allo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e altri costi derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti relativi ai finanziamenti ottenuti dal concessionario;
- che, le somme dovute al concessionario a seguito della cessazione anticipata del rapporto concessorio siano destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di obbligazioni di progetto (articolo 157 Codice dei contratti

pubblici), e siano indisponibili per il concessionario fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

In ordine all'istituto del c.d. "subentro" (art. 159 del Codice), Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. evidenzia che l'attuale disciplina pone alcune problematiche che incidono sulla finanziabilità dei progetti, in particolare:

- il rinvio al contratto o, in mancanza di specifica clausola, alla determinazione dell'amministrazione aggiudicatrice per la fissazione del termine entro il quale gli enti finanziatori possono designare un nuovo concessionario, non tiene conto del fatto che detto termine deve necessariamente essere congruo in ragione della complessità delle attività preliminari che gli enti finanziatori e il potenziale interessato devono svolgere;
- la previsione di un decreto del Ministro delle infrastrutture per fissare criteri e modalità di attuazione del cosiddetto diritto di subentro (comma 2, articolo 159, Codice dei contratti pubblici), unitamente alla previsione che, nelle more dell'emanazione del suddetto decreto, rimette alle parti la facoltà di definire nel contratto i medesimi aspetti (comma 26-bis, art. 253, Codice dei contratti pubblici), si presta a letture strumentali che spesso inficiano di fatto la possibilità di esercitare tale diritto.

Anche AISCAT evidenzia che il subentro, laddove non supportato da idonee garanzie, ostacola fortemente la bancabilità del progetto dal momento che gli istituti bancari non sono disposti a finanziare valori la cui recuperabilità possa risultare incerta. Sarebbe, pertanto, necessario garantire, attraverso l'inserimento di apposite norme convenzionali, che:

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

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

L'Università Bocconi suggerisce di specificare il significato di equilibrio economico e finanziario, concetto spesso non chiaro nell'ambito delle concessioni di costruzione e gestione.

Infine, sulle modalità di esecuzione della concessione AISCAT evidenzia che la Direttiva 2014/23 lascia il concessionario sostanzialmente libero di adempiere al proprio contratto organizzandosi nel modo che ritiene più opportuno, vale a dire eseguendo direttamente, anche tramite società collegate, oppure sub-affidando liberamente a soggetti terzi. La presenza di elementi di rigidità nella disciplina della concessione e della sua esecuzione sarebbe, infatti, destinata a tradursi in perdita di appetibilità delle operazioni di partenariato.

Opzione scelta

In merito alla direzione dei lavori, occorre rilevare che gli artt. 130 del Codice dei contratti pubblici e 147 del Regolamento prevedono che l'attività di direzione dei lavori sia espletata dalle amministrazioni aggiudicatrici. Deve ritenersi che tali disposizioni siano applicabili anche alle

concessioni, non essendo stata prevista alcuna deroga nella specifica disciplina dettata per le concessioni (alle quali si applicano le disposizioni del Codice, salvo che non siano derogate nel Capo II ad esse dedicato - art. 142, comma 3). L'unica deroga alla nomina del direttore dei lavori da parte della stazione appaltante è prevista per l'affidamento a contraente generale. L'art. 176, comma 2, lett. d), del Codice dei contratti pubblici stabilisce, infatti, che il contraente generale provvede «all'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione». La ratio di tale previsione è da ricercarsi in alcune caratteristiche qualificanti la figura del contraente generale e, in particolare, nella natura prevalente dell'obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lo lega al soggetto aggiudicatore (art. 176, commi 4 e 10 del Codice) e nella facoltà di eseguire l'opera con qualsiasi mezzo, quindi anche mediante affidamento ad imprese terze. Ciò consentirebbe, da un lato, l'esenzione dell'ente concedente dal difficile compito della direzione dei lavori, dall'altro, di responsabilizzare su tale attività il *general contractor* specie per la parte che fa eseguire ad altre imprese. Tale deroga non è, tuttavia, estensibile a fattispecie diverse, come quella della concessione. Peraltro, occorre rilevare che nel disegno di legge delega per il recepimento delle nuove direttive europee, approvato dal Senato il 18 giugno scorso, tra i criteri guida è previsto il «rafforzamento della funzione di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture, vietando comunque, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile o direttore dei lavori allo stesso contraente generale o soggetto collegato, e prevedendo altresì che i soggetti che realizzano insediamenti produttivi strategici privati o infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale debbano adottare forme di contabilità esecutiva e di collaudo analoghe a quelle previste per gli appalti pubblici di lavori» (art. 1, comma 1, lett. ee).

Pertanto, il legislatore sembra orientato ad eliminare nel nuovo Codice dei contratti pubblici la previsione oggi vigente che attribuisce la nomina del direttore dei lavori al contraente generale.

Ciò fornisce un ulteriore elemento per affermare la spettanza all'ente concedente della nomina del direttore dei lavori, che è stata, quindi, espressamente prevista nelle Linee Guida, ponendosi in linea con l'importante compito assegnato al direttore dei lavori di assicurare la corretta realizzazione dell'intervento nel pieno rispetto dei patti contrattuali e, quindi, di garantire l'interesse pubblico alla migliore esecuzione dell'opera.

Appare opportuno specificare che quanto previsto nella determinazione n. 2/2010 deve riferirsi esclusivamente agli affidamenti del concessionario ad imprese terze. In questo caso, infatti, il concessionario è obbligato a nominare il direttore dei lavori quando ha natura di amministrazione aggiudicatrice, in virtù dell'esplicito rimando di cui all'art. 142, comma 3, del Codice. Tale obbligo dovrebbe valere anche per il concessionario che abbia natura di soggetto privato in considerazione dei compiti svolti e della natura fiduciaria del direttore dei lavori.

Tuttavia, poiché il concedente è interessato alla corretta esecuzione del progetto nella sua unitarietà è opportuno che adotti specifiche misure per verificare la coerenza e qualità dei lavori affidati dal concessionario a imprese terze, ciò che può realizzarsi attraverso l'espressione di gradimento del direttore dei lavori nominato dal concessionario oppure attraverso la previsione di uno specifico organo con poteri di vigilanza.

In ordine alla revisione del PEF, occorre ricordare, innanzitutto, che i termini economici del rapporto concessorio, di regola, non possono essere modificati nel corso del suo svolgimento in quanto, così facendo, sarebbe del tutto vanificato lo scopo del meccanismo concorrenziale di scelta del contraente.

La revisione del PEF è, infatti, specificamente disciplinata dal comma 8 dell'art. 143, così come novellato dal D.L. n. 69/2013 che ha ampliato le possibilità di revisione del piano economico-finanziario, con possibile aumento del contributo pubblico, ricomprendendo tra le cause giustificatrici della revisione, oltre alle variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e condizioni di base del PEF, anche le norme o regolamenti sopravvenuti che, non solo determinano nuove condizioni di esercizio della concessione (come previsto prima della citata novella), ma che comunque incidono sull'equilibrio del piano. Come già evidenziato dall'Autorità nell'atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013, si tratta di una previsione dal contenuto di fatto indeterminato che potrebbe esporre il concedente a richieste di revisione anche fondate su mere interpretazioni di norme e non su variazioni effettive delle condizioni di esecuzione, anche tenuto conto di quanto previsto al successivo comma 8-bis.

In ordine all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 158 del Codice (che disciplina il rimborso dovuto al concessionario in caso di risoluzione del rapporto concessorio per inadempimento del soggetto concedente) all'ipotesi di recesso del concessionario per mancato adeguamento del PEF ex art. 143, comma 8, del Codice, si ritiene tale richiesta non accoglibile. Se, infatti, il legislatore del 2006 ha sostanzialmente riprodotto all'art. 143, comma 8, del Codice la stessa disposizione contenuta all'art. 19, comma 2-bis, della Legge 109/1994 omettendo, tuttavia, proprio il richiamo alle disposizioni dell'articolo 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2 della Legge 109/1994 - oggi riprodotte all'art. 158 del Codice - ciò sta a significare che ha ritenuto non applicabile alla fattispecie del recesso del concessionario per mancato adeguamento del PEF la disciplina della risoluzione per inadempimento del concedente.

Tuttavia, nelle Linee Guida è stata evidenziata l'opportunità che nella Convenzione siano specificatamente individuati i diritti di natura patrimoniale conseguenti al recesso del concessionario ex art. 143, comma 8, richiamando l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità che anche in tale fase occorrerà prestare attenzione affinché permanga una corretta allocazione dei rischi. Pertanto, tali diritti patrimoniali conseguenti al recesso non potranno assumere una dimensione ed un contenuto tale da azzerare i rischi assunti dal concessionario.

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

In ordine all'ipotesi in cui alla scadenza del contratto il concedente intenda individuare un nuovo concessionario, nelle Linee Guida è stato precisato che la gara per la scelta del nuovo concessionario deve essere fatta con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza naturale della concessione.

In merito al subentro ai sensi dell'art. 159 del Codice e, in particolare, al termine per la designazione del nuovo concessionario, in accoglimento delle osservazioni formulate, nelle Linee Guida è stata sottolineata la necessità che il termine per la designazione della società subentrante da parte degli enti finanziatori del progetto, fissato nel contratto o in mancanza assegnato dall'amministrazione, sia congruo, avuto riguardo anche alla complessità delle attività preliminari necessarie a tale designazione. Inoltre, in attesa dell'emanazione del decreto del Ministero delle infrastrutture di cui al comma 2 dell'art. 159 del Codice, il contratto dovrà puntualmente disciplinare i criteri e le modalità di attuazione del subentro.